



Roj: **STS 1324/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1324**

Id Cendoj: **28079130032014100088**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/03/2014**

Nº de Recurso: **5884/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número **5884/2010**, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1611/2007, seguido contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades mercantiles ENDESA, S.A., representada por el Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, IBERDROLA, S.A., representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador Don Carlos Mairata Laviña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 1611/2007, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2010, cuyo fallo dice literalmente:

« PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora D^a Africa Martín-Rico Sanz en representación de GAS NATURAL SDG, S.A. contra la Orden ITC3315/2007, de 15 de 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, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO.- No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas . » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. recurso de casación que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de octubre de 2010 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 24 de noviembre de 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, por presentado este escrito junto con el documento que lo acompaña y sus copias, se sirva tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento, ordenando que se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones; y por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación en su día preparado contra la Sentencia



Impugnada, lo admita y, previos los trámites legales, dicte sentencia dando lugar al mismo, casando y anulando la Sentencia Impugnada y declarando la nulidad de la Orden ITC 3315/2007, junto con los demás pronunciamientos legales que, en su caso, corresponda.

Por Otrosí Segundo dice que en el supuesto de que la Sala considere el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, del que la Orden ITC/3315/2007 objeto del presente recurso es directa aplicación, condicionada el fallo que deba dictarse, por se inconstitucional, se plantee la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 163 de la CE y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional. ».

CUARTO.- Por providencia de 28 de enero de 2011, se admite el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 28 de febrero de 2011 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y las mercantiles IBERDROLA, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., y ENDESA, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, evacuando dicho trámite el Abogado del Estado por escrito presentado el 19 de abril de 2011, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, habiendo por presentado este escrito y sus copias, tener por evacuado el traslado conferido y por formulado escrito de oposición y que, previos los trámites de ley, dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recurso de casación interpuesto por Gas Natural SDG, S.A., contra la *sentencia de 30 de mayo de 2010 (autos 1611/07), al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la recurrente por ser preceptivas.* ».

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2011, se declara caducado el trámite de oposición concedido a IBERDROLA, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., y ENDESA, S.A., al no haberse presentado escrito alguno por las mismas en el plazo otorgado.

SÉPTIMO.- Por providencia de 10 de junio de 2011, se acuerda oír a todas las partes del recurso (aún cuando alguna ya se ha pronunciado al respecto), sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y tras efectuar las manifestaciones que consideraron oportunas, tanto la recurrente como el Abogado del Estado y la representación procesal de Iberdrola, S.A., se dictó Auto el 20 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 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? . » .

OCTAVO.- Recibida copia legalizada de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 en los recursos acumulados C-566/11 y otros, por providencia de 30 de octubre de 2013, se acuerda, con alzamiento de la suspensión que venía acordada, oír a las partes sobre la incidencia que para la resolución del presente recurso pudiera tener la referida sentencia, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado en escrito presentado el 6 de noviembre de 2013 manifiesta que « el fallo de la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 (recursos acumulados C-566/11 y otros), transcrito en la mencionada providencia, ha venido a declarar que las disposiciones normativas adoptadas por el Reino de España, Real Decreto- ley 3/2006, de 24 de febrero, y Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, son conformes al Derecho comunitario; con el consiguiente decaimiento de las tesis defendidas por la recurrente.* ».

2º.- La Procuradora Doña África Martín-Rico Sanz, en representación de la mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. recurrente, presentó escrito el 18 de noviembre de 2013, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito, se sirva en admitirlo y previos los trámites legales oportunos, dicte 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. » .

3º.- El Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la entidad mercantil IBERDROLA, S.A., presentó escrito el 18 de noviembre de 2013, en el que tras efectuar, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que tenga por presentado este escrito y por evacuado el trámite conferido. » .

NOVENO.- Por providencia de fecha 26 de noviembre de 2013, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 18 de marzo de 2014, fecha en que tuvo lugar el acto.

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 4 de diciembre de 2013, se acuerda unir a las actuaciones el escrito del Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, en representación de la entidad mercantil ENDESA, S.A., al que acompaña escrito de alegaciones derivado de la providencia de 30 de noviembre de 2013, y estarse a lo acordado en la providencia de fecha 26 de noviembre de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2010 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la mencionada entidad contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Procede decidir previamente sobre la posibilidad de examinar las alegaciones que formulan las codemandadas planteando cuestiones anulatorias o motivos de impugnación coincidentes con los expresados por la parte actora e incluso que, como Gas Natural solicita, como hemos dicho, que se plantee cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 2 del Real Decreto Ley 3/2006 , por los motivos que aduce.

Este Tribunal ya ha hecho pronunciamiento sobre la improcedencia de que las codemandadas formulen peticiones en posición procesal de actoras. En la precedente Sentencia de 6 de abril de 2010, recurso 1628/2007 , al señalar que:

"Efectivamente, como ya hemos dicho en sentencia de 22 de marzo de 2010, en el recurso 30/2008 , la concurrencia de pretensiones anulatorias por parte de demandante y codemandados constituye un supuesto de desviación procesal, pues en nuestro ordenamiento no se encuentra prevista la posibilidad de concurrir en calidad de codemandante o coactor y si sólo de codemandado. Y ello con independencia de la posibilidad, por parte de aquellos que pudieran tener interés legítimo en la impugnación de un acto o disposición, de formular sus propios recursos, cosa que ha sucedido con las representaciones que aquí concurren como codemandadas y han contestado a la demanda.

