



Roj: **STS 4209/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4209**

Id Cendoj: **28079130032014100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/10/2014**

Nº de Recurso: **531/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4969/2010,**
STS 4209/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil catorce.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 531/11, interpuesto por el Procurador D. Jaime Briones Méndez en representación de BIZKAIA ENERGIA SL, contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 609/08 , sobre minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica para el año 2006. Se ha personado como recurrido, el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 609/08, seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Bizkaia Energía SL, frente a la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 15 de enero de 2009 que confirma en alzada la anterior resolución de la Comisión Nacional de Energía de 24 de abril de 2008, por la que se determina las obligaciones de pago de Bizkaia Energía SL en aplicación de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por que la que se regula para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó Sentencia de fecha 29 de octubre de 2010 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso -administrativo interpuesto por la representación procesal de Bizkaia Energía SL, contra la Resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 15 de enero de 2009 que confirma en alzada la anterior Resolución de la Comisión Nacional de Energía de 24 de abril de 2008 por la que se determina las obligaciones de pago de dicha actora, en aplicación de la Orden ITC/3315/2007, en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente, declarando la conformidad a Derecho de dicha Resolución, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes. >>

TERCERO.- Contra la referida sentencia, Bizkaia Energía SL, preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. Personadas en tiempo y forma, mediante escrito de interposición de 8 de marzo de 2011 formulo los siguientes motivos de casación:



Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del Derecho Comunitario, y en concreto del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE , así como de la jurisprudencia dictada por los Tribunales Comunitarios, en interpretación y aplicación del Principio de Gratuidad recogido en el artículo 10 de la Directiva.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del principio de Jerarquía Normativa recogido en el art. 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre , y en el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , del propio art. 2 del RD-ley 3/2006 y de la Jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación de dicho principio.

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 23.3 de la LOCE, del art. 24 de la Ley del Gobierno y del art. 62.2 de la LRJPAC, así como de la Jurisprudencia que los ha interpretado y aplicado.

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de los arts. 31.3 , 33 , 38 , 53.1 y 97 CE , así como de la jurisprudencia dictada en su interpretación y aplicación

-Vulneración del principio de reserva de Ley consagrada en los artículos 33 y 38, en relación con el art. 53.1 CE .

-Vulneración del artículo 86 CE por el RD-ley 3/2006 y la Orden ITC/3315/2007, estimando erróneamente la sentencia impugnada que no habría caducado la potestad reglamentaria para dictar la Orden ITC/3315/2007.

-Vulneración del art. 9.3 CE , por admitir indebidamente la sentencia impugnada el efecto retroactivo que despliega el RD-ley 3/2006 y la Orden ITC/3315/2007.

-Vulneración de los arts. 31.3 y 33 CE al admitir la sentencia la existencia de una medida de alcance confiscatorio, introducida por el art. 2 del RD-ley 3/2006 y a quien la Orden ITC/3315/2007 otorgó efectos materiales.

Terminando por suplicar dicte sentencia 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 15 de enero de 2009 y de la Resolución de la CNE de 24 de abril de 2008, por la que se determinan las obligaciones de pago Bizkaia Energía SL, en aplicación de la Orden ITC/3315/2007.

ii. La condena a la Administración demandada a reintegrar, o a realizar las actuaciones precisas para que sea reintegrada, a Bizkaia Energía SL, la cantidad de 11.853.362 euros que 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/3315/2007, de 15 de noviembre (que regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente), y de la Disposición Adicional 12ª del Real Decreto 871, de 29 de junio.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, el Abogado del Estado, terminó suplicando dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso de casación, al ser la sentencia de instancia conforme a derecho, con imposición de las costas a la recurrente por ser preceptivas.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2014 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional con fecha 29 de octubre de 2010 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Bizkaia Energía SL" contra la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 15 de enero de 2009 que desestima el recurso de alzada deducido contra la previa resolución de dicha Comisión de 24 de Abril de 2008 por la que se determinan las obligaciones de pago de la mercantil recurrente "Bizkaia Energía SL" en aplicación de la Orden del Ministerio de Industria ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

La Comisión Nacional de la Energía dictó resolución el 24 de abril de 2008, determinando la obligación de pago de "Bikaia Energía SL" en aplicación de la mencionada Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que



se regulaba para el año 2006 la minoración de la actividad de producción eléctrica antes reseñada. En esta resolución se establece que la mercantil recurrente, como sujeto obligado al pago, debía abonar el importe de 11.853.362 Euros.

