



Roj: **STS 4553/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4553**

Id Cendoj: **28079130032014100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/11/2014**

Nº de Recurso: **3884/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2461/2011,**  
**STS 4553/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil catorce.

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número 3884/2011, interpuesto por la Procuradora Doña Felisa González Ruiz, en representación de la entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. (posteriormente sustituida la denominación social por GDF SUEZ CARTAGENA ENERGÍA, S.L.), con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 37/2010, planteado contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, 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 Aes Energía, S.R.L., 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 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 523.546 €. 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 37/2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 18 de mayo de 2011, cuyo fallo dice literalmente:

« Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de AES ENERGÍA CARTAGENA SL contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que son conformes a Derecho, confirmándolas, si imposición de costas. » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. 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 20 de junio 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 entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de septiembre 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 SUPLICO:



« que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tenga a AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L., por personada y parte en este recurso; tenga por interpuesto y formalizado por mi representada RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia la Sentencia dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 18 de mayo de 2011 , que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi mandante contra la Resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, que confirmaba enalzada la Resolución de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, por la que se determinan las obligaciones de pago de mi representada, para el año 2007, en aplicación de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio; y, en consecuencia, estimando los motivos de casación expuestos en este recurso, case y revoque la Sentencia recurrida y acuerde:

i. La anulación de Resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009 y de la Resolución de la CNE de 15 de septiembre de 2008, por la que se determinan las obligaciones de pago de AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L., en aplicación de la Orden ITC/1721/2009;

ii. La condena a la Administración demandada a reintegrar, o a realizar las actuaciones precisas para que sea reintegrada, a AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L., la cantidad de 523.548 euros que mi mandante pagó en cumplimiento de las Resoluciones anteriores, así como los intereses legales devengados, desde que se realizó el pago hasta que en ejecución de sentencia se devuelva su importe;

iii. La anulación de la Orden ITC/1 721/2009, 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. » .

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 11 de noviembre de 2011 se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2011 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, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 19 de enero de 2012, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formulado escrito de oposición al recurso, debiendo ser rechazados los motivos así como el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas a la actora. » .

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 7 de julio 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 4 de noviembre 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 interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, 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 Aes Energía, S.R.L., 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 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 523.546 €.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, sustancialmente, en consonancia con los pronunciamientos de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictados en relación con la impugnación de la Orden ITC/3315/2007, anterior a la aplicada en autos, y a la Orden ITC/1722/2009, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] En lo que ahora importa, el régimen de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero -dióxido de carbono (CO2)- asignados a las instalaciones de generación de electricidad, tiene



su origen normativo inmediato en la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre que prevé unos periodos de implementación, el primero de tres años de duración (2005-2007) y el segundo de cinco (2008-2012), y los Estados Miembros de la UE deben presentar para cada periodo un PNA. En España el primer PNA se aprobó por RD 1866/2004, de 6 de septiembre y el segundo por RD 1402/2007, de 29 de octubre. Lo relevante es que de acuerdo con la Directiva 2003/87/CE (artículo 10), durante esos dos primeros periodos de asignación de derechos un porcentaje de derechos de emisión se asigna gratuitamente, así para el primer periodo las instalaciones deben recibir gratuitamente al menos un 95% del total de los derechos asignados y un 90% en el segundo periodo 2008-2012, lo que se modula para el primer periodo en el artículo 16.1 RD-Ley 5/2004, de 27 de agosto.

[...] El objeto de tal normativa es fomentar la reducción de tales emisiones, para lo cual se crea un mercado internacional de derechos de emisión en el que, quien desee contaminar, pague, lo que al incrementar los costes de producción y el precio de venta, desincentivará el uso de esas técnicas productivas a favor de otras más limpias. De esta manera la posibilidad de emisión queda sujeta a autorización, es objeto de un acto de asignación por el Consejo de Ministros en aplicación del PNA y en virtud de tal acto el productor de energía eléctrica adquiere un derecho -el derecho de emisión- configurado como derecho subjetivo de contenido económico objeto de comercio ( artículo 12 Directiva en relación con los artículos 20 tanto del RD-Ley 5/2004, como por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, normas que regulan el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero). La gratuidad transitoria a la que antes se ha hecho referencia obedece al deseo de distribuir entre productores y consumidores la renta que genera la asignación inicial de derechos de emisión.

[...] Tal régimen se inserta en el de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, norma que traspone la Directiva 96/92/CE. Su objetivo es ir a un mercado interior de la electricidad en la UE partiendo de la liberalización de la generación y comercialización de la energía eléctrica, sienta las bases de la progresiva liberalización de la comercialización si bien mantiene la intervención en el transporte y distribución. La Ley 54/1997 contempla el sector eléctrico como "necesariamente regulado" por el carácter esencial que para la economía implica el suministro eléctrico; por incidir en la competitividad de la economía nacional y en la evolución de otros sectores de la industria; por entender que el transporte y la distribución de electricidad constituye un monopolio natural y porque la imposibilidad de almacenar electricidad lleva a que la oferta deba ser igual a la demanda en cada momento, lo que exige coordinación en la producción de energía eléctrica y en las decisiones de inversión en generarla y transportarla.

[...] Sin entrar ahora en pormenores del modelo parcialmente liberalizador que inspira esa regulación, mediante el RD-Ley 3/2006, de 24 de febrero, se alteró es esquema liberalizador. Su objeto es modificar 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, en lo que a este pleito interesa, introduce la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor del derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente. La razón de tal minoración radica en que la decisión de incorporar el coste de los derechos de emisión en las ofertas de energía alcanza a la oferta de venta de energía lo que, a su vez, alcanza a la oferta del mercado y finalmente al precio de la electricidad.

