

Roj: SAN 3046/2011  
Id Cendoj: 28079230012011100318  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 593/2009  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: ELISA VEIGA NICOLE  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a diez de junio de dos mil once.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número 593/2009 interpuesto por la entidad **BIZKAIA ENERGÍA, S.L.**, representada por el Procurador don Jaime

Briones Méndez, contra la Orden ITC/1722/2009; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y

defendida por la Abogada del Estado, y habiendo comparecido como codemandadas Gas Natural SDG, S.A., representado por

la Procuradora doña Pilar Iribarren Cavall, Endesa Generación S.A. representada por el Procurador don José Guerrero

Tramoyeres; Iberdrola, S.A., representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, E.O Generación, S.L., representada por la Procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., representada por el Procurador don Carlos Mairata Laviña. La cuantía del recurso se fijó en indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Interpuesto recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite mediante providencia de 8 de septiembre de 2009 con reclamación del expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora a que formalizara demanda, lo que así hizo en escrito presentado 15 de enero de 2010, y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se estime el recurso y en consecuencia: 1º se anule la Orden ITC/1722/2009, reguladora para el año 2008 y el primer semestre de 2009 de 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; 2º)- se realicen los pronunciamientos procedentes en materia de costas.

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda presentado el 13 de mayo de 2010, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso formulado de contrario por ser conforme a derecho la orden impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Las entidades codemandadas dejaron transcurrir el plazo sin presentar contestación a la demanda a excepción de Iberdrola, S.A. que lo hizo mediante escrito presentado el 16 de junio de 2010 en el que solicitó que se tuviese por efectuadas las alegaciones recogidas en el mismo.

**TERCERO.-** Por auto de fecha 30 de junio de 2010 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, proponiendo la parte actora que se tuviese por reproducido la documentación aportada con el escrito de interposición del recurso y con la demanda, la Sala declaró la pertinencia de la prueba. La codemandada Iberdrola, S.A. propuso como medios de prueba la documental consistente en que se tuviera por reproducido los documentos que se acompañaron a la demanda y que si librarse exhorto a las Sección Octava de esta Sala a los efectos que concreta en su escrito, la Sala declaró pertinente la citada prueba.

**CUARTO .-** La parte actora y la Abogada del Estado y la codemandada Iberdrola, S.A., presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, quedando los autos pendientes de señalamiento para la votación y fallo, señalamiento que se llevó a cabo el día 8 de junio de 2011 en el que se deliberó y votó.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula para el año 2008 y 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.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente impugna la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/1722/2009, en base a los siguientes motivos:

1º) El *Real Decreto Ley 11/2007* y la *Orden ITC/1722/2009* vulneran el principio de gratuidad de la asignación de derechos de emisión consagrado en la *Directiva 2003/87/CE*, ya que: (i) vulnera el *artículo 10 de la citada Directiva* con la supresión de la gratuidad de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. La gratuidad de la asignación no es causa de la internalización del valor económico de los derechos de emisión en los precios de la electricidad ofertada en el mercado mayorista diario e intradiario por los productores de energía eléctrica asignatarios de los derechos de emisión puesto que la internalización también existiría si los derechos se hubieran asignado onerosamente. La internalización contable de los derechos de emisión y su posible efecto de subida de precios en determinados sectores, fueron factores expresamente tenidos en cuenta en el procedimiento de elaboración y aprobación de la *Directiva 2003/87* ; (ii) el *Real Decreto Ley 11/2007* y la *Orden ITC/1722/2009* frustran el efecto útil de la *Directiva 2003/87* , atentando contra el objetivo de reducir las emisiones mediante un comercio de derechos de emisión a nivel comunitario.

2º) El *Real Decreto Ley 11/2007* y la Orden impugnada constituyen medidas nacionales que inciden en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión aprobados sin seguir el procedimiento establecido en el *artículo 95 del TCE* (actualmente *artículo 114* del vigente Tratado de funcionamiento la Unión Europea) pues durante la tramitación del procedimiento de elaboración, la Administración demandada no efectuó la preceptiva notificación del proyecto normativo a la Comisión Europea pese a que, conforme al citado precepto, resulta preceptiva.

