AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo
SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso:	**0000030/2008**
Tipo de Recurso:	**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Núm. Registro General:	**00130/2008**
Demandante:	**UNIÓN FENOSA S.A.**
Procurador:	**D. LUIS FERNANDO ALVAREZ WIESE**
Demandado:	**MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO**
Codemandado:	**IBERDROLA S.A.,GAS NATURAL SDG, S.A.,ENEL VIESGO GENERACIÓN, S.LHIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.AENDESA, S.A.,**
Abogado Del Estado	
Ponente Ilmo. Sr.:	**D. EDUARDO ORTEGA MARTÍN**

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA
D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ
Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA
D. EDUARDO ORTEGA MARTÍN

Madrid, a veintidos de marzo de dos mil diez.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 30/2008 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. LUIS FERNANDO ALVAREZ WIESE representación de UNIÓN FENOSA S.A. contra la Orden ITC3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regula, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de

producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente (Boletín Oficial del Estado número 275, de 16 de noviembre de 2007). Figura como demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO), representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO. Son codemandados en el presente litigio IBERDROLA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN; GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. ÁFRICA MARTÍN RICO; ENEL VIESGO GENERACIÓN, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES; HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. CARLOS MAIRATA LAVIÑA; y ENDESA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ GUERRERO TRAMOYERES. La cuantía del presente litigio ha sido fijada como indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el recurrente expresado se formuló recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 10 de enero de 2008, y por providencia de fecha 29 de abril de 2008 se tuvo por interpuesto el recurso, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO. La parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 21 de julio de 2008, en la que terminó suplicando que se declare a contraria a Derecho la Orden Ministerial impugnada, así como, en su caso, con el tenor y alcance que se dirá, se plantee cuestión de inconstitucionalidad con respecto al Real Decreto Ley 3/2006, de 24 de febrero, y, por último, también se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERO. El Abogado del Estado contestó la demanda, mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2008, en el cual terminó solicitando de la Sala la desestimación del presente recurso y la confirmación de la Orden Ministerial impugnada, con expresa condena en costas a la parte actora.

CUARTO. Por escrito que tuvo entrada el 27 de octubre de 2008 la representación procesal de GAS NATURAL SDG, S.A., formuló contestación a la demanda, en su calidad de Codemandada, en el que concluyó solicitando que la Sentencia a dictar declare la nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial

recurrida y que este Tribunal plantee cuestión de inconstitucionalidad con respecto al artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero.

En un escrito que fue presentado el 28 de octubre de 2008 la representación procesal de IBERDROLA S.A. formuló su propia contestación a la demanda en la que concluyó suplicando que la Sala tuviera «por efectuadas las alegaciones en él contenidas».

QUINTO.- La ABOGACÍA DEL ESTADO presentó recurso de súplica contra el Auto dictado por la Sala el 12 de febrero de 2009, por el que tuvo por contestada la demanda por IBERDROLA S.A., y GAS NATURAL SDG, S.A., y por el que también se procedía a la apertura del período probatorio, cosa que realizó con fundamento en que la posición procesal de las codemandadas les impedía solicitar la estimación del recurso y la nulidad de la orden impugnada, cosa que, en efecto, habrían realizado.

Tras oír a las partes sobre la súplica formulada, la Sala dictó un Auto en fecha 6 de julio de 2009, en el que concluyó desestimando el recurso, indicando, no obstante, que «será el Tribunal el que, a la postre evaluará individualizadamente las tesis de cada una de las partes, su amparo legal y el ajuste a la posición procesal en las que se formulan».

SEXTO- Por Auto de fecha 12 de febrero de 2009 se acordó, junto a la admisión de las contestaciones a la demanda a la que nos acabamos de referir, recibir el pleito a prueba, tras lo cual fueron practicados aquellos medios de acreditación que, siendo solicitados por las partes, fueron declarados pertinentes.

En concreto y con respecto a ciertos informes jurídicos presentados por la representación de GAS NATURAL SDG, S.A., y en atención a que el Derecho aplicable no es objeto de prueba procesal, como tampoco lo puede ser lo que sería su más correcta interpretación, y dado también que la interpretación y aplicación del Derecho corresponde al Tribunal en aplicación del principio "iura novit curia", fueron admitidos los mismos tan sólo en calidad de alegaciones, esto es, «como complemento alegatorio de las posiciones jurídicas contenidas en la contestación a la demanda por dicha representación».

SÉPTIMO.- Seguidamente se dio traslado a las partes para la formulación de escrito de conclusiones sucintas y procedió a señalarse para votación y fallo de este recurso el día 17 de febrero de 2010, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales salvo la fecha para dictar Sentencia, en atención a la amplitud y complejidad del litigio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. A través del presente recurso contencioso administrativo se impugna la Orden ITC/3315/2007, de 15 noviembre (Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre), por la que se regulaba, para el año 2006, «la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente».

SEGUNDO. El objeto del presente recurso, según se acaba de exponer, viene constituido por la formulación de una impugnación directa contra la disposición de carácter general y de rango inferior a la Ley indicada.

Ello no obstante, en la medida en la que la Orden impugnada pudiera ser traslación del contenido del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modificó 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 (Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2006), la parte recurrente solicita que esta Sala de la Audiencia Nacional plantee cuestión de inconstitucionalidad del mismo conforme a lo dispuesto en los arts. 163 de la Constitución Española y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional.

Asimismo aquella propia representación actora formulaba otra petición en referencia al Decreto-Ley 3/2006, como es que, en la medida en la que estimase esta Sala que su art. 2 (del cual la Orden ITC/3315/2007 sería directa traslación) en la medida, decimos, que el Decreto-Ley pudiera ser contrario a Derecho Comunitario, plantease cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación del art. 234 del Tratado de la Unión Europea (aunque naturalmente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la invocación normativa de la actora deba entenderse sustituida por una cita del art. 267 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

TERCERO. Son antecedentes fácticos y jurídicos de necesaria constancia para la más ajustada resolución de la litis, los siguientes:

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 articulaba como procedimiento adecuado para la consecución de la reducción de emisiones los llamados «derechos de emisión», definidos por la Directiva como los que se ostenta a emitir «una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado». También la Directiva preveía la transferiblidad de tales derechos de emisión (artículos 3.a) y 12), ya se produjera tal transferencia entre personas de la Unión o lo fuera con personas e instalaciones situadas en otros países en los que tales derechos de emisión fueran asimismo reconocidos.

Así pues, la Directiva preveía la creación por los Estados de «derechos de emisión» de gases de efecto invernadero, de un registro especial para ellos, y también la prohibición (a partir del 1 de enero de 2005) de que cualesquiera instalaciones actuasen sin una previa autorización de emisión. También preveía la elaboración de Planes Nacionales de Asignación (artículo 9), en los que cada Estado miembro habría de determinar la cantidad total de derechos de emisión que preveía asignar, el procedimiento para ello y las empresas finalmente perceptoras.

Y en lo que ahora interesa especialmente, la Directiva aludida establecía una primera etapa de asignación gratuita de dichos derechos de emisión, por los Estados, para los primeros 3 años (de 2005 a 2008).

El tenor literal del artículo 10º de la Directiva de constante cita es el que sigue:

«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 uno de enero de 2008 los Estados miembros asignaran gratuitamente al menos el 90% de los derechos de emisión».

2º.- Ya en el plano del Derecho interno, el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 agosto, procedió a regular el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en nuestro país.

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 además la naturaleza y los contenidos del Plan Nacional de Asignación. En el art. 21 preveía la transmisión (comercializabilidad) 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».

3º.- Por Real Decreto 1866/2004, de 6 septiembre, fue aprobado el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

4º.- En Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 se procedió a la asignación concreta de derechos de emisión a las instalaciones eléctricas, entre las cuales se encontraban algunas pertenecientes a la sociedad ahora recurrente, UNIÓN FENOSA, SA.

5º.- Una vez recibidos tales derechos, con carácter de comercializables y por tanto con valor pecuniario –aunque fueran inicialmente asignados a título gratuito- UNIÓN FENOSA S.A. procedió a "internalizarlos", y a computar su consumo, necesario para la producción de energía eléctrica, en las ofertas que realizaba al mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica.

6º.- Como consecuencia de esa misma "internalización", realizada por la ahora actora y también por otras empresas generadoras de energía eléctrica (algunas e las cuales han comparecido en calidad de codemandadas en el presente litigio), y dado el sistema singular de casación de ofertas y demandas que rige en ese mercado, los precios finalmente fijados (casados) incorporaron los incrementos correspondientes a los derechos internalizados; cosa de la que se vieron beneficiadas –nuevamente por ese sistema de casación- tanto las empresas asignatarias de derechos de emisión como otras que no lo eran y que no internalizaron derecho alguno, como sucede con las productoras de "régimen especial".

7º.- 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» 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.

El texto literal del artículo 2 es el que sigue:

«Consideración de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero del Plan Nacional de Asignación 2006-2007

1. A partir del día 2 de marzo de 2006, para las casaciones correspondientes al 3 de marzo de 2006, la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica a la que hace referencia el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, se minorará en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de

2005, de conformidad con lo previsto en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007, durante los períodos que correspondan.

A los efectos del cálculo de los importe de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa del año 2006 correspondientes al período desde el día 1 de enero de 2006 hasta el día 2 de marzo de 2006, inclusive, dichos importes se minorarán para cada grupo empresarial a los que pertenecen las empresas que figuran en el apartado 1.9 del Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, en una cantidad equivalente al valor de los derechos de emisión asignados por Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 a la totalidad de unidades de producción en régimen ordinario de cada grupo empresarial, durante el mismo período.

2. El valor unitario de referencia de los derechos de emisión será el precio de mercado del periodo al que correspondan calculado de manera transparente y objetiva.

3. Se habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para el desarrollo reglamentario de la presente disposición».

8º.- Tras el Real Decreto Ley indicado y como desarrollo del mismo, 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 es la disposición de carácter general y rango inferior a la Ley que, con el fundamento y alcance que se dirá, es objeto de recurso jurisdiccional en el presente procedimiento contencioso administrativo.

9º.- El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía aprobó, en su sesión de 24 de abril de 2008, una resolución, que le fue comunicada por escrito del día siguiente a la ahora recurrente, y por la que, en aplicación de la Orden 3315/2007, de 15 noviembre, acabada de citar, se determinaba la obligación de pago, por UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A., de la suma de 147.887.314 € como resultado de la expresada minoración de retribución por el montante correspondiente a los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que le fueron asignados gratuitamente.

CUARTO.- La parte recurrente que, como indicamos, es titular de instalaciones de generación de energía eléctrica, que se vio beneficiada en calidad de asignataria –gratuitamente en un principio- de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y que procedió a "internalizar" su consumo en su actividad de generación de energía, fundamenta sus pretensiones contra la Orden Ministerial objeto del presente procedimiento, en esencia, en los siguientes antecedentes y motivos, alterados, eso sí, en el orden de su presentación en aras de la mayor facilidad en su resolución:

1º.- El Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 febrero, y, por ende, la Orden ITC/3315/2007, que lo desarrolló, habrían efectuado una expropiación de derechos

(la retribución conforme al precio de mercado de producción regulado en el artículo 16 de la ley 54/1997 del Sector Eléctrico).

Esa gran razón de pedir se asienta en el siguiente fundamento alegatorio y argumental:

a) La Orden Ministerial aquí impugnada habría procedido a realizar una privación injustificada de un derecho económico reconocido, al introducir la «minoración de la retribución» de las empresas eléctricas de generación en el valor de dichos gases.

b) Dicha privación consistiría, en concreto, en la supresión de la gratuidad de los derechos de emisión, derivada -esa misma gratuidad - de la Directiva 2003/87/CE; derivada también del Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el Plan Nacional de Asignación; y finalmente consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se procedió a la asignación concreta (y gratuita) de derechos de emisión a la recurrente.

c) Y así, según quedó más arriba indicado, la Comisión Nacional de la Energía, como materialización de esa anulación de la gratuidad de los derechos de emisión, le reclama el pago de147.887.314 € en aplicación de la Orden aquí impugnada.

d) Por ello, se habría procedido, tras asignársele un conjunto de activos (los derechos de emisión) y tras su completa patrimonialización, a una posterior privación singular –neutralización- de su valor económico, lo que equivale a su expropiación sin indemnización.

Por todo ello la sociedad recurrente estima que la Orden impugnada –en la medida en la que se adapta y respeta lo establecido en el Real Decreto-Ley 3/2006 (salvo en lo que inmediatamente se dirá bajo el apartado 5º que sigue al presente)-, contiene una regulación materialmente expropiatoria, sin compensación económica, que, por inconstitucional, debiera dar lugar al planteamiento de la oportuna cuestión ante el Supremo Intérprete de la Constitución.

2º.- De forma alternativa al reproche de legalidad (más bien de "constitucionalidad") que se acaba de indicar, la sociedad recurrente estima que la Orden recurrida habría introducido una «prestación patrimonial de carácter público» equiparable a una tasa sin previa cobertura legal, y por lo tanto en contravención de la garantía establecida en el artículo 34 del Texto Constitucional y el art. 8 de la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria, pues no habría delimitado por Ley el hecho imponible, el devengo, la base imponible liquidable y el tipo de gravamen.

3º.- En otro momento indica la recurrente que el empleo de la figura del Real Decreto Ley no puede realizarse en casos de afectación de los derechos y deberes contemplados en el Título I de la Constitución; Título que, entre otros más, alberga el citado artículo 31.3.

4º.- El Real Decreto-Ley 3/2006, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del 28 de febrero de 2006, en la medida en la que estableció la reducción de la retribución de la actividad de generación de energía eléctrica en el montante correspondiente a los derechos de emisión asignados gratuitamente, y ello con

efectos desde el 1 de enero de ese mismo año, tendría efectos retroactivos constitucionalmente reprochables.

5º.- Con independencia de esas razones de inconstitucionalidad –por su contenido materialmente expropiatorio, por su carácter retroactivo y por establecer una prestación patrimonial sin la necesaria cobertura de Ley- del art. 2 del Real Decreto–Ley, la recurrente nos dice ahora que el artículo 2 de la Orden ITC/3315/2007 (aquí impugnada) sería por sí mismo ilegal, por contrario al tenor del mismo Real Decreto-Ley, a los principios de igualdad y de jerarquía normativa constitucionalmente previstos, y a los de no discriminación y objetividad previstos en la Ley del Sector Eléctrico.

Y ello porque el Real Decreto Ley no estableció salvedad o exclusión, en la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica que acordaba, entre las distintas instalaciones, y sin embargo la Orden habría excluido de su aplicación a las instalaciones de régimen especial que, además, también se habrían visto beneficiadas por el alza de precios que fue consecuencia de la internalización por las que sí eran asignatarias de derechos de emisión (nuevamente por efecto de la singular manera en la que se produce la casación de ofertas y demandas en el mercado diario e intradiario de generación de energía eléctrica).

Estima la recurrente, por ello, que la exclusión de su aplicación a determinadas instalaciones sería contraria a lo previsto en el art. 2 del Real Decreto-Ley que se refiere, con carácter general y sin matices, a los «productores de energía eléctrica»

6º.- Seguidamente la representación actora estima que la Orden aquí impugnada sería contraria a las Directivas 2003/87/CE, que establece el régimen de comercio de emisiones de gases de efecto invernadero, y 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la energía eléctrica.

Tal contradicción por la Orden aquí impugnada -y antes de ella por el Real Decreto-Ley 3/2006- con respecto a las Directivas derivaría de que neutralizarían la gratuidad de los derechos y, por tanto, afectarían a su llamado "efecto útil".

Abunda dicha representación después en la línea de que la gratuidad de la asignación de derechos de emisión es «clara, precisa e incondicional», y que no permite la imposición a los asignatarios «de ningún tipo de carga patrimonial, previa o posterior, con ocasión de la atribución de derechos de emisión».

Y precisamente el Real Decreto Ley 3/2006, al recoger expresamente el principio de equivalencia entre la reducción de ingresos por las eléctricas y el valor económico de los derechos de emisión, sería contrario a la expresada gratuidad impuesta imperativamente por la Directiva.

El "efecto útil" de la Directiva se vería menoscabado también porque la reducción de emisiones (que es precisamente el objetivo pretendido) estaría necesariamente anudada al «comercio no distorsionado» de derechos de emisión, y, además, la

esencia misma del sistema «se basa justamente en la puesta en valor en el mercado de los derechos de emisión por parte de sus titulares».

En la opinión de la actora por ello «la prohibición de la internalización del derecho implica negar que su consumo conceda un genuino coste de oportunidad para su titular y, por ello, que encarne un valor económico correspondiente a dicho titular».

Dentro de este motivo se nos afirma luego la existencia de discriminación entre los sectores, pues, se nos dice, en todos ellos y «como es natural, los demás asignatarios de derechos (distinto de las empresas eléctricas), también repercutirán su valor en el precio de sus productos», de modo que «la hipótesis de la internalización es por tanto aplicable a todos los asignatarios de derechos gratuitos, y no sólo a las empresas eléctricas».

Y por último el régimen jurídico de minoración de ingresos en el montante correspondiente a los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente se aplicaría tan sólo a las instalaciones generadoras ubicadas en España, pero que, sin embargo, no se extiende a las instalaciones establecidas en otros Estados miembros o de fuera de la Unión que suministran electricidad en el mercado español a través de agentes externos y comercializadores.

Por eso el régimen de minoración establecido por el Real Decreto-Ley 3/2006 y por la Orden ITC/3315/2007 distorsionaría las condiciones en las que se vende la electricidad generada o importada en España, y, con ello, se introduce una discriminación entre operadores eléctricos directamente competidores.

Y por ello, tras este conjunto de motivos y argumentos, la recurrente concluyó su demanda solicitando:

a) La declaración de nulidad, en su conjunto, de la Orden ITC/3315/2007 aquí impugnada, y, subsidiariamente, de su artículo 2 en cuanto excluye de su aplicación a las instalaciones de régimen especial.
b) En la medida en la que la Orden impugnada fuera directa traslación de lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, formulación de cuestión de constitucionalidad.
c) Planteamiento de cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación del, por entonces, artículo 234 del Tratado de la Unión, por infracción de las Directivas 2003/87/CE. y 2003/54/CE (ahora conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

QUINTO.- Por su parte la Abogacía del Estado articula su oposición a la demanda, en esencia, en los siguientes motivos y fundamentos:

1º.- Que la Directiva 2003/87/CE requería, para la consecución de sus objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, de dos clases de medidas: Unas, de naturaleza ambiental, destinadas a la minoración del emisión de gases contaminantes y para el fomento de utilización de tecnologías limpias. Y otras destinadas a fomentar la competitividad de las empresas comunitarias frente a las

de terceros Estados. Por ello se habría establecido, en su artículo 10, el sistema de gratuidad de los derechos de emisión durante la primera etapa de tres años.

2º.- Por otra parte la finalidad del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 no sería otra que "corregir" determinadas disfunciones que fueron ocasionadas por la aplicación de la normativa medioambiental comunitaria, ya que la asignación gratuita de derechos de CO2, efectuada a las instalaciones de producción eléctrica supuso:

a) Que las empresas asignatarias "internalizasen" el valor de dichos derechos, cosa que les generó un sobreingreso derivado de la elevación de precios respecto al escenario previo, en el que no existían derechos de emisión.

b) Esa "internalización" se produjo además de dos maneras: en los costes de las empresas productoras, que lo computaron como activos, y en el precio de retribución de la energía eléctrica para todo el mercado.

c) También las empresas no asignatarias de derechos de emisión -dado el carácter marginal del precios de mercado y el sistema de casación de ofertas y demandas- se beneficiarion con el alza de precios derivados de la internalización de tales de derechos en sus precios por las que sí eran asignatarias.

3º.- El Real Decreto-Ley 3/2006 y la Orden ITC/3315/2007 que lo desarrolla «son normas de carácter regulatorio y no medioambiental».

a) Las normas de "finalidad ambiental" serían consecuencia de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Éstas son el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 agosto, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; la Ley 1/2005, de 9 de marzo; y el Real Decreto 1866/2004, de 6 septiembre, que aprobó el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2005/2007. Dentro de este primer grupo de normas encontraríamos además unas que serían calificable como estrictamente ambientales, y otras que estarían destinadas a fomentar la competitividad de las empresas comunitarias con el fin de que la aplicación del Protocolo de Kioto no supusiera una situación de desventaja competitiva de las empresas europeas frente a todas aquellas otras, extranjeras, que no están no sometidas al mismo.

Y se añade por dicha representación como argumento que «lo que en ningún momento aparece como finalidad de la normativa comunitaria en cuestión [es] la obtención de grandes beneficios por parte de las empresas perceptoras de la asignación gratuita de derechos de emisión».

b) Por otra parte, la finalidad de las normas reguladoras del mercado eléctrico, esto es, aquel segundo grupo de normas que son calificadas como de "regulación", su finalidad, decimos, no sería otra que optimizar el funcionamiento de ese mismo mercado, estableciendo los derechos y obligaciones de los intervinientes en él y, en concreto, el régimen de retribución de las actividades. Formarían parte de este segundo grupo de normas "de regulación" tanto la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como el Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modificó el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción,

y, en fin, también la Orden aquí impugnada ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, que lo desarrolla..

La finalidad de estas normas "de regulación" residiría en aminorar el sobre-ingreso obtenido por las empresas generadoras por consecuencia de la internalización, en sus ofertas de venta, de los costes de los derechos de emisión asignados gratuitamente.

3º.- Acontece además (como más arriba se apuntó) que, atendido el sistema de formación de precios en el mercado mayorista, aquella "internalización" realizada por las asignatarias de derechos de emisión produjo el efecto de que se beneficiasen también del sobre-ingreso el resto de las empresas productoras, incluidas las que carecen de derechos de emisión.

Se insiste luego por dicha representación de la Administración General en que la finalidad de la norma no es corregir el carácter gratuito de la asignación sino «aminorar la remuneración de las unidades de generación afectados por la internalización del valor de los derechos de emisión que han sido asignados gratuitamente»...

La "internalización" del valor de los derechos de emisión permitió conseguir objetivos que, «desde un punto de vista estrictamente ambiental», eran perseguidos por la norma comunitaria, esto es, advertir al mercado del coste que tiene la utilización de energías contaminantes, de modo que se ha enviado una señal a los consumidores, al haberse incrementado sensiblemente los precios de venta de energía, y al tiempo se ha fomentado utilización de tecnologías no contaminantes.

Pero esa misma "internalización" habría producido una serie de disfunciones en el mercado español que afectan la regulación del sistema retributivo y que carecerían de incidencia ambiental.

En concreto, la recurrente, en el año 2006, habría obtenido un sobre-ingreso de 147.888.314 € por el cómputo de unos derechos de emisión que había recibido de manera gratuita.

Así pues, la corrección de estas disfunciones es lo que se pretendió realizar a través del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, en el que se estableció que de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica se minoraría el importe equivalente a valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores.

Y así, por tanto, la minoración producida no afectaría a la gratuidad de la asignación, medida de naturaleza estrictamente ambiental, sino sólo a los desajustes regulatorios, ajenos éstos a las previsiones de la Directiva 2003/87.

En suma, según la posición de la Administración demandada, el Real Decreto Ley 3/2006, y la Orden ITC3315/2007 no sólo no se opondrían a la normativa comunitaria sino que la complementarían corrigiendo «aquellas disfunciones que en el ámbito de la regulación económica se producen».

4º.- La Orden impugnada no extendería, en modo alguno, más allá de sus estrictos términos la minoración ya establecida por el Real Decreto-Ley 3/2006, sino que las previsiones en él contenidas se ajustan a su espíritu y finalidad.

5º.- El recurso de la actora se encontraría deficientemente formulado pues, en propiedad, los motivos de impugnación formulados se proyectan sobre el Real Decreto-Ley 3/2006, del cual la Orden impugnada no sería sino pura ejecución.

6º.- Al afectar la minoración retributiva a todas las empresas, fueron o no asignatarias de derechos de emisión, se produjo una relativa desconexión entre asignación gratuita y minoración; lo que comporta que no estemos tanto ante una expropiación de derechos otorgados como ante una efectiva y más amplia regulación de consecuencias.

Partiendo de esa base, la finalidad perseguida por el Real Decreto-Ley y por la Orden aquí concernidos no sería tanto que las entidades asignatarias satisficiesen, "ex post", el valor de los derechos asignados gratuitamente, sino evitar el sobre-ingreso producido para todas las tecnologías por el aumento de precios debido a aquella la internalización.

La minoración, en consecuencia, no afectaría los derechos asignados sino a efectos económicos generales derivados de tal internalización.

De esa manera, las normas no afectarían a los derechos de emisión sino a un efecto "incremental"; no subvertirían la distribución de derechos de emisión recibidos por cada productor sino facilitarían la estrategia de moderación de precios contenida en el Real Decreto-Ley 3/2006.

No supondría tampoco por ello discriminación alguna entre productores con asignación.

Por otra parte, la reducción no se produciría sino con el valor "internalizado" por la que ha sido, en cada momento, la "tecnología marginal" empleada; existiendo además en la Orden unos criterios delimitación para evitar la equiparación entre derechos de emisión e internalización.

En este sentido invoca la Abogacía del Estado el informe emitido por la Secretaría General de la Energía en el trámite de audiencia del proyecto de Orden aquí recurrida, en el que se indicó que, aunque para determinadas tecnologías, la aplicación de la Orden pudiera interpretarse como una devolución del 100% de los derechos asignados, el resultado conjunto de la aplicación de la norma lleva a una conclusión distinta. Así el efecto equivalente a la "no asignación" de derechos de emisión sólo se produciría conceptualmente respecto a la tecnología que aparezca como "marginal" ya que, en las restantes, bien por no ser "asignatarias", bien por no ser "marginales", la detracción no sería equivalente a la no asignación.

Y en lo que a la "tecnología marginal" respecta, aun y así se establecería un límite máximo o de referencia para la minoración, que no sería otro que aplicar la fórmula establecida para las no asignatarias.

7º.- En lo referente a la eventual contravención del Derecho Comunitario la representación demandada niega que exista, pues, en su opinión, las disfunciones derivadas del sobre-ingreso a favor de las empresas productoras y la traslación del coste total a los consumidores, no podrían nunca considerarse como objetivos perseguidos por la norma comunitaria.

SEXTO.- Por su parte, la codemandada IBERDROLA, S.A., además de otros motivos y alegaciones que habrán de quedar orillados de la resolución del presente litigio por haberse formulado con desviación procesal, en los términos que de inmediato se dirá, en la parte de su contestación a la demanda en la que se ciñó a su cabal posición en el litigio, vino indicar:

1º.- Que el Real-Decreto-Ley procedió a establecer una minoración de la retribución de la actividad de producción por la vía de descontar el importe de los derechos asignados gratuitamente; de lo que obtiene que sólo cabría detraer cantidades a las centrales efectivamente asignatarias de derechos de emisión y no a las demás.

2º.- Que además no es cierto que las empresas no asignatarias hayan "internalizado" el coste de derechos de emisión en sus precios, y que afirmar tal cosa comporta confundir "coste" con "precio". Agrega que es imposible que las tecnologías no asignatarias "internalicen" el coste de los derechos de emisión sencillamente porque carecen de tales costes.

Por ello, dice, «se opone frontalmente a la primera pretensión de UNIÓN FENOSA en el sentido de interpretar que la Orden impugnada, al no incluir en su ámbito de aplicación a las centrales de régimen especial, está infringiendo el RDL».

Más adelante destaca la contradicción que contendría la demanda deducida por la parte actora, al indicar, por una parte, que el Real Decreto-Ley exigiría la devolución del valor de los derechos asignados gratuitamente, por cuya causa contravendría el "efecto útil" de la Directiva y que, por el contrario, en otro momento considere que la orden es ilegal por no incluir a las centrales de régimen especial.

Vuelve más adelante IBERDROLA a ratificar que, en su opinión, quedan fuera del ámbito del Real Decreto-Ley tanto las centrales no asignatarias de derechos de emisión como las de régimen especial.

Y así, en sus tesis, la Orden Ministerial habría introducido un cambio con respecto al Real Decreto-Ley, en el sentido de extender los deberes de devolución a las instalaciones no asignatarios de derechos.

SÉPTIMO.- Como indicamos en los Antecedentes de Hecho Cuarto y Quinto de la presente Sentencia, han formulado sendos escritos de contestación a la demanda GAS NATURAL SDG, S.A. (que pidió la declaración de nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial recurrida y que la Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad con respecto al artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero), e IBERDROLA S.A.

El preciso tenor y contenido de ambos escritos dio lugar a que la ABOGACÍA DEL ESTADO se opusiese a tener por contestada la demanda por parte de ambas codemandadas, petición que sin embargo fue desestimada al indicarse que «será el Tribunal el que, a la postre evaluará individualizadamente las tesis de cada una de las partes, su amparo legal y el ajuste a la posición procesal en las que se formulan».

Pues bien en este momento, y con independencia de lo que a partir de ahora se dirá, hemos de ratificar que la representación de GAS NATURAL vino, en lo sustancial, a apoyar en su contestación a la demanda las tesis impugnatorias de la recurrente, cosa que comporta una franca desviación procesal pues en nuestro ordenamiento no se encuentra prevista la posibilidad de concurrir en calidad de codemandante o coactor y si sólo de codemandado.

Ello, naturalmente, con independencia de la posibilidad de suscitar, por parte de aquellos que pudieran tener interés legítimo en la impugnación de un acto o disposición, de formular sus propios recursos, cosa que por cierto ha sucedido con las dos representaciones que aquí concurren como codemandadas y contestado la demanda.

Por ello, la Sala no entrará a valorar -sin mengua alguna de su deber de congruencia- a valorar las alegaciones deducidas en franca desviación procesal por las codemandadas, y si sólo a resolver aquellas otras que se ajustan a su posición; que en nuestro caso se circunscriben a las formuladas por IBERDROLA en oposición a la pretensión de UNIÓN FENOSA para que la Sala declare la nulidad de la Orden impugnada en cuanto habría excluido improcedentemente a las instalaciones de régimen especial.

En este sentido -de excluir del proceso las pretensiones y alegaciones deducidas por codemandados con desviación procesal- se ha pronunciado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006, en la que se cita además una profusa doctrina jurisprudencial anterior:

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

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

OCTAVO.- Expuestas así, de modo sintético, las diversas posiciones procesales sustentadas en este litigio, y excluido el pronunciamiento del Tribunal sobre todas aquellas que han sido formuladas con desviación procesal, procede, sin más, entrar a la resolución de las distintas cuestiones controvertidas, en buena medida entrelazadas entre sí.

Y para ello en primer término es preciso destacar que en este proceso se han formulado unas pretensiones directas de nulidad contra una disposición de carácter general y rango inferior a la Ley, esto es, contra la Orden ITC/3315/2007, para cuyo conocimiento y decisión el presente Tribunal ostenta plena jurisdicción, junto a otras,

de obligado pronunciamiento previo, que por el contrario desbordan nuestra jurisdicción y para lo cual el ordenamiento jurídico prevé otros modos de actuar. Estas otras cuestiones son:

a) La eventual inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 3/2006 en la medida en la que la Orden impugnada fuera directa y armónica ejecución de sus determinaciones, y siempre que el contenido de tales determinaciones fuese contrario al Texto Constitucional, por las detalladas razones que la recurrente expone en su demanda. Así, en el caso de que este Tribunal, en efecto, albergase dudas sobre la inconstitucionalidad de este Real Decreto-Ley debería plantear cuestión de inconstitucionalidad con relación al mismo ante el Supremo Intérprete de la Constitución en aplicación de lo previsto en los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y ello por la conocida doble sujeción que los Tribunales de Justicia españoles ostentan para con la Constitución y las Leyes.

b) La posible contrariedad con el Derecho Comunitario de ambos instrumentos normativos internos (el Real Decreto-Ley y la Orden), por menoscabar el "efecto útil" de la Directiva 2003/87/CE y, de manera más concreta, por ser contrarios a la gratuidad de asignación de derechos de emisión que la norma comunitaria estatuyó. En ese caso la presente Sala, ahora por su doble condición de Tribunal de Derecho Comunitario y de Derecho interno, podría plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I.- Se abordarán, en primer término, los reproches de inconstitucionalidad que la recurrente formula al Real Decreto Ley 3/2006, de 24 febrero, por el que se modificó el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial (Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2006).

El rango de ley del expresado producto normativo resulta incuestionable según el artículo 86 de nuestra Constitución, de modo que no sólo, según se dijo, la única vía que tiene el Tribunal para compaginar su sujeción a la ley y al tiempo para con la Constitución sería, en su caso, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sino además porque por ese mismo rango que el Real Decreto-Ley ostenta se ve beneficiado de la presunción de constitucionalidad declarada con reiteración por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas en sus Sentencias 49/2008, de 9 de abril; 107/1996, de 12 de junio; 43/1996 de 14 de marzo...

Esos reproches de inconstitucionalidad que la recurrente realiza basculan, fundamentalmente, en torno a cuatro grandes bloques. Su contenido materialmente expropiatorio es el primero, su carácter improcedentemente retroactivo el segundo, el establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público sin respetar las exigencias constitucionales de reserva de Ley el tercero, y la improcedente afectación de derechos fundamentales por Real Decreto Ley el último de todos ellos.

1º.- Principiando por el primer bloque de motivos, la recurrente nos dice, en esencia que, a consecuencia de la Directiva 2003/87/CE, del 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 en nuestro país), el Real Decreto 1866/2004, de 6 septiembre (que aprobó el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero), y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 (que procedió a la asignación concreta de derechos de emisión a las instalaciones eléctricas), a consecuencia de todas esas normas, decimos, habrían obtenido una serie de derechos de emisión, esto es, de activos patrimonializables y comercializables, cuyo valor económico habría sido luego expropiado, sin la correspondiente y justa compensación, bien por el Decreto-Ley bien por la Orden Ministerial recurrida.

La cuestión, por tanto, importantemente condicionada en su respuesta por el rango legal de la primera de ambas normas, se ciñe a la posible existencia de una expropiación legislativa sin la correspondiente indemnización; de modo que pudiera incurrir en inconstitucionalidad el Real Decreto Ley de permanente cita.

La problemática suscitada, de complejidad jurídica recóndita, requiere para su resolución precisar, en este momento, tres cuestiones: a) Cuál sea la naturaleza jurídica de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero; b) Si ha existido efectiva patrimonialización de éstos por la sociedad actora; y c) En otro orden de cosas distinto, el grado de legitimidad de la internalización producida y de la traslación del valor de tales derechos a las ofertas realizadas al mercado diario e intradiario de generación de energía eléctrica. Y es que, como es sabido, la expropiación sólo puede recaer sobre derechos o intereses «patrimoniales legítimos» (art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa), de modo que si no estuviéramos ante bienes o derechos patrimoniales, o si la decisión de internalizar tuviera la condición de "ilegítima", en ningún caso podríamos estar ante un supuesto de expropiación sino ante una realidad jurídica bien diferente.

Una vez despejadas estas tres primeras cuestiones habremos de pasar a indagar en los contenidos del Real Decreto-Ley, tanto en lo referente a si ha sido éste en efecto –o lo ha sido la Orden- el que ha producido las reducciones o restricciones de las posiciones jurídicas, como en lo atinente a la manera o el fundamento (expropiatorio o regulatorio) con el que lo haya hecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

conocidos pronunciamientos jurisprudenciales, buena parte de ellos procedentes del Tribunal Constitucional.

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

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

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

Y luego el Tribunal Constitucional matizó en la Sentencia aludida:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prueba además de que el Real Decreto-Ley tiene un contenido predominantemente regulatorio es que también resulta de aplicación (con relevantes efectos en el presente litigio, como se verá) a aquellas otras instalaciones que no han recibido derechos de emisión pero que, pese a ello, se han visto beneficiadas

por el alza de precios producida en el mercado como consecuencia del singular sistema que en él rige para la casación de ofertas y demandas.

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

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

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

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

- Estamos en un contexto de sujeción especial y en un llamado "sector regulado" en el que las facultades de ordenación de la Administración son distintas de las que ostentaría ante un conjunto de ciudadanos bajo un esquema de sujeción general.

No se trata, pese a que pudiera parecerlo, de que la Administración pueda fragmentar su acción y, empleando una faz regulatoria, esté autorizada a privar de derechos o intereses legítimos que otorgó con otra distinta faz (ambiental). Se trata, más bien, de que aquí nos encontramos ante una acción de ordenación normativa más amplia y distinta. Más amplia, porque afecta a instalaciones asignatarias y no asignatarias, y distinta porque incide sobre el alza de precios general en el mercado diario e intradiario de producción y no sobre el valor de los derechos asignados.

Por ello, y resolviendo estrictamente las alegaciones suscitadas en el presente litigio, la presente Sala no considera necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 3/2006, por su pretendido y alegado

contenido expropiatorio, al no albergar dudas de su acomodo al Texto Constitucional; aunque siempre, insistimos, desde el preciso análisis realizado en el procedimiento presente y dejando a salvo la decisión que proceda en los otros que ante esta Sala aún penden.

2º.- El segundo bloque de reproches de inconstitucionalidad que se dirigen contra el Real Decreto Ley 3/2006, 24 febrero, se refiere a su eventual carácter retroactivo y por ello de lesivo de los parámetros constitucionalmente admisibles, según reiterada jurisprudencia constitucional.

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

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

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

150/1990, de 4 Oct., FJ 8; 197/1992, de 19 Nov., FJ 4; 173/1996, de 31 Oct., FJ 3; y 182/1997, de 28 Oct., FJ 11)».

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

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

Pues bien en nuestro caso estimamos que tales principios no se han visto lesionados puesto que, en la hipótesis de que la norma hubiera sido dictada antes del día 1 de enero del año 2006 -fecha en la que comienza el periodo de cómputo a efectos del saldo de tarifa- la ordenación de la actividad económica por parte de las empresas a lo sumo a lo que les habría llevado es a dejar de "internalizar" los derechos consumidos, esto es, la consecuencia final sería la misma que se produce en aplicación del Real Decreto-Ley cuestionado. Y así, de la misma manera en la que la indefensión ha de ser material y efectiva y no sólo real o aparente para resultar constitucionalmente reprochable, la lesión de la confianza legítima y de la seguridad jurídica han de ser materiales, y no lo son cuando las posiciones jurídicas hubieran permanecido iguales y el resultado económico el mismo en el supuesto de que la ordenación normativa se hubiera producido desde el primer día de cómputo.

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

3º.- Por otra parte, entre los reproches de inconstitucionalidad del siempre aludido Real Decreto-Ley estaba el posible establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público sin la necesaria cobertura de ley.

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

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

4º.- Y para finalizar este conjunto de reproches de inconstitucionalidad, recordemos que la recurrente afirma que el empleo de la figura del Real Decreto Ley no puede realizarse en casos de afectación de los derechos y deberes contemplados en el Título I de la Constitución título que, entre otros preceptos más, alberga el artículo 31.3 del Texto Constitucional.

Sobre la viabilidad de que los Decretos-Leyes incidan sobre el derecho de propiedad, pese a hallarse contenida y garantizada ésta en el artículo 33.3 del Texto Constitucional, se ha pronunciado, entre otras, la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983.

Junto a otros razonamientos que son contenidos en el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia en ella se indica:

«Por otra parte, la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el 86.1 CE se sustenta en una idea tan restrictiva del decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I CE sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo afectar de un contenido literal amplísimo; como con tal exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible ab absurdum, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el tribunal en S 4 Feb. 1983 (fundamento jurídico 6.º) (BOE 9 Mar.). Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazable, la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE ("no podrán afectar...") debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la CE "del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual" (fundamento 5, S 4 Feb. 1983), ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos. Esta vía interpretativa exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso e incluso su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del art. 53 CE. En el caso que nos ocupa, el derecho de propiedad, incluido en la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I, aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación. La garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el indicado precepto cuando precisa que la privación de los bienes o derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

De la proyección a nuestro caso de la doctrina jurisprudencial expresada deriva que tampoco en este punto estime la Sala necesario planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Como seguidamente veremos, no estimamos que se haya producido una regulación materialmente expropiatoria, de modo que no sólo no se verá afectada la garantía patrimonial indicada en el fundamento jurídico recientemente transcrito de la Sentencia citada, sino que tampoco habrá tenido lugar una directa privación del derecho de propiedad sino una regulación del mercado con, eso sí, consecuencias de segundo grado aunque desde luego relevantes sobre los derechos subjetivos objeto de titularidad.

II.- Otra de las decisiones que la recurrente pide al Tribunal con carácter previo y excluyente de la depuración de la legalidad de la Orden impugnada atañe a la eventual contradicción del Real Decreto-Ley 3/2006 o de la misma Orden ITC/3315/2007 y para con las Directivas 2003/87/CE, que establece el régimen de comercio de emisiones de gases de efecto invernadero, y 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la energía eléctrica.

Y así, por considerar la sociedad recurrente que esa contradicción existe en efecto, acabó solicitando el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación, ahora, del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

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

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

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

La segunda de tales dimensiones atañe a la traslación a las ofertas al mercado del valor de los derechos de emisión consumidos y por ello "internalizados". Pero esta traslación a precios de derechos consumidos, que desde luego no es ilegítima, como hemos visto anteriormente, y en buena medida puede ser consecuencia de la racionalidad económica de la búsqueda de la mayor rentabilidad por las empresas, no es consecuencia obligada ni inherente a la gratuidad de los derechos asignados.

III.- Una vez despejadas, en sentido negativo y con el alcance hasta aquí expresado, las pretensiones de la parte actora dirigidas a conseguir la formulación

por esta Sala de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procede entrar a resolver los reproches de legalidad ordinarios que son formulados con relación a la Orden ITC/3315/2007; Orden con respecto a la cual, como disposición general y de rango inferior a la Ley que es, este Tribunal ostenta plena jurisdicción.

Indica así la recurrente que el art. 2 de la Orden sería ilegal y contraria al tenor del Real Decreto-Ley 3/2006, a los principios de igualdad y de jerarquía normativa constitucionalmente previstos, y a los de no discriminación y objetividad previstos en la Ley del Sector Eléctrico.

Tal conjunto de afirmaciones adquieren preciso soporte argumental en la alegación de que el Real Decreto Ley 3/2006 no estableció salvedad o exclusión, en la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica que acordaba, entre las distintas instalaciones (asignatarias y no asignatarias, de régimen general y de régimen especial), y que, sin embargo, la Orden habría excluido después de su aplicación a las instalaciones de régimen especial. Y afirma UNIÓN FENOSA que tales instalaciones de régimen especial también se habrían visto beneficiadas por el alza de precios que se produjo por consecuencia de la "internalización" de costes por parte de las otras empresas, estas sí asignatarias de derechos de emisión.

El precepto ahora cuestionado dispone:

«Artículo 2. Ámbito de aplicación.
1. Lo dispuesto en esta orden será de aplicación a los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en el territorio peninsular.
2. No están sujetas a la presente disposición las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial y las de los territorios insulares y extrapeninsulares».

De las conclusiones alcanzadas en el Fundamento Jurídico I.1º.d) antecedente se desprende, de modo natural, la decisión a dictar en el momento presente. Y así, por razones allí dadas, estimábamos que el Real Decreto-Ley 3/2006 albergaba una regulación general de corrección del sobreprecio de la energía eléctrica en el mercado diario e intradiario de producción. Una corrección del alza que se produjo por efecto de la internalización del valor de los derechos de emisión consumidos por algunas de las instalaciones concurrentes al mismo y en atención al singular esquema de casación de las ofertas y las demandas en ese mercado.

Esos contenidos y dimensión del Real Decreto-Ley son los que nos permitieron concluir que nos hallábamos ante una norma de contenido preponderantemente regulatorio en lugar de otra de dimensión más abiertamente expropiatoria.

Presupuesto relevante para esa misma conclusión era que la ordenación contenida en el Real Decreto-Ley abarcaba a todas las empresas beneficiadas por el sobreprecio en el mercado, y que, por esa desconexión existente entre precios y derechos de emisión, no incidía de modo directo y expropiatorio sobre éstos últimos.

Pero esa conclusión, que permitió al Tribunal no albergar dudas de constitucionalidad del Real Decreto-Ley, forzosamente nos lleva a decir ahora que, en la medida en la que la Orden ITC/3315/2007, de 15 noviembre, aquí recurrida, se separó de esa generalidad regulatoria del sobreprecio y excluyó la minoración de la retribución algunas instalaciones, se está separando del Real Decreto-Ley del cual debía ser directa ejecución.

En ese sentido la recurrente formuló una pretensión de nulidad del artículo 2 de la Orden citada que debe ser sin más acogida ya que la norma extiende su aplicación a las instalaciones de régimen ordinario (inciso 1 del art. 2) y excluyó (inciso 2) las de régimen especial. No sucede lo mismo con respecto de las situadas en los territorios insulares y extrapeninsulares al estar su retribución por cauces distintos del mercado regulado por las normas objeto de consideración en el litigio y, en concreto, serlo a través de un sistema de costes estándares reconocidos.

Y la conclusión de desajuste entre la Orden y el Real Decreto-Ley en este punto (con exclusión, según hemos dicho, de las instalaciones situadas en los territorios insulares y extrapeninsulares) se aprecia con independencia de que, como destaca uno de los votos particulares en el informe de la Comisión Nacional de la Energía de 21 de diciembre de 2006, en la práctica resulte muy difícil la inclusión de estas instalaciones en el ámbito de la norma.

En este aspecto, por tanto, debe estimarse el recurso y declarar la nulidad del art. 2 de la Orden recurrida en la medida en la que excluye de su aplicación a las instalaciones de régimen especial.

NOVENO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO. ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso administrativo nº 30/2008 promovido el Procurador D. LUIS FERNANDO ALVAREZ WIESE representación de UNIÓN FENOSA S.A. contra la Orden ITC3315/2007, de 15 de noviembre, por la que se regulaba, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente y **DECLARAMOS NULO** el artículo 2 de la expresada Orden; todo ello por las causas alegadas en el presente procedimiento y con preciso alcance que se contiene en el Fundamento Jurídico Octavo, inciso III.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y fallamos.