



Roj: **STS 5374/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5374**

Id Cendoj: **28079130042015100369**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/12/2015**

Nº de Recurso: **40/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Cuarta por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número **40/2014** interpuesto por el Procurador don Manuel Lanchares Perlado en representación de la entidad **ELPOZO ALIMENTACIÓN, S.A.**, con asistencia de Letrado, contra la desestimación presunta de la reclamación presentada el 25 de enero de 2013 en concepto de Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador don Manuel Lanchares Perlado en representación de la entidad ELPOZO ALIMENTACIÓN S.A., interpuso el 23 de enero de 2014 ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación presentada el 25 de enero de 2013 en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre-asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (en adelante, Real Decreto-ley 1/2012).

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo y recibido, se confirió traslado del mismo a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, trámite que hizo el 9 de abril 2014.

TERCERO.- La parte actora basa sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes razonamientos:

1º Reclama por responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de sus propios actos legislativos, conforme al artículo 139.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992) y de acuerdo con la jurisprudencia, aunque expresamente nada diga ese precepto sobre indemnizaciones.

2º Concorre el requisito de la antijuridicidad lo que basa en la imprevisibilidad del cambio legislativo, con ruptura de una confianza especial bajo la que se han generado inversiones.

3º Expone así el entorno de confianza que quebró el Real Decreto-ley 1/2012 y su imprevisibilidad para el caso de las cogeneraciones de alta eficiencia y a tal efecto expone la normativa sobre la que incide.

4º Expone la incidencia de la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico) y en concreto su Disposición adicional decimocuarta que establece un régimen retributivo

específico precisamente para las instalaciones que resultaron afectadas por el Real Decreto-ley 1/2012, que no es sustitutiva ni obstativa de la responsabilidad del Estado legislador ni por tanto de la indemnización que se reclama.

5º Concurren el resto de requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en concreto un daño real, efectivo y evaluable económicamente. También la relación de causalidad directa entre la lesión causada y la aprobación del Real Decreto-ley 1/2012 pues la causa de que la actora no perciba el régimen primado que le correspondería por su instalación se debe única y exclusivamente a la modificación del ordenamiento jurídico que ha supuesto la aprobación de esa norma.

CUARTO.- Según lo expuesto anteriormente es pretensión de la actora, en resumen, que se dicte Sentencia estimatoria que:

1º Declare contraria a Derecho la desestimación presunta del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada por la actora respecto de su instalación de cogeneración de 17,2 MW en fecha 25 de enero de 2013.

2º Declare el derecho de la actora a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, en relación con su instalación de cogeneración de 17,2 MW en la cuantía que resulte determinada en período probatorio o, en su caso, en trámite de ejecución de sentencia, distinguiendo según la instalación participe o no en el régimen retributivo previsto en la Disposición adicional decimocuarta de la Ley del Sector Eléctrico, todo ello incrementado en los correspondientes intereses legales hasta el momento en que se proceda al efectivo abono de las cantidades reclamadas, con práctica de anatocismo.

3º Condene en costas a la Administración demandada.

QUINTO.- Por Diligencia de ordenación de 16 de abril de 2014 se acordó conferir al Abogado del Estado el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó en escrito presentado el 5 de mayo de 2014 en el que solicitó la desestimación del recurso e imposición de costas a la recurrente por los motivos que constan en su escrito.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 36.4 de la Ley jurisdiccional por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2014 se dio traslado a las partes del expediente administrativo complementario y dentro del plazo otorgado la actora solicitó la ampliación del recurso al Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 25 de abril de 2014.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 9 de junio de 2014 se otorgó a la actora el plazo legal para que formalizara su demanda respecto de la ampliación del recurso acordada, lo que verificó el 11 de julio de 2014 en los términos que constan en su escrito y reproduciendo, en resumen, los pedimentos de su demanda original.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 15 de julio de 2014 se dio traslado al Abogado del Estado de la ampliación de la demanda y del expediente administrativo complementario para que la contestara en el plazo legal otorgado para ello, lo que realizó el 17 de septiembre de 2014 interesando la desestimación del recurso con imposición de costas a la recurrente por las razones contenidas en su escrito.

