



Roj: **STS 5402/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5402**

Id Cendoj: **28079130032014100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/12/2014**

Nº de Recurso: **5759/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5056/2011,**
STS 5402/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 5759/2011, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 389/2010, formulado contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 26 de julio de 2010, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la precedente resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, por la que se determinan las obligaciones de pago de Nuclenor, S.A., en aplicación de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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, que ascienden a 849.468 €. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 389/2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº 389/2010 interpuesto por la representación procesal de NUCLENOR, S.A. contra la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 26 de julio de 2010, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 15 de septiembre de 2009, por la que se determinan las obligaciones de pago de dicha empresa en aplicación de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2007 la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derecho de emisión de gases efecto invernadero.

Sin pronunciamiento sobre las costas causadas . » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A. recurso de casación que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 16 de diciembre de 2011 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil NUCLENOR, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 29 de diciembre de 2011, 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, teniendo por presentado este escrito en el debido tiempo y forma, junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y, en sus méritos, al amparo de lo dispuesto en los artículos 92 y 93 de la Ley de la Jurisdicción, tenga por interpuesto Recurso de Casación contra la *Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 19 de octubre de 2011, recaída en autos del Recurso Contencioso-Administrativo número 389/2010 y, previos los trámites procesales oportunos, case la referida Sentencia, revocándola expresamente.*

Por Primer Otrósí solicita se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE para que éste determine la validez de los argumentos de derecho comunitario presentados en este recurso y, en particular, la interpretación del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE y su conformidad con el Real Decreto-ley 3/2006. ».

CUARTO.- Por providencia de 15 de marzo de 2012, se admite el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 9 de abril de 2012 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, evacuando dicho trámite el Abogado del Estado por escrito presentado el 4 de junio de 2012, 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, se sirva admitirlo, 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 desestimado el recurso de casación interpuesto por Nuclenor, S.A., contra la *sentencia de 19 de octubre de 2011 (autos 389/10), al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la recurrente por ser preceptivas.* ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 6 de octubre de 2014, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2014, fecha en que tuvo lugar el acto.

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 interpone por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 26 de julio de 2010, que desestimó el recurso de alzada planteado contra la precedente resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, por la que se determinan las obligaciones de pago de Nuclenor, S.A., en aplicación de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 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, que ascienden a 849.468 ?.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en los criterios formulados por esa Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la impugnación de la Orden ITC/3315/2007, anterior a la aplicada en autos, y la Orden ITC/1722/2009, según se razona en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] *Ahora bien, la asignación gratuita de los derechos de emisión en los dos primeros periodos establecidos en la Directiva 2003/87/CE (2005-2007 y 2008-2012), genera un sobreingreso para su titular puesto que, aunque la asignación sea gratuita, la utilización de los derechos de emisión para producir electricidad por parte de las empresas productoras no es gratuita, ya que conlleva un coste de oportunidad (el lucro cesante de no haber vendido esos derechos) que se incluye o internaliza en sus costes de producción de esa electricidad.*

Esa internalización se produce en todo caso, con independencia de la forma (gratuita o no) en que se hayan adquirido los derechos de emisión. Pero mientras que cuando esos derechos se adquieren en el mercado o se asignan de manera onerosa, el coste de los mismos ha sido sufragado por su titular, cuando la asignación se produce de manera gratuita, se produce un sobreingreso para el titular derivado de esa internalización al repercutir un coste en el que no ha incurrido, y que finalmente será trasladado a los consumidores.



Y este sobreingreso se produce también para aquellas tecnologías, como la nuclear o la hidráulica que no producen emisiones, y que, por tanto no tienen asignados derechos de emisión, puesto que también se ven beneficiadas de ese aumento del precio de la electricidad producido como consecuencia de la internalización de los costes de los derechos de emisión por las centrales asignatarias, pues son éstas las que marcan dicho precio en un mayor porcentaje de horas, teniendo en cuenta el carácter marginalista del mercado mayorista de la electricidad, en el que la última unidad de producción necesaria para atender a la demanda es la que fija el precio de todas las unidades de producción.

La finalidad de la Orden es, pues, minorar la retribución que reciben las empresas en un importe equivalente a ese sobreingreso para evitar, así, que los consumidores paguen dos veces el coste medioambiental asociado al consumo de combustibles fósiles.

