

Id Cendoj: 28079130032009100410
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 149/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Energía eléctrica en régimen especial.

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 número 149/2007 interpuesto por "NUEVA GENERADORA DEL SUR, S.A.", representada por el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese, contra el *Real Decreto número 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial**; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, e "IBERDROLA, S.A.", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Nueva Generadora del Sur, S.A." interpuso ante esta Sala, con fecha 26 de julio de 2007, el recurso contencioso-administrativo número 149/2007 contra el *Real Decreto número 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial**.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 12 de marzo de 2008, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia que declare:

"a) La nulidad de pleno derecho de los *artículos 28 y 45.5*, la *Disposición transitoria primera* y por conexión la *Disposición transitoria segunda*, la *Disposición derogatoria única del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo*, y cuantas disposiciones concordantes con los mismos impidan a mi representada continuar con los incentivos que le corresponden de conformidad con las disposiciones en cuya virtud se construyó dicha central de ciclo combinado.

b) Declare asimismo la vigencia a estos efectos de lo dispuesto en el *artículo 40.2 y 3 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo*, y disposiciones concordantes.

c) Condene en costas por mala fe a la Administración, demostrada conforme se expone en el cuerpo de la presente demanda.

d) De conformidad con el *artículo 71.b de la Ley 29/1998*, que se declare el derecho de mi mandante a que le sea reparada mediante indemnización por la Administración del Estado, la lesión ocasionada por la aplicación de dicho *Real Decreto 661/2007*, fijándose las bases para la determinación de su cuantía según hemos indicado en el apartado 2.2.2 de los Fundamentos de Derecho de la presente demanda, cuya definitiva concreción deberá quedar diferida al periodo de ejecución de esta sentencia".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 28 de abril de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente el recurso y se confirmen en su totalidad los *artículos impugnados del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo*".

Cuarto.- "Iberdrola, S.A." presentó escrito el 4 de junio de 2008 en el que manifestó que no evacuaba el trámite de contestación.

Quinto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, con fecha 12 de diciembre de 2008 se personó como parte demandada "Endesa, S.A."

Sexto.- Por providencia de 12 de febrero de 2009 la Sala acordó:

"Se suspende el señalamiento efectuado para el día de la fecha a fin de resolver el presente recurso contencioso-administrativo número 149 de 2007 conjuntamente con los números 147/2007, 151/2007 y 152/2007 interpuestos, respectivamente, por 'Eolic Cat Associacio Eolica de Catalunya, S.A.'; 'Consultora de Financiación Integral y Asociados, S.A.' y 'Alferglass, S.A.'; y 'Tarragona Power, S.L.'; también contra el *Real Decreto número 661/2007, de 25 de mayo* por el que se regula la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial.**"

Séptimo.- Por providencia de 21 de julio de 2009 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 24 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el presente recurso se formulan dos pretensiones procesales, una de nulidad de diversos *preceptos del Real Decreto número 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial**, y otra de resarcimiento patrimonial a favor de la sociedad recurrente ("Nueva Generadora del Sur, S.A.") por los perjuicios que, a su entender, le ha causado aquella norma reglamentaria.

Bajo este doble planteamiento de principio late, sin embargo, un cierto equívoco pues la impugnación de los *artículos del Real Decreto número 661/2007* que a continuación examinaremos no se hace tanto en abstracto (como correspondería en propiedad a un recurso directo contra disposiciones generales, limitado al contraste de éstas con normas de rango superior) sino más bien con referencia a la situación singular de la recurrente y en función de las peculiaridades de la instalación de **producción de energía eléctrica** que posee en el campo de Gibraltar. Se trata de una central de ciclo combinado de aproximadamente 800 MW (en dos líneas de 400 MW) que produce simultáneamente electricidad, vertida a la red de transporte, y calor útil en forma de vapor que suministra a una refinería cercana, la cual lo emplea en su propio proceso industrial.

Este enfoque del recurso es particularmente perceptible en la parte del suplico de la demanda en la que se nos solicita que declaremos la nulidad de "cuantas disposiciones concordantes con los mismos [los artículos del Real Decreto singularmente recurridos] impidan a mi representada continuar con los incentivos que le corresponden de conformidad con las disposiciones en cuya virtud se construyó dicha central de ciclo combinado".

Es decir, la pretensión anulatoria se vincula de modo inescindible a la situación normativa existente en el momento en que se construyó la central **eléctrica** y a las características y situación de ésta, hasta el punto de que en realidad bastaría para satisfacerla una declaración de que el **régimen** retributivo de la generación de electricidad aplicable a dicha central no se vería afectado por el nuevo *Real Decreto 661/2007*. Lo que haría probablemente innecesaria la anulación *erga omnes* de los *preceptos* sustantivos de éste que se interesa en la demanda, siendo suficiente el mero reconocimiento de que no son aplicables a la recurrente (esto es, de que carecen de eficacia frente a ella).