NOVENO.- Por Auto de 14 de octubre de 2014 se acordó recibir el procedimiento a prueba, cuya práctica consta en autos.

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2015 se concedió a las partes el plazo sucesivo de diez días conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción para que evacuaran el trámite de conclusiones sucintas, con el resultado que consta en las actuaciones.

UNDÉCIMO.- Se declararon conclusas las actuaciones por diligencia de ordenación de 6 de abril de 2015.

DUODÉCIMO.- Mediante Providencia de 24 de julio de 2015 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de octubre de 2015, fecha en la que se inició dicho trámite concluyendo el 24 de noviembre siguiente.

DÉCIMO TERCERO.- Durante ese trámite la representación de la parte demandante presentó el 27 de octubre un escrito acompañando copia de la Resolución de 15 de julio de 2015, en la que figura en el Anexo II la ahora recurrente, es decir, entre las instalaciones no incluidas en el cupo al que se refieren las Disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta, respectivamente, de la Ley del Sector Eléctrico y del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, Magistrado de la Sala quien expresa el parecer de la misma conforme a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 27 de enero de 2012 al amparo del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 la entidad ELPOZO ALIMENTACIÓN, S.A. solicitó la inscripción de la instalación COGENERACIÓN EL POZO en el Registro de pre-asignación de retribución como paso previo para acceder al régimen retributivo previsto en el Real Decreto 661/2007 para lo cual cumplimentó los requisitos exigidos en el apartado 3 del citado artículo 4. Sin embargo el día 28 de enero de 2012 entró en vigor el Real Decreto-ley 1/2012, mediante el cual, a partir de su entrada en vigor, para instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se suspendieron los procedimientos de pre-asignación de retribución y se suprimieron los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

SEGUNDO.- Ante ese cambio normativo, el 25 de enero de 2013 presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por los daños y perjuicios causados por el Real Decreto-ley 1/2012. De esta manera ante esta Sala se impugna la desestimación presunta por silencio administrativo de tal reclamación, recurso luego ampliado a la resolución expresa del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014.

TERCERO.- En su resolución expresa la Administración no cuestiona la posibilidad de que al amparo del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, pueda promoverse la acción de responsabilidad patrimonial por actos legislativos respecto de normas con rango formal de ley que se reputan causantes de un daño antijurídico, aunque esa norma no contenga una cláusula indemnizatoria por no ser expropiatoria, ni se haya planteado su inconstitucionalidad o ni que contravenga el Derecho de la Unión Europea. Esto no excluye la exigencia del resto de los elementos que integran el instituto de la responsabilidad patrimonial, esto es, la antijuridicidad, relación de causalidad, y exigencia de que el daño sea real, efectivo y económicamente evaluable.

CUARTO.- De esta manera la parte actora tanto en su reclamación como ya ante esta Sala en su demanda, planteó que con el citado Real decreto-ley 1/2012 se le ha causado un daño con los requisitos antes indicados, consistente en un daño emergente y en un lucro cesante. El daño emergente consiste en la pérdida de la inversión efectuada para la inscripción de la instalación de cogeneración en el Registro de pre-asignación regulado en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009; como lucro cesante, reclamó la pérdida de la retribución que le hubiera correspondido de no haberse suprimido los incentivos económicos del Real Decreto 661/2007, ni haberse suspendido los procedimientos de pre-asignación.

QUINTO.- Hay que tener presente que la demandante ha quedado fuera del cupo de instalaciones que sí han accedido al Registro de pre-asignación a tenor de lo previsto en las Disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta, respectivamente, de la Ley del Sector Eléctrico y del Real Decreto 413/2014; figura de esta manera en el Anexo II de la Resolución de 15 de julio de 2015. La consecuencia es que mantiene su pretensión resarcitoria tanto por gastos de inversión como por los perjuicios referidos al lucro cesante derivado de no haber podido acceder al régimen retributivo del Real Decreto 661/2007.

SEXTO.- Así las cosas en cuanto al primero de los requisitos, la demandante reputa ese daño como antijurídico pues el cambio normativo que supuso el Real Decreto-ley 1/2012 fue sorpresivo, quebrando el principio de confianza legítima. A tal efecto la demanda integra la existencia de tal confianza legítima en el mantenimiento de esos incentivos -al amparo de los cuales hizo su inversión- exponiendo la evolución normativa que arranca con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y de tal evolución se deduciría que respecto de la energía en régimen especial es objetivo constante de la política energética el fomento de diversas tecnologías, entre ellas y en lo que ahora interesa, las de cogeneración.

