



Roj: **STS 8027/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8027**

Id Cendoj: **28079130032009100430**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/12/2009**

Nº de Recurso: **152/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil nueve

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/152/2.007, interpuesto por TARRAGONA POWER, S.L., representada por la Procuradora D^a Nuria Munar Serrano, contra el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, y ENDESA, S.A., representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 27 de julio de 2.007 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso- administrativo ordinario contra el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de mayo de 2.007, siendo admitido a trámite dicho recurso por providencia de fecha 26 de septiembre de 2.007.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para que formule la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña un documento, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia que declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 28, 45.4 y 5, y disposiciones concordantes del Real Decreto y cuantas disposiciones concordantes con los mismos impidan a la demandante continuar percibiendo los incentivos que le corresponden de conformidad con las disposiciones que le son de aplicación, y que declare asimismo la vigencia de lo dispuesto en el artículo 40.2. y 3. del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y disposiciones concordantes; también solicita que, de conformidad con el artículo 71.b) de la Ley jurisdiccional, se declare el derecho de la actora a que le sea reparada mediante indemnización por la Administración del Estado la lesión ocasionada por la aplicación del Real Decreto 661/2007, fijándose las bases para la determinación de su cuantía según indica en los fundamentos de derecho de la demanda, y cuya definitiva concreción deberá quedar diferida al período de ejecución de la sentencia.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, al que acompaña documentos, en el que suplica que se dicte sentencia por la que sea parcialmente inadmitido y desestimando en lo demás el recurso interpuesto contra los artículos 28, 45.4 y 5 y disposiciones concordantes del Real Decreto impugnado, al ser los mismos plenamente conformes a Derecho; en su defecto y subsidiariamente, solicita que se dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso en su integridad.



Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar a la demanda, habiendo cumplimentado dicho trámite la representación procesal de Endesa, S.A., quien suplica en su escrito que se dicte sentencia desestimando el recurso.

No habiendo presentado escrito de contestación a la demanda la representación de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., por Auto de 14 de abril de 2.009 se la ha tenido por caducada en el citado trámite.

CUARTO .- En Auto de fecha 12 de junio de 2.009 , y tras oír a las partes acerca de la cuantía del recurso, se ha fijado la misma como indeterminada, declarándose al mismo tiempo conclusas las actuaciones, por no haberse solicitado ni estimarse necesario acordar el recibimiento a prueba ni la realización de la fase de conclusiones.

QUINTO .- Por providencia de fecha 10 de septiembre de 2.009 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 24 de noviembre de 2.009, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso contencioso administrativo.

La sociedad Tarragona Power, S.L., interpone el presente recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, solicitando la nulidad de los artículos 28, 45.4 y 5 y disposiciones concordantes, así como que se declare la vigencia del artículo 40, apartados 2 y 3 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo y disposiciones concordantes.

La entidad actora funda su petición en los siguientes razonamientos. En primer lugar entiende que la Directiva 2004/8 /CE obliga a los Estados miembros a adoptar medidas de apoyo a la cogeneración sin contemplar ningún tipo de discriminación por el tamaño de la instalación y atendiendo únicamente a dos parámetros para otorgar las ayudas, la demanda de calor útil y el ahorro de energía primaria. El Real Decreto 616/2007 estableció los métodos para la determinación y medición de la electricidad de cogeneración de alta eficiencia, y aunque no regulaba los planes de apoyo a la misma, reiteraba los dos citados criterios para la determinación de las ayudas. Frente a estas exigencias de la referida Directiva y del citado Real Decreto 616/2007 , el Real Decreto impugnado excluye de las ayudas a las instalaciones de potencia instalada superior a 100 MW, contraviniendo así la primacía del derecho comunitario, ya que incluso antes de la finalización del plazo para incorporar una directiva comunitaria los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la misma.