[...] Partiendo de lo expuesto, y de que la empresa recurrente no niega que, en su condición de titular de instalaciones de energía eléctrica, se haya beneficiado de la obtención de esos ingresos derivados de la internalización en las ofertas de venta de energía eléctrica del coste de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, como el resto de las empresas generadoras de energía eléctrica, no puede prosperar su alegación de que la minoración de la retribución que regula la Orden impugnada sea una medida limitadora del ejercicio de su libertad de empresa.

Según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional el ejercicio de la libertad de empresa viene a implicar fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio , FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4 ; y 135/1992, de 5 de octubre , FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre , FJ 15).

De la doctrina expuesta es difícil extraer que se produzca en este caso la vulneración pretendida, porque nos encontramos ante una medida que no impide "iniciar y sostener una actividad empresarial", ni tampoco impide "hacerlo en libre competencia", ni, en fin, genera "prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad".

Es decir, se trata de una medida que no es excluyente del acceso al mercado ni obstaculizadora del ejercicio libre de la actividad, aunque, evidentemente afecte a la misma. Ahora bien, que incida en la actividad económica de la empresa no implica que sea lesiva de la citada libertad de empresa, pues es precisamente el ejercicio de esa actividad económica de carácter lucrativo la que determina la minoración cuestionada.

Actividad económica que, como pone de manifiesto la jurisprudencia constitucional, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general. Pues la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (FJ 6, D) de la STC 127/1994, de 5 de mayo).

[...] Tampoco cabe acoger la alegación de que la minoración tenga carácter confiscatorio o privación de los lícitos rendimientos obtenidos en el ejercicio de su libertad de empresa, vulnerando así los artículos 31 y 33 CE, y ello por afectar al precio libremente obtenido por la energía eléctrica en el mercado eléctrico organizado (pool).

Así, por lo que se refiere a la vulneración del derecho reconocido en el artículo 33 CE, el Tribunal Constitucional, poniendo en estrecha conexión los tres apartados del art. 33 CE, ha declarado que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes" (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2 ; ó 204/2004, de 18 de noviembre , FJ 5, entre otras).

También se ha referido al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en esencia, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación



de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre , FJ 11).

Pues bien en el caso de autos, no puede considerarse que la minoración cuestionada suponga una privación singular de un derecho o interés legítimo de la recurrente que desconozca el contenido esencial del derecho, pues no se está privando a la entidad recurrente de unos rendimientos lícitamente obtenidos, sino que se arbitra una medida tendente a que el aumento en el precio de la energía eléctrica como consecuencia de la internalización de los derechos de emisión asignados gratuitamente no se repercuta a los consumidores, de modo que los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas generadoras como consecuencia de la internalización de esos derechos de emisión asignados se destinen a sufragar los costos del sistema.

Además, el importe de la minoración es proporcional al sobreingreso obtenido por la internalización del coste de los derechos de emisión, y en el caso de la parte actora se da además la circunstancia de que utiliza la energía nuclear, que no es asignataria de derechos de emisión, y aún así ha visto incrementado su margen de beneficios en una cantidad equivalente al incremento del precio derivado de la internalización efectuada por la tecnología marginal mayoritaria, sin que haya tenido que incurrir en cotes adicionales para ello, obteniendo así unos beneficios extraordinarios (windfall profits), y cuya detracción para atender a los costes del sistema no puede considerarse confiscatoria.

[...] Por otro lado, tampoco es revelador de la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 31 y 33 CE , del hecho de que en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 6/2009 se reconozca que las medidas adoptadas hasta ese momento se hayan mostrado insuficientes para reducir el déficit tarifario, como apunta la parte recurrente, pues aunque pudiera discreparse de la eficacia de una concreta medida para el fin pretendido e incluso hubiera sido reconocido posteriormente por el legislador, como señala la parte actora, ello no implica que la misma sea confiscatoria, ni corresponde a esta Sala enjuiciar cual debería haber sido la medida adecuada, pues ello supondría discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no tiene porqué resultar arbitraria o irracional (SSTC 44/1988, de 22 de marzo, FJ 13 ; 116/1999, de 17 de junio, FJ 14 ; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 ; 96/2002, de 26 de abril, FJ 6 ; 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 7 ; y 47/2005, de 3 de marzo , FJ 7).