SÉPTIMO.- En efecto hasta la promulgación del Real Decreto-ley 1/2012 el estado normativo referido a esta tecnología inequívocamente buscaba fomentar este tipo de tecnologías, lo que se plasma en normas comunitarias y nacionales. En cuanto a las primeras la parte recurrente cita la Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004; la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de enero de 2008, sobre el Plan de Acción de Eficiencia Energética y la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009. En el ordenamiento interno, aparte del ya citado Real Decreto 661/2007, cita el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, el también citado Real Decreto-Ley 6/2009 y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

OCTAVO.- Aparte de estas normas invoca el Plan de Acción 2008-2012 de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4); el Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2011-2020, establece los



objetivos de energías renovables para la próxima década y entre las medidas previstas para alcanzarlos prevé « establecer un marco retributivo estable, predecible, flexible, controlable y seguro para los promotores y el sistema eléctrico »; el Plan de Energías Renovables 2011-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, se pronuncia por continuar e intensificar las medidas del anterior Plan de Acción 2008-2012 para desarrollar el potencial de cogeneración de alta eficiencia o el Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020.

NOVENO.- Este objetivo de fomento -concretado y evidenciado en aspectos que más abajo se expondrán- está también presente no sólo en el mismo Real Decreto-ley 1/2012, causante de la reclamación litigiosa, sino en la normativa posterior. Así en su debate de convalidación, pese a las medidas que preveía, fue insistente la idea de que no se renunciaba a ese objetivo de fomento, pero que esas medidas venían justificadas por razones de urgencia ante el creciente déficit tarifario cuya reducción era objetivo prioritario, situación agravada por la crisis económica plasmada en la caída del consumo. Y que no se renunciaba a ese objetivo en el Real Decreto-ley 1/2012 lo evidencia por ejemplo, que pese a la supresión de los incentivos, se apoderase al gobierno para establecer regímenes económico específicos (artículo 3.3) o que pese a la suspensión del procedimiento de pre-asignación no se descartase su restablecimiento (cf . artículo 4.4).

DÉCIMO.- Como se ha dicho, el objetivo de fomentar esas instalaciones de régimen especial se mantiene en las normas posteriores al Real Decreto-ley 1/2012. Así el Real decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, prevé que « las inversiones en estas tecnologías siguen estando protegidas y se ven debidamente fomentadas en España por este nuevo marco normativo » y aparte de modificar el régimen retributivo, prevé medidas transitorias para las instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007. Después, la vigente Ley del Sector Eléctrico, en su artículo 14.7 prevé excepcionalmente un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de cogeneración de alta eficiencia y residuos, si hay una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o si cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior.

UNDÉCIMO.- Añádase el régimen previsto en la Disposición adicional decimocuarta de la Ley del Sector Eléctrico , desarrollado por la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 413/2014 . Tales normas prevén un proceso de pre-asignación respecto de las tecnologías de producción que no hubieran alcanzado los objetivos de potencia previstos en el Real Decreto 661/2007. Las remite a un posible reglamento -"podrá"- con un régimen retributivo sujeto al artículo 14.7 y con un objetivo de potencia de 120 Mw cuando se trate de instalaciones no inscritas en el Registro de pre-asignación o no hayan presentado solicitud de inscripción en el Registro de pre-asignación antes del 28 de enero de 2012 o no cuenten con acta de puesta en servicio definitiva en los 30 días posteriores a 28 de enero de 2014.

DUODÉCIMO.- Como se ha dicho ya, el principio de confianza legítima se invoca en el caso de autos no para juzgar la constitucionalidad del Real Decreto-ley 1/2012 o su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, sino para integrar la exigencia de la antijuridicidad del daño cierto, efectivo e individualizado por el que se reclama, es decir, su insoportabilidad en Derecho. A tal efecto es preciso identificar cuál es la base cierta que genera esa confianza, y tal base se advierte no en una sucesión más o menos genérica de mandatos normativos que evidencian una inequívoca voluntad de fomento, sino en un dato cierto: que respecto de las instalaciones de cogeneración esas medidas de fomento se mantendrían en tanto no se alcanzase un objetivo de potencia instalada, pero no en general sino para este tipo de concretas instalaciones.

