



Roj: **STS 1345/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1345**

Id Cendoj: **28079130032014100092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/03/2014**

Nº de Recurso: **5464/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3324/2010,**  
**STS 1345/2014**

## SENTENCIA

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

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número **5464/2010**, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 54/2008, seguido contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades mercantiles ENDESA, S.A., representada por el Procurador Don José Guerrero Tramoyeres HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador Don Carlos Mairata Laviña, y GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la Procuradora Doña África Martín-Rico Sanz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 54/2008, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 25 de junio de 2010, cuyo fallo dice literalmente:

*« PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 51/2008 promovido el Procurador D. Jaime Briones Méndez en representación de "BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L." contra la Orden ITC3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regulaba, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a que las presentes actuaciones se contraen.*

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

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. recurso de casación que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 9 de septiembre de 2010 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 25 de octubre de 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:



« que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tenga a BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L., por personada y parte en este recurso; tenga por interpuesto y formalizado por mi representada RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 25 de junio de 2010 (Rec, 54/2008 ), por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BBE contra 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, en consecuencia, estimando los motivos de casación expuestos en este recurso, case y revoque la Sentencia recurrida y anule la referida Orden ITC/3315/2007. ».

**CUARTO.-** Por providencia de 26 de noviembre de 2010, se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 17 de enero de 2011 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y las mercantiles ENDESA, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., y GAS NATURAL SDG, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, evacuando dicho trámite el Abogado del Estado por escrito presentado el 15 de febrero de 2011, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, 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 diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2011, se declara caducado el trámite de oposición concedido a las mercantiles ENDESA, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., y GAS NATURAL SDG, S.A.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 10 de junio de 2011, se acuerda oír a todas las partes del recurso (aún cuando alguna ya se ha pronunciado al respecto), sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y tras efectuar las manifestaciones que consideraron oportunas, tanto la recurrente como el Abogado del Estado y la representación procesal de Gas Natural SDG, S.A., se dictó Auto el 28 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva dice literalmente:

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

*¿El artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, puede ser interpretado en el sentido de que no obsta a la aplicación de unas medidas legislativas nacionales como las examinadas en este proceso, cuyo objeto y efecto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente durante el período correspondiente? . » .*

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

1º.- El Abogado del Estado en escrito presentado el 7 de noviembre de 2013 manifiesta que « confirma la sentencia del TJUE el criterio sostenido por esta representación que la OM recurrida no vulnera el derecho comunitario, en cuanto a la asignación gratuita de los derechos de emisión, por lo que deben rechazarse los motivos del recurso que se basan en tal supuesta infracción » .

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

« que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia estimando el recurso de casación interpuesto por mi representada en el sentido de que se proceda a restaurar la legalidad infringida por la Sentencia de instancia en los términos expuestos a lo largo del presente escrito. » .



3º.- La Procuradora Doña Felisa González Ruíz, en representación de la mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L., presentó escrito el 19 de noviembre de 2013, en el que tras efectuar, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por debidamente presentado este escrito, se sirva admitirlo, unirlo a los autos de su razón y, en virtud de las manifestaciones en él contenidas, y previos los trámites legales oportunos, resuelva el recurso formulado contra la *Sentencia dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 25 de junio de 2010, en los términos solicitados por esta parte en el SUPPLICO de su escrito de interposición del recurso de casación de fecha 25 de octubre de 2010.* ».

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

**DÉCIMO.-** Por providencia de fecha 3 de diciembre de 2013, se acuerda unir a las actuaciones el escrito del Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, en representación de la entidad mercantil ENDESA, S.A., al que acompaña escrito de alegaciones derivado de la providencia de 30 de octubre de 2013.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por la representación procesal de la mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2010, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

La Sala fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Procede decidir previamente sobre la posibilidad de examinar las alegaciones que formulan las codemandadas planteando cuestiones anulatorias o motivos de impugnación coincidentes con los expresados por la parte actora.

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

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

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

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

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



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

[...] La actora señala en su recurso que lo que se trata de verificar es si el régimen contenido en la Orden impugnada constituye un régimen de desarrollo del contenido del R.D. Ley 3/2006 o si por el contrario incurre en un claro exceso normativo ("ultra vires") y además, si respeta los límites y principios derivados de las restantes normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico.

La actora expresa que la Orden modifica el Real Decreto-Ley porque olvida la regla de la equivalencia y la sustituye por la de la proporcionalidad y además "transforma los derechos de emisión en un "sobreingreso" en concepto de precio por la internacionalización del coste de los derechos de emisión".