[...] El siguiente motivo de impugnación que se invoca es la extralimitación de la Orden ITC/1721 respecto de la habilitación establecida en el Real Decreto-Ley 3/2006, y la caducidad de éste.

Alega la parte recurrente, que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio no se ajusta al desarrollo reglamentario del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 , sino que, pese a que dicho artículo sigue haciendo referencia en todo momento a "grupos empresariales" como destinatarios de la norma, la Orden Ministerial ITC/1721, amplía su efecto jurídico abarcando, asimismo, a "los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en territorio peninsular", vulnerando la seguridad jurídica que da la norma con rango de ley. Además, la Orden ITC/1721, en desarrollo del apartado 3 del artículo 2 del Real Decreto -Ley 3/2006 , por aplicación extensiva de la metodología seguida por la Orden Ministerial ITC/3315 y aplicada el año 2006, lleva cabo dicho desarrollo una vez transcurrido en su totalidad el plazo de vigencia del Plan Nacional de Asignación 2005-2007. En relación con lo anterior, considera que hay que hacer referencia al Real Decreto-Ley 11/2007, que modifica el ámbito de aplicación subjetivo, estableciendo en su artículo 2 que "La minoración se aplicará a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", siendo ésta una aclaración que debería haber incluido en el Real Decreto-Ley 3/2006, si realmente hubiera tenido en mente a la hora de legislar que dicha norma debería tener como destinataria, entre otras, a una sociedad de las características únicas que concurren en la recurrente (no asignataria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero).

En resumen, entiende que no se dan las circunstancias necesarias para determinar que la habilitación contenida en el Real Decreto-Ley 3/2006 estaba vigente en el momento en que la Orden Ministerial ITC/1721 entró en vigor, por las siguientes razones: 1) El Real Decreto-Ley 3/2006 no establece una regla general del sector eléctrico que tendrá vigencia indefinida en el tiempo, su vigencia se ciñe únicamente al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, que expiró el 31 de diciembre de 2007; y 2) Las empresas eléctricas ya habían cerrado el ejercicio económico del año 2007, y sus cuentas ya habían sido aprobadas por las respectivas juntas ordinarias de accionistas y depositadas en el Registro Mercantil para cuando la Orden Ministerial ITC/1721 entró en vigor; por tanto, hay una retroactividad en la liquidación e imputación contable en la minoración de las retribuciones contraria al artículo 9.3CE .



[...] La objeción que se hace a la habilitación normativa que resulta del Real Decreto-Ley 3/2006, no puede prosperar.

El artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 "Consideración de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero del Plan Nacional de Asignación 2006-2007", dispone:

<< 1. A partir del día 2 de marzo de 2006, para las casaciones correspondientes al 3 de marzo de 2006, la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica a la que hace referencia el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, 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.

A los efectos del cálculo de los importe de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa del año 2006 correspondientes al período desde el día 1 de enero de 2006 hasta el día 2 de marzo de 2006, inclusive, dichos importes se minorarán para cada grupo empresarial 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, 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, durante el mismo período.

2. El valor unitario de referencia de los derechos de emisión será el precio de mercado del periodo al que correspondan calculado de manera transparente y objetiva.

3. Se habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para el desarrollo reglamentario de la presente disposición >>.

Así, esta Sala ya ha declarado que la minoración que se acuerda se produce para todas las casaciones que se realicen a partir del 2 de marzo de 2006, para las casaciones correspondientes al 3 de marzo de 2006», y para la «retribución de la actividad de producción de energía eléctrica». Y que, la interpretación del artículo 2 del Real Decreto Ley 3/2006 a la luz de lo establecido en su Exposición de Motivos, nos lleva a concluir que la minoración establecida en el mismo afecta a todas aquellas empresas que se han visto beneficiadas por el alza de los precios como consecuencia de la internalización de los derechos de emisión (sentencias (Sección 8ª) de 22 de marzo y 6 de abril de 2010 -recursos núms. 30/2008 y 1628/2007 - entre otras), y no solo a los integrados verticalmente en un grupo empresarial.

