

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO / GRADU AMIERAKO LANA

**EL RIESGO REGULATORIO EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS
RENOVABLES**

Marta Lizarrondo Alcalá

DIRECTOR / ZUZENDARIA

José Francisco Alenza García

Pamplona / Iruñea

13 de enero de 2016

RESUMEN

Con el ánimo de luchar contra el cambio climático, la Unión Europea ha establecido como uno de los principales objetivos de política energética el fomento de las energías renovables. Como resultado, los Estados miembros han asumido como propio este objetivo y han desarrollado distintos sistemas para ello. España creó un sistema de primas que atrajo la inversión nacional y extranjera y que le convirtió en una de las principales potencias en generación de energías renovables.

Tras numerosas reformas, la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico ha eliminado dicho sistema poniendo en tela de juicio para los inversores la vulneración de principios jurídicos como los de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima, por su aplicación a las instalaciones preexistentes.

El objeto del trabajo será exponer la problemática surgida en relación con la seguridad jurídica y el riesgo regulatorio, nuevo principio que ha servido al Tribunal Supremo para desestimar todos los recursos interpuestos en relación a los recortes a las energías renovables.

PALABRAS CLAVE

Política energética, Energías renovables, Seguridad jurídica, Irretroactividad, Riesgo regulatorio

ABSTRACT

With the aim of fighting against climate change, the European Union has established as one of the main objectives of energy policy the promotion of renewable energy sources. As a result Member States have assumed this goal and have developed different systems to raise renewable energy production. In Spain a system of premiums which attracted national and foreign investment was created, and made it one of the greatest powers in renewable energy generation.

After consecutive reforms, Law 24/2013 on the Electric Sector has eliminated this system putting into question for investors the violation of legal principles as legal certainty, non-retroactivity and legitimate confidence, by its application to pre-existing installations.

The object of the study will be to present the problems associated to legal certainty and regulatory risk, new principle that has served the Supreme Court to dismiss all the appeals related to renewable energy cuts.

KEY WORDS

Energy policy, Renewable energies, Legal certainty, Non-retroactivity, Regulatory risk

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONTEXTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES	6
1. Evolución de la política energética europea y el papel de las energías renovables	6
2. El fomento de las energías renovables en España mediante el sistema de primas	9
III. IMPACTO DE LA CRISIS EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	12
1. Reducción de la retribución especial a las energías renovables.....	12
2. Nueva ley: Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico	14
3. Problemas del marco regulatorio.....	16
3.1. Inestabilidad regulatoria	16
3.2. Principios en juego.....	20
3.2.1. El principio de seguridad jurídica	20
3.2.2. El principio de irretroactividad	24
3.2.3. El principio de confianza legítima	26
IV. EL RIESGO REGULATORIO.....	30
1. Origen y concepto	30
2. Postura del Tribunal Supremo	31
3. El riesgo regulatorio en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico	32
V. CONCLUSIONES.....	36
VI. BIBLIOGRAFÍA	39
VII. JURISPRUDENCIA	43

I. INTRODUCCIÓN

La nueva política energética de la Unión Europea subraya la necesidad de fomentar el empleo de las energías renovables con el fin de luchar contra el cambio climático e incrementar el autoabastecimiento energético. España se aleja cada vez más del fomento de estas energías a través de continuos recortes que, para los inversores, ponen en cuestión la vulneración de diversos principios jurídicos. El Tribunal Supremo ha acuñado un nuevo principio en defensa de dichos recortes: el principio del riesgo regulatorio.

En la actualidad, el sector de las energías renovables se perfila como un sector de gran relevancia en la economía por su capacidad de combatir el cambio climático. Encuentro interesante conocer un sector económico tan pujante y de futuro, con grandes perspectivas de crecimiento y que precisa de una adecuada política de fomento que le permita alcanzarlas. Siendo consciente de la amplitud del tema, centraré mi análisis en el riesgo regulatorio por las interesantes y formativas cuestiones jurídicas que se han puesto en juego, concretamente por la posible vulneración de algunos principios jurídicos tan importantes como el de seguridad jurídica.

Así, el objeto del presente trabajo será exponer los problemas relacionados con la seguridad jurídica y el riesgo regulatorio que han surgido en el sector de las energías renovables tras las sucesivas reformas y, en concreto, tras la promulgación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Para conocer dicha problemática será preciso analizar el contexto en el que estas energías se han desarrollado, tanto en la Unión Europea como en España, y conocer cuál ha sido el impacto de la crisis en el sector eléctrico y sus consecuentes reformas. Realizando una especial mención a la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, se analizarán los principios jurídicos que han entrado en juego en los recortes a las energías renovables y el surgimiento del principio del riesgo regulatorio.

En la realización del trabajo, además de llevarse a cabo un análisis de la legislación europea y estatal aplicables, se ha recurrido a la bibliografía especializada más reciente en la materia y se ha hecho referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes sobre los recortes a las energías renovables.

II. CONTEXTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

1. Evolución de la política energética europea y el papel de las energías renovables

El cambio climático y el calentamiento global como consecuencia de la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera es ya una realidad en nuestros días. También lo es que la actividad humana es la principal responsable de ello, concretamente la industria energética, que tradicionalmente ha generado energía a través del empleo de combustibles fósiles. De ello se deduce que existe una relación indudable entre cambio climático y política energética. La primera vía a seguir en la lucha contra el cambio climático será la de disminuir los combustibles fósiles empleados en la producción energética.

La preocupación por el devenir del planeta y la necesidad de una rápida actuación que consiga frenar lo que ya parece imparable ha llevado a gobiernos y organizaciones supranacionales a incluir en sus políticas energéticas el fomento de las energías renovables como uno de sus principales objetivos, energías obtenidas de fuentes no fósiles que permiten preservar el medioambiente y a su vez garantizar el suministro.

Esta situación de emergencia climática ha reunido recientemente a la comunidad internacional en la Cumbre del Clima de París de las Naciones Unidas. Ésta ha culminado con la aprobación del Acuerdo de París¹, acuerdo por el que 196 delegaciones se han comprometido a frenar las emisiones de gases de efecto invernadero con el objetivo principal de “Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C” (art. 2)².

¹ Naciones Unidas, “Convención Marco sobre el Cambio Climático”, 12 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf> (consulta: 03/01/2016).

² Únicamente señalar que pese a lo ambicioso del proyecto inicial, algunos analistas reconocen que en las negociaciones el acuerdo ha ido perdiendo ambición para lograr un consenso. El acuerdo ya no habla de “descarbonización de la economía”, la aportación de los países emergentes al fondo climático es voluntaria, los objetivos nacionales dejan de ser vinculantes (punto incluido para que EEUU no quedara fuera del pacto) y los países deben alcanzar los picos de emisiones “lo antes posible”. Mientras que los principales dirigentes políticos internacionales hablan de una victoria para el planeta, otros consideran que el acuerdo se ha convertido en un fracaso. En GONZÁLEZ CORRAL, M. “Los puntos clave del acuerdo en la Cumbre del Clima de París”, en *El Mundo*, 2015. Recuperado de <http://www.elmundo.es/ciencia/2015/12/12/566c43e5ca47415a7e8b464b.html> (consulta: 03/01/2016), y PLANELLES, M. “Cuatro claves para entender el pacto de París sobre el cambio climático”, en *El País*, 2015. Recuperado de http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/12/actualidad/1449929923_577088.html (consulta: 03/01/2016).

En este contexto, la Unión Europea siempre ha mostrado un especial interés por la energía y por garantizar el suministro eléctrico en su territorio y, desde la década de los 70, por apoyar la producción eléctrica a través de energías renovables. Así, la UE ha llevado a cabo una política energética³ cuyo objetivo no ha sido otro sino el fomento de las energías renovables. Este principio ha quedado consagrado en el art. 194 del Tratado de Funcionamiento de la UE de la siguiente manera:

“En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros: [...] c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables”.

Si bien este principio aparece constitucionalizado en el TFUE, fue posteriormente en el Tratado de Lisboa de 2007 donde se recogió de manera expresa como objetivo de la política energética europea.

A través de la integración de la política energética y la climática, la UE ha pretendido hacer de la economía europea una economía de alta eficiencia energética y bajas emisiones de gases de efecto invernadero. En este sentido, DEL GUAYO CASTIELLA afirma que este nuevo paradigma energético en la UE ha provocado la medioambientalización⁴ del Derecho de la energía, en el cual las energías verdes han pasado a tener un papel fundamental.

Los principios prioritarios que rigen esta política energética de la UE son los de seguridad, eficiencia y sostenibilidad. Los recursos energéticos empleados en la actualidad (principalmente gas y petróleo) son escasos, por lo que es importante garantizar el acceso a estos. La eficiencia económica implica una eficiente asignación

³ Para contextualizar el marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables, haré referencia a Del Guayo Castiella, I. “El marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, pp. 35 a 58.

Véase también al respecto Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*. Aranzadi, 2015, págs. 230-235.

Para más detalle acerca de la evolución de la política energética de la Unión Europea ver Web Parlamento Europeo, “La política energética: principios generales”. Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.7.1.html (consulta: 19/09/2015).