Se impone, por tanto, no tomar en consideración las pretensiones deducidas por las entidades codemandadas, en cuanto vienen a reforzar la posición y pretensiones de la recurrente.

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 , en la que se cita además una profusa doctrina jurisprudencial anterior:

«El art. 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción vigente considera parte demandada a "las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante". En consecuencia nadie que no se halle en esa posición puede comparecer en el proceso como parte demandada o codemandada como ha ocurrido en este caso. [...] la Sala aceptó su personación y le tuvo por parte demandada, si bien al contestar la demanda se aparta de esa posición y solicita la anulación del Real Decreto, convirtiéndose de ese modo en parte recurrente y no demandada. Ese cambio de posición procesal es contrario a la Ley, de modo que si bien la Sala no puede inadmitir el proceso en relación con quien no es



demandante en el mismo, si puede desconocer la posición de la demandada que no postula el rechazo del recurso sino que por el contrario pretende su estimación. En este sentido de proscripción del cambio de postura procesal en el recurso citamos lo declarado por la Sección Primera de esta Sala en Auto de veintidós de enero de dos mil uno [...]. En el fundamento de Derecho tercero de la resolución citada, expusimos lo que sigue: "El recurso de queja no puede prosperar, ya que aún cuando la figura del coadyuvante ha desaparecido con la nueva Ley Jurisdiccional y la legitimación para el ejercicio de acciones frente a la Administración se regule de forma que englobe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, ello no implica la posibilidad de que dichos interesados puedan personarse en un recurso interpuesto por otro interesado fuera del supuesto contemplado en el apartado 21.1.b) de la Ley [...]. Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiéndose que todo el que se persone en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta de la Administración, actúa como codemandado, pero si con la Ley Jurisdiccional de 1956 no se acogía la figura del coadyuvante del demandante, con la actual tampoco se permite la posibilidad de personarse como tercero interesado con pretensiones contrarias al acto recurrido y en apoyo de las tesis del demandante. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Autos de 16 de julio de 1996, 31 de enero de 1997 y 18 de mayo de 1998 recaídos en los recursos núms. 845/94, 100/95 y 2751/96, y en la Sentencia de 25 de febrero de 1999 recaída en el recurso núm. 478/93, cuya doctrina, aún cuando referida a la figura del coadyuvante del demandante, puede ser trasladada a la nueva regulación conforme se ha visto más arriba, según la cual: "Por mucha amplitud que constitucionalmente se haya reconocido al concepto de interesado, es lo cierto que en la vigente legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa - art. 30 L.J.C.A. - la figura del coadyuvante solamente está prevista en nuestro ordenamiento en defensa de la Administración que actúa como demandada o como demandante en el proceso de lesividad. De ahí que no quepa admitir la intervención (...) en el concepto que solicita de coadyuvante del demandante, ya que de accederse a lo que ahora pretende, además de lo dicho, se desconocería el régimen de plazos para recurrir", (auto de 16 de julio de 1996) "ni puede reconocérsele otra actividad procesal que la enderezada a defender la legalidad de los actos impugnados en el proceso ni, en consecuencia, legitimación para interponer recurso de casación contra una sentencia desestimatoria de las pretensiones ejercitadas contra aquellos". (Sentencia de 27 de febrero de 1999)».

[...] Hecha esta observación se han de examinar las alegaciones relativas al fondo del asunto.

Previamente destacar un dato que aporta a la litis cierta singularidad y es que Gas Natural, según expone en la demanda, comenzó sus operaciones en el mercado de la electricidad en el año 2002 con la puesta en funcionamiento de las centrales de ciclo combinado de San Roque I y Besos 2. Posteriormente -según la demanda, pág. 18- durante los años 2003 y 2004 Gas Natural "incrementó poco a poco su parque de generación con plantas de poca potencia, eólica y cogeneración principalmente".

Por ello y las demás razones que expone Gas Natural presenta diferencias relevantes con respecto al cómputo de operadores que ya están en el sector con anterioridad a la liberación del sector, en concreto, Iberdrola, Unión Fenosa, Enel Visgo e Hidrocantábrico. Señala que por ello la minoración que plantea la Orden es especialmente perjudicial.

[...] La actora expresa que se ha producido una vulneración por la Orden de la normativa comunitaria y nacional por:

- a) Supresión del carácter gratuito de la asignación de los derechos de CO2 para los productores de energía eléctrica.
- b) Vulneración del efecto útil de la normativa comunitaria.

Con relación al primer punto este Tribunal ya ha dado respuesta en las Sentencias precedentes de 10 de mayo de 2010 (recurso 51/08) cuando decíamos:

" Supresión del carácter gratuito de la asignación de los derechos de emisión. Vinculado a este motivo impugnatorio aparecen otros motivos: la Orden afecta a la propiedad privada y a la libertad de empresa lo que determina de una norma reguladora con rango de Ley; vulneración de los artículos 10 y 33 de la Constitución, habida cuenta de que la supresión o minoración del derecho a la gratuidad se configura como una prestación patrimonial pública; eventual inconstitucionalidad del Real Decreto Ley e insuficiente densidad normativa del mismo, con remisión en blanco del Reglamento de materias reservadas a la Ley y posible contrariedad con el Derecho comunitario, tanto del Real Decreto-Ley como de la Orden por eliminar el efecto útil de la directiva; y retroactividad del Real Decreto Ley. Todas estas cuestiones ya han sido abordadas en precedentes sentencias de este Tribunal, ya citadas de 6 de abril de 2010 (recurso 1628/2007) y sentencia de 22 de marzo de 2010 (recurso 30/2008). Lo sostenido por este Tribunal en la última de las sentencias citadas, se expresaba en los siguientes términos:



Respecto a los reproches de inconstitucionalidad que la recurrente formula al Real Decreto Ley 3/2006, de 24 febrero, por el que se modificó el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial (Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2006).

