



Roj: **STS 6315/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6315**

Id Cendoj: **28079130032007100280**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2007**

Nº de Recurso: **13/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **OSCAR GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 6315/2007,**  
**STS 7629/2009**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil siete.

En el recurso contencioso-administrativo nº 1/13/2006, interpuesto por la Entidad TARRAGONA POWER, S.L., representada por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, con asistencia de letrado, contra el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico; habiendo intervenido como parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador Don Carlos Mairata Laviña, con asistencia de letrado, UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A., representada por la Procuradora Doña Pilar Iribarren Cavalle, con asistencia de letrado, ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L. y VIESGO GENERACIÓN, S.L., representadas por la Procuradora Doña María Jesús Gutiérrez Aceves, con asistencia de letrado, y OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A. (OMEL), representada por la Procuradora Doña Yolanda Luna Sierra, con asistencia de letrado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 de diciembre de 2005 se publicó el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

SEGUNDO.- Contra dicho Real Decreto se interpuso por la Entidad TARRAGONA POWER, S.L. el presente recurso contencioso-administrativo, formalizando la demanda mediante escrito presentado el 9 de junio de 2006, en el que suplicó a la Sala, tenga por formulada la demanda y dicte en su día sentencia que declare que el Apartado Seis del Artículo Sexto "Modificación del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial" del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico, no es conforme a Derecho, proceda a la declaración de nulidad del citado precepto y lo deje sin efecto, interesando mediante primer otrosí que subsidiariamente, en el caso de que contra el criterio de la recurrente pudiera concederse validez al precepto impugnado, interesa se declare que el mismo no sería de aplicación a las instalaciones que a la fecha de su promulgación tuvieran acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 41.2 del Real Decreto 436/2004, y que éstas tendrán derecho a la percepción del incentivo establecido en el art. 32.4 por su producción o excedentes, mediante segundo otrosí interesa el recibimiento a prueba del presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Dado traslado a la parte demandada, ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, el Abogado del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito de fecha 28 de julio de 2006, en el cual, tras exponer los razonamientos que estimó pertinentes, solicitó se dicte sentencia por la que se declare la desestimación



del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente, interesando mediante otrosí que para el momento procesal oportuno y únicamente para la hipótesis de que no se admita o se dude de la autenticidad de la resolución administrativa de fecha 11 de julio de 2005 que se acompaña por fotocopia, solicita el recibimiento del recurso a prueba.

CUARTO.- Por providencia de fecha 6 de septiembre de 2006 se acordó dar traslado conjuntamente de la demanda a las demás partes personadas para que contestaran a la misma.

Por las representaciones procesales de las Entidades UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A. e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., mediante escritos de fechas 21 de septiembre y 9 de octubre de 2006 respectivamente, solicitan ser apartadas del procedimiento, dictándose Auto de esta Sala, de fecha 11 de octubre de 2006, teniendo por apartadas a las referidas Entidades, y por decaídos en el trámite de contestación a la demanda a las Entidades ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L., VIESGO GENERACIÓN, S.L. y OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL, S.A. (OMEL).

QUINTO.- Por Auto de esta Sala, de fecha 11 de diciembre de 2006, se acordó fijar la cuantía de este recurso en indeterminada y recibir el pleito a prueba.

SEXTO.- Practicada la prueba propuesta, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por la parte recurrente mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2007, en el que suplicó a la Sala se dicte sentencia íntegramente estimatoria de la demanda, y por el Abogado del Estado mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2007, en el que suplicó a la Sala se dicte sentencia en los términos interesados en su escrito de contestación a la demanda.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 8 de junio de 2007 se señaló para la votación y fallo del presente recurso contencioso administrativo el día 2 de octubre de 2007, en que tuvo lugar.

OCTAVO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad TARRAGONA POWER S.L. impugna el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico. Su recurso se dirige contra la Modificación que el artículo sexto realiza del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, que establecía la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de la producción de energía eléctrica en régimen especial, concretando su pretensión impugnatoria a la modificación que se ha efectuado del apartado 2 del artículo 41 que ha quedado redactado de la siguiente forma:

"Las cogeneraciones con potencia eléctrica instalada superior a 50 MW, incluidas las que estaban acogidas al Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, así como aquellas a las que se refiere su disposición adicional segunda, están obligadas a negociar libremente en el mercado su producción o excedentes.