Interpretación ésta que avala también la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 (recurso nº 145/2007) que resuelve el recurso interpuesto contra la Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, referida a la «Aplicación del 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». En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara, respecto de la alegación de que dicha disposición vulnera el artículo 14 CE, en cuanto produce una situación de discriminación respecto de los comercializadores y, asimismo, en detrimento de los productores de energía eléctrica no integrados verticalmente, que no participan a través de su grupo en actividades reguladas, en la medida en que se les obliga a contribuir a la reducción del déficit de ingresos del sistema eléctrico regulado, en el que no participan, que:

<<(…) la uniformidad del régimen jurídico para todos los operadores del sistema, que supone la consideración de ingresos liquidables de las cantidades detraídas, no constituye un trato discriminatorio que carezca de justificación, pues siguiendo las pautas interpretativas expuestas en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2008 (C-127/07), la disposición analizada, conforme a lo establecido en el Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, persigue el objetivo principal de paliar el déficit tarifario que está provocado por la insuficiencia de los ingresos que deben proporcionar las tarifas y peajes y otros conceptos para retribuir el coste reconocido a las actividades que realicen las empresas del sector que suministran electricidad a los consumidores, por lo que resulta también imputable directamente a los peajes de acceso a la red pagados por los comercializadores, ni toma en consideración que los costes en que incurren las empresas distribuidoras para comprar la energía eléctrica que suministran a tarifa son costes del sistema.

Carece de fundamento la imputación que se formula a la Disposición adicional duodécima del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, de no atender a la diferencia objetiva existente entre los generadores de energía eléctrica verticalmente integrados en grupos con distribución, respecto de aquellos productores que no lo están, y que, en consecuencia, exigiría un trato diferenciado de la norma reglamentaria, porque dicho planteamiento impugnatorio, formulado de forma abstracta y genérica, cuestiona, en realidad, la legalidad del artículo 2.1 de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 3315/2007, de 15 de noviembre, que establece que la



regulación de minoración, para el año 2006, de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente a esta actividad, será de aplicación a los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en el territorio peninsular, obligando a los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica a realizar un pago correspondiente al año 2006, que se calculará atendiendo a variables objetivas, porque de ningún modo se ha acreditado por la recurrente que, en su condición de titular de instalaciones de producción de energía eléctrica, no se hubiera beneficiado de la obtención de sobreingresos derivados de la internalización en las ofertas de venta de energía eléctrica del coste de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, como el resto de empresas generadoras de energía eléctrica>>..

[...] Tampoco cabe acoger la invocada caducidad de la habilitación contenida en el Real Decreto Ley 3/2006, pues el mismo no establece un plazo limitado de vigencia, contemplando en su artículo 2.1 transcrito, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica para las casaciones que se efectúen a partir del día 2 de marzo de 2006, 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", y resulta que el ejercicio 2007 cuya minoración regula la Orden impugnada, está comprendido en dicho Plan de Asignación 2005-2007.

Esta Sala y Sección, en sentencia de 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso nº 37/2010, en el que era de aplicación la misma Orden ITC/1721, ha declarado, por remisión al criterio de la Sala que, aunque la Orden se refiere al ejercicio 2007 y data de 2009, la aplicación de la minoración a la retribución percibida en periodos anteriores a la entrada en vigor de la Orden no es ilegal, pues, por un lado, el artículo 9.3 CE no impide la retroactividad de las normas, poniendo únicamente límites en el caso de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, lo que no es el caso. Y que 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. Por tanto, los derechos de emisión se asignan para un periodo, pero se liquida su uso en el ejercicio siguiente.

[...] Bajo el tercer motivo denuncia el carácter retroactivo de la regulación prevista en la Orden Ministerial ITC/1721.

Manifiesta que el pago en régimen de depósito en la cuenta de la Comisión Nacional de la Energía que regula la Orden Ministerial impugnada, en su artículo 4, se corresponde al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007. Y entiende que ello estaría vulnerando el principio constitucional de irretroactividad por el que se prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En particular, establece la detracción de la retribución de las empresas del sector eléctrico por los derechos de emisión asignados gratuitamente a las empresas del sector eléctrico y que, para el periodo de cumplimiento 2007, ya habían sido expedidos y cancelados en el año anterior, lo que supone una incidencia retroactiva en las situaciones jurídicas derivadas de derechos ya extintos.

La Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, fue publicada en el BOE de 29 de junio de 2009, y entró en vigor al día siguiente (30 de junio de 2009). Y su artículo 4 regula las minoraciones correspondientes al año 2007 que se concretan en un pago correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007.

Como pone de relieve la STS de 22 de febrero de 2011 (rec. 135/2010), la jurisprudencia a propósito de la irretroactividad de las normas reglamentarias, que puede verse, por todas y como más significativas, en las sentencias de 25-11-1997 (recurso contencioso-administrativo núm. 576/1994), 16-9-1998 (recurso de apelación 12366/1991), 26-2 y 17-5-1999 (recursos contencioso-administrativos 89/1996 y 627/1995), 7-6-2002 (2) (recursos de casación 3112/1995 y 5894/1997), 3-6-2003 (recurso de casación 1700/1999), 2-7-2004 (recurso de casación 4013/2001) y 17-5-2005 (recurso de casación 770/2003), no pregona una interdicción general de la retroactividad de las mismas, distinguiendo, por el contrario, tres grados de retroactividad, máximo, medio y mínimo.

Así, la aplicación de la minoración a la retribución percibida en periodos anteriores a la entrada en vigor de la Orden no es ilegal, pues, por un lado, el Real Decreto-Ley 3/2006, del que la Orden es desarrollo, ya establecía la extensión de la minoración a partir del año 2006, y por otro lado, el artículo 9.3 CE no impide la retroactividad de las normas, poniendo únicamente límites en el caso de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales -que no el caso-.

Así, conforme a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 90/2009, de 20 de abril, el principio de interdicción de retroactividad de las normas se refiere a las disposiciones sancionadoras no



favorables o restrictivas de derechos individuales, cuyo alcance y significado debe entenderse en los siguientes términos:

«A lo anterior debe añadirse también que es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (SSTC 27/1981, de 20 de julio , FJ 10 ; 6/1983, de 4 de febrero , FJ 2 ; 150/1990, de 4 de octubre , FJ 8 ; 173/1996, de 31 de octubre , FJ 3), a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril , FJ 3). Y es también doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (STC 126/1987, de 16 de julio , FJ 11), aun cuando, eso sí, 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 no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; y 182/1997, de 28 de octubre , FJ 11). ».

Y tal retroactividad no lesiona la confianza legítima y seguridad jurídica puesto que, en la hipótesis de que la norma hubiera sido dictada antes del día 1 de enero del año 2007 -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. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en relación con la Orden ITC/3315 (por todas, y entre las más recientes, Sentencia (Sección 4ª) de 28 de septiembre de 2011 -rec. 224/2010).

[...] En cuarto lugar, considera la parte recurrente que la Orden recurrida vulnera los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, lo que ya ha tenido respuesta en los Fundamentos precedentes a los que procede remitirnos. A lo que cabe añadir, en línea con lo declarado por la Sentencia (Sección 4ª) de 28 de septiembre de 2011 (rec. 224/2010), ya citada anteriormente, que el Real Decreto-Ley 3/2006 tuvo unas razones para surgir al mundo jurídico, guiadas por unos propósitos a los que no podía ser ajena una empresa productora de energía eléctrica cual la promotora, y además es palmario que la Orden desarrolla el Real Decreto-Ley en ese ámbito y con la lógica regulatoria ya meritada, por lo que resulta de todo punto inasumible la vulneración de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica que se denuncia, en cuanto que el régimen jurídico cuestionado discurre por unos márgenes normativos predeterminados y deriva de unas circunstancias perfectamente conocidas en el ámbito comercial o empresarial por el que discurre la actividad de la actora, que, por otra parte, no tiene un derecho inalterable a que ese régimen no sufra modificaciones, tanto más si estamos hablando, se insiste, de un mercado regulado. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, "la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de éstos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en Derecho" (Sentencia de 25 de octubre de 2006).