El rango de ley del expresado producto normativo resulta incuestionable según el artículo 86 de nuestra Constitución, de modo que no sólo, según se dijo, la única vía que tiene el Tribunal para compaginar su sujeción a la ley y al tiempo para con la Constitución sería, en su caso, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sino además porque por ese mismo rango que el Real Decreto-Ley ostenta se ve beneficiado de la presunción de constitucionalidad declarada con reiteración por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas en sus Sentencias 49/2008, de 9 de abril; 107/1996, de 12 de junio; 43/1996 de 14 de marzo ...

Estas conclusiones enlazan con la alegación relativa a la privación del efecto útil de las Directivas comunitarias sobre lo cual este mismo Tribunal en la Sentencia indicada ya ha señalado:

"Otra de las decisiones que la recurrente pide al Tribunal es que el mismo se pronuncie sobre la conformidad de la Orden con las Directivas 2003/87/CE, que establece el régimen de comercio de emisiones de gases de efecto invernadero, y 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la energía eléctrica.

Decíamos en la precedente sentencia:

"La contradicción de las indicadas normas con respecto a las Directivas derivaría de que neutralizarían la gratuidad de los derechos y, por tanto, afectarían a su "efecto útil".

Tampoco en este punto va a darse la razón a la actora pues no comparte la Sala la afirmación de que la gratuidad de la inicial asignación de derechos de emisión se vaya a ver en efecto afectada. Existen así dos dimensiones referibles a esa misma gratuidad.

La primera es la percepción, en efecto gratuita, y por tanto sin contraprestación, de derechos de emisión durante una primera etapa. Esta dimensión se mantiene incólume pues las normas no obligan a pagar ahora por lo que antes se entregó a título lucrativo. Existe, pues, un efecto útil de la Directiva y de sus previsiones de gratuidad claramente exento de interferencia.

La segunda de tales dimensiones atañe a la traslación a las ofertas al mercado del valor de los derechos de emisión consumidos y por ello "internalizados". Pero esta traslación a precios de derechos consumidos, que desde luego no es ilegítima, como hemos visto anteriormente, y en buena medida puede ser consecuencia de la racionalidad económica de la búsqueda de la mayor rentabilidad por las empresas, no es consecuencia obligada ni inherente a la gratuidad de los derechos asignados."

[...] Señala también la actora que la Orden es contraria a la Ley del Sector Eléctrico: la Orden establece como ingresos liquidables del sistema eléctrico las cantidades a devolver por parte de los productores de energía eléctrica, señalando en conclusión, que a corto plazo los productores de electricidad tratarán de trasladar el coste de la minoración de la retribución al precio final de la electricidad, de modo que se produzca una doble internalización. Esta afirmación se halla al margen, al menos, de la fundamentación tanto del Real Decreto-Ley 3/2006 como de la Orden, y en todo caso constituye una mera hipótesis que no puede tener acogida favorable por el Tribunal. Precisamente el objetivo que se propone el Real Decreto Ley es minorar la remuneración de las unidades de generación afectadas por la internalización del valor de las derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la formación de los precios en el mercado mayorista de electricidad. Trata de atacar "el riesgo existente de elevados precios en el mercado de producción de energía eléctrica, con sus efectos negativos inmediatos e irreversibles sobre los consumidores finales" (Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2006).

[...] Expresa la actora que se ha producido vulneración de derechos y libertades constitucionales en las que incurre la Orden; especifica como tales violación del principio de igualdad (artículo 14); y el reserva de ley (artículo 31.3) pues se trata de una prestación patrimonial pública de naturaleza coactiva.

Con relación a la posible vulneración del principio de igualdad de trato, particulariza la actora que la deducción se aplica sólo para el sector eléctrico y no a otros distintos por no concurrir en unos y otros las mismas circunstancias.

Esta argumentación tampoco puede tener acogida favorable. La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, tiene, como alega la actora, un alcance más general que el específico al que se refiere el Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero. Basta leer el título de cada una de las normas citadas para comprender lo expuesto. Nada impediría, en principio, que la Directiva pudiera tener una transposición concreta en otros sectores económicos con una regulación que podría ser diferente atendiendo a las específicas características de cada sector. Ante situaciones distintas no cabe admitir discriminación alguna.

Señala también que las fórmulas establecidas en la Orden son discriminatorias en favor de las tecnologías de generación de electricidad con factores de emisión superiores a las de un ciclo combinado, esencialmente tecnología de carbón y fuel-gas.

