

Roj: **STS 1197/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1197**Id Cendoj: **28079130032014100077**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **26/03/2014**Nº de Recurso: **3635/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3635/2010** interpuesto por "GAS NATURAL SDG, S.A.", representada por la Procurador D^a. África Martín-Rico, e "IBERDROLA, S.A.", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 6 de abril de 2010 en el recurso número 1628/2007, sobre minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.", representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, y "ENDESA, S.A.", representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Iberdrola, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1628/2007 contra 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.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 30 de mayo de 2008, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "estimando el presente recurso en los términos solicitados en el Fundamento de Derecho Quinto de este escrito". Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de noviembre de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud declare la conformidad a derecho de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, dictada por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, 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 y, por lo tanto, desestime el recurso contencioso-administrativo formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente". Por otrosí solicitó igualmente el recibimiento a prueba.

Cuarto.- "Gas Natural SDG, S.A." contestó a la demanda el 8 de enero de 2009 y suplicó a la Sala sentencia "por la que declare la nulidad de pleno derecho de la Orden ITC/3315/2007, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento".

Quinto.- "Endesa, S.A." contestó a la demanda por escrito de 8 de enero de 2009 y suplicó a la Sala que dicte sentencia "por la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Iberdrola, S.A., declare que no es conforme a Derecho y anule la Orden ITC/3315/2007, de 15 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, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 16 de noviembre de 2007".

Sexto.- "Unión Fenosa Generación, S.A." contestó a la demanda con fecha 1 de abril de 2009 y suplicó sentencia "por la que se declare nula y anule la Orden ITC/3315/2007 por ser contraria a Derecho".

Séptimo.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 15 de abril de 2009 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 6 de abril de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimamos el recurso contencioso administrativo nº 1628/07, interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Iberdrola S.A., contra la Orden Ministerial ITC 3315/2007, de 15 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. Sin hacer condena en costas."

Octavo.- Con fecha 25 de junio de 2010 "Gas Natural SDG, S.A." (antigua "Unión Fenosa, S.A.") interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **3635/2010** contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional: por infracción de:

"- En el ámbito estatal [...] entiende infringidos el artículo 31.3 de la CE; el artículo 33 apartado 3 de la CE; el principio de irretroactividad de las disposiciones generales desfavorables como garantía del Estado de Derecho recogido en el artículo 9.3 de la CE y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efectos invernadero.

- En el ámbito de las normas de derecho comunitario, se entienden infringidos el artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE que establece el régimen de comercio de emisiones, y el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la energía eléctrica".

Noveno.- "Iberdrola, S.A." interpuso con fecha 24 de junio de 2010 su recurso de casación al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulneración de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución Española".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulneración del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, en relación con el artículo 3 del Código Civil, así como del artículo 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003, del artículo 51 LRJ-PAC y del artículo 23.2 de la Ley del Gobierno".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulneración del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, que establece el principio de gratuidad en la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; así como por infracción del artículo 31.3 de la Constitución (que establece que sólo pueden establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley), del artículo 33.1 y 3 del mismo texto (que reconoce el derecho de propiedad privada y establece los requisitos y garantías de obligado cumplimiento para la validez jurídica del instituto expropiatorio) y del artículo 38 de la Constitución, que garantiza la libertad de empresa".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulneración del principio de igualdad ex artículo 9.3 del mismo texto".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 3/2006, así como del artículo 16.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y del artículo 2 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, en redacción dada por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre".

Décimo.- El Abogado del Estado presentó sendos escritos de oposición a los recursos de "Iberdrola, S.A." y "Gas Natural SDG, S.A." con fecha 23 de diciembre de 2010 y suplicó que se dicte "sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recurso de casación [...] contra la sentencia de 6 de abril de 2010 (autos 1628/07), al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la recurrente por ser preceptivas".



Undécimo.- Por providencia de 10 de mayo de 2011 la Sala acordó:

"La Sala considera necesario oír a todas las partes del recurso (aun cuando alguna ya se haya pronunciado al respecto) sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, acerca de la interpretación 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. En concreto, sus alegaciones deberían versar sobre si aquel precepto puede ser interpretado en el sentido de que no obsta a la aplicación de una norma nacional que tendría el efecto de neutralizar la gratuidad de los derechos de emisión obligatoriamente asignados a determinados operadores económicos durante el período al que se refiere el mencionado artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE.

En consecuencia, con suspensión del señalamiento efectuado para el día de la fecha y antes de adoptar la decisión definitiva sobre su eventual planteamiento, óigase a las partes para que en el plazo común e improrrogable de quince días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la referida cuestión prejudicial."