[...] A partir del esquema expuesto y entrando ya en los motivos de impugnación reseñados en el Antecedente de Hecho Tercero, se seguirá en su enjuiciamiento el orden de la demanda, por lo que se enjuiciarán en primer lugar las cuestiones generales del sistema de minoración, en concreto la infracción de la normativa comunitaria; luego se abordarán las cuestiones relativas a la infracción del principio de jerarquía normativa por parte de la Orden ITC/172172009 para finalizar con pretensión subsidiaria que ejerce la actora para que la Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad respecto del RD-Ley 3/2006 por razón de las dudas de constitucionalidad que en el folio 9 relaciona respecto de los artículos 9.3, 10.2, 14, 31.3, 33, 38, 53.1 y 97 para concretar los motivos del artículo 66 en adelante, si bien omite toda consideración sobre los artículos 10.2, 14 y 31.3 CE, razón por la cual no se hará consideración alguna sobre los mismos.

[...] Respecto de la infracción del Derecho comunitario, alega en primer lugar la vulneración del principio de gratuidad en la asignación de derechos de emisión. Al respecto tiene dicho la Sala que, desde la naturaleza de tales derechos tal y como se ha expuesto, es legítima la internalización de su valor como costes de oportunidad, aunque se adquiriesen gratuitamente; es también legítima su proyección a las ofertas de energía realizadas en el mercado diario e intradiario de generación de energía eléctrica. Por razón de tal legitimidad, no se ha reprochado motivo de ilegalidad, fraude o contravención de las reglas o de los usos del comercio en esa internalización, ni se entiende que la búsqueda del mayor beneficio como regla económica racional aplicable a sociedades mercantiles generadoras fuese reprochable por computar esos derechos como costes de oportunidad, luego activos que, siendo por naturaleza comercializables, tanto si en lugar de enajenarse se consumen en la generación de energía eléctrica como si no se emplean para tal fin y se enajenan.



[...] Conforme a lo expuesto la Sala ha declarado que el sistema español de formación de precios en el mercado mayorista de electricidad no está sometido a competencia internacional que las empresas generadoras han computado como ingreso el valor de los derechos de emisión asignados y como coste variable de producción el total de los derechos de emisión necesarios para producir, más el coste de oportunidad perdido por el hecho de utilizar los derechos asignados para producir, pues si no lo hubieran hecho podrían haber vendido esos activos. Esta internalización influye en la formación del precio de la electricidad, al alza, por cuanto los generadores incluyen el coste de esos derechos en sus ofertas de venta, lo que conlleva, a su vez, una repercusión del coste en los consumidores finales.

[...] Además la Sala ha declarado que la reacción de la Administración, concretada en el artículo 2 del RD-Ley 3/2006 y plasmada en las Órdenes de las que ha conocido esta Sala -la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio y la aquí impugnada indirectamente- no menoscaba el carácter gratuito de la asignación previa de derechos de emisión pues, más que normas medioambientales, se trata de normas de naturaleza regulatoria con lo que mediante una norma con rango formal de ley se modifica el régimen de precios de la Ley 54/1997 al intervenir en un aspecto de un precio liberalizado.

[...] Por razón de lo expuesto, la Sala ha reiterado que los objetivos de la Directiva 2003/87/CE no se ven mermados por las normas regulatorias aquí aplicadas; tampoco se afectaría su efecto útil pues tal efecto se concreta en conseguir la reducción de gases efecto invernadero mediante un sistema que sancione los procesos productivos y tecnológicos más contaminantes, sobre la base del principio de política medioambiental de que "quien contamina, paga". En definitiva, se trata de crear un mercado en el que, quien desee contaminar, tenga de pagar por ello, incrementando los costes de producción y el precio de venta, lo que lógicamente implicará desincentivar el uso de esas técnicas productivas, a favor de otras más limpias.

[...] La Sala ha entendido que la gratuidad de la inicial asignación de derechos de emisión se mantiene, no se prevé en la Directiva esa internalización de costes como mecanismo para lograr los objetivos perseguidos sino que se deja libertad bien para emplear los derechos de emisión o para transferirlo; ahora bien, no es finalidad de la Directiva que los consumidores finales soporten las consecuencias de la internalización, ni que las productoras de energía obtengan amplios beneficios respecto de unos derechos gratuitamente asignados para el cumplimiento de finalidades distintas al lucro de tales empresas productoras.

[...] Respecto de la Órdenes ITC/3315/2007 e ITC/1722/2009, la Sala ha declarado que la asignación gratuita de los derechos de emisión en los dos primeros periodos antes expuestos establecidos en la Directiva 2003/87/CE, genera un sobreingreso para su titular puesto que, aunque la asignación sea gratuita, la utilización de los derechos de emisión para producir electricidad no es gratuita al conllevar un coste de oportunidad que se internaliza en sus costes de producción al margen de la forma (gratuita o no) de adquisición de los derechos de emisión. Así cuando esos derechos se adquieren en el mercado o se asignan onerosamente, su coste lo sufraga el titular pero cuando la asignación es gratuita hay un sobreingreso al repercutirse un coste internalizado en el que no se ha incurrido y que se traslada al consumidor.