Al respecto la sentencia de 6 de abril de 2010 (recurso 1628/2007) decíamos lo siguiente:

"Parece claro que estando limitado el ámbito de aplicación del sistema de liquidación de tarifa a unas determinadas empresas, no constituye discriminación alguna ni vulneración del principio igualdad el establecimiento de una disposición específica referida a la liquidación de la tarifa, que lógicamente afectará a esas determinadas empresas, que tienen una posición singular en relación con el sistema de liquidación de tarifa y sostenimiento del déficit tarifario. Desde luego, no se trata de una norma irracional o caprichosa de la que pueda inferirse apariencia o sospecha de inconstitucionalidad.

Es oportuno recordar la consolidada doctrina constitucional, plasmada entre otras, en STC Pleno 21 de julio de 2005 :

<<(…) este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio , recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 , y 88/2005, de 18 de abril , FJ 5, por todas). Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" (STC 181/2000, de 29 de junio , FJ 10) y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 ; 1/2001, de 15 de enero , FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma" (STC 200/2001, de 4 de octubre , FJ 5).

En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio , el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero , FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo , FJ 2)...>>"

Lo indicado anteriormente es aplicable a todas y cada una de las discriminaciones enunciadas por la actora.

[...] Infracción del artículo 31.3 de la Constitución Española . Alega la actora que estamos en presencia de una prestación patrimonial pública de naturaleza coactiva impuesta por el Real Decreto Ley que no ha de entenderse como norma suficiente para dar cobertura a la reserva de ley, rebasando los límites de lo establecido en el precepto constitucional indicado.

Insistimos en que nos encontramos ante un derecho de regulación *general* y no específico que impide admitir la tesis de la actora referente a las prestaciones patrimoniales. En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 227/1988, de 29 de diciembre , ya se dijo:



«Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no solo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución)».

[...] Expresa también la demandante que la Orden es nula por aplicación retroactiva de la regulación de la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica al periodo de cumplimiento 2006.

También aquí este Tribunal ya ha hecho pronunciamiento en las sentencias correspondientes a los recursos 51/2008, de 10 de mayo de 2010 , y la precedente de 22 de marzo de 2010 , decíamos lo siguiente:

"Sobre el alcance constitucionalmente legítimo de las normas retroactivas, una vez puestas en relación con las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales en el artículo 9.3 de la Constitución , se ha pronunciado con relativa frecuencia el Tribunal Constitucional. Y así, con independencia del tratamiento de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras -plenamente vetado, salvo en los aspectos favorables- el Supremo Intérprete de la Constitución ha erigido, como límites a esa misma facultad de ordenación normativa retroactiva, el respeto a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Por ejemplo, la STC 234/2001, de 13 de diciembre ha indicado:

«Ciertamente, aunque la retroactividad de las normas tributarias [normas de esta naturaleza son las abordadas en la Sentencia que citamos, pero esta Sala estima que la doctrina resulta también de aplicación a nuestro caso] no está de forma total proscrita, sí puede tacharse de lesiva desde el punto de vista constitucional, cuando su articulación por el legislador vulnere alguno de los principios del art. 9.3 CE, tanto más cuanto que el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 Oct., FJ 8 ; y 182/1997, de 28 Oct ., FJ 11). Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 Ene ., FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 Feb ., FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 Mar ., FJ 4). En suma, solo si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 Oct., FJ 8 ; 142/1993, de 22 Abr., FJ 4 ; 212/1996, de 19 Dic., FJ 15 ; y 104/2000, de 13 Abr ., FJ 7). 10: Determinar, pues, cuándo una norma tributaria vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, de 16 Jul., FJ 11 ; 150/1990, de 4 Oct., FJ 8 ; 197/1992, de 19 Nov., FJ 4 ; 173/1996, de 31 Oct., FJ 3 ; y 182/1997, de 28 Oct ., FJ 11)».

Ciertamente el Real Decreto Ley 3/2006, 24 febrero, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del 28 de ese mismo mes y año. Y ciertamente también, en el párrafo segundo de su artículo dos, inciso 1 , se regula, a los efectos del cálculo de la liquidación de la tarifa del año 2006, el período existente desde el día 1 de enero de 2006 hasta el 2 marzo 2006, ambos inclusive. Desde esta perspectiva la retroactividad de grado máximo de la norma es efectivamente concurrente.

Pero cuestión distinta es los efectos que esa retroactividad produzca en términos de constitucionalidad, y, por ende, que por ello este Tribunal albergue dudas sobre su respeto a la Norma Suprema. Y es que, como expresa la Sentencia que acabamos de transcribir, junto a otros muchos pronunciamientos similares contenidos en otras, habrá de verificarse hasta qué punto la ordenación retroactiva producida ha podido lesionar aquella confianza legítima y seguridad jurídica.

Pues bien en nuestro caso estimamos que tales principios no se han visto lesionados puesto que, en la hipótesis de que la norma hubiera sido dictada antes del día 1 de enero del año 2006 -fecha en la que comienza el periodo de cómputo a efectos del saldo de tarifa- la ordenación de la actividad económica por parte de las empresas a lo sumo a lo que les habría llevado es a dejar de "internalizar" los derechos consumidos, esto es, la consecuencia



final sería la misma que se produce en aplicación del Real Decreto-Ley cuestionado. Y así, de la misma manera en la que la indefensión ha de ser material y efectiva y no sólo real o aparente para resultar constitucionalmente reprochable, la lesión de la confianza legítima y de la seguridad jurídica han de ser materiales, y no lo son cuando las posiciones jurídicas hubieran permanecido iguales y el resultado económico el mismo en el supuesto de que la ordenación normativa se hubiera producido desde el primer día de cómputo.