En segundo lugar, la actora considera que los artículos 28 y 45.4 y 5 del Real Decreto impugnado, cuya nulidad postula, rompen con lo que hasta abril de 2.007 el Gobierno venía proclamando en sus normas, como era el fomento de la cogeneración sin tener en cuenta el tamaño de las instalaciones. Se infringe así el principio de confianza legítima -expresamente recogido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992 -, en relación con el principio de seguridad jurídica, ya que el Real Decreto 436/2004 había creado un marco jurídico estable para atraer las inversiones en el sector, expectativas que ahora se ven frustradas por la exclusión de las ayudas para las instalaciones de más de 100 MW. Ello determina la nulidad de los preceptos que conculcan el principio de confianza legítima y ocasiona la correspondiente responsabilidad patrimonial del Estado.

En tercer lugar la recurrente considera que la supresión de las primas para las instalaciones de cogeneración de más de 100 MW operada por el Real Decreto 661/2007 supone la derogación tácita en lo que respecta a este tipo de instalaciones de los artículos del Real Decreto 436/2004 que, en desarrollo de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre) y de las normas de derecho comunitario invocadas, establecen el derecho a la prima de las referidas instalaciones. Ello supone, afirma, una expropiación retroactiva de los derechos reconocidos por dicha norma, lo que está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico español (arts. 9.3 de la Constitución y artículo 2.3 y disposición transitoria segunda del Código Civil). A ello no obstaría el denominado riesgo regulatorio, esto es, la potestad gubernamental para el cambio de disposiciones que regulan un determinado ámbito, pues entiende que son prevalentes en el caso los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que invoca.

Por último, considera la empresa recurrente que la configuración arbitraria del incentivo es contraria a la Ley del Sector Eléctrico, que impone los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en el establecimiento de toda remuneración, según se recoge en el artículo 15. Con la supresión de la prima para las instalaciones de más de 100 MW la Administración habría introducido, afirma, una restricción carente de toda justificación y contraria a la disposición legal que se desarrolla, el artículo 30.5 de la citada Ley . Además,



se habría producido un incumplimiento flagrante de los dispuesto en los artículos 14, 30.4 y 5 y la disposición transitoria decimosexta de la misma Ley del Sector Eléctrico .

SEGUNDO .- Las posiciones de las partes codemandadas.

El Abogado del Estado señala que si bien tiene razón la actora en que el incremento de la eficiencia energética es uno de los objetivos de la Directiva 2004/8 /CE y de que la instalación de su propiedad es eficiente, ello no implica necesariamente que deba ser objeto de ayudas, ya que la Ley del Sector Eléctrico tiene también en cuenta otros criterios (artículo 30.4 .c), como lo son los costes de inversión en que se haya incurrido y el objetivo de asegurar un rentabilidad razonable. En ese sentido señala que, de acuerdo con el informe que se cita del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, elaborado en 2.006, la tasa de retorno de la instalación de Tarragona Power después de impuestos a 25 años sería del 9,25% sin prima, cuando la rentabilidad para la que se ha calculado la retribución de las instalaciones de cogeneración del régimen especial es del 7%. Y, por otra parte, la Directiva sólo requiere que la política de fomento se base en los criterios de demanda de calor útil y de ahorro de energía primaria, pero deja en manos de los Estados miembros determinar la política de incentivos para el fomento de esta tecnología.

En segundo lugar pone de relieve el Abogado del Estado que la actora realizó su inversión con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 436/2004 , que en su redacción original establecía incentivos económicos para las instalaciones de cogeneración de potencia superior a 50 MW, por lo que no fue la previsión de unos ingresos extras en concepto de prima lo que determinó la inversión realizada.

Finalmente y en relación con el principio de confianza legítima recuerda el Abogado del Estado que la seguridad jurídica no implica la congelación del ordenamiento jurídico existente, sino que el Gobierno ha de tomar conciencia de las situaciones del mercado o de otra naturaleza y hacerles frente mediante las medidas que estime oportunas. A estos efectos se cita la Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2.006 (RO 1/12/2.005) y otras posteriores en el mismo sentido.

En cuanto al suplico, el representante de la Administración señala que en el recurso se deduce una pretensión de nulidad del artículo 31.1 de la Ley de la Jurisdicción , pero en ningún caso una de reconocimiento de una situación jurídica individualizada de las contempladas en el segundo apartado del mismo precepto. Ni se justifica en forma alguna la existencia de daños ni, por otro lado, resultaría ello compatible con la doctrina que establece que tal pretensión no es susceptible de ser ejercitada contra una disposición de carácter general.