La recurrente "Bizkaia Energía SL" formuló recurso de alzada en el que no impugnaba el método seguido por la Comisión Nacional de la Energía para el cálculo de la cantidad fijada, sino que sostenía la ilegalidad de la Orden aplicada alegando que se había impugnado en vía contencioso administrativo y que, por ende, debía suspenderse su exigencia hasta que se resolviera el correspondiente recurso contencioso administrativo, que se encontraba entonces residenciado ante la Sala de ese orden de la Audiencia Nacional.

La Comisión Nacional de la Energía desestima el recurso de alzada confirmando la exigibilidad de la liquidación y frente a la misma se formula por "Bizkaia Energía SL" recurso contencioso administrativo que es desestimado por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

La Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2010 que ahora se recurre en casación, rechaza el recurso deducido con remisión, en lo sustancial, a sus precedentes sentencias de 31 de mayo y 6 de abril de 2010 que desestimaron sendos recursos formulados por "Gas Natural SDG, S.A" y por "Iberdrola" frente a la Orden ITC/3315/2007, que sirve de sustento a la liquidación aquí recurrida. La Sentencia impugnada rechaza el recurso en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

<< [...] Una vez expuesto tal marco general, indicar que las cuestiones suscitadas por Bizkaia Energía SL en la demanda son sustancialmente idénticas a las planteadas y resueltas en nuestra anterior sentencia de 31 de mayo de 2010 (Rec. 700/2008) que desestima la demanda interpuesta por Gas Natural SDG. SA frente a la misma resolución de la Comisión Nacional de Energía de 24 de abril de 2008 impugnada en estos autos, sentencia que a su vez hace referencia a la SAN de la Sección 8ª de 6 de abril de 2010 (Rec. 1628/2007) desestimatoria del recurso planteado por Iberdrola frente a la Orden Ministerio ITC 3315/2007, en la que como codemandada compareció, entre otros, Bahía de Bizcaia Electricidad SL.

Tal y como razonan dichas sentencias indicar que, contrariamente a lo alegado en la demanda, ni dicho RD-Ley 3/2006 ni tampoco la Orden ITC/3315/2007 menoscaban el carácter gratuito de la asignación previa de derechos de emisión de CO2, tomando en consideración, especialmente, que las mismas no son normas medioambientales sino de naturaleza regulatoria .

Así, y si bien son normas estrictamente medioambientales la Directiva 2003/87/CE, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión y el RD 1866/2004, que aprueba el Plan Nacional de Asignación de derecho de emisión 2005-2007, anteriormente mencionados, como son sin embargo normas reguladoras del mercado eléctrico, en cuanto tienen como finalidad optimizar el funcionamiento del mismo, estableciendo derechos y obligaciones a los intervinientes, la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y también el RD Ley 3/2006, de 24 de febrero, y la Orden ITC/3315/2007.

Del tenor literal del repetido RD-Ley 3/2006, de 24 de febrero, y de la Orden ITC/3315/2007, se deduce claramente que la finalidad perseguida por esta última es idéntica a la que guía la regulación de la primera es decir, la minoración de la remuneración de las unidades de generación afectadas por la internalización en el precio de venta del valor de los derechos de emisión de efecto invernadero, lo que determina que nos encontremos ante una norma de carácter regulatorio y no medioambiental.