Tampoco, pues, por esta precisa causa y con el fundamento presentado en el recurso, estima la Sala necesario el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad con relación al Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero." ».

El recurso de casación se articula en la formulación de un único motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren de aplicación para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulneración de los artículos 31.3 y 33.3 de la Constitución, en cuanto la sentencia impugnada no admite que tanto el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, como la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, definen un sistema de devolución del importe de los derechos de emisión de CO2 gratuitamente asignados que infringe el marco normativo aplicable al mercado de emisión de derechos de CO2 en la medida que supone la supresión del carácter gratuito de la asignación de los derechos de emisión de CO2 e impide la consecución del efecto útil vinculado al objetivo de reducir la emisión de gases de efecto invernadero.

Se alega que la sentencia impugnada no tiene en cuenta que la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, vulnera el artículo 33 de la Constitución, pues establece una expropiación sin la preceptiva compensación, así como infringe el principio de reserva de ley para la imposición de prestaciones patrimoniales recogido en el artículo 31.3 CE, el principio de irretroactividad de las disposiciones generales desfavorables, recogido en el artículo 9.3 CE, y 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.

En el desarrollo del motivo de casación se aduce que la sentencia de la Audiencia Nacional debe ser casada, ya que no reconoce que el sistema de minoración de la retribución de los productores de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 2 del 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, y recogido en la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, contraviene la normativa comunitaria y nacional reguladora del mercado de emisión de derechos de CO2.

Asimismo, se afirma que la sentencia recurrida incurre en una incorrecta aplicación del principio de irretroactividad de disposiciones generales desfavorables, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, al no tener en cuenta los reproches de inconstitucionalidad formulados contra el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, y basar su argumentación en que «si la norma hubiera sido dictada antes del 1 de enero de 2006» el resultado habría sido idéntico, ya que habría dejado de «internalizar» los derechos consumidos, sin tomar en consideración que para el periodo de cumplimiento correspondiente al 2006 los derechos de emisión asignados ya habrían sido expedidos y cancelados el año anterior.

Se alega que la Orden dispone una afectación de la normativa de asignación de CO2 que vulnera el principio de jerarquía normativa, por exceder de los límites fijados por el propio artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, y recoger elementos del sistema de deducción no previstos en la norma con rango legal, que sólo ordena devolver el valor de los derechos de emisión y no un sobreprecio producido por la internalización del valor de los derechos asignados gratuitamente, excediéndose de la habilitación contenida en la referida norma, conculcando, asimismo, 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 y el Plan Nacional de Asignación.

SEGUNDO.- Sobre la causa de inadmisibilidad del recurso de casación aducida por el Abogado del Estado.

La pretensión de que se declare la inadmisibilidad del recurso de casación, que formula el Abogado del Estado con base en el artículo 93.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y que se sustenta en la alegación de que la parte recurrente se limita a hacer valer los mismos alegatos que expresó en el procedimiento de elaboración de la norma impugnada y ante la Audiencia nacional, no puede prosperar, ya que constatamos que en la redacción del escrito de interposición se realiza una crítica razonada a la fundamentación jurídica de la sentencia de la Sala de instancia, motivada en la infracción del Derecho de la Unión Europea y de principios y derechos reconocidos en la Constitución española, que estimamos suficientes para que debamos pronunciarnos sobre el fondo de la controversia casacional planteada.



Esta conclusión jurídica, que rechaza que concurra la causa de inadmisión del recurso de casación, es acorde con el derecho de acceso a los recursos, que se integra en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, porque, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 105/2006, de 3 de abril, 265/2006, de 11 de septiembre, 22/2007, de 12 de febrero, 246/2007, de 10 de diciembre y 33/2008, de 25 de febrero, el derecho a la revisión de las resoluciones jurisdiccionales, dejando a salvo el ámbito del orden jurisdiccional penal, en que se garantiza el derecho a la doble instancia, es un derecho de configuración legal en el que no resulta aplicable con la misma intensidad el principio *pro actione*, que comporta obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en derecho sobre la revisión deducida de la resolución judicial. Este derecho fundamental impone al juez o tribunal que realice una interpretación razonable y no arbitraria de los presupuestos y cláusulas procesales de admisión del recurso de casación, que es de naturaleza extraordinaria, y está sometido -según se recuerda- a rigurosos requisitos, incluso de naturaleza formal, que no suponga una aplicación rigorista, excesivamente formal, o desproporcionada en relación con los fines que preserva el proceso casacional, de modo que la declaración de inadmisión sólo puede fundarse en la concurrencia de una causa legal, basada en la aplicación de un precepto concreto de la ley procesal, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental de tutela, adoptada en la observancia de estos fundamentos hermenéuticos constitucionales.

La declaración de admisibilidad del recurso de casación se revela también conforme con el derecho a un proceso equitativo, que garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, que exige que los órganos judiciales contencioso-administrativos apliquen las causas de inadmisión respetando el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que examine el fondo del recurso y las consecuencias de su aplicación. (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 . Caso Sáez Maeso contra España) y de 7 de junio de 2007 (Caso Salt Hiper, S.L. contra España).