La Orden, dice la recurrente, de una parte ha extendido la minoración a los contratos bilaterales que se celebran fuera del mercado organizado (generalmente denominados contratos "CBFs") y además exime a las instalaciones que se encuentran instaladas en las Islas Baleares y Canarias.

En primer lugar expresa que ha sido sustituido el criterio de la equivalencia por el de la proporcionalidad en la minoración. Pues bien, esta alegación se encuentra en clara contradicción con lo expresado en el artículo 1 de la Orden que hace referencia a la minoración, para el año 2006, de la retribución de la actividad de la producción de energía eléctrica por el importe "equivalente" al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente a esta actividad.

El criterio de la equivalencia se repite en el artículo 3.1 y en el artículo 5.1 de la Orden, aunque la cuantía de la minoración sea proporcional al sobreingreso obtenido en el mercado por la internacionalización del valor de dichos derechos durante el periodo que cada artículo establece, para cada uno de los operadores.

La Orden por otra parte no exime a los territorios insulares y extrapeninsulares de sus previsiones sino que no los incluye en su ámbito de aplicación, dada su especial configuración del mercado de producción de energía eléctrica, que establece un sistema de costes estándares reconocidos.

La Orden, por otra parte, no se ocupa de los contratos bilaterales, sino de acuerdo con el artículo 3, 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. No hay que olvidar que el objeto de la Orden no es desarrollar en su totalidad el Real Decreto-Ley, sino específicamente el artículo 2.3 del Real Decreto Ley 3/2006, de 24 de febrero (artículo 1 de la Orden) al ocuparse concretamente, para el año 2006, de la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en el territorio peninsular y no en otros territorios insulares.

[...] Expresa la actora que la Orden impugnada resulta contraria a Derecho, puesto que regula materias sometidas constitucionalmente a reserva de Ley, concretamente -dice la demandante- afecta de forma



esencial tanto a la propiedad privada ( artículo 33 de la Constitución ) como a la libertad de empresa ( artículo 38).

Sobre ambos aspectos la respuesta que corresponde dar está relacionada con el carácter y la extensión de los derechos afectados. Cuestión tratada en la Sentencia de fecha 10 de mayo de 2010 (Recurso 51/08 ), cuando dice:

*"La cuestión se ciñe a la posible existencia de una expropiación legislativa sin la correspondiente indemnización; de modo que pudiera incurrir en inconstitucionalidad el Real Decreto Ley de permanente cita.*

*a) La cualidad de derechos subjetivos y comercializables de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero es incuestionable y, de hecho, no ha sido combatida por la Administración demandada. Pero su expresión ahora resulta relevante como punto de partida para, posteriormente, concluir si existe privación singular o, dicho en otras palabras, expropiación de tales derechos subjetivos.*

*Efectivamente, tanto de la Directiva 2003/87/CE ( artículo 3) como de la Ley 1/2005, de 9 de marzo , por el que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, se obtiene la condición de derecho subjetivo - aunque sujeto a acto de autorización- de aquel que se ostenta a la emisión de una tonelada de dióxido de carbono en un período limitado. El artículo 20 de la Ley 1/2005 no deja además duda alguna pues indica que «el derecho de emisión se configura como el derecho subjetivo a emitir una tonelada de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta ley».*

*Además de estar ante derechos subjetivos nos encontramos ante unos que tienen evidente contenido económico, cosa que fluye de su comercializabilidad, contenida tanto en el artículo 12 de la Directiva como en el inciso 4 del artículo 20 de la Ley; desarrollado luego en el 21.*

*Se trata, pues, de derechos subjetivos con claro valor económico que fueron adquiridos por la actora (aunque en una primera etapa con carácter gratuito) por efecto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se procedió a la asignación concreta de derechos de emisión a las instalaciones eléctricas.*

*b) Tampoco ha sido controvertida en el presente litigio la legitimidad de la operación de internalización del valor de tales derechos (aunque fueran adquiridos gratuitamente) ni de su ulterior proyección a las ofertas de energía realizadas en el mercado diario e intradiario de generación de energía eléctrica.*