DÉCIMO TERCERO.- En efecto, el artículo 35.5 del Real Decreto 661/2007 fijó en 9.215 Mw el objetivo de potencia instalada de carácter obligatorio en el diseño del régimen retributivo que regula respecto de las instalaciones de cogeneración. Además hacía depender la revisión y actualización de las tarifas, primas y complementos del grado de cumplimiento de ese objetivo (artículo 44.3 y Disposición adicional novena), regulaba también un régimen de actualización y de revisión (artículo 44). Posteriormente en el Plan de Acción 2008-2012 de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España ya citado, se fijó ese objetivo en 8.400 Mw de potencia instalada para 2012, para los sectores industrial y terciario y a 31 de diciembre de 2011, se había alcanzado un total de 6.182 Mw de potencia instalada.

DÉCIMO CUARTO.- La confianza legítima que se reputa infringida consistía, por tanto, en que mientras no se alcanzase el objetivo de potencia instalada asociada a la cogeneración, se mantendría el régimen de incentivos, luego no se advertía obstáculo para hacer inversiones. Esto se deduce, en primer lugar, del régimen retributivo del citado Real Decreto 661/2007 (artículos 24 y 35) según el cual el objetivo de potencia se configuraba como el parámetro del mantenimiento del régimen retributivo. Además su artículo 22 preveía que en caso de alcanzarse el 85% del objetivo de potencia previsto para cada tipo de tecnología, se establecería el plazo máximo durante el cual las instalaciones inscritas en el Registro de instalaciones de producción en régimen especial antes de finalizar el plazo mantendrían el derecho al régimen retributivo.



DÉCIMO QUINTO.- Especialmente relevante es el Real Decreto-ley 6/2009. En él se deja ya constancia de la gravedad que supone el creciente déficit tarifario que « *está produciendo graves problemas que, en el contexto actual de crisis financiera internacional, está afectando profundamente al sistema y pone en riesgo, no sólo la situación financiera de las empresas del sector eléctrico, sino la sostenibilidad misma del sistema* ». No obstante esa gravedad que describe, el Real Decreto-ley 6/2009 insistía en el mantenimiento del fomento de estas tecnologías, no alertaba de una reconsideración del régimen de financiación de estas medidas de fomento con la intensidad y alcance que resultó del Real Decreto-ley 1/2012, luego no alteró la confianza de los inversores en que se seguiría manteniendo el régimen retributivo del Real Decreto 661/2007 en tanto no se alcanzasen los objetivos de potencia.

DÉCIMO SEXTO.- Ese Real Decreto-ley se limitó, frente a la gravedad que describe, a crear el Registro de pre-asignación como instrumento de conocimiento y de planificación: su objetivo inmediato es conocer qué instalaciones están proyectadas, cuáles cumplen las condiciones para ejecutarse y acceder al sistema eléctrico con todos los requisitos, cuál es el volumen de potencia asociado a las mismas y qué impacto tendrán en los costes de la tarifa eléctrica y su calendario. De esta forma el Real Decreto-ley 1/2012 sí fue una norma sorpresiva tal y como denuncia la parte demandante, máxime en cuanto que sus determinaciones -como las de las normas posteriores- no matizan según el tipo de instalaciones de régimen especial, siendo como es manifiesto que en el caso de la cogeneración se estaba aún lejos de alcanzar el objeto de potencia que era, insistimos, el parámetro determinante para acceder al régimen retributivo del Real Decreto 661/2007.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Además las Disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real decreto-ley 6/2009 confirman lo dicho pues si la potencia asociada a los proyectos inscritos en el Registro de pre-asignación era inferior al objetivo de potencia previsto, el régimen retributivo se extendería hasta el cumplimiento del objetivo considerado. Y si era superior (lo que no era el caso de la cogeneración) se aplicaría el régimen del Real Decreto 661/2007 y se agotaría con ellos, pudiendo en ese caso restringirse la ejecución y entrada en operación de las instalaciones inscritas y priorizarlas. Además el apartado 2 de la Disposición transitoria quinta -derogado por el Real Decreto-ley 9/2013 - con el objetivo de fomentar la puesta en servicio de instalaciones y procurar su mayor eficiencia, anunciaba nuevo marco jurídico-económico para las instalaciones que se inscribiesen tras agotarse el régimen retributivo del RD 661/2007.