[...] La finalidad de la Orden es, pues, aminorar la retribución que reciben la generadora en un importe equivalente a ese sobreingreso para evitar que los consumidores paguen dos veces el coste medioambiental asociado al consumo de combustibles fósiles; la razón por tanto de tales Órdenes es acabar con la disfunción observada en España de forma que la Orden respectiva calcula el sobreingreso sobre el impacto que la internalización de los derechos de emisión produce en el mercado (es decir, sobre el traslado al precio de venta) de modo que el derecho de emisión no internalizado como coste de producción, por ser objeto de transmisión, no va a quedar incluido en el cálculo de tal sobre ingreso.

[...] En segundo lugar alega la demandante la infracción del artículo 95.5 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, hoy día reenumerado como artículo 114.5. Dicho precepto prevé que si tras dictarse una medida de armonización por el Parlamento Europeo y el Consejo, por el Consejo o por la Comisión, «un Estado miembro estima necesario establecer nuevas disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del...medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización, se notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción».

[...] Al margen del presupuesto de la norma referido a que la Directiva 2006/87 constituya una medida de armonización, lo cierto es que las previsiones de artículo 95.5 de Tratado (actual artículo 114.5) versan en lo que a este pleito se refiere, a la aparición de novedades científicas de un lado y, de otro, a que se refieran tales novedades a cuestiones medioambientales. Lo cierto es que el RD-Ley 3/2006 y, por tanto, las distintas Órdenes de desarrollo, ya se ha dicho que tiene un contenido y alcance no tanto medioambiental como regulatorio, referido a la formación de precios de la energía eléctrica. Esto implica, por tanto, que faltan los presupuestos de la aplicación del artículo 95.5 invocado.



[...] Entrando ya en los concretos motivos de ilegalidad referidos a la Orden, y con el alcance del artículo 62.2 Ley 3071992, de 26 de noviembre, se alega que los artículos 4.2 y 5 de la Orden ITC/1721/2009 infringen el principio de jerarquía normativa pues altera el régimen de minoración del artículo 2 del RD-Ley 3/2006, lo que se concreta en la alteración del elemento económico (folios 5-7, 22-24 y 54-57). Así el artículo 2 del RD-Ley dice que la minoración será «en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión...» y el artículo 4.2 de la Orden prevé que la minoración «será equivalente al sobreingreso obtenido en el mercado por la internalización del valor de dichos derechos, en los términos establecidos en la presente orden», lo que se concreta en las fórmulas del artículo 5.

[...] Para rechazar tal alegato basta reparar en que la parte actora, al concretarlo, señala que aunque se fueren los términos literales de tales normas, «no es lo mismo el importe "equivalente" al "valor de los derechos de emisión" que un importe "proporcional" al "sobreingreso obtenido en el mercado por la internalización del valor de dichos derechos» (folio 6), alegato éste más bien referible a la Orden ITC 3315/2007, cuyo artículo 3.2 era el que apelaba a la fórmula proporcional al decir que «la cuantía de la minoración será proporcional al sobreingreso obtenido en el mercado por la internalización del valor de dichos derechos...», precepto éste que se cita erróneamente al folio 23. Sobre tales extremos cabe citar la SAN, Sección 8ª de 25 de junio de 2010, recurso 54/2008 (Fundamento Tercero), al que se remite el Fundamento Cuarto de la SAN Sección 1ª de 3 de diciembre de 2010, recurso 153/2009.

[...] Siguiendo con el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sostiene la demandante ilegalidad de la Orden ITC/1721/2009 en cuanto que mantiene el criterio de la Orden ITC/3315/2007 y es aplicable no sólo para los contratos celebrados en el mercado diario e intradiario de venta de energía o pool sino que incluye a los contratos bilaterales con entrega física, con lo que se excede respecto del RD-Ley 3/2006 (folios 7-8, 24 y 25 y 57-58). A estos efectos la actora sólo ciñe su impugnación a esa modalidad y no a las de contrato bilateral financiero, al resto de los contratos en mercados a plazo o a los mixtos bilaterales/pool. Debe significarse que en este extremo tanto la Orden ITC/1721/2009 como la ITC/1722/2009, son las que han concretado la ampliación de dicho ámbito objetivo en el respectivo artículo 3 al prever que «la minoración afectará a la retribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica...con independencia de la modalidad de contratación utilizada».

[...] Esta Sala en la SAN de la Sección 8ª antes citada de 25 de junio de 2010, recurso 54/2008, frente a idéntico motivo de impugnación pero respecto de la Orden ITC/3315/2007, lo rechazó por entender que esa Orden no contravenía el RD-Ley 3/2006 precisamente porque no incluía a los contratos bilaterales con entrega física y no lo hacía porque «de acuerdo con el artículo 3 (sic), apartado 1 del Real Decreto Ley 3/2006, de 24 de febrero, se centra en el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentados simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial», de lo que se deduce que el RD-Ley 3/2006 no es predicable de ese mercado bilateral. En otra Sentencia, Sección 8ª, de 10 de mayo de 2010 (recurso 51/2008), se zanjó este punto litigioso diciendo que «nada dice la Orden respecto a los contratos bilaterales; no correspondiendo al Tribunal hacer interpretaciones o aclaraciones a la Orden respecto a la situación a que hace referencia» (FJ 11º).