3º) La Orden impugnada resulta contraria a derecho por no limitarse a desarrollar las previsiones sobre el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de minoración contenida en el *Real Decreto Ley 11/2007*. El *artículo 2 del citado Real Decreto Ley* determina el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de minoración, esto es, las instalaciones de producción de energía eléctrica a las que les resultará de aplicación la minoración de la retribución en tanto la Orden impugnada extiende de forma injustificada la exclusión del ámbito de aplicación del régimen de minoración a las instalaciones de régimen ordinario a las que se refiere la *Disposición Adicional 6ª del Real Decreto 661/2007* .

4º) La Orden impugnada ha sido dictada cuando había transcurrido más de un año y medio desde la entrada en vigor de la norma de rango legal. La habilitación de la potestad reglamentaria conferida en la *Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 11/2007* , en virtud del cual se dicta la Orden, ya había caducado, constituyendo una manifiesta arbitrariedad que contraviene el principio de seguridad jurídica.

5º) Con carácter subsidiario, se alega que la Orden impugnada debe reputarse nula de pleno derecho al regular cuestiones constitucionalmente sometidos al principio de reserva de ley toda vez que aborda aspectos esenciales en el ámbito de la contratación de venta de energía entre sujetos privados. Ello se deriva de los *artículos 33 y 38 de la Constitución*, debiendo establecerse en una norma con rango de ley , y no en virtud del reglamento, los criterios fundamentales de la forma en que se ve afectada la obligación de pago entre los particulares.

6º) El *Real Decreto Ley 11/2007* constituye una norma de rango legal que infringe preceptos constitucionales, pues no concurre circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificaran objetivamente la aprobación del Real Decreto Ley. Asimismo el *Real Decreto Ley 3/2006* contiene medidas de naturaleza confiscatoria que vulneran el artículo 33 de la Constitución. Y remite a un reglamento la regulación de materias constitucionalmente reservadas a la ley, vulnerando los artículos 38 y 53.1 de la Constitución, la obligación de pago que establece restringe la libertad de contratación que deriva de la libertad de empresa que garantiza la Constitución. En consecuencia, procedería el planteamiento de una cuestión ante el Tribunal Constitucional respecto al *Real Decreto Ley 11/2007*, en relación con lo dispuesto en los artículos 86, 33,38 y 53.1 de la Constitución.

**TERCERO.-** Por su parte la Abogacía del Estado se opone a la demanda, en esencia, por los siguientes motivos y fundamentos:

1º.- El primer motivo de impugnación alegado por la parte recurrente debe ser desestimado por el simple hecho de que la impugnación se fundamenta en la vulneración de la normativa comunitaria no por la Orden recurrida, sino por el Real Decreto Ley que la Orden desarrolla, cuestionando realmente la regulación contenida en el *Real Decreto Ley*. En todo caso, (i) la *Directiva 2003/87 /CE* está correctamente transpuesta a nuestro derecho interno pues ni el *Real Decreto Ley 11/2007* ni la *Orden Ministerial ITC/1722/2009* son normas medioambientales sino de naturaleza regulatoria y se ha respetado plenamente la gratuidad en la asignación de los derechos de emisión, sin exigir contrapartida ni contraprestación por ellos. La finalidad perseguida por la Orden no es otra que desarrollar las previsiones contenidas en el *Real Decreto Ley 11/2007*; (ii) una vez efectuada la asignación gratuita, el valor de los derechos de emisión ha sido objeto de internalización por las empresas productoras de energía eléctrica tanto en los costes como en el precio de retribución de la energía eléctrica para todo el mercado. Es este segundo efecto de internalización, que afecta al precio de producción, el que permite a todos los productores de energía eléctrica beneficiarse del precio del mercado, suponiendo un beneficio extra que es el que la normativa trata de paliar. La normativa estatal coopera en la consecución del efecto útil de la Directiva.

2º- La Orden ITC/1722/2009 no vulnera el artículo 2 del *Real Decreto Ley 11/2007* pues las instalaciones a que hace referencia la *Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 661/2007* tienen la consideración instalaciones de producción en régimen especial dado que perciben primas.

