



Roj: STS 950/2015 - ECLI:ES:TS:2015:950  
Id Cendoj: 28079130032015100069  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 3243/2011  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Tipo de Resolución: Sentencia

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil quince.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de **casación** número 3243/11, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Julia Corujo en representación de NUCLENOR SA, contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2011, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 283/09 , en materia de energía eléctrica. Se han personado como recurridos, el Procurador D. Carlos Mairata Laviña en representación de HIDROELÉCTRICA DEL CANTABRICO SA; el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres en representación de ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN SA; y el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento contencioso-administrativo número 283/09, seguido ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Nuclenor SA, contra la Orden ITC/ 722/2009, de 29 de junio, por que la que regula para el año 2008 y primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derecho de emisión de gases de efecto invernadero.

**SEGUNDO.-** La mencionada Sala dictó Sentencia de fecha 30 de marzo de 2011 cuya parte dispositiva dice textualmente:

*<< DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 283/2009 interpuesto por la representación procesal de NUCLENOR SA, contra 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 derecho de emisión de gases de efecto invernadero. Sin pronunciamiento sobre las costas causadas. >>*

**TERCERO.-** Contra la referida Sentencia, Nuclenor SA, preparó recurso de **casación**, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de **casación** con emplazamiento de las partes. Personadas en tiempo y forma, mediante escrito de interposición de 1 de julio de 2011, formuló los siguientes tres motivos de **casación**:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , toda vez que la sentencia de instancia, al confirmar la actuación administrativa, infringe el art.9.3 CE .

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , toda vez que la sentencia de instancia, al confirmar la actuación administrativa, infringe el art. 14 CE .

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , toda vez que la sentencia de instancia, al confirmar la actuación administrativa, infringe los arts.31 , 33 y 38 CE .

Terminando por suplicar dicte resolución que case la Sentencia impugnada, revocándola expresamente y asimismo declare la **nulidad** o, en su defecto, la anulabilidad de la **Orden Ministerial** ITC/1722 recurrida.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso de **casación** y dado traslado para oposición, el Abogado del Estado, en su escrito de 5 de enero de 2012 terminó suplicando dicte sentencia por la que sea desestimado

el recurso de **casación** interpuesto contra la sentencia impugnada, al ser la misma conforme a Derecho, con imposición de las costas a la recurrente por ser preceptivas.

**QUINTO.-** Mediante Diligencia de Ordenación de 9 de enero de 2012, se declara caducado el trámite de oposición a las demás recurridas, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

**SEXTO .-** Se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre de 2014 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm.a Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia que es objeto de este recurso de **casación**, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 30 de marzo de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "NUCLENOR S.A" contra la Orden ITC/1722/2009, de 29 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.

La Sala de instancia desestimó las pretensiones de la demanda tras recoger en el segundo, tercero y cuarto de los fundamentos de derecho de su Sentencia los antecedentes fácticos y jurídicos del proceso. En el tercero de ellos, indica la Sala 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 cita sus Sentencias dictadas en relación con la Orden ITC/3315/2007, antecedente inmediato de las ulteriores Órdenes ITC/1721/2009 y ITC/1722/2009 y afirma que en dos de aquellas Sentencias se anula exclusivamente el artículo 2 de la Orden <<en cuanto excluye de su ámbito de aplicación las instalaciones de régimen especial>>. Se trata de las pronunciadas por la Sección Octava de la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional de 22, 23 y 26 de marzo de 2010 dictadas respectivamente en los recursos 30/2008, 53/2008 y 164/2007.