Y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 , a la que ya se ha hecho referencia, el principio de seguridad jurídica no incluye derecho alguno a la congelación del ordenamiento jurídico existente; y en cuanto a la vulneración del principio de confianza legítima la entidad mercantil recurrente, como empresa que opera en la actividad de distribución de energía eléctrica, no tiene un derecho que se mantenga inalterado el régimen retributivo del sector de la energía eléctrica, pues, ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE.

[...] La misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo referente a la vulneración del principio de igualdad, puesto que discrimina de forma injustificada al sector eléctrico respecto del resto de los sectores destinatarios de derechos de emisión gratuitamente asignados, y además, hace recaer sobre todos los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica, cualquiera que sea su tecnología, la carga de contribuir a subsanar las deficiencias del funcionamiento del mercado eléctrico que son ajenas a varias de estas empresas, como es su caso.

Al respecto, cabe recordar que la invocación del principio de igualdad, garantizado por el artículo 14 de la Constitución , según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre



, 134/1996, de 22 de julio y 46/1999, de 22 de marzo), requiere que se acredite que se ha producido una desigualdad de trato discriminatorio imputable directamente a la norma enjuiciada, en cuanto que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser, asimismo, iguales.

Como se advierte en la sentencia constitucional 70/1991, de 8 de abril, el artículo 14 de la Constitución establece la interdicción de la desigualdad injustificada o arbitraria, de modo que la existencia de trato diferenciado no es suficiente para admitir la lesión del principio de igualdad, siendo preciso, además, que el trato distinto carezca de justificación objetiva y razonable.

Pues bien, en el caso de autos no se aprecia la concurrencia de la identidad de supuestos de hechos que determine la vulneración del principio de igualdad, pues no puede equipararse las situaciones del sector eléctrico y la forma en que en el mismo se fija el precio de la electricidad con otros sectores del mercado también asignatarios de derechos emisión. Y en cuanto al hecho de que la Orden sea aplicable a todas las instalaciones de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, ya ha quedado plenamente justificado en Fundamentos precedentes, sin que la parte actora haya justificado que las tecnologías no asignatarias de derecho de emisión, como la que ella utiliza no se beneficien de unos ingresos extraordinarios derivados de la internalización por las instalaciones asignatarias del coste de esos derechos.

[...] Finalmente, se invoca la vulneración de los principios de legalidad, reserva de ley y jerarquía normativa. Entiende que el apartado 3 del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , aunque habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para el desarrollo reglamentario de dicho precepto, no le habilita para poder ampliar en términos extensivamente, ni otorga al rango reglamentario la potestad de completar las lagunas normativas e incluso interpretativas del escueto Real Decreto-Ley 3/2006, ni por supuesto le habilita para determinar un ámbito subjetivo más amplio que el que se desprende del mismo. A su juicio, la Orden ITC/1721, en cuanto amplía el ámbito subjetivo del Real Decreto Ley 3/2006 a las instalaciones no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, constituye una disposición de carácter general contra legem, por oponerse directamente, o cuando menos ultra legem, por introducir una regulación que excede de la prevista en una norma de rango superior.

También este motivo ha recibido ya respuesta en anteriores Fundamentos Jurídico, debiendo señalarse, no obstante, que esta Sala ya ha declarado, partiendo de la interpretación del artículo 2 del RDL 3/2006 y la finalidad del citado RDL expuesta en su Exposición de Motivos, que la citada minoración afecta a todas aquellas empresas que se han visto beneficiadas por el alza de los precios como consecuencia de la internalización de los citados derechos de emisión, resultando beneficiadas tanto las empresas asignatarias de los derechos de emisión gratuitos como aquellas que no lo son, ya que en el precio de venta de la energía de ambas dicho valor se ha incorporado.

Y que el mismo, dado su carácter regulatorio, resulta de aplicación "a aquellas otras instalaciones que no han recibido derechos de emisión pero, que pese a ello, se han visto beneficiadas por el alza de precios producida en el mercado como consecuencia del singular sistema que rige para la casación de ofertas y demandas"

Así el Real Decreto-Ley 3/2006 procedió a modular algunas de las consecuencias negativas en el mercado y, en concreto, el alza de precios experimentada. Y lo hizo además con carácter general y sin distinción alguna entre instalaciones asignatarias de derechos de emisión y no asignatarias pero que fueron beneficiadas por el alza de precios.