3º. -La Orden impugnada no invade materias reservadas a la ley pues no incide sobre las relaciones contractuales sino que regula un mercado, el de la energía eléctrica, en materia de retribución dentro de las facultades de ordenación de la actividad económica que la propia Constitución atribuye en sus artículos 38 y 149, en una materia de interés público evidente, y siempre bajo la cobertura del *Real Decreto Ley 11/2007*.

4º.- La Orden impugnada no vulnera el principio de seguridad jurídica ni ha sido dictada en un plazo desmedido ya que el Real Decreto Ley no fija un límite temporal para la aprobación de la Orden Ministerial y la medida de minoración ya se encontraba establecida en el citado Real Decreto Ley que la Orden desarrolla.

5º.- La Orden impugnada no incurren vulneración alguna de derechos y libertades constitucionales.

La codemandada Iberdrola, S.A. en su contestación a la demanda, tras señalar que ha impugnado la Orden 1722/2009, recurso 287/2009 seguido ante la Sección Cuarta de esta Sala, y que coincide con algunos de los fundamentos de derecho articulados por la recurrente, respecto a la demanda alega:

-La exclusión del ámbito de aplicación del régimen de minoración de las instalaciones a que se refiere la *Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 661/2007*, que ordena el artículo 2 de la Orden 1722/2009, constituye un desarrollo correcto del *Real Decreto Ley 11/2007*. Tales instalaciones, aunque pueden acudir al mercado, no se integran en puridad en el régimen ordinario de producción de energía eléctrica sino que son una modalidad de régimen especial con similitudes con el citado régimen especial.

- No existen ni un solo precepto en la Constitución ni en la ley que imponga reserva de ley para la regulación del destino que debe darse a determinadas cantidades recaudadas en ejecución de una previsión legal, ni que exija tal rango normativo para la regulación de los ingresos liquidables del sistema, lo que necesita ley formal es la atribución a la Administración de la potestad de fijar precios o detraer ingresos.

Y destaca que es improcedente traer a colación las sentencias dictadas por la Sección Octava de la Sala referidas a la Orden ITC/3315/2007 por la que se regula para el año 2006 la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por las razones que describe.

**CUARTO.-** El análisis de las cuestiones suscitadas en el presente recurso hace necesario poner de manifiesto el marco normativo en el que se integra la Orden impugnada:

1º.- La *Directiva 2003/87 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003* , procedió a establecer un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, con el fin (*artículo 1º* ) de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de forma eficaz en relación con el coste, y que fuera económicamente eficiente. El objetivo declarado por la Directiva era alcanzar una reducción del 8% de las emisiones de tales gases para el periodo comprendido entre 2008 y 2012, con respecto de los niveles de 1990, y más adelante de un 70%. Todo ello se producía en el marco del Programa Europeo sobre el Cambio Climático, el Sexto Programa de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente (Decisión 1600/2002/CE) y el Protocolo de Kioto.

La *Directiva establecía dos periodos de asignación de derecho de emisión*, en los que un porcentaje de los derechos sería asignado de forma gratuita. En concreto el *artículo 10* , dispone:

«Para el período de tres años que comenzará el 1 de enero 2005 los Estados miembros asignaran gratuitamente al menos el 95% de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008 los Estados miembros asignaran gratuitamente al menos el 90% de los derechos de emisión».

2.- En ámbito de nuestro derecho interno, se aprobó el *Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 agosto* , que procedió a regular el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Este *Real Decreto Ley, en su artículo 4 -en relación con su Anexo I -*, contemplaba, entre las instalaciones sometidas a autorización de emisión, las de generación de energía eléctrica.

En su *artículo 14* regulaba la naturaleza y los contenidos del Plan Nacional de Asignación. En el *art. 21* *preveía la transmisión de los derechos de emisión*. Y en el *16* incidía en la misma previsión de gratuidad inicial que estaba prevista por la Directiva; cosa que hacía con el siguiente tenor:

«1. La asignación de derechos para el período de tres años que se inicia el 1 de enero de 2005 será gratuita, salvo lo dispuesto para la reserva de nuevos entrantes en el *artículo 18* .