Para aquellas de estas cogeneraciones que utilicen como combustible el gas natural, siempre que esta suponga al menos el 95 por ciento de la energía primaria utilizada, medida por el poder calorífico inferior, y siempre que cumplan los requisitos que se determinan en el anexo I, el Gobierno, previa consulta con las comunidades autónomas, podrá determinar el derecho a la percepción de una prima complementaria referida a un porcentaje de la tarifa eléctrica media o de referencia de cada año definida en el artículo 2 del Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, y publicada en el Real Decreto por el que se establece la tarifa eléctrica, así como la duración máxima de la misma".

A juicio de la recurrente, el dejar a la discrecionalidad del Gobierno el derecho a la percepción de la prima por estos cogeneradores, así como su cuantía y criterios para su determinación, modificando el régimen establecido en el Real Decreto 436/2004 de percepción automática de la prima de los que cumplieran los requisitos de su anexo I, es contrario:

1º A la Directiva 2004/8 /CE, sobre fomento de la cogeneración, que no contempla discriminación por tamaño;

2º Al artículo 15 de la Ley del Sector Eléctrico 54/97, de 27 de noviembre, que establece en la retribución de las actividades reguladas en la Ley los principios de objetividad, transparencia y no discriminación cualquiera que sea su régimen ordinario o especial;

3º Al régimen propio de las subvenciones y de la jurisprudencia dictada sobre ellas que no permiten que el otorgamiento de una subvención normativamente regulada quede al arbitrio del Gobierno;



4º A los motivos y al objeto del Real Decreto 436/2004 , que recogiendo los criterios de la Directiva complementó las retribuciones de la cogeneración de más de 50 MW y que hay que considerar vigente al no ser derogada sin que la modificación pueda ampararse en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 en el que se habla de "racionalizar el incentivo" y no de "determinar el derecho a la percepción de una prima complementaria";

5º A los principios de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y confianza legítima, ya que al establecer el artículo 32.4 del Real Decreto 436/2004 el derecho de la actora de obtener dicho incentivo por cumplir los requisitos previstos en el mismo tiene un derecho adquirido y no una mera expectativa, y generó la confianza de que ese derecho sería mantenido en el tiempo.

6º Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que el precepto impugnado es válido, el mismo no podría tener efecto retroactivo, y no sería aplicable a las solicitudes anteriores pues ello sería contravenir el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, ya adquiridos en virtud del Real Decreto 436/2004 .

SEGUNDO.- La aplicación del derecho europeo al ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros de la Unión deriva de su supremacía y efecto directo, principios ambos inmersos en el Tratado, según constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado, reduce en determinados ámbitos la intervención de la Unión a los supuestos en que "los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros".

El objetivo de la Directiva 2004/8 / CE del Parlamento y del Consejo de 11 de febrero de 2004 "de crear un marco para el fomento de la cogeneración", y de "subrayar la necesidad de un entorno económico y administrativo estable para la inversión en nuevas instalaciones de cogeneración", deja en manos de los Estados Miembros la adopción de las medidas para el logro de estos objetivos, como claramente se infiere de los términos que se usan en ella -"se debe recomendar", "se debe animar"-, de tal forma que establecidos en la Directiva los principios generales para el fomento de la cogeneración, su expositivo 32 se preocupa de señalar que la aplicación detallada de los mismos "debe dejarse a los Estados miembros de tal modo que estos puedan elegir el régimen que mejor corresponda a su situación particular".

Este régimen de fomento a la cogeneración debe conciliarse con el sistema restrictivo de ayudas de Estado contemplado en los artículos 87 y siguientes TE, de tal manera que los planes de ayudas derivados de una determinada acción respeten el principio de su eliminación gradual, como se preocupa de indicar el apartado 30 del Preámbulo de la Directiva.

Por otra parte, las circunstancias nacionales específicas, especialmente en lo que se refiere a las condiciones climáticas y económicas, también deben ser tenidas en cuenta a la hora del establecimiento de este régimen de fomento a la cogeneración.