Véase además, en este sentido, el Informe de la Secretaría General para la prevención de la contaminación y el cambio climático de 27 de julio de 2007, que figura unido al expediente.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración, por parte de la Orden ITC/3315/2007, del efecto útil de la normativa, señalar que, como se ha indicado, tal "efecto útil" consiste 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". Es decir, se trata de la creación de 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.

Sentado lo anterior, resulta que la normativa impugnada respeta el efecto útil de la Directiva, pues no existe previsión alguna en la normativa comunitaria sobre la internalización de costes como mecanismo para lograr los objetivos perseguidos (en definitiva, el uso de tecnologías no contaminantes), sino que se deja libertad, a las asignatarias de los derechos de emisión, bien para emplear los mismos, o bien para transferirlos.

Se respeta en definitiva tal efecto útil, consistente en advertir a las empresas más contaminantes de las consecuencias que derivan del mantenimiento, para la producción de energía eléctrica, de tecnologías



contaminantes, y dado que no es finalidad de la Directiva ni que sean los consumidores finales los que 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.

Ya se ha indicado que con la Orden impugnada lo que se pretende es, exclusivamente, acabar con una disfunción derivada de las especiales características de la situación del sector eléctrico en España, y que tiene un carácter estrictamente regulatorio. Así, la Orden impugnada sólo 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 este sentido, tal y como razona la SAN 31-5-2010 (Rec. 700/2008), que a su vez alude a la SAN (8ª) 6-4-2010 (rec 1628/2007): *los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/87/CE y por la legislación interna de trasposición no se ven mermados por las normas regulatorias aquí examinadas, cuyo ámbito de aplicación se concreta en el sistema de determinación de precios en el mercado mayorista, a fin de corregir el riesgo cierto de elevación de los mismos en producción, con la consiguiente traslación de sus efectos perjudiciales al consumidor. En esta misma línea ya se decía en la sentencia de 22 de marzo de 2010 que las citadas normas no afectarían al efecto útil de la Directiva, pues la gratuidad de la inicial asignación de derechos de emisión se mantiene incólume.*

En conclusión, no cabe hablar de reforma encubierta de los derechos de emisión de CO2:

1) a la vista de la finalidad del artículo 2 del RDL 3/2006 y la Orden ;

2) por afectar la minoración tanto a las empresas asignatarias de los derechos de emisión gratuitos como aquellas que no lo son, pero que fueron beneficiadas por el alza de los precios, lo que demuestra la desconexión entre asignación gratuita y aminoración;

3) la minoración no afecta a los derechos asignados a cada productor, sino a los efectos económicos derivados de su internalización, ésto es, al efecto que produce de incrementar el precio final en el mercado;

4) no existe equiparación entre asignación y minoración y en este sentido la propia Orden establece en su apartado 4 unos criterios para evitar esta equiparación.

[...] Entiende Bizcaia Energía SL, en la demanda, que la Orden ITC/3315/2007 vulnera el RD-Ley 3/2006, esencialmente por extender la aplicación del Art. 2 de este último no solo a las instalaciones asignatarias de los derechos, sino también a las no asignatarias, por lo que aquella es una disposición *contra legem*.

Frente a ello indicar, tal y como considera el Abogado del Estado en al contestación, que además de que no debe acogerse una interpretación estrictamente gramatical del Art. 2 del repetido RD-Ley, la finalidad del referido RD-Ley es aminorar el sobreingreso que la internalización del valor de los derechos de emisión, gratuitamente asignados, produce como consecuencia de su incorporación al precio de venta de energía, por lo que es indiscutible que tal minoración tiene lugar respecto de todas aquellas empresas que se hayan beneficiado de la internalización del valor de los derechos de emisión, y que por tanto también han sido beneficiarias las empresas no asignatarias. De donde resulta que hay extralimitación, sino concreción de la fórmula o método de cuantificación de la medida prevista en aquella norma con rango de Ley.