2. El 90% de los derechos correspondientes al periodo de cinco años que se inicien el 1 de enero 2008 se asignará de forma gratuita, asignándose el 10% restante de acuerdo con lo que se establezcan el correspondiente plan nacional de asignación».

El primer periodo de tres años de duración que comenzaba el 1 de enero de 2005 dio lugar a la aprobación del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, 2005-2007, por RD 1866/2004, de 6 de septiembre, modificado por el RD 60/2005, de 21 de enero, y por el RD 777/2006, de 23 de junio.

Y el segundo periodo que comenzaba el 1 de enero de 2008, al Plan Nacional de Asignación, 2008-2012, aprobado por RD 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el RD 1402/2007, de 29 de octubre

3.- Por otra parte, se aprueba 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.

Este *Real Decreto- Ley, estableció, en su artículo 2* , que la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica habría de minorarse en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007.

La *Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto 871/2007* regula la aplicación del *artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006* , considerando los pagos resultantes de aplicar la minoración establecida en dicho precepto como *ingresos liquidables del sistema a los efectos del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre* , por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 2009 (rec. 145/2007 ), desestimó el recurso de casación interpuesto contra la citada Disposición Adicional Duodécima.

4.- En desarrollo de *Real Decreto Ley 6/2006, el Ministerio de Industria y Comercio dictó la Orden ITC/3315/2007, de 15 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.

Esta Orden ha sido impugnada ante esta Sala, habiéndose desestimado los recursos interpuestos, tanto contra la Orden como contra las liquidaciones derivadas de su aplicación, por Sentencias de la Sección Octava de 26 de marzo de 2010 (rec. 1646/2007 ), 6 de abril de 2010 (rec. 1628/2007 ), 10 de mayo de 2010 (rec.51/2008 ), 30 de mayo de 2010 (rec. 1611/2007 ), 25 de junio de 2010 (rec. 54/2008 ), 11 de octubre de 2010 (rec. 46/2008 ) y 4 de febrero de 2011 (rec. 675/2008 ); así como por Sentencias de la Sección Primera de fechas 31 de mayo de 2010 (rec. 700/2008 ), 14 de septiembre de 2010 (rec. 632/2008 ), 29 de octubre de 2010 (rec. 609/2008 ), 3 de diciembre de 2010 (rec. 153/2009 ) y 17 de febrero de 2011 (rec. 229/2009 ).

Por su parte, las Sentencias (Sección 8ª) de 22 y 23 de marzo de 2010 (recursos 30/2008 y 53/2008 , respectivamente), estiman parcialmente el recurso, y anula exclusivamente el *artículo 2* de la Orden, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación a las instalaciones de régimen especial.

El Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012, fue aprobado por el *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* , modificado por el *Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio* .

El 2 de noviembre de 2007 el Consejo de Ministros aprobó la asignación individualizada de los derechos de emisión para el correspondiente periodo.

El 7 de diciembre de 2007, se aprueba *Real Decreto-Ley 11/2007* por el que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Este Real Decreto-Ley extiende, al amparo de los mismos principios que justificaron el *Real Decreto-Ley 6/2006* , según reza la Exposición de Motivos, la minoración establecida en éste, a partir del 1 de enero de 2008.

Se establece que la cantidad por la que se minora la retribución de las instalaciones de producción será equivalente al mayor ingreso obtenido por la internalización, repercusión o incorporación en las ofertas de venta del coste de los derechos de emisión asignados gratuitamente. El ámbito de aplicación de esta disposición comprende a todas las instalaciones de régimen ordinario en el territorio peninsular, pues todas ellas se han beneficiado de este mayor ingreso. Y, en tanto que el comportamiento eficiente de los agentes en el mercado supone la internalización de los costes de oportunidad, la minoración será de aplicación a toda la energía vendida por cada instalación, independientemente de la modalidad de contratación empleada.

Posteriormente, se aprueba el *Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril* , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, si bien su *Disposición Transitoria Sexta mantiene la aplicabilidad del régimen establecido por el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre* , hasta el 1 de julio de 2009.