Seguidamente, la Sala aborda las cuestiones de fondo suscitadas por la mercantil recurrente <<Nuclenor S..A>> en los fundamentos jurídicos cuarto a decimocuarto, que son del siguiente tenor:

*<< [...] 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.*

*Esta Orden es objeto de impugnación en el presente recurso, y por tanto, procede pasar a analizar los motivos que frente a ella opone la parte recurrente y que ya se han señalado en el Fundamento de Derecho Segundo.*

**[...]** En primer lugar, se alude al carácter confiscatorio de la Orden, a juicio de la recurrente, puesto que las empresas que se encuentran en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma no han sido destinatarias de una nueva regulación del mercado que corrija el desequilibrio de precios que en el mismo se provoca, sino que se ven sometidas a atender y a afrontar económicamente, sin previsión ni provisión económica alguna por su parte la "corrección" significativa en un mercado para ellas regulado. Que la finalidad del Real Decreto-Ley 11/2007, desarrollado por la Orden recurrida, supone en realidad una medida "correctora" que pretende modificar el régimen de regulación de la retribución y que, en todo caso, se traduce en una medida limitadora de la libertad de empresa. Que el citado Real Decreto-Ley, es una norma de contabilización y liquidación de ingresos y costes en el mercado eléctrico, cuya finalidad es corregir el sobreingreso o beneficio sobrevenido obtenido por las compañías generadoras de energía eléctrica como consecuencia de la combinación de un sistema de mercado particular, con otro de nueva creación como es de derechos de emisión previa asignación gratuita. Y, a juicio de la actora, se aprecia una tentación de corregir, a través de una norma prevista para otros fines, el déficit tarifario latente en el mercado del sector eléctrico, produciéndose el efecto de que, al afectar al precio libremente obtenido por la energía eléctrica en el mercado eléctrico organizado (pool), la medida termina configurándose como una suerte de confiscación o privación de los lícitos rendimientos obtenidos por empresas en el ejercicio de su libertad de empresa, carente de toda justificación y que vulneraría los

artículos 31 y 33 CE . Tal es así, añade, que recientemente se ha aprobado 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, el cual reconoce en su exposición de motivos que para la financiación del constante déficit tarifario, esto es, la diferencia entre la recaudación por las tarifas reguladas que fija la Administración y que pagan los consumidores por los suministros regulados y por las tarifas de acceso que se fijan en el mercado liberalizado y los costes asociados a dichas tarifas, se han ido adoptando diferentes medidas que en la actual coyuntura de los mercados financieros se han revelado insuficientes. Por tanto, entiende la recurrente, que el legislador es consciente y reconoce las erróneas y deficitarias medidas que se ha adoptado al amparo, tanto del Real Decreto-Ley 3/2006, para el año 2006 y 2007, como del Real Decreto-Ley 11/2007 para el año 2008 y primer semestre de 2009, si bien aprovecha la transición normativa existente hasta la puesta en marcha de la tarifa de último recurso para encubrir un sistema recaudatorio regulado por la **Orden Ministerial** ITC/1722 y respaldado por el Real Decreto-Ley 11/2007.

Adicionalmente, la minoración resulta ser una expropiación ilícita por cuanto supone el establecimiento de una obligación de pago sin contrapartida sobre un derecho recogido en la Ley que regula el sector eléctrico, como es la percepción del precio del mercado por parte de las unidades de producción. Asimismo, desvirtúa uno de los objetivos esenciales del mecanismo de comercio de emisiones, cuyo fin es la reducción de emisiones, puesto que infiere en la señal de precios en el mercado, lo que resulta clave para que los agentes inversores y consumidores tomen en consideración el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero en el proceso de evaluación y toma de decisiones de inversión y consumo respectivamente.

En relación con lo anterior, y a la vista del expediente administrativo, destaca que la memoria económica de la **Orden Ministerial** ITC/1722 no incluía ninguna estimación de su impacto económico, limitándose a poner de manifiesto que a disposición afectaba económicamente a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario en el territorio peninsular, y que tenía repercusión económica en el conjunto del sistema. Y al respecto, señala que a juicio de la Dirección General de Política Económica, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio debería haber proporcionado a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos información adicional sobre el impacto en cada una de las empresas afectadas de la aplicación de la Orden ITC/1722, cuantificando, para cada empresa, la minoración de la retribución y su impacto en la cuantía de resultados del año en el que se deba aplicar la Orden, además del impacto de la misma en la cuantía del déficit de la tarifa eléctrica de los periodos correspondientes.