*No se ha reprochado, pues, la existencia de ilegalidad, fraude, torsión o o contravención de las reglas o de los usos del comercio ni, por ello, que la búsqueda del mayor beneficio como regla económica racional aplicable a tales sociedades mercantiles fuese reprochable por el hecho de que (entre ellas la ahora aquí recurrente), computasen como «coste de oportunidad» aquellos activos que, siendo por naturaleza comercializables, en lugar de ser enajenados y obtenida, en consecuencia, rentabilidad por la transacción, fueron consumidos en la generación de energía eléctrica y finalmente trasladado el importe de ese consumo a los precios ofrecidos al mercado.*

*Si se tratase de una acción en cierta medida ilegítima aquella que realizaron las empresas generadoras de energía eléctrica, no podríamos afirmar nunca la existencia de una expropiación (aun de "expropiación legislativa") puesto que ésta sólo puede recaer sobre bienes o derechos patrimoniales "legítimos".*

*Pero este reproche no ha sido producido en el proceso, de modo que procede pasar ya a determinar si existe expropiación material -legislativa o de cualquier otra clase- de esos derechos pecuniariamente estimables.*

*c) Es incuestionable que la expropiación, como privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, se puede producir a través de una Ley, bien contenga ésta determinaciones singulares o de caso concreto o bien albergue otras más generales y afectantes a un grupo amplio de sujetos. Y si esa expropiación legislativa apareciese en efecto, podrían derivarse consecuencias de inconstitucionalidad de la norma que contuviera una expropiación excluyendo la garantía indemnizatoria prevista en el art. 33.3 de la Constitución , u otras consecuencias en orden a permitir la articulación complementaria de un cauce indemnizatorio a través de la apertura de pieza de justiprecio ( STS de 29 de diciembre de 2003 ) si es que la norma expropiatoria guardase silencio sobre esa garantía. Todo ello ha sido objeto de la atención de la mejor doctrina así como de conocidos pronunciamientos jurisprudenciales, buena parte de ellos procedentes del Tribunal Constitucional.*

*También existen en nuestro derecho canales (aunque por supuesto sujetos a constante fricción) que permiten atisbar diferencias entre "lo expropiatorio" y las "delimitaciones" o "limitaciones" de los derechos subjetivos por efecto de la ordenación normativa. Y también, por último, aparecen concreciones singulares de misma esa actividad de limitación ordenadora en el ámbito de "lo regulatorio", esto es, ahora, en el contexto de precisas relaciones de sujeción especial que vinculan a ciertas empresas operadoras de un sector regulado y la Administración.*



La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, referida a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas ha indicado, por ejemplo, con pronunciamientos de orden general e indudable proyección sobre nuestro caso:

«Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los "bienes y derechos" individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial [...]. Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o privación indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas. Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión ( SSTC 108/1986, de 29 Jul ., 37/1987, de 26 Mar ., y 99/1987, de 11 Jun ., entre otras) al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos».

Y luego el Tribunal Constitucional matizó en la Sentencia aludida:

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

Por otra parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio de 1991, referida a la Ley 22/1988, de Costas:

Ese principio [de primacía de los derechos], en efecto, como es evidente, solo es aplicable a aquellas normas que afectan directamente al contenido del derecho, no a aquellas otras que teniendo objeto distinto, producen inconvenientes o desventajas a algunos titulares de derechos por las circunstancias concretas que en ellos se dan».

Pero también hemos apuntado que esa constricción de derechos subjetivos o intereses legítimos adquiere una dimensión diferente en el contexto regulatorio de los sectores económicos, en el cual necesariamente se ha de incidir sobre posiciones jurídicas y, en concreto, tal intervención frecuentemente sucede en el ámbito de los precios y los mercados; siempre y cuando, naturalmente, exista la oportuna habilitación legal para ello.

La existencia de diferencias entre la ordenación materialmente expropiatoria y lo que venimos denominando como "contexto regulatorio" se encuentra también presente en el artículo 1º del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En éste tras indicarse que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes y que nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional, se agrega:

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

d) Una vez sentada la cualidad de derechos subjetivos legítimos, que tienen los de emisión de los gases de efecto invernadero, partiendo también de la inexistencia de controversia con respecto a la legitimidad de la "internalización" del valor de tales derechos consumidos -pese a su inicial adquisición gratuita-, y apuntados, por último algunos de los parámetros dogmáticos de las expropiaciones legislativas y la factibilidad de su delimitación de "lo regulatorio" es ya momento de indagar en los precisos contenidos del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero.

Esta es la norma cuya eventual inconstitucionalidad es esgrimida por la representación actora por sus contenidos materialmente expropiatorios.