En desarrollo del *Real Decreto-Ley 11/2007, la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio* , regula, para el año 2008 y 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, la cual extiende la metodología de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2009.

La Orden ITC/1722/2009 ha sido impugnada ante esta Sala, que en sentencia de la Sección Cuarta de 30 de marzo de 2011, recursos 283/2009 , ha desestimado el recurso.

**QUINTO** .- Las cuestiones planteadas en el presente recurso, unas contra la Orden 1722/2009 para cuyo conocimiento ostenta jurisdicción este Tribunal, y otras referidas al *Real Decreto Ley 11/2007* que exceden su ámbito de conocimiento, pero si el Tribunal albergase dudas acerca de su constitucionalidad debería plantear cuestión de inconstitucionalidad en aplicación de lo previsto en el *artículo 163 de la Constitución y 35 de La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

Pues bien, como resulta del anterior fundamento, la Orden ITC/1722/2009 se encuadra en un marco normativo en el que pueden distinguirse dos tipos de normas:

1.- Un bloque normativo de carácter, esencialmente medioambiental, derivado de la transposición a nuestro derecho interno de la *Directiva 2003/87/CE*, al que hemos hecho mención, y que tiene por finalidad reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. En este bloque se insertan la *Ley 1/2005, de 9 de marzo* por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y los Planes Nacionales de Asignación de Derechos de Emisión de gases de efecto invernadero, aprobados por RD 1866/2004 (PNA 2005-2007) y RD 1370/2006 (PNA 2008-2012).

2.- Un bloque normativo destinado a establecer el funcionamiento del mercado eléctrico, incluido el régimen de retribución de sus actividades. En este segundo bloque, cabe destacar, la *Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico*; el *Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre*, que organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento; el *Real Decreto Ley 3/2006*; el *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el RD 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración, y el *Real Decreto Ley 11/2007, de 7 de diciembre*.

En consecuencia, la Orden impugnada, que desarrolla el RD *Ley 11/2007*, también se inserta en este segundo bloque normativo, si bien su finalidad viene determinada por los efectos de la aplicación del primer bloque y su incidencia en el mercado de la electricidad.

En efecto, el régimen europeo de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, implantado por la *Directiva 2003/87/CE*, pretende promover la reducción de emisiones a través del establecimiento de un precio a la tonelada de CO<sub>2</sub>, que generará un coste para el emisor que éste debe internalizar, introduciéndose así un incentivo económico para reducir emisiones.

Así, el comportamiento económicamente eficiente, ha provocado que las instalaciones de producción de energía eléctrica hayan computado como ingreso el valor de los derechos de emisión asignados y como coste variable de producción el total de los derechos de emisión necesarios para producir, más el coste de oportunidad perdido por el hecho de utilizar los derechos asignados para producir, pues si no hubieran producido, podrían haber vendido esos activos.

Esta internalización influye en la formación del precio de la electricidad, al alza, por cuanto los generadores incluyen el coste de esos derechos en sus ofertas de venta. Y ello conlleva, a su vez, una repercusión del coste a los consumidores finales.

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

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

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

El *Real Decreto Ley 11/2007* y la *Orden de desarrollo 1722/2009*, al establecer la minoración, no vulneran la normativa comunitaria pues no se plantea ni modifica la asignación gratuita de los derechos de emisión, sino que vienen a regular alguna de las consecuencias negativas en el mercado como el alza de precios, fruto de la internalización de los costes en los mercados, experimentada con carácter general, y sin distinción alguna entre las instalaciones asignatarias de derechos de emisión y no asignatarias pero que fueron beneficiadas por el alza de precios, corrigiendo una disfunción propia del mercado eléctrico español.