Duodécimo.- Con fecha 19 de octubre de 2011 la Sala acordó por auto:

"Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la siguiente cuestión prejudicial:

¿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 y efecto 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 período correspondiente?"

Decimotercero.- El 28 de octubre de 2013 tuvo su entrada en el registro general del Tribunal Supremo la notificación de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 17 de octubre de 2013 en los 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:

"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."

Decimocuarto.- Por providencia de 30 de octubre de 2013 la Sala acordó:

"Con alzamiento de la suspensión que venía acordada, óigase a las partes a fin de que en el plazo de diez días aleguen lo que estimen conveniente sobre la incidencia que para la resolución del presente recurso pudiera tener la referida sentencia, a tenor de cuyo fallo '[...] 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'."

Decimoquinto.- "Gas Natural SDG, S.A.", por escrito de 18 de noviembre de 2013, suplicó a la Sala "sentencia estimando el recurso de casación interpuesto por mi representada en el sentido de que se proceda a restaurar la legalidad infringida por la sentencia de instancia en los términos expuestos a lo largo del presente escrito".

Decimosexto.- "Iberdrola, S.A." presentó sus alegaciones el 18 de noviembre de 2013 y suplicó a la Sala que dicte "sentencia de conformidad con el suplico de nuestro recurso de casación de fecha 24 de junio de 2010, interpuesto en las presentes actuaciones".



Decimoséptimo.- El Abogado del Estado evacuó el trámite conferido con fecha 21 de noviembre de 2013 y suplicó a la Sala "sentencia según lo solicitado en su escrito de contestación a la demanda".

Decimoctavo.- "Endesa, S.A." presentó sus alegaciones el 29 de noviembre de 2013.

Decimonoveno.- Por providencia de 26 de noviembre de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 18 de marzo de 2014, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 6 de abril de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Iberdrola S.A." contra la Orden Ministerial ITC/3315/2007, de 15 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.

El tribunal de instancia consideró, en síntesis, que la Orden impugnada era conforme a Derecho, siguiendo - y ampliando en algunos extremos controvertidos en este litigio- la línea argumental ya trazada en su anterior sentencia de 22 de marzo de 2010 (recurso número 30/2008 de los seguidos ante la Sala de la Audiencia Nacional). Su pronunciamiento descansa, en lo esencial, sobre una triple premisa, opuesta a las correlativas alegaciones de la demanda. A juicio de la Sala de la Audiencia Nacional, en efecto:

A) El artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modificó 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 (Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2006), en cuyo desarrollo se dictó la Orden ITC/3315/2007, no incurría en los vicios de inconstitucionalidad que se le habían imputado.

B) No era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pues, de modo "claro", el referido artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 tampoco infringía el Derecho de la Unión.

C) La Orden ITC/3315/2007 respetaba el contenido normativo del Real Decreto-ley 3/2006.

Segundo.- La Sala ha deliberado de modo simultáneo los recursos de casación números 2606/2010, 3260/2010, 3626/2010, **3635/2010**, 5448/2010, 5464/2010, 5884/2010 y 1846/2012, respectivamente interpuestos contra las correlativas sentencias de instancia por las sociedades "Gas Natural SDG, S.A." e "Iberdrola, S.A." (2606/2010); "Tarragona Power, S.L." (3260/2010); "Iberdrola, S.A." y "E.On Generación, S.L." (3626/2010); "Iberdrola, S.A." y "Gas Natural SDG, S.A." (**3635/2010**); "Gas Natural SDG, S.A." y "Bizkaia Energía, S.L." (5448/2010); "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." (5464/2010); "Gas Natural SDG, S.A." (5884/2010); y "Tarragona Power, S.L." (1846/2012).

Modificando, para mayor claridad y a la vista de las cuestiones comunes que plantean algunos de los citados recursos, con motivos análogos, el modo con el que esta Sala aborda el análisis de los recursos de casación, procederemos en primer lugar a exponer nuestra interpretación del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 y a despejar las cuestiones relativas a su supuesta inconstitucionalidad y a su eventual disconformidad con el Derecho de la Unión Europea.