TERCERO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, en el extremo que reprocha a la Sala de instancia 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, y del artículo 3 de la Directiva 2003/54/54 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, por no tomar en consideración que el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, y 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, al imponer la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica contraviniendo frontalmente el sistema de asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, no puede prosperar, teniendo en cuenta 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 esta 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».

La decisión del Tribunal de Justicia se sustenta en los siguientes fundamentos jurídicos, que, por dar respuesta pormenorizada a las alegaciones formuladas por la mercantil recurrente en este recurso de casación, reproducimos:

« [...] 27 Tal como se desprende del tenor literal del artículo 10 de la citada Directiva, según el cual, durante el período al que se refiere, los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 95 % de los derechos de emisión, dicho artículo se opone a la percepción de cargas por la asignación de los derechos de emisión.

28 En cambio, ni el artículo 10 citado ni ninguna otra disposición de esa Directiva se refieren a la utilización de los derechos de emisión ni restringen expresamente el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas que pudieran influir en las implicaciones económicas de la utilización de los derechos de emisión.



29 Por consiguiente, en principio, los Estados miembros pueden adoptar medidas de política económica, como el control de los precios que se fijan en los mercados de algunos bienes o recursos esenciales, determinando la manera de repercutir a los consumidores el valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente a los productores.

30 No obstante, la adopción de tales medidas no puede neutralizar el principio de asignación gratuita de los derechos de emisión ni menoscabar los objetivos de la Directiva 2003/87.

31 Por lo que se refiere al primer aspecto, procede subrayar que el concepto de gratuidad del artículo 10 de la Directiva 2003/87 se opone no sólo a la fijación directa de un precio para la asignación de derechos de emisión, sino también a la percepción a posteriori de una carga por la asignación de los derechos de emisión.

32 En este caso, tal como se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2006 y de la Orden Ministerial ITC/3315/2007, la normativa controvertida en los litigios principales pretende evitar que el consumidor soporte los efectos derivados de la internalización, en el precio de las ofertas de venta de electricidad hechas en el mercado, del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente.

33 En efecto, los productores de energía eléctrica españoles incluyeron en el precio de sus ofertas en el mercado mayorista de electricidad el valor de los derechos de emisión, por el mismo concepto que cualquier otro coste de producción, pese a que tales derechos se les habían concedido gratuitamente.

34 Tal como expone el tribunal remitente, esta práctica es ciertamente pertinente desde un punto de vista económico, en la medida en que la utilización por una empresa de los derechos de emisión que se le han asignado representa un coste implícito, denominado «coste de oportunidad», que consiste en la renuncia por parte de la empresa a los ingresos que podría obtener vendiendo esos derechos en el mercado de derechos de emisión. No obstante, la combinación de esta práctica con el sistema de formación de precios en el mercado de la producción de energía eléctrica en España da lugar a que los productores de energía eléctrica obtengan ganancias inmerecidas.

35 Procede señalar que el mercado diario de la producción de energía eléctrica en España es un mercado marginalista, en el que los productores cuya oferta ha sido aceptada obtienen el mismo precio, concretamente el precio ofrecido por el titular de la última unidad de producción aceptada. Dado que este precio marginal ha sido determinado, en el curso del período de que se trate, mediante las ofertas de titulares de centrales de ciclo combinado de gas, tecnología que se beneficia de derechos de emisión gratuitos, la internalización del valor de los derechos de emisión en el cálculo del precio de esas ofertas se repercute en el precio de la electricidad de todo el mercado.

36 Por este motivo, la minoración de retribución que prevé la Orden Ministerial ITC/3315/2007 no sólo afecta a las empresas que han obtenido derechos de emisión gratuitamente, sino también a las centrales que no necesitan derechos de emisión, como las centrales hidroeléctricas y las centrales nucleares, en la medida en que la internalización del valor de los derechos de emisión en la estructura de costes se repercute en el precio de la electricidad que percibe el conjunto de productores de energía eléctrica activos en el mercado mayorista de electricidad en España.

37 Por otra parte, tal como se deduce de la documentación aportada al Tribunal de Justicia, la normativa controvertida en los litigios principales tiene en cuenta otros factores distintos de la cantidad de derechos de emisión asignados, especialmente el tipo y el factor de emisión de una central. La minoración de retribución de la producción de energía eléctrica que prevé la normativa controvertida se calcula de tal modo que sólo afecta al suplemento de precio derivado de la internalización de los costes de oportunidad de los derechos de emisión. Por último, ello se ve confirmado por el hecho de que la carga no se percibe cuando los titulares de centrales venden en el mercado secundario los derechos de emisión asignados gratuitamente.

38 Así pues, la normativa controvertida en los litigios principales no pretende imponer, a posteriori, una carga por la asignación de los derechos de emisión, sino paliar los efectos de las ganancias inmerecidas a que da lugar la asignación gratuita de derechos de emisión en el mercado eléctrico español.

39 A este respecto, procede destacar que la asignación gratuita de derechos de emisión, prevista en el artículo 10 de la Directiva 2003/87, no tenía por objeto conceder subvenciones a los productores de que se trata, sino mitigar el impacto económico de la introducción inmediata y unilateral por la Unión Europea de un mercado de derechos de emisión, evitando una pérdida de competitividad en determinados sectores de producción incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

40 Ahora bien, tal como se ha expuesto en el apartado 9 de la presente sentencia, la presión competitiva no ha sido lo suficientemente fuerte como para limitar la repercusión del valor de los derechos de emisión en el precio de la electricidad, dando lugar así a que los productores de energía eléctrica obtengan ganancias inmerecidas.