Por su parte, la codemandada Endesa se adhiere a las manifestaciones realizadas por el Abogado del Estado.

TERCERO .- Sobre la regularidad del Real Decreto impugnada desde la perspectiva del derecho comunitario.

Como hemos visto, la primera de las alegaciones de la recurrente sostiene que el Real Decreto ha desconocido las exigencias de la Directiva 2004/8 /CE por haber introducido criterios contrarios a la misma o que, al menos, dificultan gravemente su futura operatividad. Dicha tesis se funda en que la referida disposición comunitaria sólo establece dos criterios a los que debería responder la política de incentivos a la producción de energía eléctrica mediante tecnología de cogeneración, la demanda de calor útil y el ahorro de energía primaria, mientras que el Real Decreto impugnado ha introducido asimismo el requisito del tamaño de las instalaciones, de forma que no tendrían derecho a las ayudas las de más de 100 MW de potencia. El criterio de la Directiva había sido seguido, por el contrario, por el Real Decreto 616/2007 , inmediatamente anterior al recurrido, aunque el mismo no contemplaba directamente los planes de apoyo a la cogeneración.

No puede afirmarse, sin embargo, que el Real Decreto contradiga en el sentido indicado a la referida Directiva. En efecto, el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva en cuestión establece los mencionados parámetros como los criterios a los que debe atender el fomento de la producción eléctrica mediante cogeneración en los términos siguientes:

"1. Los Estados miembros garantizarán que el apoyo a la cogeneración -de las unidades existentes y de las futuras- se base en la demanda de calor útil y en el ahorro de energía primaria, a la luz de las oportunidades disponibles para reducir la demanda de energía a través de otras medidas que sean económicamente viables o favorables para el medio ambiente, como otras medidas de eficiencia energética."

Sin embargo, dichos parámetros no sólo son recogidos de forma expresa por el Real Decreto 616/2007 que menciona la actora (artículo 8), sino que también el Real Decreto impugnado, que se encarga de prever los incentivos en cuestión, se acomoda a dichos criterios. En efecto, los mismos se mencionan como principios orientadores en la exposición de motivos (párrafos decimotercero y decimocuarto), y el artículo 28 que se impugna define el complemento por eficiencia en función del ahorro de energía primaria. Lo cual no resulta contradictorio con que la Administración haya decidido aplicar dichos incentivos sólo a las instalaciones de potencia no superior a los 100 MW precisamente en función del alto rendimiento y consiguiente rentabilidad



de las que superan dicha potencia. Esta exclusión no contraría lo prescrito por la Directiva, que en ningún caso exige que necesariamente se apliquen las ayudas a todas las instalaciones de cogeneración, sino simplemente que los referidos criterios sean determinantes de las ayudas. Y esa exigencia se respeta por el titular de la potestad reglamentaria dentro del marco de las primas a la cogeneración que ha considerado más adecuado, para lo que la Directiva expresamente concede autonomía a los Estados nacionales. De esta manera, el Gobierno, dentro de lo previsto por la Ley del Sector Eléctrico -a la que luego nos referimos en el fundamento de derecho sexto - establece un mecanismo de fomento a la cogeneración (primera exigencia de la Directiva) que se ajusta a los parámetros comunitarios de demanda de calor útil y ahorro de energía primaria (segunda exigencia), sin que ello resulte contradicho porque haya entendido que tales estímulos no son precisos para las instalaciones de mayor potencia y, por ello, de más elevados rendimiento y rentabilidad.

CUARTO .- Sobre el principio de confianza legítima.

De acuerdo con la posición de la actora, ya expuesta más arriba, se habría conculcado el principio de confianza legítima, dadas las expectativas creadas por el Real Decreto 436/2004 de un marco estable de fomento de la cogeneración sin tener en cuenta el tamaño de las instalaciones.