Conforme refleja al preámbulo del Real Decreto-ley 3/2006, su artículo 2 parte de "la internalización del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la formación de precios en el mercado mayorista de electricidad". Se trata de una premisa incontestable, admitida por las empresas que acuden a dicho mercado aunque alguna de ellas discrepe del grado o porcentaje en que se tradujo la internalización de aquéllos. Entre los costes variables de las empresas productoras de energía eléctrica figura desde el año 2005, junto a otros, el valor económico que en sí mismo tienen los denominados "derechos de emisión", esto es, el valor económico del "derecho a contaminar" que mediante ellos se reconoce a las empresas. Los derechos que determinadas centrales adquieren para seguir vertiendo a la atmósfera toneladas de emisiones contaminantes, antes carentes de significación económica, se "asignan" en el nuevo régimen, de modo gratuito u oneroso, y son susceptibles de ulteriores transacciones económicas (mercado de derechos de emisión). Una vez adquiridos los derechos, su valor se "internaliza" o incorpora a la subsiguiente fijación de los precios.



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".

El artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 ha de leerse, pues, en esta clave. Reconocidas como han sido de modo general (también por el Consejo de Estado en su informe preceptivo al proyecto de Orden ITC) las deficiencias de calidad normativa del precepto, éstas no pueden convertirse en factor que permita prescindir de su contenido. Y el apartado primero de aquel artículo 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 períodos que correspondan".

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 CO2 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).

La constatación de este fenómeno (después calificado de percepción por parte de las empresas generadoras de un "sobreingreso" o de "ganancias inmerecidas") estuvo en la base o génesis de la "segunda" redacción o propuesta de la Orden ITC que, en vez de limitarse a ordenar la detracción del "importe equivalente" al valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente, como había hecho en su propuesta inicial el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, dispuso que las empresas que habían internalizado aquel valor devolviesen "el sobreingreso obtenido en el mercado". Sobreingreso que, para la Orden ITC en su versión final, era el producido como consecuencia del simétrico "encarecimiento" del precio final de la energía eléctrica en el mercado mayorista a resultas de la incorporación del valor de los derechos de emisión en las correlativas ofertas casadas, y del que se habían beneficiado tanto las centrales contaminantes como las demás.

Este designio que se plasma en la Orden ITC/3315/2007 no era, sin embargo, compatible con el tenor del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006. Sí lo podría haber sido si en febrero de 2006 hubiera tenido el respaldo o cobertura normativa que más tarde le proporcionaría el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre (casi coetáneo con la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre). 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).

No era compatible el contenido de la Orden ITC/3315/2007 con el Real Decreto-ley 3/2006, decimos, por mucho "esfuerzo interpretativo", "contextualización" o apelaciones a la finalidad de aquél que se hayan alegado para cohonestar uno y otra. El Real Decreto-ley 3/2006 se limitaba, en términos que no admiten la interpretación



expuesta en las sentencias de instancia, a disponer de la minoración en un determinado importe (el equivalente al valor de los derechos de emisión gratuitamente asignados a las centrales contaminantes) y todo lo que en la Orden ITC excede de ello debe reputarse *ultra vires* respecto de la habilitación normativa que al Ministro de Industria, Comercio y Turismo había confiado el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/2006 .

Tercero.- Las objeciones que frente al Real Decreto-ley 3/2006 se suscitaron desde la perspectiva de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea deben ser rechazadas una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto (sentencia de 17 de octubre de 2013, asuntos acumulados C-566/11 y siguientes) la cuestión prejudicial que esta Sala le planteó al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La controversia en este punto ha quedado definitivamente zanjada por dicha sentencia sin que estimemos necesario transcribir ahora su contenido íntegro. Baste recordar que en su fallo el Tribunal de Justicia afirma 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".

Como bien reconoce "Iberdrola, S.A." al alegar sobre la incidencia de aquella sentencia en la resolución del presente recurso, "la categórica afirmación de compatibilidad entre el sistema español de detracción y el principio de gratuidad establecido en el artículo 10 de la Directiva 2008/37/CE -aunque discrepemos de su contenido- arrumba el argumento de la impugnación de la Orden 3315/2007 basado en la infracción de tal principio". Afirmaciones extensibles no sólo a la Orden ITC/3315/2007 sino al propio Real Decreto-ley 3/2006.

Cuarto.- En lo que se refiere al ajuste del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 a la Constitución, discutido por las partes del litigio y confirmado por el tribunal de instancia, esta Sala tampoco alberga dudas que justifiquen el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

A) 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 implica, sin duda, 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.