Por tanto, siendo éste el alcance del citado RDL, la Orden ITC/1721/2009, impugnada indirectamente, al regular la minoración tanto para las empresas asignatarias como para las que no lo son, se ajusta totalmente a la norma que desarrolla, por lo que no cabe apreciar infracción del principio de jerarquía normativa. Criterio éste seguido, entre otras muchas, por la Sentencia de 31 de mayo de 2010 (Sección 1ª) -rec 700/2008 - .».

El recurso de casación se articula en la formulación de cinco motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , a excepción del cuarto, que se formula al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley jurisdiccional .

El primer motivo de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 1 y 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, que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de dicha norma, que se circunscribe al marco de los grupos empresariales y, concretamente, a las sociedades productoras de energía eléctrica que tuvieran asignados derechos de emisión de gases de efecto invernadero mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, en cuanto la Sala de instancia confirma



la actuación administrativa, fundamentada en la aplicación de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, a pesar de que esta disposición ministerial excede de la habilitación del mencionado Real Decreto-ley 3/2006.

En el segundo motivo de casación se imputa a la sentencia de instancia la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en cuanto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional no toma en consideración que el Real Decreto-ley 3/2006, en virtud del cual se ordenaba la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica para el periodo 2005-2007 fue aprobada el 24 de febrero de 2006 y que la Orden Ministerial ITC/1721/2009, fue dictada el 26 de junio de 2009, tres años y cuatro meses después de la aprobación del mencionado Real Decreto-ley.

El tercer motivo de casación se sustenta en la infracción del artículo 14 de la Constitución, en cuanto que la sentencia de la Audiencia Nacional supone una clara vulneración del derecho a la igualdad, en tanto que se parte de la situación de internalización de derechos de emisión por parte de todos los generadores de energía eléctrica, sin tener en cuenta que la recurrente no puede beneficiarse de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero de los que deriva la devolución de los sobreingresos que ahora se les exige.

El cuarto motivo de casación se basa en la infracción de los artículos 31, 33 y 38 de la Constitución, en cuanto que la Sala de instancia no aprecia que la Orden Ministerial ITC/1721/2009, tiene un contenido confiscatorio, ya que supone la privación de los lícitos rendimientos obtenidos por empresas en el ejercicio de su legítima libertad de empresa que carece de toda justificación, al no concurrir razones de utilidad pública.

El quinto motivo de casación, basado en 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, en cuanto que la Sala de instancia no tiene en cuenta que el aumento de los precios que se imputa a los productores de energía eléctrica deriva directamente de los principios del sistema de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, lo que determina que carezca de sentido pretender la neutralización de los efectos expresados por la normativa comunitaria mediante una regulación interna que ocasiona la privación de estos rendimientos lícitamente obtenidos.

SEGUNDO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de 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.

El quinto motivo de casación, sustentado en 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, que por razones de orden lógico examinamos prioritariamente, no puede ser acogido, atendiendo -tal como expusimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 26 de marzo de 2014 (RC 5464/2010)- al 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 minorra 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/1721/2009, de 26 de junio, menoscaban el carácter gratuito de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; generando un efecto idéntico al de asignación onerosa de dichos derechos, 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/1721/2009, de 26 de junio, vulnera el efecto útil de la normativa comunitaria europea reguladora del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, porque, como se pone de 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.

Debe, asimismo, rechazarse que la Sala de instancia haya conculcado el artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 174.3 y 175.2 del referido Tratado, y los artículos 2.1 , 24 , 37, 30 y Anexo de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, al sostener que en el supuesto enjuiciado no resultaba procedente que la adopción de las medidas previstas 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 desarrolla la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, fueren notificadas previamente a la Comisión Europea, en cuanto que compartimos el criterio de que se trata de disposiciones que se significan por su contenido regulatorio del sector eléctrico, destinadas a incidir en la formación de los precios en el mercado mayorista de electricidad y a reducir el déficit tarifario, lo que evidencia que no concurren los presupuestos de aplicación de los referidos preceptos del Tratado.

Al respecto, cabe poner de manifiesto que en el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de julio de 2009, en relación con el proyecto de Orden 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, se descarta el carácter medioambiental de la medida adoptada en el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , al referir que «la finalidad de la medida recogida en el real decreto-ley no consiste en disminuir las emisiones de CO2, sino en minorar la remuneración de las unidades de generación afectadas por la internalización de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero».