[...] Sin embargo en las Sentencias de la Sección 8ª de 6 de abril de 2010 (recurso 1628/2007) de la Sección 1ª de 31 de mayo del 2010, (recurso 700/2008), se cita el informe del operador del mercado, OMEL, que se aportaba por la Abogacía del Estado a favor de incluir los contratos bilaterales pues el sobreingreso que genera la internalización de los costes de derechos de emisión es predicable tanto de las que venden energía mediante contratos bilaterales como en el mercado diario organizado, lo que reitera la Memoria Justificativa al Proyecto de lo que luego fue la Orden aquí aplicada. Ante tal alegato la Sala concluyó que si bien el RD-ley 3/2006 no es claro, la finalidad de corregir el desajuste causado en los precios de la energía por la internalización del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente, debe aplicarse «a la retribución de la actividad de producción cualquiera que sea el sistema de negociación».

[...] De lo expuesto se advierte una contradicción y, en lo que hace a este pleito, nada concluyente se deduce del Informe 40/2006, de 21 de diciembre, de la Comisión Nacional de la Energía a lo que luego fue la Orden ITC/3315/2007 y que cita la actora. Ahora bien, a los efectos del artículo 62.2 Ley 30/1992 cabe decir que del artículo 2 del RD-Ley 3/2006 se deduce la aplicabilidad del régimen que establece respecto de las "casaciones", lo que tiene relevancia a los efectos del artículo 16.1.a) 1º en relación con el artículo 23, ambos de la Ley 54/1997 al estructurarse el mercado de producción de energía eléctrica en mercado diario, intradiario, a plazo y de servicios de ajuste e integrarse en dicho mercado los contratos bilaterales ( cf. Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, en especial el Preámbulo, artículo 2 y Capítulos II y III).

[...] Hay que indicar que lo dispuesto por el RD-Ley 3/2006 podría entenderse reformado por el RD-Ley 11/2007, de 7 de diciembre, cuyo artículo 3 coincide en su redacción y en lo que ahora interesa, con el inciso final del artículo 3 de la Orden aquí aplicada; ahora bien, el RD-Ley 11/2007 más que reformar el RD-Ley 3/2006 lo que hace es



fijar unas reglas para el periodo que se inicia el 1 de enero de 2008, esto es, para el segundo PNA 2008-2012 ( cf. artículo 1 ), luego su desarrollo natural ex Disposición Adicional Primera es la Orden ITC/1722/2009 tal y como confirma su Preámbulo, luego no la Orden ITC/1721/2009 aquí aplicada, última del primer PNA (2005-2007) que tiene por cobertura el RD-Ley 3/2006 al que desarrolla.

[...] La consecuencia de lo dicho es que, como señala el Informe de la Secretaria General Técnica del Ministerio y el Dictamen del Consejo de Estado, puede ser razonable aplicar la Orden ITC/1721/2009 a toda forma de contratación como, en otro orden, es razonable aplicarla a toda actividad generadora de electricidad al margen de su tecnología, pero los términos del RD-Ley 3/2006 son claros al referir el artículo 2.1 sólo a las casaciones, esto es, al mercado mayorista diario y no al mayorista a plazo bajo la forma de contratación bilateral con entrega física, lo que confirma el RD-Ley 11/2007. La consecuencia es que, ciertamente, el artículo 3 in fine de la Orden ITC/1721/2006 se extralimita respecto del artículo 2 del RD-Ley 3/2006, lo que sin embargo no lleva a declararlo nulo de por razón del artículo 62.2 Ley 30/1992 al tratarse de un recurso jurisdiccional indirecto.

[...] En efecto, lo que es objeto de recurso son las resoluciones relacionadas en el Antecedente de Hecho Primero y se recurren no porque, en sí mismas, incurran en un motivo de ilegalidad por infringir las normas de cobertura - Orden ITC/1721/2009 y RD-Ley 3/2006- sino porque el RD-Ley 3/2006 es contrario al Derecho comunitario y a la Constitución y ahora porque la Orden ITC/1721/2009 es contraria al RD-Ley 3/2006. En el esquema del recurso indirecto ex artículos 26 y 27.2 LJCA, la anulación de un acto se declara porque lo que es contrario a Derecho es la disposición reglamentaria que le sirve de cobertura y entre el acto y el reglamento debe haber una relación directa, pero en el caso de autos la actora no razona en qué medida la liquidación impugnada en cuanto a la minoración que se le aplica sea consecuencia del artículo 3 in fine de la Orden ITC/1721/2006; en definitiva, no dice que los contratos que haya celebrado sean bilaterales con entrega física.

[...] Alega también la demandante la infracción del principio de jerarquía normativa en cuanto al ámbito subjetivo del régimen de minoración al excluir el artículo 2.2 de la Orden ITC/1721/2009 de dicho ámbito a las instalaciones de la Disposición Adicional 6ª del RD 661/2007, por lo que extralimita respecto del artículo 2.1.2º in fine RD-Ley 3/2006 que extiende tal régimen «a la totalidad de unidades de producción en régimen ordinario de cada grupo empresarial» al que se refiere tal precepto, estando de más la cita que hace la actora del RD-Ley 11/2007 por las razones antes expuestas (cf. folios 8-9; 25-28 y 59-61). Al respecto hay que tener presente que las Sentencias de la Sección 8ª de 22 y 23 de marzo de 2010, recurso 30 y 53/2008 respectivamente, anulaban del artículo 2.2 de la Orden ITC/3315/2007 la exclusión que en la misma se hacía de las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial.