Según se desprende de los considerandos 15 y 19 de la Directiva 2009/29, es para excluir estas ganancias inmerecidas por lo que, a partir de 2013, los derechos de emisión se asignan mediante un mecanismo de venta completa en subasta.

41 De ello se infiere que el mecanismo de asignación gratuita de derechos de emisión establecido por la Directiva 2003/87 no requiere que los productores de energía eléctrica puedan repercutir el valor de tales derechos en el precio de la electricidad y obtener así ganancias inmerecidas.

42 Por consiguiente, el concepto de gratuidad de los derechos de emisión del artículo 10 de la Directiva 2003/87 no se opone a una normativa como la controvertida en los litigios principales que minorra la retribución de los productores de energía eléctrica para compensar las ganancias inmerecidas resultantes de la asignación gratuita de derechos de emisión, siempre que, como se ha puesto de relieve en el apartado 30 de la presente sentencia, no se menoscaben los objetivos de dicha Directiva.

43 Por lo que se refiere a este segundo aspecto, cabe recordar que el objetivo principal de la Directiva 2003/87 es reducir, de manera sustancial, las emisiones de gases de efecto invernadero. Este objetivo debe lograrse respetando una serie de objetivos secundarios y recurriendo a determinados instrumentos. El instrumento principal a tal efecto es el régimen de la Unión para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Los otros objetivos secundarios a los que debe responder ese régimen, como se expone en los considerandos 5 y 7 de la propia Directiva, son fundamentalmente preservar el desarrollo económico y el empleo y mantener la integridad del mercado interior y de las condiciones de competencia (véase la sentencia de 29 de marzo de 2012, Comisión/Estonia, C-505/09 P, apartado 79).

44 En consecuencia, en este caso se plantea más concretamente la cuestión de si, mediante la compensación de las ganancias inmerecidas resultantes de la asignación gratuita de derechos de emisión, la normativa controvertida en los litigios principales menoscaba o no la finalidad del régimen -que establece la Directiva 2003/87- de reducir las emisiones, basándose en la internalización de los costes medioambientales en el cálculo del precio de los productos.

45 Procede señalar, en primer lugar, que la asignación gratuita de derechos de emisión era una medida transitoria tendente a evitar la pérdida de competitividad de las empresas como consecuencia del establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión. Por tanto, esta medida no guarda relación directa con el objetivo medioambiental de reducción de las emisiones.

46 Es preciso observar, en segundo lugar, que la normativa controvertida en los litigios principales no afecta al mercado de derechos de emisión, sino a las ganancias inmerecidas que obtienen todos los productores de energía eléctrica en España como consecuencia de la internalización del valor de los derechos de emisión en el cálculo del precio de las ofertas aceptadas para fijar el precio en el mercado mayorista de electricidad, habida cuenta del carácter marginalista de este mercado.

47 En efecto, las empresas pueden utilizar los derechos de emisión que se les han asignado gratuitamente para su actividad de producción de energía eléctrica o pueden venderlos en el mercado de derechos de emisión, en función de su valor en el mercado y de las ganancias que podrían obtener de este modo.

48 Debe declararse, en tercer lugar, que la normativa controvertida en los litigios principales no perjudica al objetivo medioambiental de la Directiva 2003/87, consistente en incentivar la reducción de las emisiones.

49 En efecto, por una parte, con el fin de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, la citada Directiva ha establecido un régimen para el comercio de derechos de emisión. Tal como se prevé en su artículo 1, las condiciones para incentivar la reducción de emisiones hacen que la reducción se haga de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente, dado que el productor puede optar por invertir en tecnologías más eficaces que emitan menos gases de efecto invernadero o por utilizar más derechos de emisión o incluso por disminuir su producción, decantándose por la opción económica más ventajosa. Ahora bien, habida cuenta del hecho de que, en virtud de la normativa controvertida en los litigios principales, el valor de los derechos de emisión puede materializarse mediante la venta de los mismos, resulta que esta normativa no tiene por efecto disuadir a los productores de energía eléctrica de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

50 Por otro lado, los costes de emisión de gases de efecto invernadero se han internalizado en el cálculo del precio de las ofertas de los productores en el mercado mayorista de electricidad. Pues bien, en la medida en que un coste de producción más elevado debilita su posición en ese mercado, se estimula a los productores de energía eléctrica a reducir las emisiones que conlleva su actividad.

51 Por último, la Ley 1/2005 impone a las empresas productoras de energía eléctrica la obligación de entregar cada año un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones totales verificadas de la instalación



durante el año natural anterior, para proceder posteriormente a su cancelación conforme al artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87 .

52 No obstante, varios productores han sostenido, en sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, que la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica de que se trata en los litigios principales está concebida de tal modo que suprime el incentivo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

53 Ciertamente, de las respuestas a las cuestiones escritas formuladas por el Tribunal de Justicia se deduce que la fórmula de cálculo de esa minoración prevista en la Orden Ministerial ITC/3315/2007 podría dar lugar a que la reducción por el titular de una determinada central eléctrica de sus emisiones de gases de efecto invernadero tuviera por efecto aumentar el importe de la carga que este titular debe asumir.