El alegato no puede prosperar. Como señala el Abogado del Estado, la actora construyó y puso en funcionamiento su instalación con anterioridad a los incentivos previstos por el citado Real Decreto y antes también, por consiguiente, de que fuese aprobada la Directiva 2004/8 /CE, que contempla el apoyo comunitario a la cogeneración. Esta circunstancia, a más de comprobable, está explícitamente admitida por la parte en su escrito de demanda, y contradice toda su argumentación sobre los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. No basta para fundar su queja el argumento de que las ayudas contempladas en el Real Decreto 436/2004 venía a confirmar "un sistema estable y dotado de la seguridad jurídica imprescindible para que los mencionados operadores realizasen esas importantes inversiones", puesto que la política tendente a fomentar la producción de energía por metodologías nuevas e independientes de la importación de combustible no implicaba que necesariamente dicha política fuese a prever la existencia de primas para toda tecnología futura de esa naturaleza. En particular, la Ley del Sector Eléctrico no mencionaba a la cogeneración y fue sólo en 2.007 , muy posteriormente a la previsión de la ayuda a la cogeneración en el referido Real Decreto 436/2004 , cuando se incorpora la referencia a la cogeneración al texto de la Ley. La única conclusión posible es que la actora acometió la inversión en la instalación de autos en función tan sólo de su previsible rentabilidad, confirmada por los datos a los que hace referencia el Abogado del Estado.

Por otra parte, en nuestra Sentencia de 9 de diciembre de 2.009 (RO 1/149/2.007) hemos dicho ante una alegación similar lo siguiente, en esencia perfectamente aplicable al caso de autos:

" **Cuarto**.- [...]

Lo cierto es que la sociedad recurrente no ha llegado a probar (y el contenido del informe anterior, que ella misma presenta, más bien acredita lo contrario) que le hubiese sido otorgada ninguna de las primas, incentivos o complementos retributivos previstos para las instalaciones de cogeneración en el Real Decreto 436/2004 . Pero es que, aun si hubiese sido beneficiada por el incentivo al que se refiere el artículo 41 de dicho Real Decreto 436/2004 , su supresión no derivaría del Real Decreto 661/2007 sino de la regulación posterior a aquél y anterior a éste. Regulación que ya tuvimos ocasión de analizar en la sentencia de 9 de octubre de 2007 que puso fin al recurso número 13/2006 , interpuesto por otra sociedad titular de una central de ciclo combinado contra el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modificaron determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

Quinto.- Desvirtuado, pues, lo que era presupuesto básico del planteamiento impugnatorio de la demanda, los argumentos de la recurrente quedan enormemente debilitados.

La inversión en la central de ciclo combinado de "Nueva Generadora del Sur, S.A.", cuyos trámites administrativos de autorización datan de los años 2000 y 2001, se hizo al margen de los eventuales beneficios que pudieran derivarse del Real Decreto 436/2004 para las instalaciones de generación de electricidad en régimen especial. La aprobación administrativa del proyecto de la instalación de producción de energía eléctrica tuvo lugar en enero de 2004, según afirma la recurrente en su demanda.

Mal puede admitirse, a la vista de estos datos, que la inversión se hubiera acometido en la "confianza" proporcionada por una norma entonces inexistente (el Real Decreto 436/2004 lleva fecha de 12 de marzo). La única confianza que la empresa titular de la instalación podía legítimamente tener es la que la Ley del Sector Eléctrico le proporcionaba, esto es, la obtener unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales o, en otros términos, una retribución razonable para sus inversiones. Y en ningún momento ha llegado a negar que su "esfuerzo inversor" en la construcción de la central de ciclo combinado de San Roque haya dejado de proporcionarle aquella rentabilidad.



Además de ello, tal como ha quedado expuesto, "Nueva Generadora del Sur, S.A." ni siquiera ha acreditado que hubiera llegado a gozar de los incentivos singulares previstos en el Real Decreto 436/2004 . Y si lo hubiera logrado acreditar, la modificación del régimen retributivo establecido a estos efectos en el propio Real Decreto 436/2004 hubiera tenido lugar en todo caso por virtud del Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre , no por el ahora impugnado.