Anticipando ya en este momento lo que ulteriormente desarrollaremos, la impugnación de los *preceptos singulares del Real Decreto 661/2007* se plantea no tanto por lo que contienen sino más bien por lo que omiten: a juicio de "Nueva Generadora del Sur, S.A." el **régimen** retributivo configurado por aquellos *preceptos*, en cuanto establece ciertas primas o incentivos para las **instalaciones** de cogeneración con una determinada potencia máxima (100 MW), debe extenderse también a otras **instalaciones** de potencia superior como es su propia central de ciclo combinado.

Segundo.- Los *preceptos del Real Decreto concretamente impugnados se pueden encuadrar en dos*

grupos:

A) En primer lugar, los *artículos 28 y 45.5*. En el *artículo 28* se regula el denominado "complemento por eficiencia" atribuido a determinadas **instalaciones del régimen especial** y a "aquellas cogeneraciones con potencia instalada mayor de 50 MW y menor o igual de 100 MW, que acrediten en cualquier caso un rendimiento eléctrico equivalente superior al mínimo por tipo de tecnología y combustible según se recoge en el anexo I de este Real Decreto". El complemento por eficiencia se aplica únicamente sobre la **energía** cedida al sistema a través de la red de transporte o distribución.

El *artículo 45.5*, por su parte, reitera que las plantas de cogeneración con potencia instalada mayor de 50 MW y menor o igual de 100 MW tendrán derecho a percibir el complemento por eficiencia definido en el *artículo 28 del Real Decreto*, componente retributivo que se añade al **régimen** aplicable en los apartados anteriores del mismo *artículo 45* para las **instalaciones** obligadas a negociar libremente en el mercado su **producción** neta de electricidad.

Ya hemos consignado que la impugnación de estos *preceptos se formula no porque aquellas plantas generadoras de potencia igual o inferior a 100 MW* deban quedar privadas del complemento por eficiencia que prevén los *artículos 28 y 45.5 del Real Decreto 661/2007* sino porque, a juicio de la recurrente, éste debe ampliarse a las centrales de cogeneración con potencia instalada superior a 100 MW.

B) En segundo lugar, las *Disposiciones transitorias primera y segunda* así como la *Disposición derogatoria única del Real Decreto 661/2007*.

La transitoria primera fija el **régimen** aplicable a las **instalaciones** acogidas a las categorías a), b) y c) del *artículo 2 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo*, que contaran con acta de puesta en servicio definitiva anterior al 1 de enero de 2008. Dichas **instalaciones** pueden elegir una de las dos opciones de venta de **energía eléctrica** contempladas en el *artículo 22.1 del Real Decreto 436/2004*.

La segunda establece un **régimen** transitorio específicamente aplicable a las **instalaciones** acogidas a la categoría d) del *Real Decreto 436/2004*, y las *incluidas en su disposición transitoria segunda*, que utilicen la cogeneración para el tratamiento y reducción de residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios.

La Disposición derogatoria única, en fin, establece que "sin perjuicio de su aplicación transitoria en los términos previstos en el presente Real Decreto, queda derogado el *Real Decreto 436/2004* [...] *así como cualquiera otra disposición* de igual o inferior rango en lo que se oponga a este Real Decreto."

Tercero.- La demanda contiene tres fundamentos jurídico-materiales en los que aduce, de modo sucesivo, la "aplicación indubitada del principio de confianza legítima" (segundo), el "reforzamiento de la confianza: la interdicción de la retroactividad (tercero) y la "violación del Derecho comunitario" (cuarto). El desarrollo de estos fundamentos jurídicos, con sus correspondientes subapartados, se plasma en un escrito de indudable densidad doctrinal -y amplia extensión material- que, sin embargo, contiene más afirmaciones de carácter general que referencias singulares a la cuestión específica objeto de debate.

En el fundamento jurídico segundo se analiza la recepción del principio de confianza legítima en el Tribunal Supremo, con citas de sentencias de esta Sala (y alguna del Tribunal Constitucional) sobre "aplicaciones diversas del principio" en orden a la nulidad de actos y disposiciones, así como a las exigencias de responsabilidad patrimonial. A juicio de la sociedad recurrente (apartado 2.2.3. de la demanda) la aplicación inmediata de aquella jurisprudencia supone que, frente a la estabilidad regulatoria que expresamente proclamaba el Real Decreto 436/2004 en materia de retribución de la energías renovables, los *artículos 28 y 45.5 del Real Decreto 661/2007*, mediante la "eliminación caprichosa" de los incentivos anteriores, han quebrado el principio de confianza legítima y ocasionado "una clara lesión económica".

En el fundamento jurídico tercero este mismo planteamiento se refuerza con la apelación al principio constitucional de "interdicción de la retroactividad". Con menor extensión que en el presente epígrafe, la defensa de la recurrente invoca en su favor tanto el *artículo 9.3* de la Constitución como los precedentes históricos de aquel principio, desde el Codex Teodosianus en adelante.