La parte recurrente también alega que tanto el *Real Decreto Ley 11/2007* como la *Orden 1722/2009* frustran el efecto útil de la *Directiva 2003/87* de reducir las emisiones mediante un comercio de derechos de emisión a nivel comunitario. Sin embargo, la Sala considera que no se produce tal frustración del efecto útil con la normativa impugnada pues la gratuidad inicial de la asignación de derechos de emisión no se ve afectada por la misma. El efecto útil perseguido por la Directiva es conseguir una reducción de gases de efecto invernadero mediante el diseño de un sistema que sancione los procesos productivos y tecnológicos más contaminantes, sobre la base del principio informador de la política ambiental "quien contamina paga", creando un mercado en el que quien contamine con técnicas que generen gases de efecto invernadero hayan de pagar por ello, desincentivando el uso de tales técnicas. Como señala la Abogacía del Estado, no es admisible que se considere como efecto útil ni que sea la finalidad de la normativa comunitaria que sólo los consumidores finales sean los que soportan las consecuencias de la internalización de los derechos de emisión.

Así, ningún reproche cabe desde la perspectiva de la *Directiva 2003/87* al *Real Decreto Ley 11/2007* y a la *Orden 1722/1009*, pues, como hemos indicado, no afecta al principio de gratuidad en ella contemplada ni al efecto útil por ella perseguido, toda vez que la normativa estatal citada se limita a regular la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor del derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente, y ello porque incorporar el coste de los derechos de emisión en las ofertas de energía alcanza a la oferta de venta de energía lo que, a su vez, alcanza a la oferta del mercado y finalmente al precio de la electricidad y, por tanto, a la repercusión del coste en los consumidores finales, siendo tal sobre ingreso al que se dirigen la minoración regulada en la Orden impugnada.

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

Como ya dicho esta Sala en su sentencia de 18 de mayo de 2011, las previsiones de artículo 95.5 de Tratado (actual artículo 114.5) versan en lo que a este pleito se refiere, a la aparición de novedades científicas de un lado y, de otro, a que se refieran tales novedades a cuestiones medioambientales. Lo cierto es que el RD- *Ley 11/2007* y, por tanto, la Orden de desarrollo, como ya hemos indicado, tiene un contenido y alcance no tanto medioambiental como regulatorio, referido a la formación de precios de la energía eléctrica. Esto implica, por tanto, que faltan los presupuestos para la aplicación del artículo 95.5 invocado.

**SÉPTIMO.-** La parte recurrente alega que la Orden impugnada es contraria a derecho por no limitarse a desarrollar las previsiones sobre el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de minoración contenidas en el *Real Decreto Ley 11/2007* en tanto extiende de forma injustificada la exclusión del ámbito de aplicación del régimen de minoración a las instalaciones de régimen ordinario a las que se refiere la *Disposición Adicional 6ª del Real Decreto 661/2007*.

El artículo 2.2 del *Real Decreto Ley 11/2007* establece " *Quedan excluidas del ámbito de aplicación las instalaciones de producción en régimen especial.* " Y el artículo 2.2 de la *Orden 1722/2009* pauta " *No están sujetas a las presente disposición las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial ni las instalaciones a las que hace referencia la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 661/2007, de 25 mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Tampoco está sujeta las instalaciones de los territorios insulares y está peninsulares.* "

Por su parte, el *Real Decreto 661/2007* regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En él artículo 1 se delimita el objeto del citado Real Decreto: - en el establecimiento de un régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; -el establecimiento de un régimen económico transitorio para las instalaciones incluidas en las categorías a, b, c y d del *Real Decreto 436/2004*; -la determinación de una prima que complemente el régimen retributivo de aquellas instalaciones con potencia superior a 50 MW, aplicable a las instalaciones incluidas en el artículo 30 de la *Ley 54/97* y a las cogeneraciones; -y la determinación de una prima que complemente el régimen retributivo de las instalaciones de co-combustión de biomasa y/o biogás en centrales térmicas del régimen ordinario, independientemente de su potencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la *Ley 54/97*. La *Disposición Adicional Sexta del citado Real Decreto* regula y fija los regímenes jurídicos

especiales dentro de la modernidad del régimen especial que regula el citado Real Decreto. Las citadas instalaciones no se integran, por tanto, en el régimen ordinario de producción de energía eléctrica sino que, como indica la codemanda Iberdrola, son una modalidad del régimen especial con fortísimas similitudes con el citado régimen y no sujetas al régimen ordinario.