Si a estas afirmaciones se une la relativa al hecho de que el Real Decreto 661/2007 establece un régimen transitorio aplicable a las instalaciones comprendidas en las categorías a), b), c) y d) del artículo 2 del Real Decreto 436/2004 que contarán con acta de puesta en servicio definitiva anterior al 1 de enero de 2008, autorizándoles la opción entre acogerse al nuevo sistema retributivo o continuar con el precedente dentro de unos límites que ahora no es el caso pormenorizar, y sobre los que no hay en la demanda un análisis específico, la conclusión de todo ello es que no pueden acogerse los argumentos de "Nueva Generadora del Sur, S.A." sobre la incidencia retroactiva, y supuestamente contraria al principio de confianza legítima, que para ella haya podido tener el Real Decreto 661/2007 respecto del Real Decreto 436/2004 .

Sexto.- Las anteriores consideraciones abocan a la desestimación de las pretensiones actoras y al rechazo de los argumentos expuestos por "Nueva Generadora del Sur, S.A." en los tres fundamentos de derecho que sintetizamos en el tercero de esta sentencia.

En cuanto a los dos primeros, no hay base para sostener que, en relación con su central de ciclo combinado, el nuevo Real Decreto 661/2007 le haya despojado, en contra del principio de confianza legítima y de modo retroactivo, de derechos que tuviese reconocidos en el momento en que aquél se aprobó. Y tampoco la hay para apreciar la nulidad de los artículos 28 y 45.5 de aquel Real Decreto desde una perspectiva más general, esto es, al margen de la situación concreta de la central de ciclo combinado de la recurrente. Por un lado, ya hemos expuesto cómo el régimen transitorio permite a los afectados la opción por continuar, bajo determinadas condiciones, acogidos al sistema precedente. Por otro lado, en lo que se refiere a las instalaciones de generación superiores a 100 MW obligadas a vender directamente su energía al mercado, incluyan o no componentes de cogeneración, hay razones válidas para no reconocerles el complemento asignado a las de potencia instalada inferior cuando el titular de la potestad reglamentaria, a la vista de las condiciones del mercado, considere razonablemente que la rentabilidad proporcionada por éste basta para asegurar un retorno adecuado a las inversiones.

Por lo demás, tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones (cierto que en este último sí se contiene una referencia algo más detallada) "Nueva Generadora del Sur, S.A." no presta la atención suficiente a la jurisprudencia de esta Sala específicamente recaída en relación con los principios de confianza legítima e irretroactividad aplicados a los sucesivos regímenes de incentivos a la generación de electricidad. Se trata de las consideraciones vertidas en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2006 y reiteradas en la de 20 de marzo de 2007 , entre otras, sobre la situación jurídica de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a quienes no es posible reconocer pro futuro un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones.

Y, finalmente, en cuanto a la alegada vulneración del derecho comunitario, ya expusimos en nuestra sentencia de 9 de octubre de 2007 cómo de la Directiva 2004/8 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004 , relativa al fomento de la cogeneración, no se deducía la obligación ineludible de primar, en concreto, con un determinado incentivo a las instalaciones de generación de energía eléctrica con una potencia instalada superior a 100 MW.

No será necesario, pues, reiterar en su integridad lo entonces afirmado, a cuya lectura nos remitimos, bastando con repetir que aquella norma comunitaria "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".

No advertíamos entonces, y no lo haremos ahora, que la exclusión de un determinado incentivo para las instalaciones de potencia muy elevada, ya retribuidas suficientemente con mecanismos de mercado, en cuanto elección de uno de los "medios" para su implementación, infringiera la "finalidad" de la Directiva. Podrá ser criticable desde otras perspectivas, pero no es jurídicamente inválido el criterio que subyace en el Real Decreto 661/2007 a este respecto: esto es, que sin mengua de reconocer una mayor eficiencia energética a este género de plantas de cogeneración y su contribución beneficiosa global, sólo deben ser primadas con los



complementos establecidos en los artículos 28 y 45.5 aquellas que por su inferior tamaño no puedan competir con las del régimen ordinario. Como expone el informe presentado por la recurrente, al que ya nos hemos referido, estas últimas "se benefician de las economías de escala al no estar limitado su diseño ni su operación por la demanda de calor útil".