Alude al importante quebranto financiero que le ha supuesto el acto de liquidación dictado por la Comisión Nacional de la Energía al amparo de la Orden recurrida referido a la obligación de pago de NUCLENOR, S.A, y concluye que las empresas no han sido destinatarias de una nueva regulación del mercado que corrija el desequilibrio de precios que en el mismo se provoca, tal y como pudiera ser el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, sino que se ven sometidas a atender y a afrontar económicamente, sin previsión ni provisión económica alguna por su parte, una "corrección" significativa en un mercado para ellas regulado.

[...] El análisis del motivo precisa hacer una serie de consideraciones previas, que resultan de los informes obrantes en el expediente administrativo y que no son cuestionadas por la parte actora:

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 trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2003/87/CE, a que antes se ha 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.

La Orden impugnada, que desarrolla el RD Ley 11/2007, 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.

El comportamiento económicamente eficiente de las empresas generadoras, 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 lo hubieran hecho, podrían haber vendido esos activos.

Esta internalización influye en la formación del precio de la electricidad, al alza, por cuanto los generadores incluyen el coste de esos derechos en sus ofertas de venta. Y ello conlleva, a su vez, una repercusión del coste a los consumidores finales. Ello está alineado con los objetivos perseguidos por el Protocolo de Kyoto y el Plan Nacional de Asignación: que el precio final de los productos recoja la externalidad del coste medioambiental.

[...] Ahora bien, la asignación gratuita de los derechos de emisión en los dos primeros periodos establecidos en la Directiva 2003/87/CE (2005-2007 y 2008-2012), genera un sobreingreso para su titular puesto que, aunque la asignación sea gratuita, la utilización de los derechos de emisión para producir electricidad por parte de las empresas generadoras no es gratuita, ya que conlleva un coste de oportunidad (el lucro cesante de no haber vendido esos derechos) que se incluye o internaliza en sus costes de producción de esa electricidad.

Esa internalización se produce en todo caso, con independencia de la forma (gratuita o no) en que se hayan adquirido los derechos de emisión. Pero mientras que 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, pues, minorar la retribución que reciben las empresas en un importe equivalente a ese sobreingreso para evitar, así, que los consumidores paguen dos veces el coste medioambiental asociado al consumo de combustibles fósiles.

[...] Partiendo de lo expuesto, y de que la empresa recurrente no niega que, en su condición de titular de instalaciones de energía eléctrica, se haya beneficiado de la obtención de esos ingresos derivados de la internalización en las ofertas de venta de energía eléctrica del coste de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, como el resto de las empresas generadoras de energía eléctrica, no puede prosperar su alegación de que la minoración de la retribución que regula la Orden impugnada sea una medida limitadora del ejercicio de su libertad de empresa.

Según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional el ejercicio de la libertad de empresa viene a implicar fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial ( STC 83/1984, de 24 de julio , FJ 3) y a hacerlo en libre competencia ( SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4 ; y 135/1992, de 5 de octubre , FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad ( STC 71/1982, de 30 de noviembre , FJ 15).