TERCERO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 9.3 de la Constitución

El segundo motivo de casación, fundamentado en la vulneración del principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución , no puede ser acogido, 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/1721/2009, de 26 de junio, a pesar de contemplar la minoración de la restricción de la actividad de producción de energía eléctrica al periodo de cumplimiento de 2007, 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 desarrollo de la regulación económica 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, contemplaba la liquidación de la tarifa para dicha anualidad de 2007 en su conjunto.

CUARTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del principio de igualdad enunciado en el artículo 14 de la Constitución .

El tercer motivo de casación, basado en la infracción del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución , no puede prosperar, pues compartimos el criterio de la Sala de instancia, que descarta que 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, discrimine de forma injustificada a las empresas del sector eléctrico en relación con el resto de sectores, en cuanto no acredita la existencia de un término de comparación adecuado entre los supuestos de hecho genéricamente invocados.

Al respecto, cabe señalar que no se ha demostrado que se haya infringido a la mercantil recurrente un trato discriminatorio por imponerse a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en el



territorio peninsular español en régimen ordinario la obligación de contribuir a la reducción del déficit tarifario mediante el mecanismo de minoración de la retribución en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, pues no ha acreditado que no se beneficiase de los sobreingresos derivados de la internalización de costes.

En este sentido, cabe poner de relieve que, según sostuvimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), de 26 de marzo de 2014 (RC 5464/2010) y de 5 de mayo de 2014 (RC 253/2011), resulta determinante para resolver el supuesto carácter discriminatorio de las Órdenes ITC, que establecían el mecanismo de minoración del régimen retributivo a la actividad de producción de energía eléctrica, la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-127/07, Sociétés Arcelor Atlantique et Lorraine y otros) en la que se descartó 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 permitían, 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.

QUINTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 31, 33 y 38 de la Constitución.

El cuarto motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 31, 33 y 38 de la Constitución, no puede prosperar, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 5884/2010) y de 26 de marzo de 2014 (RC 5464//2010), en que sostuvimos que procedía rechazar que la sentencia recurrida infringiera el artículo 33 de la Constitución, por no apreciar la Sala de instancia que la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, 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 3635/2010), 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 año 2007, 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).

SEXTO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 1 y 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.

El primer motivo de casación, basado en la infracción de los artículos 1 y 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, debe ser acogido, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2014 (RC 3884/2011), en que sostuvimos que la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, en cuya aplicación se dictan las resoluciones impugnadas en el presente proceso -cuyo contenido coincide con el de la precedente Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre-, descansa en su práctica totalidad, sobre un presupuesto jurídicamente inadecuado: pues en vez de desarrollar en sus propios términos el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , minoró la retribución no ya en el importe exacto del valor de los derechos de emisión 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, incurriendo 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.



En efecto, según hemos expuesto en la mencionada sentencia de esta Sala jurisdiccional, 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 la retribución -en el importe equivalente al valor de éstos- su retribución en el mercado mayorista. Lo que la Orden ITC/1721/2009 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 ("sobrepeso") 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.

Por ello, dado que el régimen establecido en el artículo 4.2 y 5 de la Orden impugnada indirectamente se limitan a dar forma a la extralimitación reglamentaria, 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.

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 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.

Pero, este designio que se plasma en la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, no era, sin embargo, compatible con el tenor del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006. Sí lo podría haber sido si hubiera tenido el respaldo o cobertura normativa que más tarde le proporcionaría el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre. 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).

Por ello, consideramos que no es compatible el contenido de la Orden ITC/1721/2009 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 primer motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 389/2010, 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 NUCLENOR, S.A. contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 26 de julio de 2010, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la precedente resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, que anulamos, por ser disconforme a Derecho, ordenándose a la Comisión Nacional de Energía a que proceda a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas con sus correspondientes intereses.

SÉPTIMO.- 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 NUCLENOR, S.A. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 389/2010, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A. contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 26 de julio de 2010, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la precedente resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, que anulamos, 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.

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.- Eduardo Calvo Rojas.- 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.