En definitiva, siendo cierto que razones atinentes al ahorro de energía primaria y al aumento de la eficiencia energética podrían justificar la introducción de algún incentivo incluso para las grandes instalaciones de producción de energía eléctrica que han de hacer sus ofertas al mercado e incluyan componentes de cogeneración, la configuración del sistema o mecanismo singular que "[...] retribuya adecuadamente toda la electricidad cogenerada, con independencia del tamaño de las instalaciones" (por emplear los términos literales del preámbulo del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio) no implica de modo necesario que todas las instalaciones, cualquiera que sea su potencia instalada, hayan de percibir unos u otros complementos, primas e incentivos. Repetimos que la obligación legal, susceptible de varios desarrollos reglamentarios, es tan sólo el mantenimiento de una "retribución adecuada", que en este caso no se ha puesto en duda." (fundamentos de derecho cuarto *in fine* , quinto y sexto)

QUINTO .- Sobre el principio de interdicción de la retroactividad.

El tercer argumento de la actora se basa en la supuesta infracción del principio de interdicción de la retroactividad, ya que la supresión de la prima para las instalaciones de cogeneración que preveía el Real Decreto 436/2004 implicaría la expropiación retroactiva de los derechos reconocidos por dicha norma.

Tampoco esta queja puede prosperar. En primer lugar hemos de partir de la doctrina establecida en precedentes ocasiones sobre el denominado riesgo regulatorio, que afecta a las actividades sometidas a una intensa reglamentación como lo es la electricidad, pese a que la propia normativa establezca hoy día un amplio marco de libre competencia en muchos sectores de la misma. Así, hemos de reiterar lo señalado en nuestra Sentencia de 9 de octubre de 2.007 (RO 1/13/2006) y en las que en ella se citan:

" **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." (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

A partir de lo expuesto, esto es, sentado el principio de que no resulta admisible pretender que un determinado sistema de ayudas se mantenga inalterado en el tiempo, a despecho de la evolución de las circunstancias y de la política energética determinada por el Gobierno, resulta claro que no tiene razón la entidad recurrente con su queja. Por un lado y en términos generales, el reconocimiento de una determinada ventaja no implica el derecho a que dicha ventaja se mantenga perdurable en el tiempo. Por consiguiente, el que la actora viese reconocido por el referido Real Decreto 436/2004 el derecho a percibir una determinada prima no significa que tenga derecho a que dicha prima se consolide como un beneficio intangible en el futuro. No hay pues una aplicación ilegítima de la retroactividad por suprimir un incentivo a cuya existencia ni mantenimiento existía derecho alguno. La recurrente sólo tiene derecho a percibir los beneficios que le correspondiesen mientras dicho incentivo le fuera aplicable, pero no a que el mismo se mantuviera en el tiempo.



No desconoce la actora la efectiva existencia del referido riesgo regulatorio, pero entiende que en el presente caso ostentan prioridad los mencionados principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Sin embargo, una vez descartada en el anterior fundamento de derecho la aplicabilidad de los mismos al caso, queda simplemente el legítimo ejercicio por parte del Gobierno de su potestad para modificar la regulación existente en función de su política energética, sin perjuicio de lo que luego se dice en relación con los posibles perjuicios que dicho ejercicio pudiera conllevar.

Por otra parte y en relación con la pretensión de la actora, derivada de esta queja, de que se declare la vigencia de los preceptos del Real Decreto 436/2004 que preveían la prima también en beneficio de las instalaciones de cogeneración de más de 100 MW, ha de tenerse en cuenta que el Real Decreto impugnado contiene un determinado derecho transitorio, y que en ningún caso podría esta Sala añadir una norma de derecho transitorio no prevista por quien ostenta la potestad normativa reglamentaria o modificar las efectivamente previstas, como ya dijimos en la Sentencia antes citada, *in fine* del fundamento jurídico quinto que se ha reproducido.