Es este especial régimen jurídico y régimen económico y régimen económico (sujeto bien a tarifas o bien a primas o complementos) el que justifica la exclusión de tales instalaciones sin incurrir la Orden impugnada en ninguna extralimitación "ultra vires" respecto a la regulación establecida en el *Real Decreto Ley 11/2007* que excluye precisamente a las instalaciones de régimen especial. La Orden se ajusta al espíritu y contenido del *Real Decreto Ley 11/2007* que pauta la exclusión del ámbito de aplicación de las instalaciones de producción en régimen especial, y las contempladas en la *Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 661/2007* pueden asimilarse con las citadas instalaciones de régimen especial, tal como se desprende de su tratamiento en el citado Real Decreto y normas de remisión recogidos en el mismo, y justifica el informe de la Secretaría General técnica de 15 de junio de 2009.

**OCTAVO.** -La actora mantiene que la Orden impugnada se ha dictado en un plazo irrazonable que contraviene el principio de seguridad jurídica.

El *Real Decreto Ley 11/2007* no fija un límite temporal para la aprobación de la Orden Ministerial de desarrollo por lo que no puede esgrimirse la caducidad de la habilitación de la potestad reglamentaria. De otra parte, la medida de minoración regulada en la Orden 1722/2009 no es una creación ex novo sino que la Orden se limita a concretar los criterios ya sentados y establecidos en el *Real Decreto Ley 11/2007* de forma que no se ha generado una vulneración del principio de seguridad jurídica pues el sector eléctrico ya conocía las medidas y su regulación en el citado Real Decreto Ley.

Por último respecto a esta alegación, la aplicación de la minoración a la retribución a percibir en períodos anteriores a la entrada en vigor de la Orden 1722/2009 no es contraria derecho pues el *Real Decreto Ley 11/2007* ya establecía la extensión de la minoración a partir del año 2008, y el artículo 9.3 de la Constitución no impide la retroactividad de las normas, poniendo únicamente los límites en caso de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, que no es el caso. El Tribunal Constitucional en doctrina reiterada señala que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, aun cuando, eso si, protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles ( STC 126/1987 ). En este caso, para la recurrente, al igual que para las demás empresas del sector eléctrico, era perfectamente previsible la minoración acordada en la Orden impugnada toda vez que, como ya hemos indicado, ya estaba establecida en el *Real Decreto Ley 11/2007* .

**NOVENO.**- Con carácter subsidiario la parte recurrente considera que la Orden impugnada es nula de pleno derecho al regular cuestiones constitucionalmente sometidas al principio de reserva de ley, al abordar aspectos esenciales en el ámbito de la contratación de venta de energía entre sujetos privados.

Pues bien, sin entrar en otras consideraciones, la Orden impugnada actúa en un mercado regulado, como el de la energía eléctrica, en materia retributiva dentro de las facultades de ordenación de la actividad económica que la propia Constitución atribuye en sus artículos 38 y 149, en una materia de interés público evidente y siempre bajo la cobertura y en desarrollo de una norma con rango de ley como es el *Real Decreto Ley 11/2007* . Es decir, la Orden se limita a cuantificar un efecto ya previsto y regulado en la norma legal correspondiente, que realiza una definición suficiente de los ámbitos subjetivo objetivo y temporal de la minoración que regula, ámbitos a los que la Orden se ciñe.

**DÉCIMO.** -La parte recurrente también discute que concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificaran objetivamente la aprobación del *Real Decreto Ley 11/2007* .

En la exposición o preámbulo del citado Real Decreto Ley se indica que " *La urgencia en la adopción de la medida viene determinada por la necesidad de evitar el impacto que el consumidor sufriría por la repercusión de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de la electricidad y no ser posible la utilización del procedimiento legislativo ordinario para la promulgación de una norma con rango de ley con anterioridad a la aplicación efectiva del nuevo Plan Nacional de Asignación 2008-2012 . El citado Plan fue definitivamente adoptado, tras la Decisión de la Comisión Europea aprobándolo y condicionándolo, por medio del real decreto 1030/2007, de 20 de julio y sólo desde entonces se pudo conocer el alcance en el conjunto del sector eléctrico de las nuevas asignaciones. Asimismo, el alcance concreto para cada una de las instalaciones se determinó por medio del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007. Adicionalmente, el precio esperado de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el mercado de referencia para el año 2008 se prevé extraordinariamente superior al que se está registrando en*