[...] En las referidas Sentencias se justificaba tal anulación en cuanto que el RD-Ley 3/2006 como las Orden en cuestión son normas de contenido regulatorio y no expropiatorio, siendo presupuesto para esa conclusión que el RD-Ley 3/2006 abarca a todas las empresas beneficiadas por el sobreprecio en el mercado, y que, por esa desconexión existente entre precios y derechos de emisión, no incidía de modo directo y expropiatorio sobre éstos últimos. Esa conclusión es la que lleva a la Sentencia a entender que, en la medida en la que la Orden ITC/3315/2007, se separó de esa generalidad regulatoria del sobreprecio y excluyó la minoración de la retribución a algunas instalaciones, por lo que esa Orden se separaba del RD-Ley 3/2006 del que debía ser directa ejecución.

[...] Señaló así la Sala que aquella Orden extendía su aplicación a las instalaciones de régimen ordinario (inciso 1 del art. 2) pero excluía (inciso 2) las de régimen especial, por lo que apreció una contradicción entre la Orden y la norma de cobertura al margen de que, como destaca uno de los votos particulares en el Informe 40/2006, de la Comisión Nacional de la Energía de 21 de diciembre de 2006, en la práctica resulte muy difícil la inclusión de estas instalaciones en el ámbito de la norma. Pues bien en el caso presente la actora refiere la extralimitación reglamentaria sólo al a la exclusión de las instalaciones de la Disposición Adicional 6ª del RD 661/2007, lo que lleva a una sucesión de normas para apreciar cual es el alcance de tal exclusión.

[...] Así y a estos efectos se parte de que son instalaciones de régimen especial aquellas cuya potencia instalada no supere los 50 MW que describe el artículo 27.1 Ley 54/1997. Pues bien, a base de remisiones antes indicada se deduce que la Orden ITC/1721/2009 excluye de su ámbito a las instalaciones de régimen ordinario con potencia instalada mayor de 50 MW y no superior a 100 MW de la DA 6ª del RD 661/2007 que se refiere a las acogidas a la DT 1ª RD 436/2004, de 12 de marzo. Esta disposición, a su vez, excluía del régimen especial a las instalaciones acogidas al RD 2366/1994, de 9 de diciembre, referido a las instalaciones de producción de energía eléctrica con potencia instalada igual o inferior a 100 MVA incluidas en alguno de los grupos definidos en el artículo 2.1.

[...] En cuanto a la justificación de la inclusión de las instalaciones de la DA 6ª del RD 661/2007, del procedimiento de elaboración de la Orden ITC/1721/2009, se deduce que la Memoria (folios 5 a 8) razona por qué se excluyen a las instalaciones de régimen especial y es en el primer Informe del Ministerio (folio 9) y en el segundo (folio 8), de 6 de abril y 21 de mayo de 2009, respectivamente, en donde se expone que las instalaciones a las que alude



esa DA 6ª se excluyen por su asimilación con las de régimen especial, luego a efectos del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 hay que concluir que deberían correr la suerte de las instalaciones de régimen especial, algo de lo que discrepó la Comisión Nacional de la Energía que en su Informe 1/2009 entendió que las instalaciones de régimen general que participasen en el mercado deberían quedar incluidas en la Orden.

[...] Sin embargo a este motivo de impugnación le es exactamente aplicable lo razonado en el anterior Fundamento de Derecho 26º: se está ante un recurso indirecto y tampoco en este punto la demanda dice nada acerca de en qué medida el acto originario le haya afectado por la exclusión del régimen de minoración de las instalaciones referidas en la Disposición Adicional 6ª del RD 661/2007. En consecuencia, si bien se aprecia en este punto un motivo de nulidad de la Orden ITC/1721/2009, no procede su declaración pues, insistimos, en un recurso indirecto no se revisa en abstracto la legalidad de la disposición, de ahí que el motivo de ilegalidad que se alega respecto de esa norma de cobertura debe percutir directamente en el acto impugnado para que se declare su nulidad, lo que no razona la demanda.

[...] Como último motivo de nulidad de pleno derecho de la Orden ITC/1721/009, se alega que regula materias constitucionalmente reservadas al principio de reserva de ley, en concreto la contratación entre particulares (folios 61-63). Tal alegato carece de base, tan es así que la demandante a la hora de invocar preceptos constitucionales cita sin razonamiento los artículos 33 y 38 de la Constitución. Para rechazar tal motivo basta dejar constancia de que la Orden ITC/1721/2009, como la anterior y la posterior tantas veces citada, son fruto del ejercicio de la potestad reglamentaria para el que la Administración estaba apoderadas en virtud del RD-Ley 3/2006 y 11/2007 a lo que se añade que, como señala en su Exposición de Motivos la Ley 54/1997, el sector eléctrico está "necesariamente regulado", de ahí que esta Sala haya dicho con reiteración que todo ese cuadro normativo tienen una naturaleza regulatoria, lo que justifica el auxilio del ejercicio de la potestad reglamentaria (en este mismo sentido, cf. STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª de 11 de marzo de 2009, recurso 796/2007).

[...] De manera subsidiaria, alega la actora la infracción de diversos preceptos constitucionales con la finalidad de que la Sala plantee una cuestión de inconstitucionalidad respecto del RD-Ley 3/2006. Alega así la infracción del artículo 86 de la Constitución por no haber extraordinaria y urgente necesidad a la hora de dictar el RD-Ley 3/2006. En su Preámbulo se integra ese concepto jurídico indeterminado señalando que «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, justifica la urgencia en la adopción de las medidas contenidas en la presente disposición y el carácter extraordinario de las mismas». La Sala no advierte una inadecuada o ilógica integración de tal concepto indeterminado -extraordinaria y urgente necesidad- como tampoco lo advirtió, si bien indirectamente, la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª de 17 de septiembre de 2008, recurso 344/2008.