Para la realización de esa indagación hemos de aplicar, además de los criterios interpretativos previstos por el artículo 3 del Código Civil, la presunción de constitucionalidad que adorna a toda norma de rango de ley, según reiterada jurisprudencia constitucional de la cual algunos de sus pronunciamientos han sido más arriba consignados.

Esta labor no resulta desde luego sencilla pues, como el propio informe del Consejo de Estado indica, la lectura de la norma «evidencia que no responde una técnica normativa correcta, que su redacción es oscura -e incluso imperfecta- y que admite diversas interpretaciones».

Pero la ardua labor interpretativa que se ha de realizar tiene ahora una importancia doble: Primero porque permitirá delimitar si la norma de contenido limitativo -si tal cosa existiera- es en efecto el Real Decreto-Ley o si por el contrario lo fue la Orden Ministerial, con consecuencias materiales y procesales fuertemente dispares según la decisión que se adopte. Y segundo, porque de tales contenidos se desprenderá si existe una conexidad plena entre el derecho adquirido y su privación (y por ende expropiación) o por el contrario, como la Administración del Estado afirma a través de su representación procesal, una desconexión de objetos y unos más amplios contenidos que nos permitan concluir que estamos ante una regulación general de un mercado y de corrección de sus disfunciones en lugar de una directa privación de gratuidad de derechos de emisión anteriormente otorgada.

Pues bien aunque el artículo 2, en sus dos primeros párrafos, del Real Decreto-Ley 3/2006 permitiría, en una inicial y aislada hermenéutica, afirmar que lo que se está minorando (y además por el mismo Decreto-Ley) es el «valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente» (párrafo primero del inciso 2), o el «valor de los derechos de emisión asignados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005» (párrafo segundo) lo cierto es que una interpretación conjunta y coherente nos lleva a una conclusión bien distinta. Se trata además de una conclusión que se ve ratificada por la exposición de motivos de dicha norma de rango legal.

Y así vemos que la minoración que se acuerda se produce para con «las tasaciones correspondientes al 3 de marzo de 2006», y para la «retribución de la actividad de producción de energía eléctrica».

Se trata, por tanto, de una norma que incide en la tasación de ofertas y demandas en el mercado; una norma, por ello, reguladora del funcionamiento de ese mercado, de su régimen de casación y de las alzas de precios, más que directamente constrictora del valor económico de los derechos de emisión asignados gratuitamente.

La Exposición de Motivos del Decreto Ley que, como es sabido, carece de valor normativo, pero que, a cambio, puede ser ilustrativa de la "mens legislatoris", se refiere también con claridad al mercado, a la evolución de precios en él y a la «internalización del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la formación de precios al mercado mayorista de electricidad [lo que] requiere reflejar esta situación minorando la remuneración de las unidades de generación afectadas en importes equivalentes».

Prueba además de que el Real Decreto-Ley tiene un contenido predominantemente regulatorio es que también resulta de aplicación (con relevantes efectos en el presente litigio, como se verá) a aquellas otras instalaciones que no han recibido derechos de emisión pero que, pese a ello, se han visto beneficiadas por el alza de precios producida en el mercado como consecuencia del singular sistema que en él rige para la casación de ofertas y demandas.

Por tanto, por las razones interpretativas acabadas de expresar, esta Sala llega a la conclusión de que, en una actividad de contenido predominantemente regulatorio (y que, por tanto, excluye en su mayor medida el expropiatorio), el Decreto-Ley 3/2006 procedió a modular algunos de las consecuencias negativas en el mercado y, en concreto, el alza de precios experimentada. Y lo hizo además con carácter general y sin distinción alguna entre instalaciones asignatarias de derechos de emisión y no asignatarias pero que fueron beneficiadas por el alza de precios.

Para llegar a esta conclusión, además de los precisos aspectos y contenidos ya indicados, valoramos de modo especial algunos de los aspectos que permiten apuntar distinciones entre un contexto expropiatorio y otro regulatorio:

- En el presente caso no se procede a la "privación" completa del derecho de emisión, ni tan siquiera a una total neutralización de su gratuidad (pues obviamente en nuestro caso no se está obligando a las empresas asignatarias a pagar suma alguna por tales derechos) sino a una consecuencia diríamos que "tangencial" - aunque desde luego relevante- de algunas de las consecuencias de la internalización de los costes en los mercados. No existe por tanto, a juicio del Tribunal, "privación" con el alcance que la palabra tiene a efectos de calificar la existencia de una expropiación.