Tampoco puede tomarse en consideración, a pesar de las argumentaciones de la demanda, que la repetida Orden ITC/3315/2007 invada materias reservadas a Ley, teniendo en cuenta que la misma no incide sobre relaciones contractuales, sino que regula un mercado, el de la energía eléctrica, en su aspecto retributivo, dentro de las facultades de ordenación de la actividad económica que la Constitución atribuye al Estado en los Art. 38 y 149 , en una materia de evidente interés público y siempre bajo la cobertura y desarrollo de una norma con rango de Ley, cual es el R D-Ley 3/2006, limitándose a cuantificar un efecto ya previsto en su artículo 2 . (...)

[...] Por otra parte, y como asimismo considera la SAN 31-5-2010 (Rec. 700/2008) con anterioridad a la Orden impugnada se dictó el Real Decreto 871/2007 (BOE 30-6-2007), por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de junio de 2007. Dicho RD establece en su Disposición adicional duodécima " *Los pagos resultantes de aplicar la minoración establecida en el Art. 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, tendrán la consideración de ingresos liquidables del sistema a los efectos del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento*".



El citado RD entró en vigor, según su Disposición final segunda, el 1 de julio de 2007, con anterioridad incluso a dictarse la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, que entró en vigor, al día siguiente de su publicación en el BOE (el 17 de noviembre de 2007), según su Disposición final única.

Cuando la citada Orden entró en vigor, la minoración prevista en el artículo 2 del RDL 3/2006 ya tenía la consideración de ingreso liquidable del sistema a los efectos del RD 2017/1997, por lo que en ningún caso puede sostenerse que la Orden estableciera ex novo, como ingresos liquidables del sistema eléctrico, las cantidades a devolver por parte de los productores de energía eléctrica.

Por otra parte, conviene traer a colación, por su interés la STS, Sala 3ª, de 23 de febrero de 2009 (Rec. 145/2007) que desestima el recurso de casación interpuesto también por Gas Natural SDG S.A. contra el citado RD 871/2007, en el que se suscitaban cuestiones que aquí se reiteran por la misma entidad recurrente. Alegaba Gas Natural SDG S.A. en aquel recurso de casación, que el artículo 2 del RDL 3/2006 nada decía sobre la consideración de ingresos liquidables del sistema eléctrico el importe de las citadas devoluciones. Planteamiento que rechaza el TS, argumentando que aunque no existe una previsión legal explícita sobre la calificación de las cantidades detraídas consideradas como ingresos liquidables del sistema, un interpretación lógica y finalística de la norma de cobertura (el art. 2 del citado RDL) permite deducir que el designio del legislador de urgencia es considerar a dichas cantidades como ingresos del sistema que han de servir para atender a los costes del sistema. Y considera también el Alto Tribunal que la determinación calificadora de ingresos liquidables del sistema de los citados importes no supone una deslegalización, como se desprende de su concreta regulación en el RD 2017/1997, que se dictó al amparo de la habilitación contemplada en el artículo 16 LSE. >>

La Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, aplicada en la liquidación girada a la mercantil recurrente estableció unos criterios de cálculo para 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, para el año 2006, y fijó de modo pormenorizado las fórmulas para el cálculo de dicha minoración de los sujetos obligados al pago. Como se indica en el Anexo I de la resolución de la CNE, la entidad recurrente se encuentra obligada al pago en su condición de titular de una central en Amorebieta que no figura en el apartado 1.9 del Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, resultando aplicable sólo el artículo 3 de la Orden, con una minoración correspondiente al período comprendido entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de 2006.

TERCERO. - "Bizkaia Energía SL" recurre en casación la Sentencia aduciendo los mismos motivos y argumentos que sostuvo respecto de la Orden ITC/3315/2007, y que fueron objeto de análisis en Sentencias anteriores. Su planteamiento impugnatorio se articula en cuatro motivos de casación, acogidos todos ellos al cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA y son los siguientes:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del Derecho Comunitario, y en concreto del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, así como de la jurisprudencia dictada por los Tribunales Comunitarios, en interpretación y aplicación del Principio de Gratuidad recogido en el artículo 10 de la Directiva.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción del principio de Jerarquía Normativa recogido en el art. 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y en el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del propio art.2 del RD-ley 3/2006 y de la Jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación de dicho principio.