54 No obstante, el Gobierno español ha señalado que este coste adicional no anula el beneficio generado por la participación en el comercio de derechos de emisión.

55 A este respecto, ha de subrayarse que el incentivo para reducir las emisiones de cada instalación reside en la ganancia que puede obtenerse por la disminución de sus necesidades de derechos de emisión, los cuales tienen un valor económico que puede materializarse mediante su venta, con independencia de que se hayan asignado gratuitamente.

56 Por otra parte, el objetivo de la Directiva 2003/87 consistente en reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente no requiere, como se ha destacado en el apartado 41 de la presente sentencia, que las empresas repercutan en el precio aplicado a los consumidores los costes de los derechos de emisión que han sido asignados gratuitamente.

57 Además, en el mercado español de la producción de energía eléctrica, dado que se paga un precio único a todos los productores y que el consumidor final no tiene conocimiento de la tecnología empleada para producir la energía eléctrica que consume y cuya tarifa fija el Estado, la mayor o menor medida en que los productores de energía eléctrica puedan repercutir en el precio el coste que representa la utilización de derechos de emisión no influye en la reducción de las emisiones.

58 Cabe colegir de lo anterior que una carga que minora la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, como la prevista por la normativa controvertida en los litigios principales, aunque pueda disminuir el incentivo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, no lo suprime por completo.

59 En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 10 de la Directiva 2003/87 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 .».

Por ello, conforme a los criterios expuestos por el Tribunal de Justicia, rechazamos la tesis argumental que formula el Letrado defensor de la mercantil recurrente, respecto de que tanto el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, como la Orden Ministerial ITC/3315/2007, de 15 de noviembre. supongan la supresión del carácter gratuito de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, porque, tal 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.

En este sentido, tampoco compartimos la alegación casacional que formula el Letrado defensor de la mercantil recurrente, referida a que el mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, introducido en el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, y que se desarrolla en la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, 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 relieve en la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 , aunque



pueda 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 suponga la supresión del mecanismo de mercado creado por la Directiva 2003/87/CE.

En relación con el extremo del motivo de casación en que se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 33 de la Constitución, por no apreciar la Sala de instancia que la Orden impugnada establece una expropiación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente sin la preceptiva compensación, descartamos 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 tenga un contenido confiscatorio, pues coincidimos con el criterio expuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida 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.

Al respecto, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3634/2010), ya hemos rechazado que sea procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en lo que concierne 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.».

En este sentido, desestimamos el extremo del motivo de casación en que se cuestiona que la Sala de instancia no haya apreciado la violación del principio de reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución, teniendo en cuenta que la Orden Ministerial impugnada aborda el desarrollo de una prestación patrimonial pública de naturaleza coercitiva impuesta por el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, que no tiene el rango normativo suficiente, pues cabe referir que no compartimos dicha argumentación, porque, como hemos puesto de relieve en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), 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).

Procede, asimismo, rechazar el extremo del motivo de casación fundamentado en la vulneración del principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, porque descartamos que la Sala de instancia haya realizado una incorrecta aplicación de este principio general del Derecho al sostener que no procedía la anulación de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, a pesar de contemplar la minoración de la restricción de la actividad de producción de energía eléctrica al periodo de cumplimiento de 2006, ya que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 234/2001, de 13 de diciembre, en el supuesto enjuiciado no se aprecia que se haya violentado en el ejercicio de las facultades de ordenación del sistema eléctrico los límites derivados del respeto de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En efecto, aunque sostenemos que el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, se opone a que una disposición de carácter general que tenga un contenido de gravamen se aplique retroactivamente a situaciones jurídicas agotadas, cabe tener en cuenta que el sistema de minoración de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, que se adopte en 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, que entró en vigor el 1 de marzo de 2006, contempla la liquidación de la tarifa para dicha anualidad de 2006 en su conjunto.

En este sentido, en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004 (RC 3635/2010), ya hemos advertido que 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).

En lo que se refiere al extremo del motivo de casación en que se reprocha a la Sala de instancia no haber tomado en consideración que la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, vulnera el principio de jerarquía normativa, cabe recordar que, según dijimos en la sentencia de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), dicha Orden ministerial 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 sí 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 declaremos 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/3315/2007 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".

Al respecto, cabe referir que las empresas generadoras habían percibido un "sobreingreso" o "ganancias inmerecidas" que 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 resultados 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.

Pero, 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, por mucho "esfuerzo interpretativo", "contextualización" o apelaciones a la finalidad de aquél que se hayan alegado para cohonestar uno y otra, ya que el Real Decreto-ley 3/2006 se limitaba, en términos que no admiten la interpretación expuesta en las sentencias de instancia, a disponer 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 .

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el extremo del motivo de casación articulado respecto de la infracción del principio de jerarquía normativa, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1611/2007 , que casamos.

Y en aplicación del artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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, debiendo anular, por no ser conformes a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la Disposición adicional única de dicha Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, en los términos fundamentados.

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.- Sobre las costas procesales .

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1611/2007 , que casamos.

Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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, debiendo anular, por no ser conformes a Derecho,



el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la Disposición adicional única de dicha Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, en los términos fundamentados.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando 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 en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.

FONDO DOCUMENTAL CENDO