De la doctrina expuesta es difícil extraer que se produzca en este caso la vulneración pretendida, porque nos encontramos ante una medida que no impide "iniciar y sostener una actividad empresarial", ni tampoco

*impide "hacerlo en libre competencia", ni, en fin, genera "prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad".*

*Es decir, se trata de una medida que no es excluyente del acceso al mercado ni obstaculizadora del ejercicio libre de la actividad, aunque, evidentemente afecte a la misma. Ahora bien, que incida en la actividad económica de la empresa no implica que sea lesiva de la citada libertad de empresa, pues es precisamente el ejercicio de esa actividad económica de carácter lucrativo la que determina la minoración cuestionada.*

*Actividad económica que, como pone de manifiesto la jurisprudencia constitucional, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general. Pues la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado ( FJ 6, D) de la STC 127/1994, de 5 de mayo ).*

*[...] 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 concurra 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 que nos ocupa, 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 le está privando 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, y que esos beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas generadoras como consecuencia de la internalización de esos derechos de emisión asignados -que, como se ha señalado, no niega la entidad actora- se destinen a sufragar los costes del sistema.*

*Además, el importe de la minoración es equivalente al sobreingreso obtenido por la internalización del coste de los derechos de emisión, y en el caso de la recurrente, 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.

[...] 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 se señala en la demanda, 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 disposición general 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 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 dicha 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 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.

Finalmente, señalar, en cuanto a las alegaciones sobre la liquidación que le ha girado la Comisión Nacional de la Energía en aplicación de la Orden, que la misma como señala la propia parte, es objeto de impugnación en otro recurso contencioso administrativo, y que su cuantía no demuestra, por sí sola, el carácter confiscatorio de la Orden, teniendo en cuenta además que los parámetros expresados como término de comparación no han resultado acreditados por elementos probatorios de carácter objetivo más allá de las simples manifestaciones de la parte actora.

[...] El siguiente motivo de impugnación es el carácter retroactivo de la regulación prevista en la **Orden Ministerial** ITC/1.722.

Manifiesta que el pago en régimen de depósito en la cuenta de la Comisión Nacional de la Energía que regula la **Orden Ministerial** impugnada, en su artículo 4, se corresponde al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008. Y entiende que ello estaría vulnerando el principio constitucional de irretroactividad por el que se prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En particular, establece la detracción de la retribución de las empresas del sector eléctrico por los derechos de emisión asignados gratuitamente a las empresas del sector eléctrico y que, para el periodo de cumplimiento 2008 y el primer semestre de 2009, ya habían sido expedidos y cancelados en el año anterior, lo que supone una incidencia retroactiva en las situaciones jurídicas derivadas de derechos ya extintos.

La Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, fue publicada en el BOE de 29 de junio de 2009, y entró en vigor al día siguiente (30 de junio de 2009). Y su artículo 4 regula las minoraciones correspondientes al año 2008 y primer semestre de 2009, que se concretan en un pago correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008, y otro pago correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2009.

Como pone de relieve la STS de 22 de febrero de 2011 (rec. 135/2010), la jurisprudencia a propósito de la irretroactividad de las normas reglamentarias, que puede verse, por todas y como más significativas, en las sentencias de 25-11-1997 (recurso contencioso-administrativo núm. 576/1994), 16-9-1998 (recurso de apelación 12366/1991), 26-2 y 17-5-1999 (recursos contencioso-administrativos 89/1996 y 627/1995), 7-6-2002 (2) (recursos de **casación** 3112/1995 y 5894/1997), 3-6-2003 (recurso de **casación** 1700/1999), 2-7-2004 (recurso de **casación** 4013/2001) y 17-5-2005 (recurso de **casación** 770/2003), no pregona una interdicción general de la retroactividad de las mismas, distinguiendo, por el contrario, tres grados de retroactividad, máximo, medio y mínimo.

En este mismo sentido, una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 90/2009, de 20 de abril, el principio de interdicción de retroactividad de las normas se refiere a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, cuyo alcance y significado debe entenderse en los siguientes términos:

« A lo anterior debe añadirse también que es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión ( SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3), a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona ( STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Y es también doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen ( STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), aun cuando, eso sí, 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 no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad ( SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11). ».