- Tampoco recae la ordenación sólo sobre consecuencias económicas de los concretos derechos asignados (de modo que no estaríamos tanto ante una privación "singular") sino que la ordenación es más general y se extiende sobre empresas asignatarias y no asignatarias y además, como decimos, sólo sobre unas consecuencias en el alza de precios fruto de la internalización que habría beneficiado a todas las instalaciones generadoras.

- Estamos en un contexto de sujeción especial y en un llamado "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.

No se trata, pese a que pudiera parecerlo, de que la Administración pueda fragmentar su acción y, empleando una faz regulatoria, esté autorizada a privar de derechos o intereses legítimos que otorgó con otra distinta faz (ambiental). Se trata, más bien, de que aquí nos encontramos ante 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."

[...] Señala la demandante que se ha producido una aplicación retroactiva de la norma impugnada.

"Decíamos en la sentencia de 22 de marzo de 2010 :

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

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

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

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

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

Pues bien en nuestro caso estimamos que tales principios no se han visto lesionados puesto que, en la hipótesis de que la norma hubiera sido dictada antes del día 1 de enero del año 2006 -fecha en la que comienza el periodo





de cómputo a efectos del saldo de tarifa- la ordenación de la actividad económica por parte de las empresas a lo sumo a lo que les habría llevado es a dejar de "internalizar" los derechos consumidos, esto es, la consecuencia final sería la misma que se produce en aplicación del Real Decreto-Ley cuestionado. Y así, de la misma manera en la que la indefensión ha de ser material y efectiva y no sólo real o aparente para resultar constitucionalmente reprochable, la lesión de la confianza legítima y de la seguridad jurídica han de ser materiales, y no lo son cuando las posiciones jurídicas hubieran permanecido iguales y el resultado económico el mismo en el supuesto de que la ordenación normativa se hubiera producido desde el primer día de cómputo.

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

[...] Argumenta la actoa que ha existido falta de concreción normativa del Real Decreto-Ley. Sobre la falta de concreción normativa del R.D. Ley este Tribunal ya ha dicho:

"Previamente es adecuado destacar que el objeto del Recurso no es el Real-Decreto Ley, sino la Orden Ministerial impugnada que desarrolla determinadas previsiones de una norma con rango de Ley, que vincula al Ministro en virtud del principio de legalidad. También destacar, una vez más, según lo razonado, que la norma no tiene una finalidad medio ambiental, sino que se inserta en un abanico de medidas de regulación del mercado eléctrico y dentro del mismo de retribución de las actividades en él desarrolladas. Dentro de este marco se incorpora el Real Decreto-Ley 3/2006 y la Orden recurrida. El Real Decreto-Ley 3/2006 en su artículo 2 habilita expresamente al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para el desarrollo reglamentario del mismo.

Y la posible vulneración de los artículos 38 y 53.1 de la Constitución Española en la Sentencia precedentemente referida el Tribunal ha establecido:

"Expresa también la actora que el Real Decreto-Ley ni 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. Todas estas alegaciones están vinculadas al Real Decreto-Ley y a su alcance material y formal, y, por tanto, no serían objeto de consideración en este proceso dirigido a impugnar la Orden Ministerial y su adecuación al Real Decreto-Ley.

No obstante dejamos constancia de lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional, y el Tribunal Supremo y la doctrina al respecto en la materia. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1986, de 20 de mayo , Fundamento Jurídico Segundo ( BOE 141, de 13 de junio) establece:

"2. Por lo que respecta a la primera de dichas cuestiones, debemos señalar, ante todo, que los antecedentes parlamentarios de los arts. 98.1 y 103.2 y 3 de la Constitución no resultan relevantes para pronunciarse acerca de la conformidad o disconformidad a la Constitución de los preceptos impugnados. Es cierto que la Ley a la que se remiten los preceptos constitucionales antes dichos -con mayor intensidad en el primero y tercero que en el segundo- debe entenderse prima facie, según afirman los demandantes, como la norma que, con tal denominación y carácter, sea aprobada por los órganos a quienes la Constitución confiere el poder de legislar, es decir, la ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales. Y tampoco es dudoso que entre las Leyes de Cortes y los Decretos-leyes sólo hay identidad de rango normativo, pero no de naturaleza. Pero todo ello no significa que, en estos casos y en otros análogos, la Norma fundamental prohíba toda intervención normativa por medio de Decretos-leyes. Si así fuera, carecerían de sentido los límites formales y materiales que respecto de los Decretos-leyes se establecen en el art. 86 de la Constitución . Que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye eo ipso la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-ley, porque, como ya hemos dicho en nuestra Sentencia núm. 111/1983, de 2 de diciembre , «la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal». Para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el art. 86 de la Constitución y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea expresis verbis la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley.