DÉCIMO OCTAVO.- Frente a lo expuesto, la Administración demandada rechaza que concurra el elemento de la antijuridicidad para lo que opone un acervo jurisprudencial de esta Sala, en concreto de la Sección Tercera, sobre el alcance de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica respecto del ejercicio de potestades regulatorias y cambios regulatorios. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 13 de enero de 2014 (recurso contencioso-administrativo 357 / 2012), a propósito de la alteración de medidas de fomento en relación al principio de confianza legítima, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

1º Que esas medidas descansan en una serie de presupuestos explícitos e implícitos que todo operador no podía desconocer. Son explícitos que un cambio de circunstancias justifica una restricción ulterior y son implícitos que las medidas de fomento no son perpetuas o ilimitadas en el tiempo, ni los afectados pueden considerarse titulares de un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico regulador de la percepción de sus retribuciones.

2º Que la invocación de la confianza legítima respecto de la rectificación de medidas de fomento exige analizar todas en conjunto, atenuándose la afectación a la confianza legítima cuando hay medidas compensatorias. En los casos que motiva esa jurisprudencia, esta Sala ha dicho que los afectados aspiraban a la práctica eliminación del riesgo empresarial por acogerse a la tarifa regulada, sin competir en el mercado; estaban en una situación de ventaja sobre otros operadores sujetos a las vicisitudes de la libre competencia y esa ventaja tiene como reverso que puedan alterarse por razón de cambios de las circunstancias ulteriores. Si renuncian al mercado y a sus riesgos -señala esa jurisprudencia- los afectados sabían o debían saber que del mismo modo que ese régimen era coherente con el momento en que se establece, también del mismo modo podía verse afectado por las modificaciones relevantes de los datos económicos de base.

3º Aparte del principio de confianza legítima, respecto de la seguridad jurídica esta Sala tiene dicho en materia regulatoria, que tal principio constitucional es compatible con los cambios normativos, sin que pueda invocarse como freno a las modificaciones normativas; respecto de las energías renovables -no es el caso- tiene dicho esta Sala que su invocación es inapropiada por tratarse de un sector que en lo técnico, por su novedad, requiere ajustes sucesivos y va en paralelo a la evolución de las circunstancias económicas generales y a sus propias características. Es lógico que ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica".



4º Que si la Administración fija inicialmente estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad, posteriormente y ante nuevas circunstancias, puede ajustarlos o corregirlos de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales". Añade esta Sala que si los operadores que actúan en régimen de libre mercado habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda, los productores de régimen especial -que tenían reconocida su entrada preferente en el sistema- no podían esperar quedar inmunes al cambio de circunstancias.

DÉCIMO NOVENO.- Del acervo jurisprudencial invocado por la Administración cabría deducir a efectos del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, que el sistema regulatorio habilita para cambios derivados de la evolución de las propias tecnologías y de las circunstancias económicas, siendo exigible soportar lo que viene a denominarse riesgo regulatorio. Esta alterabilidad del marco regulatorio elimina la antijuridicidad de un posible daño pues el operador debe contar con esa hipótesis de cambio, lo que se atemperaría, además, con las indudables ventajas que supone acogerse a un régimen retributivo desarrollado en todo o en parte al margen de mercado según se trata de elección entre tarifa regulada o primas.

VIGÉSIMO.- No obstante tal acervo jurisprudencial queda sujeto en el caso de autos a unas matizaciones muy relevantes. Así no puede desconocerse que tal doctrina ha tenido su desarrollo en dos aspectos distintos al ahora concernido. El primero es que se ha formulado tal jurisprudencia al enjuiciar medidas regulatorias desde punto de vista de su legalidad, en su caso, constitucionalidad y, en su caso también, compatibilidad con el ordenamiento de la Unión Europea; y por otra parte, que se trata de una doctrina referida a otros sectores de las tecnologías en régimen especial, en concreto el fotovoltaico, con una problemática específica, distinta de la cogeneración y en el que la incidencia de los ajustes ha sido de diferente alcance en comparación con el de la cogeneración.