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción del art. 23.3 de la LOCE, del art. 24 de la Ley del Gobierno y del art. 62.2 de la LRJPAC, así como de la Jurisprudencia que los ha interpretado y aplicado.

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los arts. 31.3, 33, 38, 53.1 y 97 CE, así como de la jurisprudencia dictada en su interpretación y aplicación.

Todos los motivos de casación son idénticos a los planteados en el recurso de casación tramitado bajo el número 5448/2010 promovido por la misma entidad mercantil "Bizkaia Energía SL" contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010, que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido frente a la mencionada Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre.

El segundo de los motivos del recurso de casación formulado por "Bizkaia Energía SL" en el que se denunciaba que la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, vulneraba el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, fue acogido en nuestra Sentencia de 26 de marzo de 2014 (RC 5448/2010) en la que con remisión a lo dicho en la Sentencia de la misma fecha dictada en el RC. 3635/2010 apreciamos la extralimitación de la Orden respecto a aquello a lo que le facultaba el Real Decreto-ley. Los demás motivos, formulados en idénticos términos que en el presente recurso, fueron rechazados.



En consecuencia, en nuestras Sentencias de 26 de marzo de 2014 se estima el motivo segundo del recurso de casación, anulando por su disconformidad a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la Disposición adicional única de la Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre.

Las razones jurídicas esgrimidas para impugnar la liquidación elaborada por la Comisión Nacional de la Energía son las mismas que sostuvieron la impugnación de la Orden ITC/3315/2007, que fundamenta la resolución impugnada. Resultará obligado, en consecuencia, exponer las consideraciones que nos condujeron a la estimación del recurso y a la anulación de los preceptos mencionados de la Orden y hemos de remitirnos por ello a la argumentación jurídica contenida en los fundamentos jurídicos segundo a séptimo de nuestra Sentencia dictada en el RC. 5448/2009 y 3635/2010 :

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

Al plantearse de forma coincidente, seguiremos la exposición argumental de la sentencia que resuelve el recuso de casación 3635/2010 .

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

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

El legislador de urgencia consideró en el año 2006, a la vista de la internalización de aquel valor llevada a cabo por las empresas titulares de los derechos de emisión en el sector eléctrico, que era preciso "reflejar esta situación minorando la remuneración de las unidades de generación afectadas en importes equivalentes". Y, dado el "elevado volumen de déficit tarifario generado en el periodo transcurrido del año 2006", ordenó que se "descuente el valor de los derechos de emisión a los efectos de determinar la cuantía de dicho déficit".

El artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 ha de leerse, pues, en esta clave. Reconocidas como han sido de modo general (también por el Consejo de Estado en su informe preceptivo al proyecto de Orden ITC) las deficiencias de calidad normativa del precepto, éstas no pueden convertirse en factor que permita prescindir de su contenido. Y el apartado primero de aquel artículo se limita tan sólo a modificar en un extremo bien preciso el régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica al que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico . Lo hace disponiendo que dicha retribución "[...] se minorará en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, de conformidad con lo previsto en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007, durante los períodos que correspondan".

La interpretación que del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 lleva a cabo esta Sala es que, con él, el legislador de urgencia ha excluido de las retribuciones correspondientes a las empresas titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica una determinada partida, cuyo importe es el equivalente al valor de los derechos de emisión por ellas recibidos de modo gratuito. No menos ni tampoco más. Habiendo asignado individualmente el acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 a determinadas centrales contaminantes tantos derechos de emisión (traducidos en miles de toneladas de CO2 y cuyo importe económico se deduce de multiplicar por esa cifra el valor de cada uno), la retribución final



debida a las empresas titulares de aquellas centrales (el preámbulo llega a hablar de "la remuneración de las unidades de generación afectadas") ha de ser correlativamente minorada en "un valor equivalente".