No hay aquí, por tanto, un problema de reserva de Ley, sino de vulneración o no de los requisitos y de los límites que para la emanación de Decretos-leyes por el Gobierno establece la Constitución.

Por otra parte respecto a la urgencia del Real Decreto-Ley la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo exige que el gobierno de la Nación, cuando dicte un Decreto-Ley justifique la extraordinaria urgencia y necesidad no sólo con argumentos teóricos y abstractos, sino también concretos. En este caso en el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, justifica su contenido señalando que "el elevado volumen de déficit tarifario generado en el periodo transcurrido en del año 2006 generado en el periodo transcurrido del año 2006 aconseja que se descuente el valor de los derechos de emisión a los efectos de determinar la cuantía de



*dicho déficit". Y a continuación añade: "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 la misma".*

*Existe, pues, en el Preámbulo del Real Decreto-Ley una concreta y particular justificación de la urgencia.*

*[...] Detecta la recurrente que la Orden adolece de determinar carencias:*

*Esta argumentación tampoco puede constituir vicio invalidante de la Orden pues la habilitación reglamentaria contenida en el Real Decreto-Ley no establece un contenido mínimo que la Orden deba regular. Además como venimos señalando su contenido no es tributario ni recaudatorio sino regulatorio.*

*[...] Expresa la actora que se ha producido vulneración de derechos adquiridos (con referencia a la gratuidad). esta cuestión ya ha tenido respuesta cuando nos hemos referido a la posible existencia de una expropiación legislativa sin la correspondiente indemnización, habida cuenta de que el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, es la norma (y no la Orden), que establece, a partir del día 2 de marzo de 2006 la minoración del importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero: En este apartado de la Sentencia hacíamos hincapié en el carácter "regulatorio" de la Orden recurrida, lo que excluye el efecto expropiatorio; y asimismo en que el Real Decreto-Ley ha procedido a "modular" las consecuencias negativas en el mercado de la toma en consideración de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero; regulación que se hizo con carácter general.*

*Decíamos que, en el presente caso, no se procede a la privación completa del derecho de emisión ni a la neutralización de su gratuidad, señalando también que no existe una privación singular de derecho adquirido alguno. Además estamos en un contexto de sujeción especial, dado el estudio vinculado entre los intereses de los operadores y el interés general que exige una ordenación razonable del mercado."*

*º.- Por otra parte, entre los reproches de inconstitucionalidad del siempre aludido Real Decreto-Ley estaba el posible establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público sin la necesaria cobertura de ley.*

*Nótese que al formularse esta alegación no se está cuestionando tanto los contenidos de esa norma de rango legal como sus carencias, esto es, que en éste no se regularían, en efecto, la base imponible, el tipo de gravamen y los otros elementos objeto de reserva de ley tributaria.*

*Para la desestimación de este conjunto de alegaciones baste indicar que para el Tribunal lo producido es una actividad de regulación del alza de precios en un concreto mercado; realidad normativa por tanto que no permite su consideración como aquella "prestación patrimonial de carácter público" que es objeto de reserva de Ley en el artículo 31.3 de la Constitución española ."*

*En este caso no estimamos que se haya producido una regulación materialmente expropiatoria, de modo que no sólo no se verá afectada la garantía patrimonial indicada en el fundamento jurídico recientemente transcrito de la Sentencia citada, sino que tampoco habrá tenido lugar una directa privación del derecho de propiedad sino una regulación del mercado con, eso sí, consecuencias de segundo grado aunque desde luego relevantes sobre los derechos subjetivos objeto de titularidad."*

*[...] Finalmente alega la demandante que la Orden 3315/2007 resulta contraria al derecho comunitario porque suprime la gratuidad de los derechos de emisión, contribuye a frustrar el efecto útil de la Directiva e introduce en el mercado de derechos de emisión un trato discriminatorio.*

*Decíamos en la precedente sentencia antes referida que:*

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

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

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

*La segunda de tales dimensiones atañe a la traslación a las ofertas al mercado del valor de los derechos de emisión consumidos y por ello "internalizados". Pero esta traslación a precios de derechos consumidos, que desde luego no es ilegítima, como hemos visto anteriormente, y en buena medida puede ser consecuencia*



de la racionalidad económica de la búsqueda de la mayor rentabilidad por las empresas, no es consecuencia obligada ni inherente a la gratuidad de los derechos asignados.».