Partiendo de estas consideraciones, debe rechazarse la alegación efectuada en la demanda de vulneración de la Directiva, pues la flexibilidad que de la misma deriva permite al Gobierno adoptar las medidas de fomento a la cogeneración de acuerdo con las circunstancias especiales de tiempo y lugar en que hayan de ser aplicadas. Dentro de este ámbito de libertad sería preciso demostrar una absoluta arbitrariedad o irracionalidad para poder llegar a la conclusión de que los criterios de la Directiva han sido infringidos. Tal demostración no se ha hecho, y la circunstancia de someter a la consideración del Gobierno el otorgamiento del derecho a la percepción de una prima para los cogeneradores con más de 50 MW de potencia que usen como combustible el gas natural, cual se establece en el precepto impugnado, obedece a razones de política económica y medioambientales que entran dentro de su discrecionalidad técnica que, como se ha dicho, la propia Directiva reconoce y que esta Sala no puede revisar, siendo, en su caso, la Comisión Europea, mediante el sistema de relación previsto en los artículos 10 y 11 , la que determinará el alcance de las medidas de fomento adoptadas por EEMM.

TERCERO.- El art. 27 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , excluye del Régimen Especial a las actividades de producción de energía eléctrica cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, ya se trate de autoproductores que utilicen la cogeneración, o de los que utilicen como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles o residuos no renovables.

El régimen retributivo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 30 no es de aplicación a los productores excluidos, y, por lo tanto, no tienen en principio derecho al sistema de primas que se establece como complementario. En consecuencia, no puede considerarse que se lesionen los principios de objetividad, transparencia o discriminación establecidos por el art. 15 para la retribución de la producción de energía, cuando es la propia Ley la que establece una diferencia de trato para los productores sometidos a uno u otro sistema.



Esta diferencia de régimen es más expreso si cabe en su art. 30.4 , penúltimo párrafo, que establece para determinadas productoras distintas de las autogeneradoras de la letra c) del artículo 27, la percepción de una prima, aun cuando superen los 50 MW, lo que significa que el legislador excluye, expresamente este incentivo para los cogeneradores, en la forma imperativa que en la misma se establece. Acentuándose aún más la diferencia en el apartado 5 del art. 30 pues no menciona entre las productoras que en él se detallan con potencia superior a 50 MW a los cogeneradores. Curiosamente en este último precepto se establece el mismo sistema para la concesión de la prima que el que se regula en el precepto impugnado, lo que supone que el legislador no ve en el mismo peligro alguno de discriminación, ni lesión a la objetividad o transparencia.

Por otra parte, la consideración de la norma en forma abstracta no permite colegir que el Gobierno, en el uso de la facultad que le otorga el precepto impugnado, vaya a discriminar a los distintos productores que se encuentren en igualdad de circunstancias a la hora de otorgar o no la prima. Será en el momento de enjuiciar el caso concreto, cuando deba determinarse si dicha desigualdad se ha producido, y si las circunstancias que la han propiciado son objetivas y razonables. No puede, por tanto, en este momento adelantarse conclusiones sobre futuras discriminaciones, que en el hipotético caso de que se produjeran serían revisables mediante el sistema de recursos.

CUARTO.- Esta Sala ha mantenido, efectivamente, en las sentencias que se citan en la demanda la jurisprudencia que ahora reiteramos, que la subvención, y en general toda la actividad de fomento, se inscribe en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones Públicas, pero una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, termina la discrecionalidad y se entra en el campo de lo reglado. Ahora bien, el precepto que se examina no contraría la anterior doctrina, puesto que se mueve en la fase previa de establecimiento de la subvención. En efecto, la norma deja a la discrecionalidad del Gobierno la determinación del derecho a la percepción de una prima. Serán circunstancias de índole económica o medioambientales las que lleven a su determinación y en la apreciación de estas circunstancias actuará con plena discrecionalidad. El precepto no entra en la fase posterior reglada en la que habrán de examinarse si concurren los requisitos del anexo I. Ya se dijo, que es en esta fase cuando se puede controlar la actividad administrativa que ahora se examina, y será en ella cuando se podrá determinar si ha habido una infracción en el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos para su otorgamiento.