Así, la aplicación de la minoración a la retribución percibida en periodos anteriores a la entrada en vigor de la Orden no es ilegal, pues, por un lado, como se ha dicho, el artículo 9.3 CE no impide la retroactividad de las normas, poniendo únicamente límites en el caso de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales -que no el caso-. Y por otro, el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre, del que la Orden es desarrollo, ya establecía la extensión de la minoración a partir del 1 de enero de 2008, así como el ámbito de aplicación y los criterios a tener en cuenta para efectuar la misma. Por tanto, la Orden concreta la minoración según los criterios fijados por una norma ya en vigor en los periodos a que se aplica.

[...] Se opone también la falta de motivación de la **Orden Ministerial** impugnada, dado que no se recoge ni una sola mención a los datos tenidos en cuenta, ni ningún criterio que le permita conocer porqué NUCLENOR, S.A se encuentra en el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto Ley 11/2007, y por extensión, de la **Orden Ministerial** ITC/1722/2009, lo que dificulta a esa parte defenderse adecuadamente.

El motivo ha de decaer. Por una parte, hay que señalar que se trata de una disposición general con un contenido complejo, a la que no se puede exigir una motivación análoga a la de una resolución singular, según reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 1 de febrero de 2011 -rec.144/2009-). Y por otra, de los informes obrantes en el expediente administrativo, emitidos en el proceso de elaboración de la Orden se desprenden con claridad las razones por las cuales NUCLENOR, S.A está incluida en su ámbito de aplicación.

Así en las Observaciones de la Dirección General de Política Económica (doc. 7) se indica que el ámbito de aplicación de la Orden es el de los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología -incluye, por lo tanto, tecnologías no emisoras, no asignatarias de derecho de emisión, como la gran hidráulica y la nuclear-, y su modalidad de contratación en territorio peninsular. Se incluyen en el ámbito de aplicación tecnologías no asignatarias de derechos de emisión, como la nuclear y la hidráulica, ya que estas instalaciones cobran el precio marcado por la tecnología marginal, que generalmente sí es asignataria de derechos e incluyen en su oferta su coste de oportunidad.

Y la Memoria Justificativa (doc.15, folios 149 a 163) señala que el carácter marginalista del mercado mayorista, unido al hecho de que sean las centrales asignatarias de derechos las que marquen el precio del mismo en un mayor porcentaje de horas, hace que el resto de participantes se beneficien de este sobreingreso ("windfall profits", en la literatura anglosajona), incluidas las no emisoras (como la nuclear y la hidráulica).

En el mismo sentido, el Informe de la Secretaría General Técnica (doc.14) reitera que la tecnologías inframarginales (hidráulica y nuclear y las de régimen especial que acudan al mercado de producción), que no producen emisiones y, por tanto, no tienen asignados derechos de emisión, también ven incrementado su margen de beneficios en una cantidad (margen extraordinario) equivalente al incremento del precio derivado de la internalización) efectuada por la tecnología marginal mayoritaria (ciclo combinado) sin que tengan que incurrir en costes adicionales para percibir esos beneficios llovidos del cielo (windfall profits).

Por tanto, queda justificado porqué NUCLENOR, S.A, en cuanto entidad productora de energía eléctrica en régimen ordinario, que utiliza la tecnología nuclear, está incluida en el ámbito de aplicación de la Orden.

[...] Considera, asimismo, la parte recurrente que la Orden recurrida vulnera el principio de igualdad, puesto que discrimina de forma injustificada al sector eléctrico respecto del resto de los sectores destinatarios de derechos de emisión gratuitamente asignados, y además, hace recaer sobre todos los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica, cualquiera que sea su tecnología, la carga de contribuir a subsanar las deficiencias del funcionamiento del mercado eléctrico que son ajenas a varias de estas empresas, como es su caso.

Al respecto, cabe recordar que la invocación del principio de igualdad, garantizado por el artículo 14 de la Constitución, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, 134/1996, de 22 de julio y 46/1999, de 22 de marzo ), requiere que se acredite que se ha producido una desigualdad de trato discriminatorio imputable directamente a la norma enjuiciada, en cuanto que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser, asimismo, iguales.

Como se advierte en la sentencia constitucional 70/1991, de 8 de abril, el artículo 14 de la Constitución establece la interdicción de la desigualdad injustificada o arbitraria, de modo que la existencia de trato diferenciado no es suficiente para admitir la lesión del principio de igualdad, siendo preciso, además, que el trato distinto carezca de justificación objetiva y razonable.

Pues bien, en el caso de autos no se aprecia la concurrencia de la identidad de supuestos de hechos que determine la vulneración del principio de igualdad, pues no puede equipararse la situación del mercado del sector eléctrico y la forma en que en el mismo se fija el precio de la electricidad con la de otros sectores del mercado también asignatarios de derechos emisión, ni la parte actora ha aportado prueba alguna que permita a la Sala apreciar tal identidad de situaciones a efectos de poder concluir que se ha producido ese trato discriminatorio. Y en cuanto al hecho de que la Orden sea aplicable a todas las instalaciones de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, ya ha quedado plenamente justificado en Fundamentos precedentes, sin que la parte actora haya acreditado que las tecnologías no asignatarias de derechos de emisión, como la que ella utiliza, no se beneficien de unos ingresos extraordinarios derivados de la internalización por las instalaciones asignatarias del coste de esos derechos.

[...] Lo razonado en los motivos anteriores es suficiente para rechazar el último motivo planteado en la demanda y consistente en la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 11/2007, por posible vulneración de los artículos 9.2, 9.3, 38 y 33.3 de la Constitución Española, al no suscitarle dudas de constitucionalidad a esta Sala por las razones ya expuestas. >>

**SEGUNDO.-** Esta Sala del Tribunal Supremo se ha 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 de 10 de junio de 2011 en el recurso número 593/2009 y en la Sentencia de 12 de diciembre de 2014 (interpuesto por "AES ENERGÍA CARTAGENA S.R.L"), en el recurso de **casación** número 4789/11 contra la Sentencia de fecha 15 de junio de 2011 dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 36/2010, sobre las obligaciones de pago dimanantes de dicha Orden ITC/1722/2009.

Los tres motivos de **casación** deducidos en el presente recurso de **casación** por "NUCLENOR S.A" se plantean de forma similar a los anteriores recursos y se articulan al amparo del artículo 88.1 d) de la

Ley Jurisdiccional . En el primero se denuncia que la Sentencia de instancia, al confirmar la actuación administrativa, infringe el artículo 9.3 CE , en lo que se refiere a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y aduce que la indefensión causada a Nuclenor SA en virtud de la Orden impugnada no deriva de la fecha de aprobación del Real Decreto-ley 11/2007, sino de la injustificada y desmesurada demora en la aprobación del correspondiente desarrollo reglamentario, ya que <<transcurrido año y medio desde la aprobación del Real Decreto-ley 11/2007, la **Orden Ministerial** ITC 1722/2009, no fue aprobada sino hasta cuatro días antes de la fecha en la que finalizaba el período afectado por la minoración de la retribución, esto es, el primer semestre de 2009 >>.

En el segundo de los motivos se denuncia la quiebra del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE y ello por cuanto la Orden impugnada discrimina de forma injustificada al sector eléctrico respecto al resto de sectores, y además, hace recaer sobre los productores de energía no integrados verticalmente la carga de contribuir a subsanar las deficiencias del funcionamiento del mercado eléctrico que son ajenas a dichas empresas.

En el tercero de los motivos, el reproche se refiere a la vulneración de los artículos 31 , 33 y 38 de la Constitución , alegando que el régimen de minoración constituye una medida con alcance confiscatorio .A lo que se añade la vulneración de libertad de empresa, afirmando que la finalidad del Decreto-ley 11/2007 de corregir el déficit tarifario del sector eléctrico conlleva a que el precio libremente obtenido por la energía eléctrica en el mercado organizado (pool) quede afectado, lo que supone, en último término, una privación de los lícitos rendimientos obtenidos por las empresas vulnerando la libertad de organización del mercado energético y de las empresas integradas en el mismo y por ende, el principio constitucional de libertad de empresa.