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

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 el principio de gratuidad del régimen de comercio de emisión de gases de efecto invernadero no se vulnera por el régimen de minoración de la retribución instaurado por el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero , por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial.

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.

Asimismo, se alega que la sentencia recurrida guarda silencio respecto a que la imposición de la minoración de la retribución al sector de la producción de energía eléctrica tiene carácter discriminatorio, sin tener en cuenta que vulnera las precisiones contenidas en la Directiva 2003/87/CE, el hecho de que un Estado miembro introduzca unilateralmente especificaciones o matizaciones en la regulación del régimen comunitario armonizado de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

El segundo 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 nulidad de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, 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 tercer motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 10.2 , 33 , 86, 9.3 , 14 , 31.3 , 38 , 53.1 y 97 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 a la libertad de empresa y a la regulación del ejercicio de los derechos y libertades, el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables, la introducción de adopción de medidas por los poderes públicos de carácter confiscatorio y los límites impuestos a la aprobación de Derechos legales, al admitir la conformidad de Derecho de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

**SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo.**

El primer motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, no puede ser acogido, atendiendo 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/3315/2007, de 15 de noviembre. supongan la supresión del carácter gratuito de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, porque, tal como expuso el Abogado General en el escrito de conclusiones presentado el 21 de marzo de 2013 en los asuntos C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y 640/11, el sistema de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica prevista en la normativa española guarda relación con la imposición de una «carga» o «gravamen» específico a la venta de energía eléctrica en el mercado de la electricidad, que es coherente con el singular funcionamiento del mercado mayorista de electricidad, en el que la práctica revela que los productores de energía eléctrica incluyen en el precio de sus ofertas el valor de los derechos de



emisión por el mismo concepto que cualquier otro coste, pese a que estos derechos se les habían concedido gratuitamente, y que la formación de precios en el mercado mayorista de electricidad se ajusta conforme a las reglas de un mercado marginalista, del que se benefician el conjunto de titulares de instalaciones productoras de energía eléctrica, y que, por tanto, trata de paliar las «ganancias inmerecidas» que da lugar la asignación de derechos de emisión en el mercado eléctrico español.

En este sentido, tampoco compartimos la alegación casacional que formula el Letrado defensor de la mercantil recurrente, referida a que el mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, introducido en el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, y que se desarrolla en la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, vulnera el efecto útil de la normativa comunitaria europea reguladora del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, porque, como se pone de relieve en la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013, aunque pueda disminuir el incentivo para que las empresas eléctricas reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero, al condicionar negativamente la estrategia de transferir los derechos de emisión excedentes a otros participantes, no se aprecia que las medidas adoptadas por la normativa española controvertida supongan un obstáculo de tal naturaleza que suponga la supresión del mecanismo de mercado creado por la Directiva 2003/87/CE.

En el extremo de este primer motivo de casación en que la defensa Letrada de la mercantil recurrente reprocha a la Sala de instancia que no reconozca el carácter discriminatorio de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, cabe referir, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), que en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial suscitada en este litigio nos referíamos a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-127/07, Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros) en la que se descart  que hubiera existido infracción del principio de igualdad por el hecho de que se hubieran tratado de modo diferente situaciones comparables al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 determinados sectores contaminantes y no otros. Las apreciaciones de aquella sentencia son trasladables, *mutatis mutandis*, a las censuras de desigualdad vertidas contra el Real Decreto-ley 3/2006 por este motivo, ya que el margen de apreciación de que dispone el legislador nacional para evaluar la situación específica de cada uno de los sectores económicos afectados permite que las medidas acordadas para unos no tengan por qué extenderse necesariamente al resto, y viceversa. Las peculiares circunstancias del mercado de producción de electricidad y de su régimen retributivo permit an, a nuestro juicio, un tratamiento diferenciado y singular a resultas 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.

### **TERCERO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 10.2, 33, 86, 9.3, 38, 53.1 y 97 de la Constitución.**

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 10.2, 33, 86, 9.3, 38, 53.1 y 97 de la Constitución, no puede prosperar, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 5884/2010), 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 impugnada establece una expropiación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente sin la preceptiva compensación, descartamos que el sistema de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en una cantidad equivalente al valor de los derechos de emisiones tenga un contenido confiscatorio, pues coincidimos con el criterio expuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida sentencia de 17 de octubre de 2013, de que se trata de una medida de política económica que tiende a paliar los efectos negativos que sobre los consumidores finales pudieran derivarse del incremento de la tarifa eléctrica debido a la opción de las empresas productoras de energía eléctrica de internalizar en sus costes el valor de los derechos de emisión.