Parece entender la recurrente que existía una previa instauración de la prima por la normativa anterior, que obligaba a mantenerla en la que ahora se examina, en concreto en el artículo 41.2 del Real Decreto 436/2004 y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 . Sin embargo, el principio de jerarquía normativa no excluye que una norma del mismo rango que otra la modifique o la derogue, aunque sea por contradicción en forma implícita, que es en cualquier caso la relación que se daría entre el Real Decreto impugnado y el anterior Real Decreto 436/2004 , así como con el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros dado el rango del órgano de que emanan, pues nada impide al titular de la potestad reglamentaria variar disposiciones anteriores de igual nivel jerárquico para adaptarlas a las circunstancias que demandan las coyunturas políticas y económicas de cada momento. Una variación de esta índole podrá generar perjuicios en titulares de anteriores derechos, que cabría, en su caso indemnizar, pero no como consecuencia de la nulidad del acto o disposición, que es a lo que se refiere el art. 71.1.d) de la Ley Jurisdiccional , sino como derivado de una responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal de los servicios públicos a través del procedimiento previsto para ello, pero que ningún caso es el presente, como veremos más adelante.

QUINTO.- Como se dijo por esta Sala en su sentencia de 25 de octubre de 2006, reiterada en la de 20 de marzo de 2007 :

"los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro.

No cabe oponer simplemente el valor de la "seguridad jurídica" a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Es verdad que las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas (de hecho en el preámbulo del Real Decreto 436/2004 , modificado por el que ahora se impugna, se afirmaba que "[...] esta nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial, por la seguridad y estabilidad que ofrece, debe contribuir a fomentar la inversión en este tipo de instalación"), pero también lo es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.



La misma consideración es aplicable al principio de confianza legítima, creciente e indebidamente aducido como argumento descalificador de no pocas modificaciones normativas que algunos agentes económicos reputan más o menos perjudiciales para sus intereses. Aducen las recurrentes que sus inversiones en la actividad de producción de energía eléctrica de régimen especial se hicieron en un determinado momento "confiando en que la Administración no cambiará las condiciones jurídicas que fueron determinantes para que [...] decidieran construir las instalaciones".

Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los "riesgos regulatorios" a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera -en el sentido antes dicho- pero no excluye".

Los anteriores razonamientos son enteramente aplicables al caso de autos y sirven para rechazar las infracciones que al principio de seguridad jurídica y confianza legítima se aducen en la demanda. Por lo demás, los informes que obran en el expediente y especialmente el de la Comisión Nacional de la Energía, conforme al cual se debería haber acotado aún más la concesión de este incentivo, impiden hablar de arbitrariedad en la modificación operada, sin que el hecho de que uno de los órganos oficiales ponga de manifiesto alguna contradicción con el Acuerdo del Consejo de Ministros y algunas entidades privadas opinen en contra de la modificación sea suficiente para apreciarla cuando del conjunto de los informes puede deducirse la procedencia de la modificación. En especial sirven de base a la modificación los fines que se expresan en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, cuyo apartado trigésimo segundo. número 6 pretende la racionalización de este incentivo, concepto en el que se puede incluir la no concepción automática del mismo como hasta el momento venía siendo otorgada por el Real Decreto 436/2004 .

Se aduce también que se está lesionando un derecho adquirido a la percepción de la prima. El argumento debe rechazarse pues lo que habría existido en favor de la recurrente sería una expectativa de obtener tal derecho al no haber entrado a forma parte de su patrimonio derecho que por otra parte está siendo cuestionado en vía administrativa, y su rechazo en forma implícita se está discutiendo ante los Tribunales, como la parte afirma en su escrito. No existe además dato alguno que permita deducir que la recurrente se encuentra dentro del marco de las Disposiciones Transitorias Octava y Décima de la Ley del Sector Eléctrico , que se refieren a las instalaciones acogidas al régimen previsto en el Real Decreto 2366/1994 o que venían disfrutando de los beneficios regulados por la Ley 82/1980 .

No puede, por último, acogerse la pretensión subsidiaria de que se niegue efecto retroactivo al Real Decreto impugnado. Al no especificar el Real Decreto nada sobre ello, no puede esta Sala realizar al respecto pronunciamiento alguno sobre su retroactividad o irretroactividad, puesto que se estaría invadiendo el campo propio del titular de la potestad reglamentaria, al establecerse por vía de sentencia una norma transitoria respecto de situaciones anteriores lo que sobrepasa las funciones propias de esta jurisdicción. Serán los criterios generales que regulan la aplicación de las normas en el tiempo las que deban ser tenidas en cuenta a la hora de decidir en cada caso concreto la normativa aplicable.

SEXTO.- No procede hacer declaración de condena en costas, por falta de las circunstancias previstas en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional para su imposición.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo nº 1/13/2006, interpuesto por la Entidad TARRAGONA POWER, S.L., contra el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico; sin expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.