B) El primer párrafo del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 no tiene carácter retroactivo pues se aplica a partir de una fecha ulterior a su publicación oficial. Y en cuanto al párrafo segundo del mismo apartado y artículo, su aparente retroactividad (se refiere al período de tiempo que va desde el 1 de enero al 2 de marzo de 2006) queda relativizada al tener en cuenta, por un lado, que afecta a la "liquidación de la tarifa del año 2006" en su conjunto, esto es, al cálculo de los importes de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa para dicho año; y, por otro, a que -según nuestro juicio- el artículo 9.3 de la Constitución no impide que una "ganancia inmerecida" anterior sea "compensada" o neutralizada ulteriormente, en el marco de la retribución anual de la actividad de producción de energía eléctrica según las pautas legales que disciplinan el mercado mayorista, mediante la correlativa minoración de las cantidades correspondientes a todos y cada uno de los meses del mismo año (en este caso 2006).

C) Las censuras por la supuesta discriminación inconstitucional de las empresas productoras de energía eléctrica respecto de las que operan en otros sectores industriales igualmente contaminantes (para las que no se ha dispuesto una minoración equivalente pese a haber recibido también asignaciones gratuitas de derechos



de emisión, ulteriormente incorporados a sus precios) no son estimables, como no lo han sido las alegaciones de desigualdad injustificada en la propia asignación de aquellos derechos.

En el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial suscitada en este litigio nos referíamos a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-127/07, Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros) en la que se descart  que hubiera existido infracción del principio de igualdad por el hecho de que se hubieran tratado de modo diferente situaciones comparables al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 determinados sectores contaminantes y no otros. Las apreciaciones de aquella sentencia son trasladables, *mutatis mutandis*, a las censuras de desigualdad vertidas contra el Real Decreto-ley 3/2006 por este motivo, ya que el margen de apreciación de que dispone el legislador nacional para evaluar la situación específica de cada uno de los sectores económicos afectados permite que las medidas acordadas para unos no tengan por qué extenderse necesariamente al resto, y viceversa. Las peculiares circunstancias del mercado de producción de electricidad y de su régimen retributivo permit n, a nuestro juicio, un tratamiento diferenciado y singular a resultados del cual se exigió la minoración de la retribución en los términos establecidos por el artículo 2 del Real Decreto-ley.

Tampoco son acogibles los reproches de discriminación dirigidos al segundo párrafo del primer apartado del artículo 2, en cuanto se refiere a los "grupos empresariales" a los que pertenecen las empresas que figuran en el apartado 1.9 del Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre. Sobre la especificidad de estos grupos esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones, admitiendo que su carácter singular legitima un tratamiento normativo igualmente singularizado. Si se advierte que la medida acordada en el referido párrafo se limita a disponer, para ellos, la minoración en una cantidad equivalente al valor de los derechos de emisión asignados por Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 a la totalidad de unidades de producción en régimen ordinario de cada grupo empresarial, la censura de discriminación perjudicial queda desvirtuada.

D) En cuanto a la apreciación de la urgencia como presupuesto habilitante, la Sala considera que la grave situación de déficit del sistema eléctrico, puesta de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2006 (y más tarde explicada por el Gobierno en el curso del debate parlamentario de convalidación), justificaba hacer uso de este instrumento normativo.

Quinto.- A la luz de estas consideraciones debemos analizar los dos recursos de casación interpuestos. El de "Gas Natural SDG, S.A." es inadmisibles una vez que sus tesis en la instancia ni siquiera fueron analizadas por la Sala sentenciadora. A la vista de la posición procesal de aquella sociedad y del resto de las que compart n su condición de codemandada, el tribunal rechazó sin más (fundamento jurídico quinto de la sentencia) "tomar en consideración las pretensiones deducidas [por aquéllas] en cuanto vienen a reforzar la posición y pretensiones de la recurrente". Pronunciamiento que no es objeto de censura específica en el presente recurso y que, si lo fuera, deberíamos confirmar ateniéndonos a la doctrina que hemos fijado sobre la actuación procesal de quienes no son demandantes. En todo caso "Gas Natural SDG, S.A." había interpuesto, como parte actora, otros recursos frente a la misma Orden ITC/3315/2007 y ha acudido en casación contra las sentencias que rechazaron sus pretensiones impugnatorias.

El recurso de casación de "Iberdrola, S.A." (esta s  demandante en la instancia) debe, por el contrario, ser acogido en cuanto denuncia que la Orden ITC/3315/2007 vulnera el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, censura plasmada en sus motivos casacionales segundo, tercero (en parte) y sexto. Por el contrario, no pueden prosperar -por las razones anteriormente expuestas- los motivos primero, cuarto y quinto de su recurso, en los que propugna la inconstitucionalidad del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006; ni el tercero y cuarto en la parte que se refieren a la supuesta infracción del Derecho de la Unión Europea. A unos y a otros les son de aplicación las consideraciones que al respecto hemos formulado en los fundamentos jurídicos precedentes.