Por último, en el cuarto fundamento de derecho de la demanda se censura la supuesta vulneración del derecho comunitario, más en concreto, de la *Directiva 2004/8 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004*, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la **energía** y por la que se modifica la *Directiva 92/42/CEE*. A juicio de la

recurrente, la exigencia de un tope de potencia instalada como factor a partir del cual no se obtendrá el incentivo es contraria al objetivo comunitario de fomentar la cogeneración de alta eficiencia. Y resultaría asimismo contraria, siempre en su opinión, a lo dispuesto en otro *Real Decreto del mismo mes (el número 616/2007) cuyo artículo 8* no sujeta a aquel requisito las medidas de apoyo a la cogeneración.

El cuarto y último fundamento de derecho concluye con un epígrafe dedicado a las "consecuencias recientes de incumplimientos comunitarios en materia de **energía**". En él se da cuenta y transcribe la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de marzo de 2008, mediante la que se declaran incompatibles con el Derecho comunitario determinadas condiciones impuestas por las autoridades españolas a la operación de concentración Eon/Endesa. Sentencia que, por lo demás, nada tiene que ver con la cuestión objeto de litigio: su cita como ejemplo de un incumplimiento del derecho comunitario resulta, pues, del todo prescindible en este recurso.

Cuarto.- El presupuesto (y, en cierto modo, eje) de la demanda viene a ser lo que, expresado en los propios términos de dicho escrito, constituye una de sus alegaciones más significativas: "perdemos los incentivos, tras haber realizado un esfuerzo inversor enorme. Así no solamente se nos acorta el período por el que teníamos concedido el incentivo *ex artículo 40 del RD 436/2004*, sino que además luego se nos impide tener ya incentivo alguno" (la referencia al *artículo 40* debe entenderse hecha en realidad al *41* pues es éste el que regulaba el régimen de las instalaciones con potencia superior a 50 MW).

La afirmación, sin embargo, no se corresponde exactamente con la realidad como lo acredita, de modo paradójico, uno de los documentos que, elaborados a su instancia, la propia sociedad recurrente ha aportado junto con la demanda. Se trata del informe elaborado en noviembre de 2006 por una empresa consultora en materia energética a la que "Nueva Generadora del Sur, S.A." encargó que le asesorara sobre las "posibilidades de acceso a complementos retributivos por alta eficiencia energética".

En dicho informe se expresa cómo la central de ciclo combinado de "Nueva Generadora del Sur, S.A." "no se diseñó en base a la demanda de calor útil -como toda plantea de cogeneración- sino como planta de generación **eléctrica**", aun cuando alguna de sus características permitieran "considerarla como planta de cogeneración". Se trataba de una central de generación de **régimen** ordinario, obligada a negociar libremente en el mercado su **producción de energía eléctrica**. Central que, según el propio informe, ni siquiera podría acogerse al incentivo previsto en el *artículo 41 del Real Decreto 436/2004*.

Literalmente afirma el informe a este respecto lo siguiente:

"[...] NGS es una planta de cogeneración fuera del **régimen especial**, que podría acogerse al *art. 41 del RD 436/2004* y acceder a los incentivos definidos para plantas de entre 25 y 50 MW. Este caso correspondería a una interpretación literal de la legislación que AESA considera poco viable por dos razones. Primero, porque no era el espíritu de la *ley, dirigido a conseguir rentabilidades razonables, destinar estas ayudas a plantas del tipo de NGS y, segundo*, porque actualmente se está revisando esta legislación y el futuro apunta hacia términos bien distintos.

Es difícil asumir que el *artículo 41 engloba a plantas de ciclo combinado en régimen ordinario construidas bajo la Ley 54/1997 - de 400 o de 800 MW-* con la única vía de participación en el mercado eléctrico de ofertas. La oportunidad de acogerse al RD 436/2004 por parte de una planta construida y autorizada bajo el **régimen** ordinario, si bien es literalmente posible, no parece que formara parte del espíritu del Legislador."

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 contaran 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.

Séptimo.- Rechazadas las alegaciones impugnatorias respecto de los dos *artículos clave del recurso (el 28 y el 45.5 del Real Decreto 661/2007)*, esa misma conclusión debe extenderse a las disposiciones transitorias y derogatoria, que ninguna razón válida hay para anular, así como al resto de "disposiciones concordantes" que, sin precisar como debiera, se impugnan en la demanda.

No procede, en este mismo sentido, declarar la supervivencia de las *disposiciones del Real Decreto 436/2004* que aquél deroga, sin perjuicio de su ultraactividad por efecto del **régimen** transitorio establecido en el *Real Decreto 661/2007*. Y, en buena lógica, tampoco es procedente estimar la pretensión indemnizatoria que se formula en la demanda.

Octavo.- No hacemos imposición de costas, al no concurrir temeridad o mala fe en las actuaciones procesales de las partes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 149/2007, interpuesto por "Nueva Cogeneradora del Sur, S.A." contra el *Real Decreto número 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial**. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Ramon Trillo Torres.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.