*el año 2007. De los datos recientemente publicados por la Comisión Nacional de Energía sobre la evolución de los mercados a plazo de electricidad en España se infiere indefectiblemente una notable repercusión en el precio de la electricidad del precio esperado de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Estas circunstancias manifiestan la concurrencia de los presupuestos habilitantes establecidos en el artículo 86 de la Constitución Española para la aprobación de un Real Decreto -ley y la difícil previsión de los hechos determinantes de la necesidad de la medida en un momento adecuado para la tramitación y aprobación de una ley ordinaria antes de enero de 2008 ."*

La Sala considera que no es inadecuada ni insuficiente la explicación recogida en el citado preámbulo para poner de manifiesto la necesidad de una urgente corrección para proteger al consumidor de la repercusión de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de electricidad, dada la fecha de aprobación del Plan Nacional de Asignación 2008-2012. Por otra parte, las Cortes Generales estimaron que existía este supuesto al convalidar el citado Real Decreto Ley.

**UNDÉCIMO** .-Por último, la parte recurrente solicita el planteamiento una cuestión de inconstitucionalidad respecto al *Real Decreto Ley 11/2007, al considerar que contiene medidas de naturaleza confiscatoria que vulneran el artículo 33 de la Constitución y la obligación de pago que establece restringe la libertad de contratación que deriva de la libertad de empresa. Tal pretensión ya ha sido desechada en la sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2011, Sección Cuarta, recurso 283/2009 , a cuyos fundamentos nos remitimos, por ser de plena aplicación a este caso. En la citada sentencia se recoge:*

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

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

*También se ha referido al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE , declarando en esencia, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE , que concorra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente ( STC 227/1988, de 29 de noviembre , FJ 11 ).*

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

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

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

Dentro de este mismo motivo alude también a que la memoria económica que acompaña al Proyecto de Orden Ministerial no incluía ninguna estimación de su impacto económico, y destaca las observaciones de la Dirección General de Política Económica de que el Ministerio debería haber proporcionado a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos información adicional sobre el impacto para cada una de las empresas afectadas por la aplicación de la Orden, cuantificando para cada empresa la minoración de la retribución y su impacto en la cuantía de resultados del año en el que se debe aplicar la Orden de referencia, además del impacto de la misma en la cuantía del déficit de la tarifa eléctrica de los periodos correspondientes.

Sobre ello hay que señalar que el artículo 24 .1.a) in fine de la Ley 54/1997 exige que al proyecto de reglamento se acompañe una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. Y en el caso que nos ocupa, en la memoria económica que acompaña al proyecto se indica que las medidas contenidas en la propuesta de Orden no suponen incremento de gasto público, por lo que no tiene repercusiones económicas en los Presupuestos Generales del Estado. Y que la propuesta afecta económicamente a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología en el territorio peninsular en los importes resultantes de minorar su retribución por el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica. Asimismo tiene repercusión económica en el conjunto del sistema, una vez incorporados dichos importes en el proceso de liquidaciones de las actividades reguladas, minorando el déficit de actividades reguladas en la misma cuantía.

Expresándose en tales términos la memoria, cabe concluir que la misma es suficiente para atender a la finalidad pretendida y respeta el contenido esencial dispuesto en el artículo 24 Ley 54/1997, aunque pudiera haber incluido la información adicional recomendada por la Dirección General de Política Económica, pues en definitiva lo que el precepto exige es que se haga una estimación del coste a que dará lugar, debiendo entenderse como tal el coste para la Administración no para los particulares que puedan verse afectados por la norma .>>

Consecuentemente con lo anteriormente razonado procede la desestimación del recurso, al no concurrir los vicios de nulidad alegados.

**DUODÉCIMO.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian motivos para una imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

## FALLAMOS

### DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **BIZKAIA ENERGÍA, S.L.**, representada por el Procurador don Jaime Briones Méndez, contra la Orden ITC/1722/2009, por ser las mismas conforme a derecho; sin imposición de costas.

Contra esa sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe.  
Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL