

**RESOLUCIÓN PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2014 POR LA QUE SE ESTIMA RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO CONTRA PREVIA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE MAYO DE 2011, DICTADA EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO NUMERO 37/2010 INSTADO POR LA SOCIEDAD AES ENERGIA CARTAGENA S.R.L. CONTRA RESOLUCIÓN DE LA CNE DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2009.
SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

Expediente CO2/2007/AES ENERGIA CARTAGENA

Presidenta

Dña. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

Dña. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la sala

D. Miguel Sánchez Blanco, p.s. Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 5 de marzo de 2014

ANTECEDENTES

Primero. Mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2009, la CNE impuso a la empresa **AES ENERGIA CARTAGENA S.R.L.** (denominación social sustituida más tarde por GDF SUEZ CARTAGENA S.R.L.) la obligación de hacer efectivo el importe de 523.548 euros en aplicación de la Orden ITC 1721/2009, de 29 de junio, por la que se regulaba, para el año 2007, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente. Ello en su condición de titular de la instalación generadora de electricidad, EL FANGAL, integrada por tres grupos productores, los cuales fueron en 2007 instalaciones asignatarias de derechos de emisión gratuitos.

La asignación de derechos de emisión gratuitos en 2007 a las instalaciones de titularidad de dicha sociedad, ha sido de 709.386 Toneladas de CO₂, para cada uno de los tres grupos de la instalación, según resulta público a través del Registro Nacional de Emisión de Gases de Efecto Invernadero (RENADE).

Segundo. La resolución de la CNE mencionada en el antecedente primero no adquirió firmeza, por haber sido recurrida en Alzada ante el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, y posteriormente en vía jurisdiccional, habiendo recaído con fecha 18 de mayo de 2011 Sentencia de la Audiencia Nacional en Procedimiento Ordinario 37/2010 que fue casada por el Tribunal Supremo mediante su Sentencia de 7 de noviembre de 2014 por la que se estima parcialmente el recurso de la sociedad AES ENERGÍA CARTAGENA S.R.L.

La Sentencia de 7 de noviembre de 2014, cuya fundamentación aplica la doctrina previamente sentada por el mismo Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de marzo de 2014, 31 de marzo de 2014, 5 de mayo de 2014, acuerda en el apartado Segundo de su FALLO, lo siguiente:

“Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil AES ENERGIA CARTAGENA S.R.L. contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 18 de noviembre de 2009, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la precedente resolución del Consejo de Administración de la Comisión nacional de Energía de 15 de septiembre de 2009, que anulamos, en los términos fundamentados, así como declaramos la nulidad de los artículos 4.2 y 5 de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio.”

Tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2014 ha sido comunicada a la CNMC por el Ministerio de Industria Energía y Turismo, con fecha 29 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. Compete a la CNMC, como sucesora a estos efectos de la CNE, según disposiciones transitorias cuarta y quinta de la ley 3/2013, de creación de la CNMC, la adopción de los acuerdos que resulten precisos para la debida ejecución de las Sentencias que afecten a las resoluciones administrativas de la extinguida CNE.

Segundo. Los términos en que ha de ser ejecutada la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2014 han de ser los que resulten de la fundamentación jurídica de la misma y de las precedentes Sentencias del mismo Tribunal, recaídas en diferentes procedimientos. Tales Sentencias, aun declarando la nulidad de varios preceptos de la Orden ITC/3315/2007, y de la Orden ITC/1721/2009, por extralimitación del mandato contemplado en el artículo 2 Real Decreto-ley 3/2006, contemplan la salvedad de que *“La declaración de nulidad no obsta, como es lógico, a que se exija la minoración de la retribución de dicha actividad para el año 2007 en los estrictos términos que derivan del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006, tal como los hemos interpretado.”*

Así, la declaración de nulidad de la Orden 1721/2009, no obsta a que pudiera haberse exigido a la sociedad AES ENERGÍA CARTAGENA un importe de 1.425.866 euros, que es el resultado de multiplicar el número de Toneladas de CO2 asignadas gratuitamente en 2007 a las instalaciones de las que es titular, por el precio de referencia obtenido del mercado de Powernext S.A (que es 0,67 euros/Tn).

Dicho importe es superior al importe de 523.548 euros establecido en la resolución de la CNE de 15 de septiembre de 2009, al que la sociedad AES ENERGÍA CARTAGENA hizo frente en su momento.

No es ocioso recordar al respecto que, aunque las Sentencias mencionadas no analizan en detalle los preceptos de las Ordenes ITC/3315/2007, y 1721/2009, cuya nulidad declaran por extralimitación del mandato contenido en el RDL 3/2006, lo cierto es que las fórmulas de cálculo contenidas en los preceptos de tales disposiciones para las instalaciones asignatarias de derechos de emisión, comportaban, por definición, un importe inferior al del propio valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente a la instalación. Ello es así por la intervención en las fórmulas matemáticas que definían tal importe en ambas Ordenes, de determinados elementos correctores que actúan a la baja y son los siguientes: i) la ponderación de los factores de emisión, y ii) la aplicación como límite máximo al importe de la obligación por cada instalación asignataria, del importe que hubiera resultado de aplicar a dicha instalación la fórmula establecida para las tecnologías no asignatarias. Tales extremos figuraban detallados en los Anexos a las resoluciones aprobadas por la CNE en su momento.

Por ello, y sin perjuicio de que las sociedades titulares de instalaciones no asignatarias de derechos de emisión, pudieran resultar acreedoras a la devolución de algún importe como consecuencia del criterio establecido en las Sentencias comentadas, no sucede así en el caso de la sociedad AES ENERGIA CARTAGENA cuyas instalaciones fueron asignatarias de derechos de emisión en el año 2007, habiendo recibido por ello, derechos de emisión gratuitos en un importe superior al que le fue impuesto por la resolución de la CNE de 15 de septiembre de 2009.

De conformidad con todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

1º Declarar que no procede devolución de importe alguno a la sociedad AES ENERGÍA CARTAGENA S.RL (hoy denominada GDF SUEZ CARTAGENA ENERGIA S.R.L.) en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de

noviembre de 2014, que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional en procedimiento Ordinario 37/2010.

2º Dar traslado de esta resolución a dicha sociedad, al Ministerio de Industria Energía y Turismo, y a la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario 37/2010.