[...] Para completar lo expuesto es ilustrativo estar al debate parlamentario de convalidación del RD-Ley ( cf. Diario de Sesiones Congreso de los Diputados, Pleno, número 163, de 23 de marzo de 2006) en lo que hace al precepto cuestionado (el artículo 2). Al margen del momento político y empresarial al que se alude en tal debate, a los efectos de este pleito, si bien por algún orador se alegó abuso en el ejercicio de la potestad del artículo 86 de la Constitución, lo cierto es que se justificó el RD-Ley por la inexistencia de precios plenamente competitivos, insuficiencia de ingresos por la vía tarifaria en el año 2005, previsión de déficit superior a los 5000 millones de euros para el conjunto de 2006, necesidad de una urgente corrección para proteger al consumidor y vocación transitoria de tal norma.

[...] Siguiendo con los motivos de inconstitucionalidad respecto del RD-Ley, se invoca la infracción del artículo 9.3 en cuanto que produce efectos retroactivos y es contrario a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica (folios 9 y 66-67). Para rechazar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad bastaría estar a que el RD-Ley data de 2006 y el ejercicio al que se aplica por medio de la Orden es de 2007 y esta Sala ha reiterado que el RD-Ley 3/2006 se publica en el BOE del 28 febrero y se aplica al periodo del 1 de enero al 2 marzo 2006. Si la cuestión es hasta qué punto la ordenación retroactiva producida ha podido lesionar la confianza legítima y seguridad jurídica, la Sala ha dicho que si se hubiera dictado antes del 1 de enero del año 2006 en la ordenación de la actividad económica, las empresas habrían dejado de "internalizar" los derechos consumidos, esto es, la consecuencia final sería la misma que se produce en aplicación del RD-Ley cuestionado.

[...] Aunque la Orden se refiere al ejercicio 2007 y data de 2009, también ha señalado la Sala que 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. También ha dicho la Sala 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. La traslación a precios de la internalización de costes de los derechos de emisión se remedia mediante una norma que se dicta al principio del ejercicio económico y presupuestario en que se ha de aplicar por las empresas afectadas.*

*[...] Se alega frente al RD-Ley 3/2006 que tiene alcance confiscatorio (folios 9, 67-68), lo que también se ha rechazado por la Sala. Aparte de lo razonado más arriba acerca del carácter regulatorio de la medida, la Sala ha sostenido que no puede considerarse que la minoración suponga una privación singular de un derecho o interés legítimo que desconozca el contenido esencial del derecho. En efecto, más que ante la privación completa del derecho de emisión, se trata de una medida para 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, y que esos beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas generadoras se destinen a sufragar los costes del sistema.*

*[...] Aparte de lo expuesto, la Sala ha insistido en que tal medida se inscribe en una relación de sujeción especial, en un sector regulado en el que las facultades de ordenación de la Administración son distintas de las que ostentaría ante un conjunto de ciudadanos bajo un esquema de sujeción general. En consecuencia, no se trata de una regulación materialmente expropiatoria, sino de una regulación del mercado con consecuencias de segundo grado aunque desde luego relevantes sobre los derechos subjetivos objeto de titularidad; se trata de una acción de ordenación normativa más amplia y distinta. Más amplia, porque afecta a instalaciones asignatarias y no asignatarias, y distinta porque incide sobre el alza de precios general en el mercado diario e intradiario de producción y no sobre el valor de los derechos asignados.*

*[...] En cuanto a la vulneración de los artículos 38, 53.1 y 97 CE (folios 8, 68-70) en el sentido de que un decreto-ley no es fuente idónea para atribuir al Ministerio potestad reglamentaria, ni está justificada su urgencia ni constituye norma habilitante con rango de Ley para dictar la Orden, la Sala ha recordado que no hay un problema de reserva de ley, todo lo más lo habría por vulneración de los requisitos y de los límites para dictar tales normas de urgencia, lo que ya se ha rechazado más arriba (cf Fundamentos 34º y 35º). Tampoco puede atribuirse al RD-Ley 3/2006 falta de concreción normativa pues lo que se impugna indirectamente es la Orden que desarrolla determinadas previsiones de una norma con rango de ley que no incurre en una deslegalización indebida, sino que apela a la colaboración reglamentaria para la concreción de aspectos de la misma y en cuanto a que se regulan aspectos relativos a las relaciones contractuales, se está a lo ya razonado respecto de la Orden ITC/1721/2009, cuyas razones, con más motivo, son predicables del RD-Ley 3/2006 .».*

El recurso de casación se articula en la formulación de seis 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 .

En el primer motivo de casación se imputa a la sentencia recurrida 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, así como de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia, por cuanto la Sala de instancia considera que la resolución de la Administración concretada en 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 plasmada en 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, no menoscaba el carácter gratuito de la asignación previa de derechos de emisión, pues más que normas medioambientales se trata de normas de naturaleza regulatoria.

Al respeto, se aduce que el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho Comunitario obligaba a la Sala de instancia a interpretar la cuestión planteada a la luz de la letra y la finalidad 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.

Se aduce que la sentencia recurrida supone una frustración del efecto útil de la Directiva 2003/87/CE, que reconoce en términos absolutos y no condicionados el principio de gratuidad de los derechos de emisión de gases, que comporta la ausencia de sacrificios patrimoniales para el asignatario por la percepción de tales derechos, ya sea con carácter ex ante o con carácter ex post a esa asignación.