VIGÉSIMO PRIMERO.- La consecuencia de todo lo expuesto es que esa afectación al principio de confianza legítima integra el requisito de la antijuridicidad. En efecto, la fijación y mantenimiento de un objetivo de potencia, como presupuesto para la inclusión en el régimen retributivo, la realidad de que a diferencia de otras tecnologías, en el caso de la cogeneración no se había alcanzado son las circunstancias generadoras de esa confianza que llevaron al menos a realizar los gastos exigibles conforme al artículo 4.3 del Real Decreto 6/2009. Por tanto, la supresión del mismo salvo para los que pudieron *a posteriori* acogerse a la posibilidad de pre-asignación antes indicada hasta agotar un nuevo y sorpresivo cupo de 120Mw, se produjo sin la existencia de un signo externo que avisase de la proximidad de tal medida y que aconsejase, al menos, conducirse con cierta cautela antes de iniciar un proceso si no de inversión, sí de gasto para esa ulterior inversión. Por el contrario el clima normativo era el de continuidad.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Añádase por último que, ciertamente, ese cupo de potencia asociada a la cogeneración se alteró ya antes del Real Decreto-ley 1/2012 al pasar de 9.215 Mw a 8.400 Mw tal y como se ha expuesto, lo que evidencia que hay un poder de ordenación en función de los objetivos de la política energética referida a esta tecnología; es más, tras el Real Decreto-ley 1/2012 cabe entender que no se ha renunciado a ese objetivo y que tal norma, por razones de urgencia, se ha limitado a sustituir el régimen de la retribución y a suspender la pre-asignación. Esto unido a la normativa posterior al Real Decreto-ley 1/2012, concretada en sus efectos en la Resolución de 15 de julio de 2015, permitiría pensar que se ha pasado de un sistema de pre-asignación abierto hasta llegar al cupo de potencia instalada, a otro en el que se abre un proceso de pre-asignación dosificado por objetivos o cupos de potencia parciales, en este momento en 120 Mw.

VIGÉSIMO TERCERO.- Aun siendo esto así no hay norma alguna que permita sostener que la medida sorpresiva que supuso el Real Decreto-ley 1/2012 haya dado paso a un proceso de pre-asignación estable y predecible; al contrario, el proceso que han supuesto las Disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y del Real Decreto 413/2014, respectivamente, aparece como consecuencia de una decisión excepcional -se denomina "régimen retributivo específico"- que no genera la certeza de que se vaya a mantener una periodicidad en el régimen de pre-asignación que elimine la antijuridicidad que ahora supone la inutilidad de los gastos efectuados al amparo del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 para los titulares de instalaciones incluidas en el Anexo II de la Resolución de 15 de julio de 2015 o que no hicieron solicitud alguna antes de la vigencia del Real Decreto-ley 1/2012.

VIGÉSIMO CUARTO.- Llegados a este punto, procede determinar el alcance indemnizatorio de la anterior declaración. A estos efectos, esta Sala en su Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo 6/2014) ha entendido que el único perjuicio indemnizable es el que deriva de los gastos que las compañías correspondientes hubieron de efectuar para conseguir su inscripción en el Registro de pre-asignación, sin incluir en tales perjuicios ni los gastos asociados a la efectiva puesta en funcionamiento de las instalaciones, ni el lucro cesante derivado de la prima adicional al precio de la energía que se dejó de ingresar.



VIGÉSIMO QUINTO.- Esa limitación de lo resarcible se basa en las siguientes razones:

1º Del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, se deducen los siguientes títulos (artículo 115): autorización administrativa, que opera sobre el anteproyecto; aprobación del concreto proyecto de instalación, que permite la construcción o establecimiento y la autorización de explotación, que se otorga una vez ejecutado el proyecto y va seguido de acta de puesta en servicio (artículo 132).