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

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

Este designio que se plasma en la Orden ITC/3315/2007 no era, sin embargo, compatible con el tenor del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 . Sí lo podría haber sido si en febrero de 2006 hubiera tenido el respaldo o cobertura normativa que más tarde le proporcionaría el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre (casi coetáneo con la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre). El Real Decreto-ley 11/2007 cambia significativamente el enfoque y regula ya la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica "como consecuencia del mayor ingreso obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente". Minoración que se extiende o aplica, explícita e indistintamente, a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (artículo 2.1) y con independencia de la modalidad de contratación utilizada (artículo 3).

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

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

La controversia en este punto ha quedado definitivamente zanjada por dicha sentencia sin que estimemos necesario transcribir ahora su contenido íntegro. Baste recordar que en su fallo el Tribunal de Justicia afirma que "El artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de medidas legislativas nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, cuyo objeto y efecto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe en que esa retribución ha aumentado como consecuencia de la internalización del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de las ofertas de venta en el mercado mayorista de electricidad".

Como bien reconoce "Iberdrola, S.A." al alegar sobre la incidencia de aquella sentencia en la resolución del presente recurso, "la categórica afirmación de compatibilidad entre el sistema español de detracción y el



principio de gratuidad establecido en el artículo 10 de la Directiva 2008/37/CE -aunque discrepemos de su contenido- arrumba el argumento de la impugnación de la Orden 3315/2007 basado en la infracción de tal principio". Afirmaciones extensibles no sólo a la Orden ITC/3315/2007 sino al propio Real Decreto-ley 3/2006.

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

A) El precepto controvertido de la legislación de urgencia no priva de sus bienes y derechos a las empresas de generación de energía eléctrica ni establece una prestación patrimonial de carácter público que aquéllas deban satisfacer. Más sobriamente, se limita -según ya hemos expuesto- a modificar en un determinado sentido el mecanismo de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el marco del mercado mayorista al que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, excluyendo de la ecuación uno de los "costes" remunerables que inciden en la fijación del precio final de la casación.

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

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

C) Las censuras por la supuesta discriminación inconstitucional de las empresas productoras de energía eléctrica respecto de las que operan en otros sectores industriales igualmente contaminantes (para las que no se ha dispuesto una minoración equivalente pese a haber recibido también asignaciones gratuitas de derechos de emisión, ulteriormente incorporados a sus precios) no son estimables, como no lo han sido las alegaciones de desigualdad injustificada en la propia asignación de aquellos derechos.

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

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



producción en régimen ordinario de cada grupo empresarial, la censura de discriminación perjudicial queda desvirtuada.

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

[...] A la luz de estas consideraciones debemos analizar los dos recursos de casación interpuestos. El de "Gas Natural SDG, S.A." es inadmisibile una vez que sus tesis en la instancia ni siquiera fueron analizadas por la Sala sentenciadora. A la vista de la posición procesal de aquella sociedad y del resto de las que compartían su condición de codemandada -remitiéndose a su sentencia de 6 de abril de 2010 en el recurso 1628/2007 -, el Tribunal rechazó sin más (fundamento jurídico primero) "tomar en consideración las pretensiones deducidas [por aquéllas] en cuanto vienen a reforzar la posición y pretensiones de la recurrente". Pronunciamiento que no es objeto de censura específica en el presente recurso y que, si lo fuera, deberíamos confirmar ateniéndonos a la doctrina que hemos fijado sobre la actuación procesal de quienes no son demandantes. En todo caso "Gas Natural SDG, S.A." había interpuesto, como parte actora, otros recursos frente a la misma Orden ITC/3315/2007 y ha acudido en casación contra las sentencias que rechazaron sus pretensiones impugnatorias.