En último término, se alega que el régimen de minoración de la retribución desarrollado en la Orden ITC/1721/2009, genera un efecto idéntico a la asignación onerosa de derechos de emisión de gases de efecto





invernadero; y ese efecto material resulta manifiestamente contrario al ordenamiento contenido en la Directiva 2003/87/CE, por lo que la Sala de instancia debió apreciar la vulneración del artículo 10 de la mencionada Directiva, por parte del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 y de la Orden ITC /1721/2009, y en el caso de que tuviera alguna duda, respecto de la vulneración o no del principio de primacía del Derecho Comunitario, debería proceder a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El segundo motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción del artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 174.2 y 175.2 del mencionado Tratado, y de los artículos 2.1 , 24 , 27 , 30 y Anexo I 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 de dichas disposiciones se desprende que los Estados miembros no disponen de ningún tipo de facultad discrecional para introducir unilateralmente especificaciones, modificaciones o excepciones en la regulación del régimen comunitario armonizado de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero durante la fase de transposición de la referida Directiva a sus ordenamientos internos.

Al respecto, se aduce que la adopción de una medida relacionada con esta materia armonizada exige que se justifique cumplidamente que concurren los requisitos establecidos en el artículo 95.5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y que se someta a la previa aprobación de la Comisión Europea.

El tercer motivo de casación se sustenta en la infracción del principio de jerarquía normativa, consagrado en el artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , por cuanto la Sala de instancia debió inaplicar 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 declarar la íntegra anulación de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, por extralimitación del marco legal, al proceder a modificar e innovar los términos esenciales del régimen de minoración configurado en la mencionada disposición de rango legal, respecto del elemento económico y el contenido del importe de la minoración, el ámbito subjetivo de aplicación de la minoración y el ámbito objetivo al que resulta de aplicación tal minoración.

El cuarto motivo de casación, que se fundamenta al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , denuncia que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 67.1 de la mencionada Ley jurisdiccional , así como del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en los artículo 26 y 27 de la LJCA , y el artículo 24 de la Constitución , al incurrir en una arbitraria motivación de su fallo.

Asimismo, se aduce que la Sala de instancia, a pesar de reconocer que la Orden ministerial ITC/1721/2009, de 26 de junio, incurre en ultra vires respecto del marco legal configurado en el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , formula un fallo desestimatorio de la pretensión anulatoria ejecutada de la referida disposición, por razón de tratarse de una impugnación indirecta de un reglamento y porque la actora no dice que «los contratos que haya celebrado sean bilaterales con entrega física».

El quinto motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción del artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , y en los artículos 26 , 27 y 70 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , así como de la jurisprudencia aplicada, en interpretación y aplicación de los citados preceptos legales, en cuanto debió declarar la nulidad de la Orden ITC/1721/2009, al disponer de competencia para ello y haber considerado que la mencionada disposición incurre en un exceso reglamentario

El sexto motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 33 , 86, 9.3 y 31.3 de la Constitución española , así como de la jurisprudencia dictada en su interpretación y aplicación, en cuanto la sentencia recurrida vulnera el principio de reserva de ley relativa al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, al no tomar en consideración que la obligación de pago aplicable a los contratos bilaterales celebrados entre particulares y sometidos al Derecho privado no aparecía contemplada 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.

Se aduce que la sentencia recurrida vulnera el principio de proporcionalidad, respecto del plazo para desarrollar reglamentariamente un Real Decreto-ley, ya que la Orden ITC/1721/2009, se aprobó transcurrido un plazo de mas de tres años desde que se dictó el Real Decreto-Ley 3/2006, lo que constituye una infracción del artículo 86 de la Constitución .



Asimismo, se afirma que la sentencia impugnada contraviene el artículo 9.3 de la Constitución , puesto que admite la retroactividad que despliega tanto la Orden ITC/1721/2009, como el artículo 2.1, segundo párrafo, del Real Decreto-ley 3/2006 , que establece una medida que afecta a situaciones jurídicas originadas y consumadas en un momento anterior a la aprobación de la norma, y, en particular, modifica saldos devengados en el periodo que media entre el 1 de enero y 2 de marzo de 2006.

En último término, se denuncia la infracción de los artículos 31.3 y 33 de la Constitución , puesto que la sentencia impugnada admite la existencia de una medida de alcance confiscatorio.

**SEGUNDO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción de las normas reguladoras de la sentencia.**

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y del artículo 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución , que denuncia la arbitraria motivación del fallo de la sentencia recurrida, al omitir un pronunciamiento anulatorio de la Orden ministerial 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, no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya conculcado el principio de congruencia interna que rige la formulación y el contenido de la sentencia, al no declarar la nulidad de la referida Orden ministerial, ya que en ningún caso podía resultar coherente tal pronunciamiento, en razón del objeto y las pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo, pues, por tratarse de la impugnación indirecta de una disposición general, sólo en el supuesto de que se hubiera estimado el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, con fundamento en la invalidez de los artículos cuestionados de dicha Orden, era procedente la extensión del fallo anulatorio a la mencionada disposición, si además la Sala fuere objetivamente competente para conocer del recurso directo contra ella.