En su caso, y como también dijimos en la Sentencia de 9 de octubre de 2.007 (fundamento cuarto, *in fine*, también reproducido en el fundamento cuarto de esta Sentencia), en caso de que el titular de un derecho reconocido por una norma -en este caso, por el Real Decreto 436/2004- viese perjudicado dicho derecho por una disposición posterior, podría en su caso aspirar a una reparación por vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por el normal funcionamiento de los servicios públicos a través del procedimiento legalmente previsto, pero no pretender la nulidad de una disposición que modifica legítimamente la normativa reguladora en dicho sector. En el caso presente, descartada la infracción del principio de confianza legítima -y, por ende, del de seguridad jurídica-, como consecuencia de la supresión de un beneficio con el que la actora no contaba en el momento de efectuar su inversión, tendría que acreditar que dicha supresión le habría supuesto un concreto y efectivo perjuicio que no estuviera obligada a soportar, aparte de la evidente pérdida de la prima suprimida.

SEXTO .- Sobre la queja por arbitrariedad e ilegalidad en la supresión de la prima a las instalaciones de cogeneración de más de 100 MW.

Finalmente tampoco puede admitirse la imputación de arbitrariedad que la recurrente atribuye a la regulación del incentivo para la cogeneración por el hecho de no reconocerlo para las instalaciones de más de 100 MW. Ya hemos hecho referencia al fundamento razonable de la supresión de la prima para tales instalaciones en función de su mayor rendimiento y presumible rentabilidad, lo que entra dentro de la capacidad del Gobierno para regular los incentivos contemplados por la normativa comunitaria con respecto a los parámetros previstos en ésta y de los requerimientos de su propia política energética.

Las razones vistas excluyen también la alegada infracción de diversos preceptos de la Ley del Sector Eléctrico (artículos 15, 30.4 y 5 y disposición transitoria decimosexta) que se imputa a la norma impugnada. Así, admitidas las razones expuestas por el Abogado del Estado no puede decirse, en efecto, que la limitación impuesta en los 100 MW para la percepción de primas a la cogeneración carezca de un fundamento objetivo y transparente o que sean discriminatorias, por lo que no se vulneran los requisitos contemplados en el artículo 15 para la retribución de las actividades reguladas. El artículo 30.4 requiere por su parte unas tasas de rentabilidad razonable en la determinación de las primas, exigencia que en modo alguno comporta que tales incentivos deban necesariamente aplicarse a todos los supuestos de cogeneración, como ya se ha indicado; por lo demás también hemos visto que la previsión de una mayor rentabilidad de las instalaciones de más potencia está precisamente en el origen de la supresión de las primas para ellas. En lo que respecta al apartado 5 del propio artículo 30 , que en su redacción actual contempla la posibilidad de establecer primas para la cogeneración para instalaciones de potencia superior a los 50 MW basta añadir por un lado que la inclusión de la referencia a la cogeneración procede de la reforma de la Ley operada en 2.007 por la Ley 17/2007, de 4 de julio, y por otro, que el precepto establece con toda claridad que la previsión de primas para las instalaciones de producción de energía eléctrica es una potestad del Gobierno ("podrá determinar el derecho a la percepción de una prima...") y en modo alguno una obligación.

Por último, en cuanto a lo que establece la disposición transitoria decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico sobre la previsión de un plan de fomento de las energías renovables para que éstas alcancen un determinado porcentaje del total de la demanda energética de España en 2.010, es evidente que en nada implica la obligatoriedad de establecer primas para todas las instalaciones de cada una de las distintas técnicas.

En definitiva, no tiene razón la actora al pretender que la Ley del Sector Eléctrico y el Real Decreto 436/2004 constituyen un binomio que implican poco menos que la fijación de un marco necesario e inalterable en cuanto a las concretas medidas de fomento previstas en la disposición reglamentaria. Por el contrario, la Ley del Sector Eléctrico -como igualmente la Directiva 2004/8 /CE invocada por la recurrente- admite un amplio margen para que el Gobierno articule la política energética que estime más adecuada a los intereses generales y para que la adapte a las circunstancias y necesidades cambiantes.

**SÉPTIMO** .- Conclusión y costas.

Al no prosperar ninguna de las alegaciones en las que se funda el recurso procede su desestimación. No concurren las condiciones previstas en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción para la imposición de las costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Tarragona Power, S.L. contra el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. No se hace imposición de las costas procesales.

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 .-Ramon Trillo Torres.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-M^a Concepción Sánchez Nieto.-Firmado.-