2º El Real Decreto 661/2007 en cuanto a la autorización de instalaciones se remite al Real Decreto 1955/2000 (artículo 5) y exigía la inscripción en el Registro mediante una inscripción previa -que empieza con acta de puesta en servicio provisional (artículo 11.2)- y la inscripción definitiva (artículo 12).

3º Es obvio que la inscripción en el Registro de pre-asignación exigía a los interesados que cumplieren los requisitos previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 (punto de acceso y conexión firme, autorización administrativa de instalación, avales, punto de suministro, etc.); y el cumplimiento de esos requisitos exigía incurrir en unos gastos que deben ser indemnizados, precisamente porque la imprevisible suspensión del régimen determinó la inutilidad, en principio, de la realización de tales gastos.

4º Por tanto y como ya se razonó, el régimen derivado del Real Decreto-ley 6/2009 determinó que las compañías del sector confiaran legítimamente en que obtendrían la inscripción en el repetido Registro de pre-asignación si cumplían las exigencias previstas en aquella disposición legal. Y si ello es así, es claro que los gastos asociados a aquella petición de inscripción (cuya suspensión determinó su inutilidad a efectos de la inscripción misma) deban ser resarcidos.

5º Cosa distinta sucede con los gastos asociados a la efectiva puesta en marcha de la instalación. En el sistema anterior al Real Decreto-ley 1/2012, el derecho a vender la energía a régimen primado no se asociaba automática e indefectiblemente, en modo alguno, al cumplimiento de los requisitos para obtener la inscripción en el Registro de pre-asignación. Tan es así que el propio artículo 4.5 del Real Decreto-ley 6/2009 disponía expresamente que « *las instalaciones [que reúnan los requisitos correspondientes] inscritas en el Registro de pre-asignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de treinta y seis meses a contar desde la fecha de su notificación, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzar la venta de energía* », añadiendo que « *en caso contrario les será revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de pre-asignación de retribución* ».

6º Por tanto, el Real decreto-ley 6/2009 no opera sobre instalaciones ya ejecutadas sino sobre proyectos (artículo 4.4), refiriéndose la Disposición transitoria quinta a "proyectos inscritos" y así en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 1/2012 expresamente se recordó que para ejecutar la instalación había unos plazos entre dieciséis y treinta y seis meses desde su inscripción, luego la pre-asignación no es un requisito para construir, lo que se confirma con la Disposición adicional cuarta.8 del Real Decreto 413/2014 .

7º A juicio de la Sala, la decisión empresarial de poner en marcha la instalación -y la realización de los gastos asociados a esa puesta en funcionamiento- es cuestión que afecta, exclusivamente, a la compañía misma y que, desde luego, no derivaba, ni estaba asociada al régimen jurídico vigente cuando se produce la suspensión de los procedimientos de inscripción. Dicho de otro modo, la solicitud de incorporarse al Registro de pre-asignación no implicaba el derecho a poner en funcionamiento la instalación, sino la expectativa de que, obtenida la inscripción, pudiera comenzarse a vender energía al régimen primado que el ordenamiento establecía entonces. Si el empresario decide "adelantarse", valga la expresión, y efectuar unas obras y acometer unos gastos para que una instalación (que ni siquiera había sido inscrita) entre en efectivo funcionamiento, tal decisión no puede ser imputable a la normativa que resulta de aplicación, sino al propio riesgo inherente a la actividad empresarial, lo que alcanza a las actuaciones a las que se refiere el artículo 131.9 del Real Decreto 1955/2000 .

8º Y por esas mismas razones no cabe tampoco indemnizar el lucro cesante, constituido por las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de no haber podido vender la energía producida al régimen primado. Insistimos: no puede asociarse la efectiva puesta en marcha de la instalación y la consiguiente producción de energía a la existencia de un supuesto derecho adquirido derivado del Real Decreto-ley 6/2009 por la sola razón de que esta última norma (en particular, su artículo 4) no otorgaba un derecho a la venta de la energía conforme al régimen especial, sino que confería a las empresas la opción de solicitar la inscripción en un Registro público si se cumplían los requisitos descritos en la propia norma.