Al respecto, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 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 - asignatarias de aquellos derechos- como para las no contaminantes (nucleares e hidroeléctricas).

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

En efecto, aunque sostenemos que el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, se opone a que una disposición de carácter general que tenga un contenido de gravamen se aplique retroactivamente a situaciones jurídicas agotadas, cabe tener en cuenta que el sistema de minoración de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, que se adopte en el Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial, que entró en vigor el 1 de marzo de 2006, contempla la liquidación de la tarifa para dicha anualidad de 2006 en su conjunto.

En este sentido, en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004 (RC 3635/2010), ya hemos advertido que el primer párrafo del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 no tiene carácter retroactivo pues se aplica a partir de una fecha ulterior a su publicación oficial. Y en cuanto al párrafo segundo del mismo apartado y artículo, su aparente retroactividad (se refiere al período de tiempo que va desde el 1 de enero al 2 de marzo de 2006) queda relativizada al tener en cuenta, por un lado, que afecta a la "liquidación de la tarifa del año 2006" en su conjunto, esto es, al cálculo de los importes de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa para dicho año; y, por otro, a que -según nuestro juicio- el artículo 9.3 de la Constitución no impide que una "ganancia inmerecida" anterior sea "compensada" o neutralizada ulteriormente, en el marco de la retribución anual de la actividad de producción de energía eléctrica según las pautas legales que disciplinan el mercado mayorista, mediante la correlativa minoración de las cantidades correspondientes a todos y cada uno de los meses del mismo año (en este caso 2006).

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.

**CUARTO.- Sobre el segundo 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 segundo 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 la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 5884/2010), en que sostuvimos que la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, 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 declaramos su nulidad. Declaración que, sin embargo, debe ir acompañada de dos precisiones:

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

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

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

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

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

Al respecto, cabe referir que las empresas generadoras habían percibido un "sobreingreso" o "ganancias inmerecidas" que estuvo en la base o génesis de la "segunda" redacción o propuesta de la Orden ITC que, en vez de limitarse a ordenar la detracción del "importe equivalente" al valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente, como había hecho en su propuesta inicial el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, dispuso que las empresas que habían internalizado aquel valor devolviesen "el sobreingreso obtenido en el mercado". Sobreingreso que, para la Orden ITC en su versión final, era el producido como consecuencia del simétrico "encarecimiento" del precio final de la energía eléctrica en el mercado mayorista a 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/3315/2007 no era, sin embargo, compatible con el tenor del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006. Si lo podría haber sido si en febrero de 2006 hubiera tenido el respaldo o cobertura normativa que más tarde le proporcionaría el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre (casi coetáneo con la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre). El Real Decreto-ley 11/2007



cambia significativamente el enfoque y regula ya la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica "como consecuencia del mayor ingreso obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente". Minoración que se extiende o aplica, explícita e indistintamente, a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (artículo 2.1) y con independencia de la modalidad de contratación utilizada (artículo 3).

No era compatible el contenido de la Orden ITC/3315/2007 con el Real Decreto-ley 3/2006, por mucho "esfuerzo interpretativo", "contextualización" o apelaciones a la finalidad de aquél que se hayan alegado para cohonestar uno y otra, ya que el Real Decreto-ley 3/2006 se limitaba, en términos que no admiten la interpretación expuesta en las sentencias de instancia, a disponer la minoración en un determinado importe (el equivalente al valor de los derechos de emisión gratuitamente asignados a las centrales contaminantes) y todo lo que en la Orden ITC excede de ello debe reputarse *ultra vires* respecto de la habilitación normativa que al Ministro de Industria, Comercio y Turismo había confiado el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/2006 .

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el segundo motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 54/2008 , 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 BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente, debiendo anular, por no ser conformes a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la Disposición adicional única de dicha Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, en los términos fundamentados.

La declaración de nulidad no obsta a que se exija la minoración de la retribución de dicha actividad para el año 2006 en los estrictos términos que derivan del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , según la interpretación que de ellos hacemos en esta sentencia.

#### **QUINTO.- 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 BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 54/2008 , que casamos.

**Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente, debiendo anular, por no ser conformes a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y la Disposición adicional única de dicha Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, en los términos fundamentados.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos,



mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