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

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

Según ya hemos expuesto, lo que el legislador de urgencia decidió en el Real Decreto-ley 3/2006 es que los titulares de las instalaciones (centrales) contaminantes que habían recibido de modo gratuito derechos de emisión minoraran -en el importe equivalente al valor de éstos- su retribución en el mercado mayorista. Lo que la Orden ITC/3315/2007 dispuso fue, por el contrario, que todas las centrales de generación en régimen ordinario, tanto las asignatarias de derechos de emisión como las no asignatarias (nucleares e hidroeléctricas), vieran minorada su retribución no ya en el importe exacto del valor de los derechos recibidos, sino en la cuantía resultante de la subida del precio ("sobreprecio") de la energía eléctrica que hubiera, a su vez, derivado de la internalización de aquellos derechos. Incurrió con ello en una extralimitación para la que no le facultaba el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/2006, lo que determina su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

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

A) La primera es que, conforme a su propio enunciado, la Orden ITC/3315/2017 regula sólo "para el año 2006" la minoración que en ella se establece. La declaración de nulidad de los preceptos antes citados tiene, pues, eficacia, para dicho año, único al que remite la propia Orden. No es objeto de este litigio la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2007, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

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



B) La segunda precisión es que la extralimitación apreciada dejaría de existir si un instrumento legal de rango adecuado (en este caso, el anteriormente citado Real Decreto 11/2007) hubiese incorporado los contenidos normativos que la Orden ITC/3315/2007, por sí misma, no estaba habilitada a establecer. El Real Decreto-ley 11/2007 extendió la minoración a partir del 1 de enero de 2008 fijando, de modo expreso, la cantidad a minorar no ya en el valor de los derechos recibidos gratuitamente sino en una cifra equivalente al "mayor ingreso" obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a esta actividad (para el período 2008-2012).

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

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

[...] La estimación del recurso de casación, interpuesto por "Bizkaia Energía SL.", significa tanto como dejar sin efecto el pronunciamiento del Tribunal de instancia sobre la validez de la Orden impugnada. Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, procede asimismo declarar la nulidad del apartado primero del artículo 2, de los artículos 3, 4, 5 y 6 y de la Disposición adicional única de la Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, por la que se regula para el año 2006 la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.>>

Y declaramos en nuestro pronunciamiento tras la anulación de los mencionados preceptos de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, que la declaración de nulidad no obsta para que se exija la minoración de la retribución de dicha actividad para el año 2006 en los estrictos términos que derivan del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, según la interpretación que de ellos hacemos en la sentencia.

TERCERO.- En consecuencia y de forma coherente con lo razonado, procede la estimación del segundo de los motivos de casación formulados por la entidad recurrente en el que se denuncia la extralimitación de la Orden respecto al Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, por la alteración sustancial del contenido de la norma con rango de Ley por la Orden ITC 3315/2007, con desestimación de los demás motivos de casación.

Y todo ello con las mismas precisiones que incluimos en las sentencias precedentes en lo que se refiere al alcance de nuestro pronunciamiento, esto es, la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de la Energía objeto de impugnación que determina las obligaciones de pago de "Bizkaia Energía S.L." en aplicación de la Orden ITC 3315/2007, sin perjuicio de que pueda exigirse la minoración de la retribución en los términos previstos en el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006

Procede, en suma, la estimación del recurso de casación, casar la Sentencia de instancia, y anular la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 24 de abril de 2008 objeto de impugnación, todo ello sin perjuicio de la facultad de la Comisión Nacional de la Energía para realizar una nueva liquidación ajustándose a las pautas interpretativas fijadas en esta Sentencia.

CUARTO.- No ha lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia ni en el presente recurso de casación.

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

FALLAMOS



Primero. - HA LUGAR al recurso de casación número 531/2011, interpuesto por BIZKAIA ENERGIA SL, contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 609/08 , que casamos.

Segundo. - Anulamos la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 24 de abril de 2008, que determina las obligaciones de pago de la entidad BIZKAIA ENERGIA SL, en aplicación de la Orden ITC 3315/2007, de 15 de noviembre. Todo ello sin perjuicio de las facultades que correspondan a dicha Comisión Nacional de la Energía para realizar una nueva liquidación ajustándose a las pautas interpretativas fijadas en esta Sentencia.

Tercero .- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la 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.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJