

Roj: **STS 82/2015 - ECLI:ES:TS:2015:82**Id Cendoj: **28079130032015100013**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **22/01/2015**Nº de Recurso: **5999/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 4469/2011,**
STS 82/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5999/2011 interpuesto por "BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L.", representada por la Procurador D^a. Felisa González Ruiz, contra la sentencia dictada con fecha 5 de septiembre de 2011 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 302/2010, sobre minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 5999/2011 contra la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009 por la que se determinan sus obligaciones de pago en aplicación de la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y para el primer semestre de 2009, 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 correspondiente a los pagos del ejercicio 2008.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 30 de diciembre de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

i. Anule la resolución dictada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por delegación del Ministro, de 26 de julio de 2010, que confirma expresamente la desestimación del recurso de alzada interpuesto por BBE contra la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, por la que se determinan las obligaciones de pago del BBE, correspondientes al año 2008, en aplicación de la Orden ITC/1722/2009;

ii. Condene a la Administración demandada a reintegrar, o a realizar las actuaciones precisas para que le sea reintegrada, la cantidad de 13.286.245 euros impuesta en cumplimiento de las resoluciones anteriores, así como los intereses legales devengados desde que se realizó el pago hasta que en ejecución de sentencia se devuelva su importe;

iii. Anule la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y primer semestre de 2009, 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; y

iv. Realice los pronunciamientos procedentes en materia de costas".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 18 de febrero de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud declare la conformidad a derecho de la resolución impugnada, desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 22 de febrero de 2011 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L. (BBE) contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que son conformes a Derecho, confirmándolas, si imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 30 de diciembre de 2011 "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 5999/2011 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, por el que se establece el principio de gratuidad del régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por los Estados miembros, así como de la jurisprudencia comunitaria y nacional dictada en la materia".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 95 del TCE, en relación con los artículos 174.2 y 175.2 del Tratado y de los artículos 2.1, 24, 27 y 30 y Anexo I de la Directiva 2003/87/CE, y de la jurisprudencia comunitaria dictada en la materia".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de "los artículos 33, 38, 86, 9.3 y 31.3 de la Constitución Española, en relación con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC y en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de la jurisprudencia que ha dictado el Tribunal Constitucional en su interpretación y aplicación".

Sexto.- Por escrito de 22 de junio de 2012 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia recurrida, con condena en costas a la actora.

Séptimo.- Por providencia de 10 de octubre de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 20 de enero de 2015, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de septiembre de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." contra la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, confirmada en alzada el 26 de julio de 2010, por la que se determinaron las obligaciones de pago en aplicación de la Orden ITC/1722/2009, de 20 de junio, por la que se regula para el año 2008 y primer semestre de 2009 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.

Antes de analizar el presente recurso de casación es necesario recordar que esta Sala del Tribunal Supremo, mediante la reciente sentencia de 12 de diciembre de 2014, ha desestimado otro análogo (el número 4789/2011, interpuesto por "AES Energía Cartagena, S.R.L.") contra una sentencia anterior, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 15 de junio de 2011, que se pronunció en términos iguales a la que ahora hemos de afrontar (la de 5 de septiembre de 2011).

También nos hemos pronunciado específicamente sobre la validez de la Orden ITC/1722/2009 al desestimar mediante la sentencia de 14 de noviembre de 2014 el recurso de casación número 5209/2011, interpuesto



por otra sociedad productora de energía eléctrica ("Bizkaia Energía, S.L.") contra la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 10 de junio de 2011 en el recurso número 593/2009.

Dado que a la similitud de las sentencias de instancia se une el hecho de que el presente recurso de casación (número 5999/2011) se plantea por los mismos tres motivos y en iguales términos que el precedente (número 4789/2011), y que la validez de la Orden ITC/1722/2009 ya ha sido confirmada (recurso número 5209/2011), es lógico que nuestra respuesta jurisdiccional no vaya a diferir ahora de las ya pronunciadas.

Más en concreto, nos atendremos a lo dicho en la sentencia de 12 de diciembre de 2014 (recurso de casación número 4789/2011) pues sólo varían en realidad las menciones específicas a las sociedades recurrentes en uno y otro caso, siendo "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." titular de una instalación de generación de electricidad de régimen ordinario que había sido asignataria de derechos de emisión (central de ciclo combinado denominada "CCGTE Bahía de Vizcaya") y que vio minorada, en el importe fijado por la Comisión Nacional de Energía, la retribución que le correspondía durante 2008 y el primer semestre de 2009 por su actividad de producción de energía eléctrica.

En el litigio no se discutió el ajuste de la liquidación practicada a la Orden ITC/1722/2009, sino las determinaciones normativas contenidas en ésta, de las que directamente derivaba la cantidad objeto de minoración (13.286.245 euros). La sociedad recurrente, a la vez que recurría contra el acto singular, pretendía por la vía de la impugnación indirecta prevista en el artículo 26.1 de la Ley Jurisdiccional la declaración de nulidad de la propia Orden ITC/1722/2009.

Segundo.- La Sala de instancia desestimó las pretensiones de la demanda tras afirmar en el segundo fundamento de derecho de su sentencia que se había pronunciado ya de modo reiterado en cuanto a 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.

Concretamente, el tribunal de instancia citó un buen número de sentencias dictadas por la misma Sala en relación con la Orden ITC/3315/2007, antecedente inmediato de las ulteriores Órdenes ITC/1721/2009 y ITC/1722/2009 (esta última constituye el objeto del presente recurso) y afirmó que al menos dos de aquellas sentencias habían confirmado su legalidad. Se trataba de las pronunciadas por la Sección Cuarta de la Sala el 30 de marzo de 2011 (recurso 283/2009) y el 18 de mayo de 2011 (recurso 37/2010).

En atención a estos precedentes, que a juicio del tribunal habían establecido ya "un criterio jurisdiccional uniforme", la Sala reiteró en la ahora impugnada el fallo desestimatorio basándose primordialmente en las consideraciones vertidas en aquéllos. Hizo asimismo referencia (fundamento de derecho vigésimo cuarto) a la sentencia de la propia Sala de 15 de junio de 2011, recaída en el recurso de instancia número 36/2010, esto es, a la sentencia que hemos confirmado en la nuestra de 12 de diciembre de 2014 al rechazar el recurso de casación número 4789/2011.

Debe subrayarse, no obstante, que las Órdenes impugnadas respectivamente en los recursos números 36/2010 y 37/2010 diferían en un aspecto significativo, cual es su ámbito temporal de referencia: en el 36/2010 (al igual que en el que ahora hemos de fallar) se juzgaba sobre la validez de la Orden ITC/1722/2009, que tenía efectividad para el año 2008 y el primer semestre de 2009; por el contrario, en el recurso 37/2010 -y en otros anteriores- se trataba de analizar la Orden ITC/1721/2009, aplicable al ejercicio 2007. La diferencia temporal tiene repercusiones en la decisión, como ya pusimos de manifiesto al estimar en parte el recurso de casación número 253/2011, interpuesto contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2010 recaída en el recurso 37/2010. En efecto, para el año 2007 no era aún aplicable el Real Decreto-ley 11/2007 que, sin embargo, dio cobertura durante el ejercicio 2008 y el primer semestre de 2009 a disposiciones reguladoras de la minoración no amparadas anteriormente por el Real Decreto-ley 3/2006.

Tercero.- Los tres motivos de casación deducidos en el presente recurso de casación coinciden sustancialmente, repetimos, con los que fueron planteados en los recursos de casación números 4789/2011 y 5209/2011. La sociedad ahora recurrente censura en realidad el régimen instaurado inicialmente por el Real Decreto-Ley 3/2006 y después por el Real Decreto-Ley 11/2007, norma legal esta última de la que ella misma reconoce que "traen causa en última instancia las resoluciones impugnadas". Desplaza con ello el debate a un nivel superior al meramente reglamentario, pues en sus tres motivos de casación no llega a afirmar que la Orden impugnada (y, *a fortiori*, la liquidación emitida por la Comisión Nacional de Energía que a ella se atiene) incurra en causas de nulidad propias, ni que vulnere el principio de jerarquía normativa. Es cierto que en los antecedentes de su escrito se hacen algunas consideraciones específicas sobre estas últimas cuestiones, pero, repetimos, no se traducen después en motivos de casación, ceñidos éstos tan sólo al contraste normativo entre el "régimen" legal de minoración y el Derecho de la Unión Europea o la Constitución Española.

En efecto, la impugnación casacional se hace desde una doble perspectiva:



A) Por un lado, se articulan dos motivos "en relación con la vulneración del Derecho comunitario por el régimen de minoración aplicable en el año 2008 según el RDL 11/2007 y la Orden ITC/1722/2009". En ellos se denuncia la "infracción del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, por el que se establece el principio de gratuidad del régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por los Estados miembros, así como de la jurisprudencia comunitaria y nacional dictada en la materia" (motivo primero) y la "infracción del artículo 95 TCE, en relación con los artículos 174.2 y 175.2 del Tratado y de los artículos 2.1, 24, 27 y 30 y Anexo I de la Directiva, y de la jurisprudencia comunitaria dictada en la materia" (motivo segundo).

B) Por otro lado, y bajo la rúbrica "motivos de casación que se formulan en relación con los motivos de inconstitucionalidad en los que incurre el artículo 2 del RDL 3/2006 y, por extensión, la Orden ITC/1722/2009 en cuya aplicación se han dictado los actos administrativos recurridos", se plantea un solo motivo, el tercero, en el que se denuncia que la sentencia impugnada infringe cinco artículos de la Constitución, a saber, los artículos 9.3, 31.3, 33, 38 y 86.

A lo largo del desarrollo del tercer motivo de casación la defensa de la sociedad recurrente no se refiere, sin embargo al Real Decreto-ley 3/2006, cuya inconstitucionalidad denunciaba en su encabezamiento, sino al Real Decreto-ley 11/2007, que era el aplicable por razones temporales durante el período afectado por la Orden ITC/1722/2009 (año 2008 y primer semestre del 2009). Es también respecto de este último Real Decreto-ley 11/2007 sobre el que se insta de la Sala el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Cuarto.- Las alegaciones vertidas en los dos primeros motivos de casación se hicieron en un momento (30 de diciembre de 2011) en el que presumiblemente la recurrente desconocía que esta Sala del Tribunal Supremo había planteado mediante sus autos de 19, 20 y 24 de octubre de 2011 (recursos de casación números 3635, 5884, 5448 y 3260 todos del 2010) sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciase sobre la interpretación 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.

Preguntábamos entonces al Tribunal de Justicia si aquella Directiva obstaba a la aplicación de unas medidas legislativas nacionales cuyo objeto y efecto era 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. La sociedad que recurre en el presente litigio sugiere (página 46 del escrito de interposición del recurso) el planteamiento de una cuestión prejudicial sin reparar -sin duda por las razones temporales ya expuestas- que ya había sido hecha.

Pues bien, las objeciones que frente al Real Decreto-ley 11/2007 -y, derivadamente, sobre la Orden ITC/1722/2009- se pudieran suscitar desde la perspectiva de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea deben ser rechazadas una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió (sentencia de 17 de octubre de 2013, asuntos acumulados C-566/11 y siguientes) la cuestión prejudicial que esta Sala le planteó al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La situación normativa interna que expusimos en dicha cuestión prejudicial era la configurada por el Real Decreto-ley 3/2006 pero las consideraciones a él referidas son igualmente aplicables al Real Decreto-ley 11/2007.

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

Tras el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2003 esta Sala del Tribunal Supremo deliberó de modo simultáneo los recursos de casación números 2606/2010, 3260/2010, 3626/2010, 3635/2010, 5448/2010, 5464/2010, 5884/2010 y 1846/2012, respectivamente interpuestos contra las correlativas sentencias de instancia por las sociedades "Gas Natural SDG, S.A." e "Iberdrola, S.A." (2606/2010); "Tarragona Power, S.L." (3260/2010); "Iberdrola, S.A." y "E.On Generación, S.L." (3626/2010); "Iberdrola, S.A." y "Gas Natural SDG, S.A." (3635/2010); "Gas Natural SDG, S.A." y "Bizkaia Energía, S.L." (5448/2010); "Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L." (5464/2010); "Gas Natural SDG, S.A." (5884/2010); y "Tarragona Power, S.L." (1846/2012). En las respectivas sentencias de esta Sala resolutorias de dichos recursos -seguidas por otras del mismo signo, como la antes citada de 14 de noviembre de 2014 en el recurso número 5209/2011 -



nos atuvimos a la interpretación de la Directiva 2003/87/CE , en relación con las normas nacionales, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia para rechazar los argumentos impugnatorios que pretendían poner de relieve la incompatibilidad de estas últimas con aquélla.

En definitiva, según reconocía alguna de las sociedades recurrentes en los correspondientes litigios al alegar sobre la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2013 en la resolución de los recursos de casación, "la categórica afirmación de compatibilidad entre el sistema español de detracción y el principio de gratuidad establecido en el artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE [...] arrumba el argumento de la impugnación de la Orden 3315/2007 basado en la infracción de tal principio". Afirmaciones que son extensibles no sólo a la Orden ITC/3315/2007 y al Real Decreto-ley 3/2006 sino, insistimos, al Real Decreto-ley 11/2007 y a la Orden ITC/1722/2009.

Quinto. - Descartada, por lo tanto, la denunciada vulneración del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE , también han de ser rechazados los argumentos impugnatorios vertidos en el segundo motivo casacional. En él la recurrente denuncia que la Sala ha incurrido en una infracción del artículo 95.5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 174.2 y 175.2 del mismo Tratado, y de los artículos 2.1 , 24 , 27 , 30 de la Directiva 2003/87/CE .

La censura se apoya -en términos que adolecen de una cierta falta de claridad- sobre la premisa de que los Estados miembros no disponen de ningún tipo de facultad discrecional para introducir unilateralmente especificaciones, modificaciones o excepciones en la regulación del régimen comunitario armonizado de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; y que, de pretender introducir las, han de hacerlo conforme a los requisitos objetivos y de procedimiento que impone el artículo 95.5 del Tratado CE (actual 114.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Pues bien, según ya hemos afirmado en nuestras sentencias precedentes, fue correcta la respuesta del tribunal de instancia cuando sostuvo que con el régimen de minoración establecido en los Reales Decretos-leyes 3/2006 y 11/2007 no se ampliaba, restringía o modificaba ninguna medida de armonización comunitaria, tratándose tan sólo de un mecanismo interno, respetuoso con la asignación gratuita de derechos de emisión en los términos ya dichos por el Tribunal de Justicia, que pretendía restablecer un cierto equilibrio retributivo en el seno de la formación de los precios de la energía eléctrica. No se trataba, pues, de una "nueva disposición nacional basada en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización" (en estos términos se pronuncia el artículo 114.5 del actual TFUE), cuya notificación a la Comisión Europea fuese necesaria.

Sexto.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de diferentes artículos de la Constitución que la recurrente imputa bien, de modo especial, al Real Decreto-ley 11/2007, bien a la Orden ITC/1722/2009. Su exposición consta de tres apartados o submotivos en el primero de los cuales la recurrente censura la infracción del " artículo 86 [de la Constitución] en relación con los artículos 9.3 y 97" por entender que no concurrían "las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificaban la adopción del RDL 11/2007 ". Añade que, además, la potestad reglamentaria se ejerció en un "plazo desmedido" cuando ya había "caducado".

El reproche formulado en el segundo submotivo lo es por vulneración de los artículos 33 , 38 y 53.1 de la Constitución , al haber admitido la Sala de instancia, según el recurrente, "[...] la conformidad a Derecho de una norma reglamentaria (la Orden ITC/1722/2009) que regula *ex novo* y en cuestiones esenciales materias constitucionalmente reservadas a las normas de rango legal".

En fin, la infracción de preceptos constitucionales expuesta en el tercer submotivo invoca como vulnerados los artículos 31.3 y 33 de la Constitución al sostener que "el régimen de minoración constituye una medida con alcance confiscatorio, introducida por el RDL 11/2007 y con efectos materiales desde la aprobación de la Orden ITC/1722/2009".

Séptimo.- Comenzando el análisis del tercer motivo por el último de los reproches en él expuestos, hemos de reiterar lo que al efecto dijimos cuando lo examinamos (en relación al Real Decreto-ley 3/2006) en las sentencias dictadas el 26 de marzo de 2014 , doctrina plenamente aplicable al ulterior Real Decreto-ley 11/2007, según hemos confirmado en la más reciente de 14 de noviembre de este mismo año.

La tesis de la sociedad recurrente es que la legislación de urgencia frente a la que dirige sus críticas supone una "confiscación" de derechos económicos ya incorporados a su patrimonio. Esta Sala ha manifestado, por el contrario, que la minoración retributiva no priva de sus bienes y derechos (no expropia) a las empresas de generación de energía eléctrica ni establece una prestación patrimonial de carácter público que aquéllas deban satisfacer. Más sobriamente, se limita -según ya hemos expuesto- a modificar en un determinado sentido



el mecanismo de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el marco del mercado mayorista al que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, excluyendo de la ecuación uno de los "costes" remunerables que inciden en la fijación del precio final de la casación.

La modificación normativa implica, sin duda, una consecuencia desfavorable para los intereses de las empresas afectadas pero esta circunstancia no convierte en decisión confiscatoria ni 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 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2003 - 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.

Octavo.- El resto de reproches contenidos en el tercer motivo casacional han de ser igualmente rechazados.

A) Ya hemos reafirmado en otras sentencias precedentes -a cuya doctrina se acomoda la ahora impugnada- que, atendidos los términos y la justificación que contiene el preámbulo del Real Decreto-ley 11/2007, no era irrazonable la conclusión obtenida por la Sala de instancia, a saber, que concurría el presupuesto habilitante para dictarlo. Y es que, en efecto, bien podía considerarse que existían circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad en el momento de su aprobación, ante la persistencia de la grave situación de déficit tarifario del sistema eléctrico que aconsejaba hacer uso de este instrumento normativo para extender la minoración retributiva a partir de 1 de enero de 2008, vista la repercusión de los derechos de emisión asignados en el precio de la electricidad, además de la imposibilidad de promulgar una norma con rango de ley con anterioridad a la aplicación efectiva del nuevo Plan de Asignación 2008-2012.

B) En lo que se refiere al tiempo transcurrido desde que se dictó el Real Decreto-ley 11/2007 hasta que se publicó la Orden ITC/1722/2009, tal circunstancia no resulta relevante a los efectos que aquí importan, pues el período al que afectaba dicha Orden seguía estando bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 11/2007. El hecho de que este último fuera derogado por el Real Decreto-ley 6/2009 no implica que perdiera sus efectos propios para el período en que estuvo vigente, incluso según los términos propios del texto que lo derogaba (en concreto, una de sus disposiciones transitorias, como acto seguido exponemos). Era necesario, pues, establecer los desarrollos reglamentarios necesarios para detraer durante aquel período, que es el que abarca la Orden ITC/1722/2009, el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que debía descontarse de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica.

Precisamente la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 6/2009 mantenía de modo expreso la aplicabilidad del régimen establecido por el Real Decreto-ley 11/2007 "[...] hasta la supresión del sistema tarifario integral y la puesta en marcha de la tarifa de último recurso en el sector eléctrico, el 1 de julio de 2009", esto es, hasta la finalización del primer semestre de dicho año, momento final del período al que se aplicaba la Orden ITC/1722/2009.

C) En fin, no se produce la vulneración de los artículos 33, 38 y 53.1 de la Constitución que aduce la recurrente, a cuyo juicio "el reglamento aprobado vulnera el principio de reserva de Ley". La Orden ITC/1722/2009 se atiene a los "ámbitos de aplicación" objetivo y subjetivo delimitados por el Real Decreto-ley 11/2007. Se aplica, en sintonía y desarrollo de éste, a las instalaciones de producción de energía eléctrica tal como quedaban detalladas en los artículos 2 y 3 del propio Real Decreto-ley, preceptos que se refieren de modo específico a las situadas en el territorio peninsular español en régimen ordinario, cualquiera que fuera su tecnología, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, excluyendo tan sólo las instalaciones de producción en régimen especial. El Real Decreto-ley precisaba asimismo que la minoración afectaría a la retribución de aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica con independencia de la modalidad de contratación utilizada. Y marcaba en su artículo 4 los criterios o principios para llevar a cabo la minoración.

El Real Decreto-ley 11/2007 no contenía, pues, una "remisión en blanco" al reglamento, antes bien señalaba por sí mismo respecto de qué instalaciones de producción de energía eléctrica, y bajo qué criterios, se había de producir la minoración. Las "cuestiones esenciales" del régimen jurídico de esta operación estaban ya presentes en él, de modo que el contenido de la Orden ITC/1722/2009 no es sino complemento o desarrollo de aquéllas, no incluyendo regulaciones *ex novo* sobre aspectos esenciales o nucleares de la minoración en sí misma.



En el desarrollo de esta parte del motivo tercero la recurrente no llega a identificar con la necesaria precisión qué "cuestiones esenciales reservadas a las normas de rango legal" figurarían con este carácter en la Orden impugnada. Se limita afirmar, de modo más bien general, que "[...] la Orden ITC/1722/2009 regula *ex novo* aspectos esenciales de la obligación de pago derivada de contratos celebrados entre particulares y sometidos al Derecho privado. En este sentido, el objeto y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del régimen de minoración se definen en los artículos 1, 2 y 3 de la Orden Ministerial; los criterios y elementos de cuantificación de las minoraciones se determinan en el artículo 4 de la Orden ITC/1722/2009; su Disposición adicional única establece el plazo de pago del importe de la minoración por parte de sus destinatarios, etc.". Elementos todos ellos, concluye, que deberían constar en la propia norma legal y no aparecer por primera vez en la reglamentaria.

Pues bien, los artículos 1, 2 y 3 de la Orden son reproducción de los correlativos artículos del Real Decreto-ley 11/2007. El artículo 4 de la Orden define el período temporal de aplicación sin innovar el establecido en el Real Decreto-ley. Es el artículo 5 (último de los que contiene) el que podría hipotéticamente suscitar alguna reserva, pues regula el cálculo de las cuantías de los pagos, pero, por un lado, lo hace en términos de desarrollo que se conforman con la norma de cobertura, y por otro lado, se trata de un precepto que ni siquiera es citado en la relación que acabamos de transcribir.

En fin, el contenido de la Disposición adicional única de la Orden ITC/1722/2009, en cuanto fija el plazo de dos meses (desde que se les haya notificado la correspondiente resolución de la Comisión Nacional de Energía) para que las empresas titulares de las instalaciones ingresen los importes resultantes de la minoración, no es sino un desarrollo reglamentario de detalle que válidamente puede incluir la Orden impugnada.

Noveno. - En conclusión, no ha lugar a ninguno de los motivos de casación planteados. Procede, en consecuencia, la imposición de las costas a la parte que lo ha interpuesto, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de diez mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

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

FALLAMOS

Primero.- No ha lugar al recurso de casación número 5999/2011 interpuesto por "Bahía de Bizkaia Electricidad SL." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional con fecha 5 de septiembre de 2011 en el recurso número 302/2010.

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.