Sexto.- La Orden ITC/3315/2007 descansa, en su práctica totalidad, sobre un presupuesto jurídicamente inadecuado: en vez de desarrollar en sus propios términos el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, trató de ampliar su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo y extendió -sin la debida cobertura- las categorías de aquél a fenómenos económicos y jurídicos diferentes. La inadecuación no queda justificada por la buena voluntad del titular de la potestad reglamentaria y tampoco por la mayor o menor "racionalidad" y coherencia -desde la misma perspectiva económica- que pudiera tener la ampliación, no prevista en el Real Decreto-ley 3/2006 y s  acordada en la propia Orden ITC.

Según ya hemos expuesto, lo que el legislador de urgencia decidió en el Real Decreto-ley 3/2006 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 la Orden ITC/3315/2007 dispuso 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 ("sobreprecio") de la energía eléctrica que hubiera, a su vez, derivado de la internalización de aquellos derechos. Incurrió 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.

Dado que el régimen establecido en el apartado primero del artículo 2 y en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Orden impugnada (así como, de modo reflejo, en la disposición adicional única que aprobó los mecanismos de "notificación y pago") se limita a dar forma a la extralimitación, mediante un conjunto de preceptos coherentes con el presupuesto básico de la propia Orden pero no ajustados a los términos del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, procede que declaramos su nulidad. Declaración que, sin embargo, debe ir acompañada de dos precisiones:

A) La primera es que, conforme a su propio enunciado, la Orden ITC/3315/2017 regula sólo "para el año 2006" la minoración que en ella se establece. La declaración de nulidad de los preceptos antes citados tiene, pues, eficacia, para dicho año, único al que remite la propia Orden. No es objeto de este litigio la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, 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.

La declaración de nulidad no obsta, como es lógico, 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, tal como los hemos interpretado.

B) La segunda precisión es que la extralimitación apreciada dejaría de existir si un instrumento legal de rango adecuado (en este caso, el anteriormente citado Real Decreto 11/2007) hubiese incorporado los contenidos normativos que la Orden ITC/3315/2007, por sí misma, no estaba habilitada a establecer. El 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).

Este "sobreprecio" o "mayor ingreso", derivado de la "internalización, repercusión o incorporación en las ofertas de venta del coste de los derechos de emisión asignados gratuitamente", es el factor relevante en el Real Decreto-ley 11/2007 (pero no lo era en el Real Decreto-ley 3/2006) y es el que determina que la simétrica minoración pueda aplicarse, desde su entrada en vigor, a "todas las instalaciones de régimen ordinario en el territorio peninsular, pues todas ellas se han beneficiado de él" y a "toda la energía vendida por cada instalación, independientemente de la modalidad de contratación empleada". Menciones, unas y otras, que la Orden ITC/3315/2007 trató, en realidad, de aplicar anticipadamente sin estar facultada para ello, como ya advertimos en un fundamento jurídico anterior.

Precisamente por esta circunstancia nada impediría, en principio, y a reservas del pronunciamiento que finalmente pudiera corresponder, que el régimen de minoración regulado por la Orden ITC/3315/2007 fuese aplicable a los períodos temporales a los que se refiere el Real Decreto-ley 11/2007. Desde esta perspectiva, la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009 (y en la que se vuelve a fijar, respecto de dichos períodos, 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) afirma que "extiende la aplicación de la metodología de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, al período comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2009".

Séptimo.- La estimación del recurso de casación interpuesto por "Iberdrola, S.A." significa tanto como dejar sin efecto el pronunciamiento del tribunal de instancia sobre la validez de la Orden impugnada. Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, procede asimismo declarar la nulidad del apartado primero del artículo 2, de los artículos 3, 4, 5 y 6 y de la 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.

Octavo.- No ha lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia ni en el presente recurso de casación, vistas las serias dudas de derecho que presentaba la cuestión de fondo objeto de debate, para cuya resolución ha sido preciso el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para dar cumplimiento al artículo 107.2 de la Ley Jurisdiccional procede la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- No ha lugar al recurso de casación número **3635/2010** interpuesto por "Gas Natural SDG, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 6 de abril de 2010 en el recurso número 1628 de 2007 .

Segundo.- Ha lugar al recurso de casación número **3635/2010** interpuesto por "Iberdrola, S.A." contra la mencionada sentencia, que casamos.

Tercero.- Anulamos, por su disconformidad a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la 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.

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.

Cuarto.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Quinto.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.