9º En otras palabras, ni el derecho a poner en funcionamiento la instalación, ni, por supuesto, el derecho a vender la energía a una determinada tarifa se habían incorporado al patrimonio de la entidad interesada como consecuencia del régimen legal que hemos descrito. Lo único que suspende el Real Decreto-ley 1/2012 es la tramitación de los procedimientos de inscripción en el Registro de pre-asignación, siendo así que la solicitud



de inscripción no otorgaba a los interesados más derechos que los de su obtención en el caso de que se cumplieran los requisitos legalmente previstos.

VIGÉSIMO SEXTO.- Limitado, pues, el alcance indemnizatorio al importe de aquellos gastos (los exclusivamente vinculados a la solicitud de inscripción en el Registro de pre-asignación), deben todavía distinguirse distintos supuestos en atención a la concreta situación de las empresas afectadas y que se resumen así:

1º El primer supuesto es el de quienes obtuvieron la inscripción en el registro del régimen retributivo específico en estado de pre-asignación conforme a las disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta de la Ley del Sector Eléctrico y del Real Decreto 413/2014 respectivamente. Es evidente que, en estos casos, el daño ocasionado por el Real Decreto-ley 1/2012 se ha compensado en su totalidad pues, como se ha dicho, lo esencial para considerar indemnizables los gastos incurridos al solicitar la inscripción era su inutilidad a los efectos pretendidos. En este primer caso, aquellos gastos han permitido que las compañías afectadas puedan acogerse al régimen previsto desde la Ley del Sector Eléctrico pues, a tenor de ese mismo régimen, la posibilidad de acogerse al régimen retributivo específico se condicionaba a la previa presentación de solicitud de inscripción en el registro de pre-asignación con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012.

2º Distinto es el caso, que es el segundo supuesto, de aquellas compañías que hayan acreditado que reunían los requisitos para solicitar esa misma inscripción, pero que formularon su solicitud con posterioridad a la vigencia del Real Decreto-ley 1/2012. En este caso los gastos efectuados para obtener el derecho a la inscripción han devenido inútiles, pues la disposición adicional cuarta del Real Decreto 413/2014 establece como requisito para acogerse al régimen retributivo especial de la Ley del Sector Eléctrico el de que « *hubieren presentado solicitud de inscripción en el registro de pre-asignación de retribución (...) antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero* ».

3º Y cabría, por último, un tercer supuesto: el de aquellas entidades que, una vez vigente el Real Decreto-ley 1/2012, decidieron abandonar su proyecto de producción de energía como consecuencia de la suspensión acordada, supuesto en el que también deben indemnizarse los gastos asociados a su petición de inscripción por cuanto, declarada la imprevisibilidad de aquella medida de suspensión, es legítima la decisión empresarial de abandonar el régimen suspendido, aunque resultan resarcibles los costes incurridos bajo un régimen legal que conducía a los interesados a confiar en el mantenimiento del sistema mientras no se alcanzara el régimen mínimo de potencia que esa misma normativa establecía.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El caso de la ahora demandante se corresponde con el supuesto segundo del anterior Fundamento de Derecho en relación con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Vigésimo Cuarto y Vigésimo Quinto. Esto implica que el resarcimiento al que tiene derecho la demandante se ciñe a los gastos que hizo para instar la inscripción en el Registro de pre-asignación conforme al artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 que resultaron inútiles, excluyendo en este caso lo previsto en los apartados e) y h) de ese artículo. En consecuencia de ese precepto hay que deducir los distintos conceptos indemnizables en sentido estricto que se corresponden con aquellos gastos que en todo caso el promotor debía hacer para solicitar la inscripción en el Registro de pre-asignación, con exclusión de actuaciones, proyectos o contratos de ejecución de la actividad constructiva de la instalación.

VIGÉSIMO OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA no se hace imposición de las costas al estimarse en parte la demanda.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- Se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ELPOZO ALIMENTACIÓN, S.A.** contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su reclamación de 25 de enero de 2012, recurso luego ampliado a la resolución expresa del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, resoluciones que se anulan con el alcance expuesto en esta Sentencia.

SEGUNDO.- Se reconoce el derecho de la demandante a ser indemnizada en la cuantía que resulta del trámite de ejecución de sentencia, conforme a los criterios fijados en esta Sentencia.

TERCERO.- No se hace imposición de las costas

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Angel Ramon Arozamena Laso



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Luis Requero Ibañez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