En efecto, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que la Sala de instancia debió recoger en su fallo la declaración de nulidad de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, por resultar coherente -según se aduce- con los razonamientos vertidos sobre que la mencionada Orden incurre en ultra vires o exceso reglamentario, en relación con el marco legal configurado 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, porque consideramos que carece de apoyatura jurídica a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece que cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general, pues dicho pronunciamiento, relativo a que la disposición general no es conforme a Derecho, está condicionado a que exista una relación de identidad o de conexión directa entre las disposiciones normativas aplicadas, que dan cobertura al acto administrativo impugnado, y los preceptos ordinamentales cuya anulación se pretende.

Por ello, rechazamos que la Sala de instancia haya incurrido en una «motivación arbitraria de su fallo desestimatorio», ya que los reproches que se exponen en la sentencia sobre la extralimitación reglamentaria de la Orden ministerial ITC/1721/2009, de 26 de junio, en relación con la alteración del ámbito subjetivo y del ámbito objetivo de aplicación 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 ningún caso eran determinantes para declarar la nulidad de la resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, ya que la Sala de instancia, en el fundamento jurídico decimonoveno, sostuvo que la mencionada Orden ministerial no había vulnerado el régimen de minoración establecido en el artículo 2 del citado Real Decreto-Ley 3/2006 .

Al respecto, resulta adecuado consignar la consolidada doctrina de esta Sala jurisdiccional sobre el alcance de la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución , que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril , 67/2007, de 27 de marzo , 44/2008, de 10 de marzo , 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio , no sólo la obligación de



ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003 ), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003 ) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003 ), dijimos:

« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución , engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución , exige, como observa el *Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero , acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España )*, la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».

En suma, en aplicación al caso litigioso examinado de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, concluimos el examen del cuarto motivo de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en vulneración de las garantías de congruencia y motivación de las resoluciones judiciales, puesto que hemos constatado que no se ha producido un desajuste entre la fundamentación jurídica de la sentencia y el fallo, que sea lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, enunciado en el artículo 24 de la Constitución .

**TERCERO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 23.3 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , en relación con lo dispuesto en los artículo 26 , 27 y 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

El quinto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , y en los artículo 26 , 27 y 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no puede prosperar, pues rechazamos que la Sala de instancia debiera haber anulado la Orden ministerial ITC/1721/2009, de 26 de junio, y, en consecuencia, los actos administrativos dictados en su aplicación, derivado del reconocimiento que se realiza en la sentencia de la extralimitación reglamentaria en que incurrió el Ministro de Industria, Turismo y Comercio al aprobar la referida Orden, pues, como hemos subrayado en el anterior fundamento jurídico, ni los reproches a la regulación del ámbito objetivo y del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada Orden eran determinantes para declarar la nulidad de la 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 Aes Energía, S.R.L., 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 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 523.546 €.

**CUARTO.- Sobre el primero y el segundo motivos 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 primero y el segundo motivos 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, no pueden ser acogidos, 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 CO<sub>2</sub>, sino en minorar la remuneración de las unidades de generación afectadas por la internalización de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero».

**QUINTO.- Sobre el sexto motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 9.3, 31.3, 33, 38 y 86 de la Constitución.**

El sexto motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 9.3, 31.3, 33, 38 y 86 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 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 periodos 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 - asigntarias 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).

Asimismo, descartamos que la Sala de instancia haya vulnerado el artículo 86 de la Constitución, por no apreciar que no concurría el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que justificaba la adopción del Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, porque como expusimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), la grave situación de déficit del sistema eléctrico, puesta de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2006 (y más tarde explicada por el Gobierno en el curso del debate parlamentario de convalidación), justificaba hacer uso de este instrumento normativo.

Asimismo, rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado el principio de proporcionalidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, por no tomar en consideración que había caducado el plazo para desarrollar el Real Decreto-ley 3/2006, cuando se aprueba el Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, ya que no se ha desvirtuado que cuando se adopta dicha Orden Ministerial no subsistían las razones de «extraordinaria y urgente necesidad», que determinarían que para combatir el déficit de tarifa y para evitar la elevación del precio de la electricidad, fuera adecuado minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

**SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del principio de jerarquía normativa enunciado en el artículo 23.3 de la Ley 50/1987, de 27 de noviembre, del Gobierno .**

El tercer motivo de casación, basado en la infracción del principio de jerarquía normativa enunciado en el artículo 23.3 de la Ley 50/1987, de 27 de noviembre, del Gobierno, debe ser acogido, 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 cuanto 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, 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 declaramos su nulidad.

La declaración de nulidad no obsta, como es lógico, a que se exija la minoración de la retribución de dicha actividad para el año 2007 en los estrictos términos que derivan del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 , tal como los hemos interpretado.

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 tercer motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 37/2010 , 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 AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, 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, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en consonancia con el pronunciamiento de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesto en la sentencia de 26 de marzo de 2014 (RC 5464/2010 ), a que proceda al cálculo de las cantidades de minoración de la retribución de la producción de energía eléctrica para el año 2007, en el importe equivalente a los derechos de emisión en los estrictos términos que se derivan del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 , debiendo reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, con los intereses legales devengados desde que se realizó el pago hasta el momento en que se devuelva dicho importe.

Asimismo, cabe declarar la nulidad de los artículos 4.2 y 5 de 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, por vulnerar 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.

#### **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 AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. (posteriormente sustituida la denominación social por GDF SUEZ CARTAGENA ENERGÍA, S.L.) contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 37/2010 , que casamos.

**Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, 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, así como declaramos la nulidad de los artículos 4.2 y 5 de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio.

**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.