Como se aprecia del planteamiento del recurso de **casación**, la mercantil 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 traen causa la Orden ITC 1722/2009, aquí impugnadas.

**TERCERO.-** Los tres motivos de **casación** denuncian 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. Y sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en las reseñadas sentencias de esta Sala en las que no advertimos la quiebra constitucional que ahora se reitera en este recurso de **casación** de "NUCLENOR SA".

En relación a la primera queja constitucional, del artículo 9.3 CE razonamos en la Sentencia de 14 de diciembre de 2014 (RC 5511/2011) que de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 234/2001, de 13 de diciembre , no apreciamos que en el supuesto enjuiciado se hayan vulnerado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio al aprobar la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, en el ejercicio de las facultades de desarrollo de la regulación económica del sistema eléctrico conferida por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 11/2007, de 7 de diciembre , los límites derivados del respeto a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, pues, 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 se adopta en el mencionado Real Decreto-ley 11/2007, de 7 de diciembre, 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 9 de diciembre de 2007, y contempla la liquidación de la tarifa para la anualidad de 2008.

Así se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2007, de 7 de diciembre,, que resume las razones de urgencia que determina la adopción de la citada norma, en consonancia con la aprobación del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012, en los siguientes términos:

« [...] 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* . » .

En este sentido, en la Sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010 ), ya sostuvimos, en relación con el primer párrafo del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 , que 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); criterios que resultan igualmente aplicables en relación con el Real Decreto-ley 11/2007, de 7 de diciembre.

Por ello, consideramos que el reproche que se formula a la Sala de instancia, respecto de que, en el supuesto enjuiciado, se ha producido una aplicación retroactiva del reglamento que quebranta la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 24 de febrero de 2009 (RC 5545/2005 ), se revela infundado, porque el tiempo transcurrido entre la aprobación del Real Decreto-ley 11/2007, de 7 de diciembre, y la adopción de la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, entendemos que no resulta determinante para apreciar un supuesto de invalidez de la referida **Orden ministerial**, con base en la denunciada infracción del principio de irretroactividad.

En la Sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 (RC 4789/2011 ), ya hemos rechazado este argumento que cuestiona la eficacia temporal de la Orden ITC/1722/2009, con base en la alegación de que la potestad reglamentaria se ejerció en un plazo desproporcionado en relación con la aplicación de la norma que desarrollaba. Singularmente en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia de 12 de Diciembre de 2014 (RC 5511/2011 ) rechazamos esta alegación en atención a las siguientes consideraciones jurídicas, que conviene ahora reiterar :

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

**CUARTO.-** El segundo motivo de **casación**, basado en la infracción del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución , tampoco puede ser acogido, pues compartimos el criterio de la Sala de instancia, que descarta que la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, discrimine de forma injustificada a las empresas del sector eléctrico en relación con el resto de sectores, en cuanto no acredita la existencia de un término de comparación adecuado entre los supuestos de hecho invocados.

Como dijimos en la Sentencia de 12 de diciembre de 2014 (RC 55/11 ) no se ha demostrado que se haya inflingido a la mercantil recurrente un trato discriminatorio por imponerse, a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en el territorio peninsular español en régimen ordinario, la obligación de contribuir a la reducción del déficit tarifario mediante el mecanismo de minoración de la retribución en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, pues no ha acreditado que no se beneficiase de los sobreingresos derivados de la internalización de costes.

En este sentido, cabe poner de relieve que, según sostuvimos en la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010 ), de 26 de marzo de 2014 (RC 5464/2010 ) y de 5 de mayo de 2014 (RC 253/2011 ), resulta determinante para resolver el supuesto carácter discriminatorio de las Órdenes ITC, que establecían el mecanismo de minoración del régimen retributivo a la actividad de producción de energía eléctrica, 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 descartó que hubiera existido infracción del principio de igualdad por el hecho de que se hubieran tratado de modo diferente situaciones comparables al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 determinados sectores contaminantes y no otros. Las apreciaciones de aquella Sentencia son trasladables, *mutatis mutandis* , a las censuras de desigualdad vertidas contra el Real Decreto-ley 3/2006 por este motivo, ya que el margen de apreciación de que dispone el legislador nacional para evaluar la situación específica de cada uno de los sectores económicos afectados permite que las medidas acordadas para unos no tengan por qué extenderse necesariamente al resto, y viceversa. Las peculiares circunstancias del mercado de producción de electricidad y de su régimen retributivo permitían, a nuestro juicio, un tratamiento diferenciado y singular a resultas del cual se exigió la minoración de la retribución en los términos establecidos por el artículo 2 del Real Decreto-ley.

**QUINTO.-** En el tercero de los motivos, la sociedad recurrente aduce la vulneración de los artículos 31 , 33 , 38 de la Constitución , al sostener que "el régimen de minoración constituye una medida con alcance confiscatorio, introducida por el RDL 11/2007 que afecta a la libertad de empresa Y también respecto a este aspecto constitucional nos hemos pronunciado en nuestras precedentes Sentencias. En la Sentencia antes indicada sintetizamos la doctrina de esta Sala en la que rechazamos que la Orden impugnada implique una confiscación que afecte a la libertad de empresa, por las razones siguientes que se exponen en la Sentencia de 14 de diciembre de 2014 mencionada:

« [...] Como sostuvimos en aquellas ocasiones, procede también ahora rechazar que la sentencia recurrida vulnere el artículo 33 CE por no apreciar la Sala de instancia que la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, establezca una expropiación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente sin la preceptiva compensación, pues consideramos 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 no tiene un contenido confiscatorio, pues coincidimos con el criterio expuesto por el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aludida 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.*

*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 concernía 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, procede, pues, desestimar 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 11/2007, que no tiene el rango normativo suficiente, pues como señalamos en la Sentencia de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), en relación al Real Decreto-Ley 3/2006 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. Y en el Real Decreto 11/2007, de 7 de diciembre, se acuerda la extensión de la minoración a partir del 1 de enero de 2008 al amparo de los "mismos principios" que justificaron el Real Decreto-ley 6/2006, extendiendo la obligación de pago anual a los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica a lo que se añaden las razones sobre la aplicación efectiva del Plan Nacional de Asignación 2008-2012.

[...]

En lo que se refiere al argumento respecto al Real Decreto 11/2007, que daría lugar a que la Orden ITC 1722/2009 entrara a regular ex novo materias que se encuentran sometidas al principio de reserva de ley, no cabe acoger tal alegación con arreglo a lo razonado, pues no se trata de una materia sometida a reserva de ley, sino de la regulación de las retribuciones correspondientes a las empresas titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica, que se minoran en una determinada partida, no tratándose de una remisión en blanco, al determinar el Real Decreto-ley 11/2007, el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y en el artículo 4 los criterios para realizar la minoración de la retribución. » .

En la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 (RC 4789/2011), hemos rechazado la tesis de que la legislación de urgencia cuestionada suponga una «confiscación» de derechos económicos ya incorporados a su patrimonio. Esta Sala sostiene que la minoración retributiva 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. 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.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse los tres motivos de **casación** articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de **casación** interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR S.A contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2011, en el recurso contencioso-administrativo 283/2009 .

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional , 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 la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a cada una de las partes recurridas.

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.-** Declarar NO HA LUGAR al recurso de **casación** número 3243/11, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLENOR, S.A, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 283/2009 .

**Segundo.-** Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de **casación** a la parte recurrente, en los términos fundamentados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.