⁴ Concepto empleado por Del Guayo Castiella, I. “El marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables”, *cit.*, pp. 36-37.

de los recursos, lo que supone luchar por reducir los costes de suministro. Por último, la sostenibilidad hace referencia a que el uso de los recursos energéticos no dañe el medioambiente.

Esta política energética se vio plasmada en 2007 en el documento “Una política energética para Europa”⁵. La Comisión estableció los objetivos 20/20/20 que debían ser alcanzados para 2020: reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20% (respecto del nivel registrado en 1990); peso del consumo de energías renovables sobre el total del 20% y mejora de la eficiencia energética en un 20%. Para el transporte debía alcanzarse un 10% de utilización de energías renovables (art. 3.4 Directiva 2009/28/CE).

En 2008 se adoptaron una serie de directivas englobadas junto a varias Comunicaciones de la Comisión en el denominado “paquete energético verde”⁶. Estas venían a consolidar lo expresado en la comunicación anterior, y de ellas cabe destacar la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, *relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables*. Con ella se derogan las anteriores Directivas en la materia: las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. Esta directiva establecía no solo unos objetivos globales para toda la UE si no también unos objetivos nacionales obligatorios que cada Estado miembro debería cumplir, recogidos en el Anexo I.

La Directiva 2009/28/CE establece en su artículo 3.1 que cada Estado miembro deberá encargarse de promover las medidas necesarias para un mayor desarrollo de las energías renovables, alcanzando una mayor eficiencia y ahorro energético, para de este modo alcanzar los objetivos establecidos para 2020. No determina las medidas concretas que deben adoptar los Estados miembros pero sí dos mecanismos que estos podrán emplear: sistemas de apoyo o mecanismos de cooperación (art. 3.3 Directiva 2009/28/CE).

De cara al futuro, la Comisión considera que la UE va por buen camino y prevé que los objetivos 20/20/20 serán alcanzados en plazo. Por ello, ha ido estableciendo las

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: *Hoja de ruta de la energía renovable: las energías renovables en el siglo XXI. Construyendo un futuro sostenible*: COM (2006) 848, de 10 de enero de 2007.

⁶ Véase al respecto, Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, págs. 641 a 644.

pautas a seguir en los próximos años, dando una mayor importancia a la consolidación del mercado interior y a la dimensión europea, luchando por conseguir una voz única en la UE donde los Estados actúen por un interés común de todos los miembros.

Así, la Comisión plasmó en una nueva Comunicación de 2014⁷ que el objetivo a alcanzar para 2030 sería del 27% a nivel europeo y en Comunicación de marzo de 2011⁸ vaticinó una reducción de entre el 80% y el 95% de emisión de gases de efecto invernadero para 2050, alcanzando así un sistema energético descarbonizado⁹.

Como consecuencia de esta política energética, los Estados miembros se vieron obligados a crear planes de actuación que permitiesen cumplir con lo ordenado en las Directivas¹⁰. De este modo, España adoptó un plan de acción nacional que le permitiese alcanzar las metas establecidas por la UE en la generación de energía verde. Cuáles fueron las medidas adoptadas y los resultados obtenidos serán objeto de análisis en el próximo apartado.

2. El fomento de las energías renovables en España mediante el sistema de primas

En este nuevo marco jurídico europeo de fomento de las energías renovables España llevó a cabo un plan de acción nacional que adaptase la normativa energética a las directrices de la UE. La Directiva 2009/28/CE establecía para España un objetivo nacional de una cuota de energía procedente de fuentes renovables del 20% sobre el consumo final de energía (Anexo I Directiva 2009/28/CE).

Como ya he mencionado previamente, la UE no impuso un mecanismo único si no que dejó libertad a los Estados miembros para elegir el sistema de medidas que se

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030*, COM (2014) 15 final, Bruselas, 22 de enero de 2014.

⁸ Comunicación de 8 de marzo de 2011 titulada *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*, COM (2011) 11 final.

⁹ Para ampliar información véase Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 640.

¹⁰ Añadir que, como establece el art. 194.2 TFUE, las directrices de la UE “No afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético”.

ajustase mejor a su sistema energético y que les permitiese alcanzar los objetivos nacionales establecidos.

España dejó claro su compromiso con las energías renovables y se comprometió a alcanzar los objetivos estableciendo un sistema de primas a través del RD 2366/1994, de 9 de diciembre, *de producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables*, que constituyó un régimen especial de fomento de las energías renovables. Este régimen fue consolidado por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico en su Capítulo II¹¹.

Este sistema establecía un régimen privilegiado de fomento de las energías renovables para aquellas instalaciones que tuviesen una potencia instalada inferior a los 50 MW. Éste consistía en el reconocimiento de un régimen retributivo especial en el que estas instalaciones no tenían que competir en el mercado y tenían asegurada la venta de la energía con preferencia sobre el régimen general.

Con posterioridad, se aprobó el RD 661/2007, de 25 de mayo, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Éste preveía dos alternativas de venta de la energía producida: cesión de la electricidad al sistema a través de la red de transporte o distribución, retribuido con una tarifa regulada, o venta en el mercado a precio de mercado o al precio libremente negociado por el titular de la instalación¹². Este régimen aseguraba a los productores una retribución a la totalidad de la producción de energía para toda la vida útil de la instalación, lo que resultaba atractivo para potenciales inversores. Fue esta norma la que generó el “boom” de las energías renovables en España.

Estas disposiciones crearon un marco jurídico para las energías renovables muy llamativo que, junto con el llamamiento de los sucesivos Gobiernos, atraería a pequeños inversores españoles y grandes inversores extranjeros debido a las grandes expectativas de beneficio que ofrecía, tratándose de una tarifa sin límite temporal que aseguraba una

¹¹ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, págs. 648-651.

¹² RUIZ OLMO, L. “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo de 2014, pág. 4.

rentabilidad razonable¹³. En pocos meses se consiguió superar el objetivo de potencia instalada previsto en el art. 37 del RD 661/2007.

Los sistemas de apoyo como medidas para alcanzar las cuotas obligatorias por parte de los Estados han resultado ser los medios más eficaces para aumentar la cuota de consumo de energías renovables¹⁴. Este sistema contribuyó a aumentar la cuota de consumo de energías renovables, impulsó enormemente el desarrollo empresarial y colocó a España y a algunas de sus empresas como pioneras en el sector. Se produjo un “boom” que consiguió que en poco menos de una década las energías renovables cubrieran un tercio de la demanda eléctrica, destacando entre ellas la fotovoltaica. A través de Planes de Energías renovables se fue diseñando una estrategia de fomento que ayudaba a reducir la dependencia energética exterior, garantizar el suministro de electricidad y cumplir las emisiones de CO2 establecidas en el Protocolo de Kioto¹⁵.

ROJAS y MAÑUECO¹⁶ afirman que “el liderazgo de España, [...], fue posible gracias a la existencia de un régimen económico y jurídico de respaldo sólido y estable y, sobre todo, predecible, ya que se establecía el precio de venta de energía para toda la vida de la instalación”. Sin embargo una inadecuada planificación de las medidas de apoyo por parte del Gobierno derivó en algunos excesos¹⁷. Así se llegó a un exceso de potencia instalada, que en el caso de la energía fotovoltaica superaba en nueve veces el objetivo previsto, y se generó una burbuja inversora que estallaría con la llegada de la crisis económica. El gobierno intentaría resolver estos problemas demasiado tarde a través de sucesivas reformas que irían menoscabando el fomento de las energías renovables y que terminarían por hundirlas, como veremos a continuación.

¹³ Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, pág. 83. Los autores señalan, a modo de ejemplo, que “la tarifa retributiva que se fijó para la tecnología fotovoltaica era de 44’0381c€/kWh los primeros 25 años de vida útil de la instalación y a partir del año 26 y para el resto de la vida útil de la instalación se fijó en 35’2305c€/kWh, según la Tabla 3 del artículo 36 del RD 661/2007”.

¹⁴ Del Guayo Castiella, I. “El marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables”, *cit.*, pág. 43.

¹⁵ Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, pág. 62.

¹⁶ ROJAS, A. y MAÑUECO, P. “La reforma del sector eléctrico español”, en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 239 (marzo/abril), pág. 46.

¹⁷ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 652.

III. IMPACTO DE LA CRISIS EN EL SECTOR ELÉCTRICO

1. Reducción de la retribución especial a las energías renovables

La brutal llegada de la crisis económica y financiera en 2007 no pasó por alto al sector de las energías renovables. Ese mismo año se había aprobado el mencionado RD 661/2007. Se trataba de una ambiciosa apuesta por el fomento de las energías renovables que por desgracia llegó poco antes del estallido de la crisis financiera.

Desde aquel momento esta disposición sufrió innumerables reformas que terminaron por reducir a cenizas el sistema de apoyo que había permitido crecer tanto al sector de las renovables en España en los últimos veinte años. Tanto GALÁN VIOQUE como RUIZ OLMO¹⁸ realizan un repaso cronológico de los últimos vaivenes sufridos por la normativa y que sigue aproximadamente el siguiente esquema.

Apenas transcurrido un año desde la aprobación del RD 661/2007, se aprobó el RD 1578/2008, de 26 de septiembre, *sobre Retribución de la actividad de producción eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del RD 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*. Éste creó un Registro de Preasignación de Retribución (RPRE) y modificó el sistema retributivo estableciendo un sistema de subastas. La inscripción en este registro era condición necesaria para acceder al régimen económico del RD 661/2007. Mediante RD-Ley 6/2009, de 30 de abril, *que adopta determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*, el Gobierno generalizó este registro e hizo condición necesaria la inscripción para gozar del régimen económico especial.

Siendo consciente del error que había cometido generalizando el RPRE, el Gobierno intentó derogar dicho Real Decreto mediante la aprobación del RD 1614/2010, de 7 de diciembre, *que regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica*, por el cual se introducen limitaciones de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima.

¹⁸ GALÁN VIOQUE, R. “El ocaso de las energías renovables en España”, Comunicación presentada al XX Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Roma los días 27, 28 y 29 de Febrero de 2014.

RUIZ OLMO, L. “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *cit.*

En 2010 aparece el RD-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, *que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*, estableciendo la limitación de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima en función de la zona solar climática. Conscientes del menoscabo que suponía para las instalaciones fotovoltaicas, en su Disposición final primera ampliaron el plazo de retribución del RD 661/2007 de 25 a 28 años. Sucesivamente, la Ley 2/2011 de *Economía sostenible* en su Disposición final cuadragésima elevó el plazo de retribución a 30 años. Todo ello lo realizó el Gobierno amparándose en el déficit tarifario y en que las condiciones climatológicas favorables habían incrementado la producción eléctrica a través de renovables.

Una nueva reforma llegó con el RD-Ley 1/2012, de 27 de enero, *por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para aquellas instalaciones que a su entrada en vigor no estuviesen inscritas*. En ésta, defendiendo en su exposición de motivos la necesidad de “diseñar un nuevo modelo retributivo que tenga en cuenta el nuevo escenario económico”, se estableció una moratoria para las nuevas instalaciones, se suspendió el procedimiento de preasignación para las inscritas y se suprimió el régimen de primas para las no inscritas.

Finalmente, antes de la reforma radical, el RD-Ley 9/2013, de 12 de julio, *por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico* terminaría por derogar completamente el sistema de apoyo a las energías renovables en España. Esta disposición daría pie al Gobierno a que estableciese una “retribución específica”, que, como dice GALÁN VIOQUE¹⁹ “no fue otra cosa que anticipar la regulación que el Gobierno iba a incluir más tarde, en septiembre de 2013, en el proyecto de Ley del Sector Eléctrico”.

Todas estas modificaciones redujeron gradualmente el alcance del RD 661/2007 hasta alcanzar su derogación. Sin embargo, este proceso no culminaría hasta la llegada de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que traería el quebradero de cabeza a los inversores en energías renovables.

¹⁹ GALÁN VIOQUE, R. *El ocaso de las energías renovables en España*, cit., pág. 15.

2. Nueva ley: Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

Tras las sucesivas reformas anteriormente relacionadas, llega la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, una ley que, como predica su exposición de motivos, nace por la necesidad de una “reforma global del sector” que permita devolver al sistema la sostenibilidad financiera. El contexto en el que nace es el de un déficit tarifario que supera los 30.000 millones de €²⁰, lo que sumado a la reducción de la demanda eléctrica y a la sobrecapacidad del sistema hacen necesaria una reacción por parte del Gobierno que trate de corregir estos desequilibrios²¹.

Esta ley deja de lado la dimensión ambiental del sector eléctrico preocupándose únicamente por la dimensión económica. Ello queda perfectamente plasmado en el hecho de que el principio rector de las actuaciones que configura su artículo 13 es el “principio de sostenibilidad económico y financiera”, olvidándose de la sostenibilidad medioambiental, principio rector de la política energética de la UE.

En este mismo sentido, la ley rompe con la tendencia anterior de apoyo y fomento a las energías renovables eliminando la dualidad de regímenes²² e instaurando un nuevo marco retributivo que nada tiene que ver con el anterior. Se trata de un único régimen en el que las empresas de energías renovables tienen que acudir al mercado en igualdad de condiciones respecto a las empresas tradicionales de generación eléctrica.

De esta manera, deroga el régimen de primas que garantizaba a los productores una retribución a través de una tarifa cierta y crea un régimen específico en el que se trata de garantizar una retribución mínima a las energías renovables, “una rentabilidad razonable que cubra los costes de inversión y de explotación que una empresa eficiente y bien gestionada no pueda recuperar en el mercado”²³. A diferencia del régimen anterior, se elimina la exigencia de que las instalaciones tengan una potencia inferior a 50 MW. ALENZA GARCÍA señala que “uno de los mayores cambios del sistema es que ya no se remunera por la producción de electricidad sino por los costes de inversión y de

²⁰ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, pág. 134.

²¹ Para mayor abundamiento véase ESPINOSA, M. P. “Una reforma eléctrica condicionada por la austeridad”, en *Cuadernos de Información Económica* 10/2013, 236 (Septiembre/Octubre).

²² Ley 54/1997 y el RD 661/2007 que establecían un régimen ordinario y un régimen especial.

²³ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 136.

explotación”, ya que ésta se compone de dos elementos: la retribución a la inversión y la retribución a la operación²⁴.

El artículo 14 introduce este régimen y determina que los productores de energía recibirán por ella el precio de mercado y excepcionalmente una retribución específica. Decimos excepcionalmente porque el Gobierno está habilitado para establecerlo en dos supuestos: “cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea” o “cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior”.

Los nuevos principios que rigen el sistema pasan a ser la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, el principio de competencia efectiva en el mercado, la rentabilidad razonable de la explotación y el concepto de empresa eficiente y bien gestionada, siendo sus notas definitorias las siguientes²⁵:

- Se otorga mediante procedimientos de concurrencia competitiva y a precios de mercado. Queda condicionada a la compatibilidad con la sostenibilidad económica y encuentra su limitación en los objetivos de potencia, para evitar excesos de potencia como el generado por el RD 661/2007.
- Estará compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra los costes de inversión para cada *instalación tipo* que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.
- Para el cálculo se toma como referencia los valores de una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una *empresa eficiente y bien gestionada*.

Por orden Ministerial se establecieron en 2014 alrededor de 1.700 estándares retributivos en función del año de entrada en funcionamiento, tecnología utilizada y

²⁴ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 660.

²⁵ Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, págs. 68-91.

potencia²⁶. El problema que surge al emplear como referencia una *instalación tipo* es que verdaderamente no se tienen en cuenta los costes reales de cada instalación²⁷. Estos parámetros serán revisables cada 3 años y la rentabilidad razonable cada seis años, lo que refuerza más si cabe la inestabilidad regulatoria y la inseguridad jurídica.

La controversia nace al determinar que este régimen retributivo específico será aplicable a las instalaciones preexistentes. Establece un régimen transitorio basado, además del precio recibido del mercado, en una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación que girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 9/2013, de las obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos. Esto resulta en un 7'5% aproximadamente²⁸.

La aprobación de esta ley ha afectado a productores e inversores, especialmente a las instalaciones más maduras, como las eólicas, que pueden haber sobrepasado el umbral crítico de rentabilidad, y a las más eficientes, ya que en el régimen anterior se retribuía proporcionalmente a la producción²⁹.

3. Problemas del marco regulatorio

3.1. Inestabilidad regulatoria

La promulgación de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico se basa en la insostenibilidad financiera del sistema eléctrico y en la existencia de un déficit tarifario estructural del que en gran medida son responsables, según la exposición de motivos,

²⁶ Véase la crítica que realiza al respecto FABRA PORTELA, N. “La no reforma del Sector Eléctrico”, 2013. Recuperado de <https://economistasfrentealacrisis.wordpress.com/2013/08/05/la-no-reforma-del-sector-electrico-2/> (consulta: 18/09/2015).

²⁷ Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, pág. 82.

²⁸ ARANA GARCÍA apunta que “el valor de las Obligaciones del Estado en ese periodo equivale a 4'398 por ciento, que sumados los 300 puntos básicos, hacen que el valor de la rentabilidad razonable sea del 7'398 que, menos impuestos, es de menos del 5%”. El autor señala que se trata de una rentabilidad baja teniendo en cuenta que el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDEA) señaló que después de impuestos una rentabilidad razonable sería del 7%. Ello hace patente, como dice el autor, “la enorme discrecionalidad que tiene la norma”, Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 138.

²⁹ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 140.

las energías renovables³⁰. Sin embargo, el origen del déficit tarifario no es tal, como señala FABRA PORTELA y DELGADO UTRAY³¹, sino que éste encuentra su origen en “la fórmula establecida para fijar el precio de la electricidad, carente de transparencia y de competencia”, y según los consumidores, en el “sistema oligopólico que falsea la libre formación del precio de la luz”³².

No me detendré en este punto a analizar el origen del déficit de tarifa dada la complejidad del asunto. Simplemente quiero dejar entrever que realmente, tal y como señalan RUIZ OLMO y DELGADO PIQUERAS, ni estos recortes ni la continua subida de la luz están consiguiendo frenar el incremento del déficit tarifario³³. Como señala CASTELLANOS GARIJO, “el déficit es solo el síntoma no la enfermedad”³⁴.

De lo explicado anteriormente sobre la nueva Ley 24/2013 del Sector Eléctrico debemos quedarnos con una idea, y es la de que esta ley trae consigo un nuevo régimen retributivo radicalmente distinto y perjudicial para los productores e inversores en comparación con el régimen primado del que gozaban anteriormente.

Si bien es cierto que no se puede hablar de un fenómeno sorpresivo, ya que se venía vaticinando el desenlace con los continuos recortes y con la promulgación del RD-Ley 9/2013 que deroga el sistema de primas, sí que puede considerarse sorpresivo si tenemos en cuenta el momento en el que se realizó la inversión. RUIZ OLMO y

³⁰ La APPA considera que “el diagnóstico ha sido equivocado al considerar como principales culpables del déficit a las renovables” y lo ha calificado como “un tremendo error histórico” por parte del Gobierno. En APPA (Asociación de Empresas de Energías Renovables), “El Gobierno paraliza el sector renovables y pone en peligro las instalaciones existentes”, 2014. Recuperado de http://www.appa.es/descargas/RD_RENOVABLES_10_junio_vf.pdf (consulta: 19/09/2015).

Véase también Parejo Alfonso, L. “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, págs. 58 a 72.

³¹ FABRA PORTELA, N. y DELGADO UTRAY, J. “El déficit tarifario en el sector eléctrico español”, *Papeles de economía española*, núm. 134, (2012), págs. 88-100.

Ver también JIMÉNEZ, J. C. “El déficit tarifario y el laberinto eléctrico”, *Economistas*, núm. 26, (2008), págs. 93-100 y FABRA PORTELA, N. “La no reforma del Sector Eléctrico”, *cit.*

³² Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, pág. 85.

³³ Fitch Ratings considera que “Hay dudas de que la nueva legislación consiga reducir el déficit tarifario, después de que las medidas regulatorias introducidas en 2012 y principios de 2013 fracasaran en dicho objetivo”, en ESPINOSA, M. P. “Una reforma eléctrica condicionada por la austeridad”, *cit.*, pág. 39.

³⁴ Sobre cómo contener el déficit tarifario ver CASTELLANOS GARIJO, L. “Reforma eléctrica. ¿Es sólo una cuestión de impuestos?”, 2012, en: <http://blogs.publico.es/dominiopublico/5817/reforma-electrica-es-solo-cuestion-de-impuestos/> (consulta 17/09/2015).

DELGADO PIQUERAS, señalan que estas modificaciones se realizan “sobre instalaciones ya existentes que tenían reconocida una retribución primada para toda la vida útil de la instalación”. Es aquí donde surge el principio de irretroactividad de las normas y donde se pone en tela de juicio el principio de seguridad jurídica, ambos principios constitucionalmente protegidos.

En este punto me gustaría hacer referencia a BACIGALUPO SAGGESE³⁵, el cual distingue las anteriores reformas de la presente reforma de la siguiente manera. Todas las modificaciones anteriores llevaban consigo cambios regulatorios que “no alteraban de raíz los fundamentos básicos y el mismo marco del sistema retributivo vigente, sino que se limitaban a introducir en él ciertos ajustes que no suponían una transformación integral”. En cambio, la última reforma es un “cambio sistémico en toda regla del régimen retributivo anteriormente vigente... que afecta a los mismos fundamentos conceptuales y, por tanto, al propio marco del sistema”.

Si se ha caracterizado por algo el marco regulatorio de las energías renovables es por su inestabilidad regulatoria, mutabilidad, continuos vaivenes e inseguridad jurídica, que ha dejado a inversores nacionales y extranjeros en una situación de incertidumbre e imprevisibilidad³⁶. A esto hay que añadir que, si bien con anterioridad las reformas venían haciéndose a través de normas de rango infralegal susceptibles de ser impugnadas en la vía contencioso administrativa ante el Tribunal Supremo, en los recientes recortes el legislador ha empleado el RD-Ley³⁷ con el único objetivo de “beneficiarse de su inatacabilidad judicial”³⁸, lo que supone un abuso que pone en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

La Asociación de Empresas de Energías renovables (APPA) dijo que “El Real Decreto aprobado introduce más inestabilidad regulatoria pues deja en el aire la

³⁵ BACIGALUPO SAGGESE, M. “Energías renovables y regulación retroactiva”, 2013. Recuperado de <http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/343978222/firmas/noticias/5202942/10/13/Energias-renovables-y-regulacion-retroactiva.html> (consulta: 18/09/2015).

³⁶ Prueba de ello es que desde la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico se han dictado casi 400 disposiciones, lo que vendría a suponer una cada 15 días, y la legislación básica ha sido modificada 33 veces mediante leyes o decretos-leyes, como señala Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 133.

³⁷ Para profundizar en el uso del Real Decreto-Ley por parte del Gobierno ver DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. “Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, 2011, págs. 138-178, y ARANA GARCÍA, E. “Uso y abuso del decreto-ley”, *Revista de administración pública*, núm. 191, 2013, págs. 337-365.

³⁸ GALÁN VIOQUE, R. “El ocaso de las energías renovables en España”, *cit.*, pág. 9.

viabilidad de las instalaciones renovables existentes o futuras”, “ahuyenta cualquier posibilidad de inversión”, “y compromete seriamente los objetivos europeos asumidos por el propio Gobierno español. Y lo que es más grave, España da claramente marcha atrás en la apuesta por tener un sistema eléctrico autosuficiente, limpio y competitivo en el futuro, al contrario de lo que están haciendo prácticamente todos los países en el mundo”³⁹.

La aprobación de esta ley ha venido acompañada de un amplio debate entre los distintos agentes económicos y las grandes industrias. Así, encontramos dos posturas diferenciadas: aquellos que abogan por el mantenimiento del sistema de primas, con ánimo de que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica queden efectivamente protegidos, y los que creen que una reforma de este sistema retributivo es la única alternativa contra el recurrente déficit tarifario. Así, nos encontramos con inversores y productores que se han visto gravemente perjudicados y que no hubieran llevado a cabo tales inversiones de haber conocido que la rentabilidad de sus proyectos se iba a ver tan drásticamente mermada⁴⁰.

Esta situación ha derivado en un aluvión de demandas que ha situado a España como líder en pleitos⁴¹, acumulando veintitrés arbitrajes internacionales como consecuencia de demandas interpuestas por empresas extranjeras en base al Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa el 14 de diciembre de 1994, que protege las inversiones extranjeras. La APPA habla de España como “el país del mundo con

³⁹ APPA (Asociación de Empresas de Energías Renovables), “El Gobierno paraliza el sector renovables y pone en peligro las instalaciones existentes”, *cit.*

⁴⁰ “60.000 instalaciones aproximadamente en España podrían entrar en procesos concursales”, en Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 135.

Según la UNEF (Unión Española Fotovoltaica) “El 30% de los proyectos fotovoltaicos sufrirá recortes de en torno al 40% de los ingresos previstos, lo que llevará a estos proyectos a no poder hacer frente al pago de la deuda que tienen con los bancos”, y “llevará al 30% del parque fotovoltaico a no poder hacer frente al servicio de la deuda”, en UNEF (Unión Española Fotovoltaica), “El RD de renovables ahonda en la ruptura de la seguridad jurídica e impide financiar los proyectos”, 2014. Recuperado de http://unef.es/2014/06/aprobacion_rd_renovables/ (consulta: 19/09/2015).

⁴¹ ROCA, R. “España, el país más demandado del mundo por inversores extranjeros en materia energética”, 2015. Recuperado de <http://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-demandado-del-mundo-por-inversores-extranjeros-en-materia-energetica/> (consulta: 14/12/2015).

más litigios internacionales”⁴², lo que deriva en una pésima imagen de España hacia el mercado internacional.

La extinta Comisión de la Energía, por su parte, ya señaló que la reforma se había diseñado “con precipitación y falta de transparencia” y que era novedosa al no tener parangón en la UE. En cambio, la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia emitió un informe mucho más “benévolo” que apoyaba el recorte de las primas⁴³.

Como afirma ALENZA GARCÍA⁴⁴, el dilema de elegir entre las energías renovables y la sostenibilidad económica del sistema eléctrico no es tal. Este dilema únicamente ha surgido en España y ningún otro país ha tocado ni un ápice la política energética, y menos en relación a las energías renovables, por lo que realmente, y como bien dice el autor, se trata de un “falso dilema”.

3.2. Principios en juego

Habiendo dicho que la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico afecta a instalaciones ya existentes que entraron en funcionamiento con la vigencia del sistema retributivo de primas, aparecen en escena algunos principios como el principio de irretroactividad, que pone en tela de juicio el respeto al principio de seguridad jurídica y, por consiguiente, el de confianza legítima. En este apartado veremos cómo el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de estos principios y en qué sentido lo ha hecho.

3.2.1. El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es un principio general del Derecho consagrado en el artículo 9.3 de la CE y también en el Derecho Comunitario Europeo, factor indispensable en un Ordenamiento Jurídico plural, y concebido como un valor

⁴² APPA (Asociación de Empresas de Energías Renovables), “El Gobierno paraliza el sector renovables y pone en peligro las instalaciones existentes”, *cit.*

⁴³ MONFORTE, C. “La CNMC aprueba un informe benévolo sobre el decreto de renovables”, en *CINCO DÍAS*, 2014. Recuperado de http://cincodias.com/cincodias/2014/01/15/empresas/1389813134_610392.html (consulta: 07/10/2015)

Para un mayor análisis de la reforma y de sus implicaciones véase ROJAS, A. y MAÑUECO, P. “La reforma del sector eléctrico español” *cit.*

⁴⁴ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, págs. 679 y ss.

esencial del Estado de Derecho, garante máximo de la libertad⁴⁵ y vinculado a la estabilidad social.

BERMEJO VERA⁴⁶ define este principio como aquel que “evoca inmediatamente certeza o certidumbre del Derecho... de modo que se conozca de antemano el sentido y las formas de su interpretación y aplicación”. Existen dos conceptos de la seguridad jurídica: el concepto que depende de que el legislador elabore las normas jurídicas con respeto a las convicciones sociales, y el concepto que hace referencia a que la pluralidad normativa “esté controlada y articulada, constituya un auténtico sistema, facilite el conocimiento de las reglas jurídicas, y por supuesto, su efectiva y correcta aplicación”. Constituye un “auténtico mandato constitucional” por el cual todos los poderes públicos deben ajustar sus actuaciones a estos principios.

Este principio tiene una doble vertiente: una objetiva que hace referencia a la certeza del derecho, y una subjetiva que alude a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos. Quedan así consagrados como componentes esenciales del principio de seguridad jurídica la certeza y la previsibilidad.

En lo que aquí interesa, este principio constitucional opera como garantía de las personas que “esperan una aplicación razonable de las reglas establecidas en el Derecho, exenta de imprevistas e indeseadas sorpresas”. Existe por tanto una confianza jurídica y una confiabilidad por parte de los ciudadanos que son merecedoras de protección: confianza hacia el pasado y previsibilidad hacia el futuro.

PAREJO ALFONSO habla de que según la doctrina del Tribunal Federal Constitucional alemán, “el destinatario de una norma debe poder confiar en que la Ley vigente en el momento de su actuación sea la que regule acabadamente las consecuencias de tal actuación”⁴⁷. Esto encaja en el tema que nos ocupa, puesto que debe protegerse la confianza del inversor en que el sistema primado estaría garantizado para toda la vida útil de la instalación. El Tribunal Constitucional⁴⁸ determinó que el

⁴⁵ Libre desarrollo de la personalidad en sociedad, art. 10.1 CE.

⁴⁶ Bermejo Vera, J. “Principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2011, pág. 76.

⁴⁷ Parejo Alfonso, L. “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, *cit.*, págs. 31-32.

⁴⁸ Entre otras, STC 126/1987, STC 27/1981 y STC 6/1983 en Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *cit.*, pág. 227.

STC 96/2014, de 12 de junio y STC 109/2014, de 26 de junio, desestimaron diversos recursos de inconstitucionalidad contra el RD 14/2010 por no estar en vigor ninguno de los preceptos en el momento

principio de seguridad jurídica “se proclama como el derecho del ciudadano a saber a qué atenerse”.

Debemos partir de la base de que no es admisible una petrificación del ordenamiento, y más en un contexto de crisis económica en el que las normas deben adaptarse necesariamente a los cambios. Esto no significa que todo cambio y bajo cualquier condición esté justificado, puesto que siempre deberá protegerse esa confianza del sujeto en la norma jurídica, incluso en tiempos de crisis⁴⁹.

Extrapolando lo dicho al caso que aquí se trata, la cascada legislativa en el sector de las energías renovables ha traído consigo, según PAREJO ALFONSO, “el germen de la destrucción” de un principio fundamental como es el de la seguridad jurídica⁵⁰. La reforma realizada por la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, como señala FABRA PORTELA, “asesta un golpe de muerte a la seguridad jurídica en España al alterar el régimen retributivo de las centrales renovables ya existentes”⁵¹. Las inversiones acometidas durante la anterior regulación se realizaron bajo unas determinadas condiciones que con la reforma han desaparecido, lo que ha evidenciado una situación de inseguridad en los inversores. Estos han visto vulnerado el principio de seguridad jurídica dado que se trata de un “cambio de las reglas de juego a mitad de partido”⁵².

La sala tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las reformas anteriores a la Ley del Sector Eléctrico de 2013 en numerosas sentencias⁵³ creando una

de resolver los recursos, en Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 653.

⁴⁹ PAREJO ALFONSO rechaza la contraposición entre continuidad y cambio y lo define como “permanencia en el cambio”, en Parejo Alfonso, L. “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, *cit.*, págs. 30-34.

⁵⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ defiende “menos producción normativa pero de mayor calidad técnica”. Para un análisis más exhaustivo ver GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. J. “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, Noticias jurídicas, (2005), <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html> (consulta 18/09/2015).

⁵¹ FABRA PORTELA, N. “La no reforma del Sector Eléctrico”, *cit.*

⁵² Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables” *cit.*, pág. 136.

⁵³ STS de 25 de octubre de 2006, Rec.357/2012; STS de 3 de diciembre de 2009, Rec.151/2007; STS de 12 de abril de 2012, Rec.50/2011 y STS de 29 de mayo de 2013, Rec.193/2010, en Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables” *cit.*, págs. 223-224.

STS de 8 de junio de 2011, STS de 8 de noviembre de 2011, STS de 12 de abril de 2012 (RJ 2012, 5775), STS de 19 de abril de 2012 (RCA 62, 2011), STS de 26 de junio de 2012 (RJ 2012, 8444), STS de 25 de junio de 2013 (RJ 2013, 5644; RJ 2013, 6461; RJ 2013, 6725; RJ 2013, 7149; RCA 188/2012 y RCA

doctrina jurisprudencial que ha quedado consolidada en Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2014 (RJ 2014/574).

Partiendo de que no es posible una congelación de las normas, el Tribunal Supremo justifica las modificaciones normativas en la situación de crisis económica y déficit tarifario. Entiende que el principio de seguridad jurídica no implica el derecho de los productores a la permanencia de la regulación existente y que los intereses de los particulares, merecedores de protección, únicamente pueden ceder ante un interés general, que en estos casos existía. En consecuencia no aprecia vulneración alguna del principio de seguridad jurídica.

Aprovecha para recordar la situación privilegiada de la que gozaban los productores respecto de los operadores del sector eléctrico sometidos a la libre competencia y al riesgo empresarial⁵⁴. Pero además no entiende que los inversores llegasen a pensar que el sistema de primas del RD 661/2007 fuese a permanecer inalterado en el tiempo.

Realmente, tal y como señala MARTÍN PALLÍN, “se habría conculcado el principio de seguridad jurídica, al no estar las medidas amparadas por un interés general y no estar, por tanto, los particulares perjudicados obligados a soportar el daño”⁵⁵. De hecho, esta reforma es contraria a la política energética europea y perjudica a la economía en general, a la competencia en el sector, y lo que es más preocupante, al medioambiente. En ningún caso sería defendible que esta reforma sirva al interés general.

Se trata de una reforma que no era razonablemente previsible y que desbarajusta todo el sistema retributivo anterior lesionando gravemente los intereses de los inversores. El problema reside en que se ha dado pie a una inseguridad jurídica que no solo impide la financiación de nuevos proyectos sino también la refinanciación de los existentes⁵⁶. Lo que realmente debería haber hecho el Gobierno era realizar un ajuste,

252/2012), y STS de 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 6729), entre otras muchas, en Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 653.

⁵⁴ RUIZ OLMO, L. “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *cit.*, pág. 14.

⁵⁵ Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *cit.*, pág. 239.

⁵⁶ UNEF (Unión Española Fotovoltaica), “El RD de renovables ahonda en la ruptura de la seguridad jurídica e impide financiar los proyectos”, *cit.*

una reforma de los mecanismos de apoyo y no un cambio drástico en el sistema de fomento de las energías renovables⁵⁷. No debemos olvidar que “el culpable” de esta burbuja inversora ha sido el Gobierno, el cual creó un sistema retributivo que sobreprimaba la producción y no controló la potencia instalada⁵⁸.

3.2.2. El principio de irretroactividad

Este principio general del Derecho aparece recogido en el art. 9.3 CE del siguiente modo: “La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Este principio no tiene otro objetivo sino establecer unos límites al poder de dictar leyes retroactivas que tiene el legislador. Nos estamos refiriendo a aquellas normas que regulan situaciones generadas en un tiempo en el que aún no existía tal norma.

Como señala LÓPEZ MENUDO⁵⁹, se trata de un concepto multívoco puesto que admite más de una acepción, pudiéndose distinguir tres grados según la intensidad del impacto de la norma sobre las relaciones y situaciones surgidas con la norma anterior: grado máximo, grado medio y grado mínimo.

Dicho así, entenderemos que “una norma es retroactiva si sus efectos rebasan el límite de lo permitido, y que no existe retroacción cuando los efectos que produce han de ser tolerados, es decir, que existe el deber jurídico de soportarlos”. Cuando hablamos de retroactividad hablamos únicamente de lo prohibido, mientras que la retroactividad admitida recibe el nombre de “retrospectividad”.

Por tanto la retroactividad únicamente debe relacionarse con la retroactividad de grado máximo o retroactividad propia, aquella “en la que la norma afecta tanto a la relación jurídica básica como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados con arreglo

⁵⁷ Tal y como hizo Alemania que, siendo consciente de la necesidad de una modificación, redujo las ayudas a las energías renovables aplicándolo únicamente a las instalaciones nuevas.

Para ampliar dicha información véase Del Guayo Castiella, I. “El marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables”, *cit.*, pág. 57.

⁵⁸ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, págs. 657-658.

⁵⁹ López Menudo, F. “El principio de irretroactividad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2011, págs. 144 y ss.

Véase también del mismo autor LÓPEZ MENUDO, F. “El principio de irretroactividad: tres cuestiones claves”, *Documentación administrativa*, nº 263-264 2003 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 73-104.

a la normativa anterior”. Deja fuera a la retroactividad de grado medio, que surge “cuando la norma se aplica a los efectos jurídicos surgidos de la relación jurídica básica que... hayan de ejecutarse una vez vigente la nueva”, y también a la de grado mínimo, que se identifica con aquella que aparece cuando “la nueva norma se aplica a los efectos nacidos bajo su vigencia, aunque surgidos de una relación o situación jurídica constituida anteriormente”. Esta es la denominada retroactividad impropia.

La interpretación que han dado tanto el TC⁶⁰ como el TS es que una norma es retroactiva “cuando incide sobre ‘relaciones consagradas’ y afecta a ‘situaciones agotadas’”⁶¹. Pero el TC estableció que el art. 9.3 CE excluye todo abuso del derecho que dé lugar a retroactividad, sobretodo en caso de normas variables, imprevisibles y gravemente dañosas para la economía de personas que iniciaron una actividad económica “basándose en la confianza que genera la actividad de los inversores”⁶².

Como ya hemos mencionado anteriormente, la nueva Ley 24/2013 del Sector Eléctrico ha llevado a debate la posible retroactividad de tal norma y con ello la vulneración del principio de seguridad jurídica. Entienden los productores que existe retroactividad⁶³ en la reforma por afectar a situaciones jurídicas del pasado, en el sentido de que es aplicable a instalaciones ya existentes que nacieron bajo un régimen de fomento de las energías renovables que ya tenía reconocido el derecho a la percepción de un régimen económico primado.

Sin embargo el TS, en Sentencia de 13 de enero de 2014, ha defendido respecto de las anteriores modificaciones que se trata de una retroactividad “impropia” puesto que tenían una eficacia que se proyectaba “pro futuro” de modo que no entraban dentro de la retroactividad prohibida, es decir, “despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso”⁶⁴.

⁶⁰ La primera sentencia del TC que abordó el tema de la retroactividad fue la STC 27/1981.

⁶¹ López Menudo, F. “El principio de irretroactividad”, *cit.*, pág. 149.

⁶² STC 126/1987, STC 27/1981 y STC 6/1983 en Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *cit.*, pág. 227.

⁶³ El informe de la Comisión Europea de 27 de enero de 2014 “revela que el nuevo modelo retributivo... incurre en retroactividad propia, por afectar a situaciones consumadas sobre periodos ya consumados”, en Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, pág. 90.

⁶⁴ Esta doctrina jurisprudencial “marca un punto de inflexión en el nivel de garantías, pues reinterpreta el concepto de seguridad jurídica para privarlo de cualquier virtualidad frente a los cambios regulatorios, olvidando que dicho principio es la base para incentivar toda la economía. Consecuentemente, en el altar

La jurisprudencia constitucional ha defendido que si bien la retroactividad impropia no encaja en lo que se entiende por retroactividad prohibida, cabe cuestionar su legitimidad constitucional cuando entre en colisión con otros principios constitucionales como es el de seguridad jurídica, ya que si bien este último no tiene un valor absoluto, “sí que protege la confianza de los ciudadanos frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”⁶⁵.

La diferencia, según BACIGALUPO SAGGESE, es que en las anteriores reformas no se alteraba el marco retributivo ni sus fundamentos básicos, sino que simplemente se realizaban algunos ajustes. Sin embargo, el TS no se ha pronunciado acerca de dotar retroactividad impropia ante un cambio “sistémico” que ha afectado sin lugar a dudas a los fundamentos conceptuales y al marco del sistema. Por ello, el TS no tendría por qué pronunciarse en el mismo sentido.

Si algo parece claro es que una reforma integral como la que se ha llevado a cabo no era razonablemente previsible ni admisible ya que, como señala dicho autor, no se han previsto mecanismos que amortiguasen el impacto lesivo para los perjudicados.

3.2.3. El principio de confianza legítima

El principio de confianza legítima se recoge en el art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero también constituye un principio de carácter autónomo en el régimen jurídico de la UE. Este principio aparece íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica, sin embargo, mientras que este último hace alusión a un ordenamiento jurídico estable y merecedor de confianza, la confianza legítima aparece en las situaciones individuales⁶⁶.

Como señala CASTILLO BLANCO⁶⁷, la confianza legítima es un principio jurídico que vela por “la preservación del valor de seguridad jurídica y del sistema de economía

de la crisis económica se están perdiendo los principios estructurales de nuestro ordenamiento”. En RUIZ OLMO, L. “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *cit.*, pág. 11.

⁶⁵ BACIGALUPO SAGGESE, M. “Energías renovables y regulación retroactiva”, *cit.*

⁶⁶ Distinción realizada por Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *cit.*, pág. 229.

⁶⁷ CASTILLO BLANCO, F. *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 97-98.

de mercado frente a la acción, eventualmente incontrolada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos”, tratándose de un subprincipio o manifestación del principio de seguridad jurídica.

Así, en un Estado basado en el libre mercado surge la necesidad de que exista un marco estable de regulación que permita prever a los operadores económicos “las operaciones o inversiones de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado”. Pero no solo los operadores económicos, sino también los ciudadanos, “en relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas, requieren de la coherencia en el ejercicio del poder y de la seguridad en la adopción de decisiones por éste”.

En el derecho comunitario son dos los requisitos exigidos para que entre en juego el principio de confianza legítima y éstos son: la no confrontación del principio de confianza legítima con un “interés público perentorio” y la existencia de una actuación prudente por parte del operador económico⁶⁸.

No hablamos en este caso de un derecho adquirido sino más bien de una conducta que genera en los ciudadanos o en un determinado colectivo una confianza en que el poder público actuará de una determinada manera. Como señala el autor, la dificultad de aplicación de este principio reside en la relevancia que se dé a las expectativas que mantienen los ciudadanos frente a los poderes públicos⁶⁹. La cuestión radicarán en si dichas expectativas son o no legítimas y, por tanto, merecedoras de protección.

Este principio aparece con el objetivo de proteger estas expectativas de los ciudadanos, sobreponiendo la seguridad jurídica frente a cambios repentinos en la legislación que no ofrezcan garantías de transitoriedad y previsibilidad⁷⁰. Si por algo se han caracterizado las continuas reformas en relación con las energías renovables ha sido por su falta de previsibilidad y por la falta de regímenes transitorios que garantizaran la protección de los inversores.

⁶⁸ CHUECA SANCHO, A. G. “Los principios generales del Derecho en el Ordenamiento Comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm. 3, 1983, pág. 878.

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la UE, Asunto CAM, núm. 100/1974.

⁷⁰ CASTILLO BLANCO, F. *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 99.

En Sentencia de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012/6818) el TS mantuvo que:

“La confianza legítima protege y debe proteger a los individuos y a las empresas contra cambios bruscos e imprevisibles de criterio de la Administración que produzcan resultados lesivos, por ejemplo, arruinando las expectativas ligadas a las inversiones cuantiosas, cuando ha sido la Administración la que ha avalado e impulsado su conducta mediante su propio comportamiento”⁷¹.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del TS que venimos comentando se ha pronunciado en otro sentido. De nuevo en su sentencia más reciente (STS de 13 de enero de 2014, F.J. 3º y 4º), ha sostenido que la reducción de la tarifa regulatoria tampoco es contraria al principio de confianza legítima. Basa su argumentación en que los recortes en la retribución eran previsible para los productores de energías renovables a la vista de las circunstancias que venían dándose desde 2007, y que además existen una serie de “presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente no podía desconocer”.

El Tribunal de Luxemburgo ha determinado que para considerar una expectativa como legítima ésta tiene que cumplir tres requisitos: uno objetivo, uno formal y otro subjetivo. A su vez hay que analizar tanto la conducta de los operadores económicos como de la Administración⁷². Dicho así, los inversores tendrían una expectativa legítima merecedora de protección en tanto que las condiciones en las que se realizaron las inversiones llevaban razonablemente a confiar en la continuidad del sistema retributivo, teniendo además en cuenta que la Administración llevó a cabo una campaña de captación y provocó el boom de las inversiones en el sector.

Como dice ALENZA GARCÍA, se consagra una especie de principio de “desconfianza legítima”, ya que la diligencia exigible al productor de energías renovables debe llevarle a no confiar en el mantenimiento de la tarifa regulada. Esto resulta absurdo y desproporcionado si tenemos en cuenta que la Administración fue la primera en promocionar este sistema para atraer a los inversores, suscitando en los productores la seguridad en la continuidad del sistema que se les ofrecía.

⁷¹ Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, *cit.*, pág. 67.

⁷² Jiménez Piernas, C. “La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, pág. 142.

La jurisprudencia europea ha defendido que los sistemas de apoyo económico a las energías renovables deben basarse en la transparencia y en la permanencia a largo plazo de modo que se consiga el respeto a la confianza legítima de los productores⁷³. España, como podemos comprobar, ha contradicho absolutamente esta premisa recortando el sistema retributivo y dando una patada a principios como éste, olvidando que nos encontramos en el contexto de la aplicación de una Directiva Europea por la que España tiene un compromiso con las energías renovables que difícilmente podrá cumplir. Así, se pone en entredicho que nuestro país pueda cumplir los objetivos establecidos para 2020⁷⁴.

Pero todos estos principios quedan a un lado cuando hablamos del nuevo principio que ha creado la jurisprudencia española: el riesgo regulatorio. Éste es el elemento que ha permitido justificar toda reforma por lesiva que fuese, apartando la invocación de cualquier principio que pudiese verse conculcado.

⁷³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Energías renovables: En marcha hacia el objetivo de 2020”, de 31 de diciembre de 2011, [COM (2011) 31 final], pág. 10.

⁷⁴ SEVILLANO, E. “España, en peligro de incumplir su objetivo de renovables en 2020”, en *El País*, 2014. Recuperado de http://politica.elpais.com/politica/2014/12/15/actualidad/1418668382_994668.html (consulta: 21/12/2015).

IV. EL RIESGO REGULATORIO

Al margen de la vulneración de los principios jurídicos señalados, ha surgido un nuevo principio en relación a los recortes a las energías renovables: el principio del riesgo regulatorio. Éste nace como un principio totalmente nuevo y como respaldo a los pronunciamientos del TS relativos a los recursos interpuestos por los inversores. Como apunta ARANA GARCÍA⁷⁵, se ha convertido en “la piedra angular” de la legalización de todas las reformas que han ido recortando las ayudas económicas a la producción de energías renovables.

De este modo, el TS ha creado un nuevo principio en el Derecho administrativo económico y lo ha empleado como causa de exoneración de la responsabilidad del legislador. Para su análisis me referiré a los trabajos realizados por RODRÍGUEZ BAJÓN y CASTRO GIL⁷⁶ que tratan sobre dicha materia. Para ello, es importante que conozcamos el origen de dicho principio.

1. Origen y concepto

El concepto de riesgo regulatorio debe entenderse en el marco de los llamados “sectores regulados”, sectores económicos cuya explotación pasa en un determinado momento de estar en manos del Estado a abrirse a la iniciativa de empresas privadas. A finales de los años ochenta y principios de los noventa la UE impulsó un proceso de liberalización de ciertos sectores económicos que derivó en una corriente de pensamiento “neoliberal” que puso en entredicho los tradicionales monopolios y apostó por la liberalización de estos. Eran sectores muy estratégicos, a menudo englobados en el concepto de servicio público, que pasaron de ser un monopolio controlado por el Estado a su liberalización y salida al mercado competitivo. Se abrió un nuevo escenario en el que la libre competencia favorecía una mejora de la calidad y un abaratamiento de productos y servicios en beneficio de los consumidores.

⁷⁵ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 149.

⁷⁶ RODRÍGUEZ BAJÓN, S. “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, en *Revista de Administración Pública*, nº 188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.

Castro-Gil Amigo, J. y García Breva, J. “Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*. Aranzadi, 2015.

La paradoja surge, como bien dice RODRÍGUEZ BAJÓN, en que en lugar de desaparecer la regulación del mercado aparece una mayor cantidad de normativas dirigidas a garantizar el respeto de la libre competencia y la protección de los consumidores. Esto provoca que la liberalización para huir de la intervención de la Administración termine en un incremento de ésta.

El concepto de riesgo regulatorio nace en el marco de inestabilidad de los “sectores regulados”, inestabilidad derivada de ese paso de una situación estable y previsible, como es la del monopolio, a una en la que prima la imprevisibilidad y la inestabilidad, como es el libre mercado. Estos sectores económicos están sometidos a la realidad económica cambiante que obliga continuamente a llevar a cabo modificaciones y cambios de rumbo en las normativas con el fin de garantizar la competencia y evitar una tendencia hacia el monopolio.

Si bien es cierto que el concepto del riesgo regulatorio no puede entenderse fuera de los llamados sectores regulados, tampoco tiene sentido hablar de este principio sin hacer referencia a su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. Postura del Tribunal Supremo

En este contexto aparece el principio del riesgo regulatorio, “riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar, [...], los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados”⁷⁷. Se trata de un concepto que no cuenta con unas características, perfiles o límites claros pero que está siendo empleado por el TS como respaldo a una “jurisprudencia de intereses” que no respeta los principios y reglas de un Estado de Derecho⁷⁸.

Este concepto nace de la jurisprudencia del TS en relación a los recursos interpuestos contra las continuas reformas normativas en materia de energías renovables. Así, el TS se ha escudado en este principio para defender que se trata de un riesgo que los operadores debían conocer al introducirse en un sector sometido a un

⁷⁷ RODRÍGUEZ BAJÓN, S. “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *cit.*, pág. 195.

⁷⁸ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 150.

intenso riesgo regulatorio como es el de la generación eléctrica, y que estaban obligados a soportar dada la previsibilidad de un cambio en el régimen jurídico⁷⁹.

Esta argumentación aparece en diversas sentencias como principio capaz de difuminar los efectos de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, excluyendo cualquier responsabilidad patrimonial que pudiese derivar del cambio normativo sobrevenido. En dichas sentencias el TS sigue la misma línea de argumentación, defendiendo en una de ellas⁸⁰ que si se tiene en cuenta que el mercado de la generación eléctrica depende en gran medida de la “fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas”, las empresas deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados.

Esto puede ser razonablemente exigible cuando estamos hablando de un sector en el que los participantes tienen un grado de acceso a la información elevado que les permite ser conocedores de los cambios que pueden producirse en la normativa. Es coherente que se exija una diligencia debida a los participantes en el mercado, puesto que es un deber que han asumido voluntariamente y que, en consecuencia, ninguna reclamación al respecto sea admitida. Sin embargo no se puede decir lo mismo de la última reforma que se ha producido.

3. El riesgo regulatorio en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

Los argumentos empleados por el TS en numerosas sentencias para justificar la existencia de riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables no pueden ser admitidos en las reformas que se han venido dando hasta el momento, pero tampoco pueden extrapolarse a la reforma que ha supuesto una revolución absoluta en dicho sector: la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

Para empezar, debemos partir del hecho de que no estamos hablando únicamente de grandes operadores económicos sino también de simples ciudadanos que decidieron entrar en un mercado a priori atractivo. Este atractivo es resultado de la campaña de

⁷⁹ Argumento contenido en la primera sentencia en la que el TS habla del riesgo regulatorio: STS de 11 de junio de 2001, Rec. 117/2000. Éste también es empleado en otras como STS de 25 de octubre de 2006, Rec. 12/2005, STS de 20 de marzo de 2007, Rec. 11/2005, STS de 12 de abril de 2012 y STS de 25 de junio de 2013.

⁸⁰ STS de 25 de octubre de 2006 (Rec. 12/2005).

captación que llevó a cabo la Administración y que empujó a todo aquel que tenía unos ahorros a invertir en un sector que sin duda alguna prometía altas rentabilidades dado el régimen especial del que gozaba.

En esta situación era absolutamente imposible prever un cambio de rumbo como el que se ha dado teniendo en cuenta que la Administración se aprovechó del importante grado de desconocimiento del sector eléctrico por parte de los ciudadanos. No parece razonable exigir que un ciudadano medio previese este giro de los acontecimientos porque verdaderamente en aquel momento ningún riesgo podía percibirse. De hecho, de haber conocido que existía tal riesgo no se hubiese producido el boom de inversiones.

En este mercado los pequeños operadores no eran la excepción sino lo habitual, siendo decenas de miles de micro productores los afectados. El asesoramiento de estos pequeños operadores se encarnaba en la Administración, concretamente en el Instituto para la Diversificación y Ahorro Energético, las Comunidades Autónomas y las mismas entidades financieras que financiaron sus proyectos⁸¹. Si la Administración fomenta unas inversiones, implícitamente está cargando de seguridad la operación y difícilmente se va a poder exigir al ciudadano que prevea que estas actuaciones son tan solo papel mojado.

Estamos ante una reforma en la que los únicos que se han visto perjudicados por el cambio en el sistema de retribuciones han sido los inversores. Ni la Administración ni los bancos, principales impulsores y garantes de la inversión en energías renovables durante la época del sistema primado, van a vivir las consecuencias de este cambio en el marco retributivo. Por tanto, las consecuencias de una actuación imprudente por parte de grandes instituciones y grandes entidades financieras las van a sufrir los pequeños productores que actuaron con total diligencia.

En la medida en que la previsibilidad va desapareciendo carece de sentido hacer uso del concepto de riesgo regulatorio para justificar una modificación normativa, porque si bien el riesgo regulatorio puede tener cabida en algunos casos, no se puede emplear para justificarlo todo. De la misma manera, si no existe incertidumbre la virtualidad del riesgo regulatorio también se diluye⁸².

⁸¹ Véase Castro-Gil Amigo, J. y García Breva, J. “Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio”, *cit.*, págs. 172 y ss.

⁸² RODRÍGUEZ BAJÓN, S. “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *cit.*, pág. 205.

Por todas las consideraciones realizadas resulta verdaderamente difícil interpretar el riesgo regulatorio y su previsibilidad sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas de los operadores⁸³. Es precisamente esto lo que viene haciendo el TS, aplicar el riesgo regulatorio sin atender al caso concreto y a las circunstancias específicas que concurren en cada operador, empleando siempre las mismas argumentaciones.

Como ha dicho RODRÍGUEZ BAJÓN, “no cabría hablar de riesgo regulatorio y sus efectos si el cambio supone una ‘revolución’ absoluta en el sector, alterando los principios básicos y fundadores del mismo”. Qué es una “revolución” absoluta sino un cambio de los principios rectores del sistema y la eliminación del sistema retributivo base del fomento de las energías renovables. No estamos ante un ajuste como los que han tenido lugar en este sector sino ante un cambio radical en el sistema.

Lo que resulta interesante aquí es el hecho de que el TS, con argumentos como “la potestad de innovación normativa” o “la no petrificación del ordenamiento”⁸⁴, lo haya empleado para eliminar cualquier interés que pudiese encontrarse bajo el principio de seguridad jurídica o confianza legítima. Lo que ocurre es que éste se puede equiparar al “deber jurídico de soportar el daño” proclamado en el art. 141.1 de la Ley 30/1992 que sirve para desplazar cualquier responsabilidad patrimonial del Estado por modificaciones normativas, excluyendo la infracción del principio de seguridad jurídica y del de confianza legítima.

En definitiva, el TS ha creado, como dice ARANA GARCÍA⁸⁵, un concepto “muy laxo y flexible”, una institución que con su simple alegación por parte de los poderes públicos puede hacer desaparecer cualquier garantía derivada de principios esenciales en un Estado de Derecho. Considera que este tribunal está utilizando este principio con escaso rigor técnico-jurídico para justificar una jurisprudencia de intereses que no respeta principios como el de seguridad jurídica o irretroactividad.

El error lo está cometiendo el TS al admitir una interpretación tan amplia del riesgo regulatorio que permita alegarlo en cualquier situación. Por ello, es necesario que

⁸³ El TC ha determinado que debe realizarse una interpretación individualizada para cada caso concreto, en STC 126/1987, STC 197/1992 ó 173/1996.

⁸⁴ STSS de 5 de marzo de 1993 (RJ 1993/2105, 1993/1644 y 1993/1645 y STS de 27 de junio de 1994 (1994/4981).

⁸⁵ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, *cit.*, pág. 151.

se determinen claramente cuáles son los criterios de aplicación y los límites de este principio, de modo que quede garantizada su correcta aplicación y se evite una aplicación indiscriminada.

Si bien el origen de la problemática se encuentra en la fijación por parte del Estado español de un régimen de subvenciones excesivamente generoso, no por ello debe solventarse el error mediante la aplicación de un principio nada claro. Esto puede convertirse en una absoluta desincentivación de las inversiones, tanto nacionales como extranjeras.

El resultado todavía está por ver pero resulta evidente que la imagen de España ha quedado dañada, siendo un país que inspira inseguridad jurídica y en el que no existe un respeto por las condiciones con las que se inicia una actividad económica⁸⁶. Se ha creado un marco jurídico que difícilmente puede inspirar a los inversores la confianza necesaria para participar en un mercado. “Sin seguridad jurídica no hay actividad económica estable”.

Para finalizar me gustaría resaltar, como hace ALENZA GARCÍA⁸⁷, la necesidad de “la emergencia de un nuevo principio de estabilidad regulatoria, que evite cambios bruscos de la normativa y garantice la predictibilidad”, de modo que no se pueda ya emplear el concepto de riesgo regulatorio de manera indiscriminada, tal y como viene haciendo el Tribunal Supremo en esta materia.

⁸⁶ Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables” *cit.*, pág. 153.

⁸⁷ Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, *cit.*, pág. 658.

V. CONCLUSIONES

1ª. RELEVANCIA DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA POLÍTICA ENERGÉTICA. El cambio climático y el calentamiento global tienen como principal responsable la actividad humana, concretamente la generación eléctrica a partir de combustibles fósiles. Consciente del problema, la UE ha llevado a cabo una integración de la política energética y climática y apuesta fuertemente por el fomento de la producción eléctrica a través de energías renovables para luchar contra el cambio climático. Así, ha constitucionalizado el fomento de la eficiencia energética y el ahorro y el desarrollo de energías renovables en el TFUE.

Se trata de una apuesta firme por las energías renovables en la que la UE estableció los objetivos 20/20/20 que los Estados miembros deberían alcanzar para 2020. Además adoptó la Directiva 2009/28/CE en la que se establecía un objetivo global y objetivos nacionales de obligado cumplimiento para los Estados miembros. Para ello, los Estados deberían crear planes de acción nacionales que les permitiesen alcanzar las metas establecidas por la UE en la generación de energía verde.

El objetivo de la UE es consolidar el mercado interior y lograr una dimensión europea, para así conseguir una voz única en la UE donde los Estados actúen por un interés común de todos los miembros. Para ello es esencial que cada Estado siga la ruta establecida por la UE, promoviendo las medidas necesarias para un mayor desarrollo de las energías renovables, alcanzando una mayor eficiencia y ahorro energético.

2ª. NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO ESTABLE QUE CUMPLA CON EL DEBER DE FOMENTO. Con motivo de las continuas reformas en el sector de las energías renovables, el marco regulatorio se ha caracterizado por su inestabilidad regulatoria, mutabilidad, continuos vaivenes e inseguridad jurídica. Ha sido esta inestabilidad descontrolada la que ha suscitado la imprevisibilidad y la incertidumbre en los inversores extranjeros y nacionales que habían optado por introducirse en el sector.

En este contexto, el nuevo régimen legal establecido por la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, ha traído consigo una revolución absoluta al eliminar el sistema de primas, perjudicando gravemente la generación de energías renovables y los intereses de los inversores. Con ella se ha introducido más inestabilidad regulatoria al poner en cuestión la viabilidad de las instalaciones de energías renovables, desincentivar las inversiones y comprometer los objetivos establecidos por la UE.

Se ha creado un marco jurídico inestable que hace patente la necesidad de un principio de estabilidad regulatoria que evite cambios bruscos en la normativa. Únicamente de esta manera podremos decir que no existe vulneración del principio de seguridad jurídica en el sentido de la existencia de un ordenamiento jurídico estable y merecedor de confianza y que España sigue la ruta marcada por la UE.

3ª. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INVERSORES. La imprevisibilidad del cambio normativo y la entidad de éste han puesto en cuestión los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad, por sus posibles efectos retroactivos sobre las instalaciones preexistentes. Amparada en un interés general basado en el recurrente déficit tarifario y en la crisis económica, la Ley 24/2013 ha obligado a los inversores a soportar el daño derivado de la eliminación del sistema de primas y no ha establecido régimen transitorio alguno.

Como hemos visto, ni existe tal interés general ante el cual deban ceder los intereses de los inversores ni tampoco están obligados a soportar el daño dada la imprevisibilidad de la actuación de la Administración y lo repentino y brusco del cambio normativo. Existía en los inversores una confianza jurídica en la continuidad del sistema de primas que era merecedora de protección. Debe protegerse a los inversores de cambios bruscos e imprevisibles como éste, que ha tenido resultados lesivos arruinando las expectativas ligadas a sus inversiones, y más cuando ha sido la propia Administración la que las ha impulsado. Lejos de esto, el reciente cambio normativo ha conseguido crear una especie de principios de “inseguridad jurídica” y “desconfianza legítima” en los inversores que les debe llevar a no confiar en el ordenamiento jurídico.

El TS ha creado una jurisprudencia que no aprecia vulneración alguna de estos principios basándose en la previsibilidad de las reformas. Sin embargo todavía no se ha pronunciado acerca de una reforma integral como la de la Ley 24/2013, que trae consigo un cambio sistémico que afecta al marco del sistema retributivo y a sus fundamentos conceptuales. Además, existen diversas demandas arbitrales internacionales que podrían ser resueltas en favor de los productores de energías renovables.

4ª. PRINCIPIO DEL RIESGO REGULATORIO. El riesgo regulatorio se ha convertido en la piedra angular de la legalización de las reformas que recortan el fomento de las energías renovables. Este principio ha sido empleado por el TS para difuminar los efectos de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y así excluir

cualquier responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de un cambio normativo sobrevenido. Su simple alegación, en base a la potestad de innovación normativa del legislador y la no petrificación del ordenamiento, ha servido para hacer desaparecer cualquier garantía derivada de los principios esenciales de un Estado de Derecho.

El TS ha defendido que, tratándose el sector eléctrico de un sector sometido a un intenso riesgo regulatorio, los inversores debían conocerlo y por ello están obligados a soportar un cambio en el régimen jurídico. Lo cierto es que la Administración se aprovechó del desconocimiento y la falta de información en la población, por lo que es imposible exigir a los inversores que previesen un cambio de tal entidad, máxime cuando fue la Administración la que llevó a cabo una campaña de captación que prometía altas rentabilidades y que ella misma encarnaba el asesoramiento en las inversiones, lo que cargaba de seguridad la operación.

Con el objetivo de evitar una interpretación amplia y una aplicación abusiva, urge establecer claramente los criterios de aplicación y los límites del riesgo regulatorio. Además, resulta esencial tener en cuenta las circunstancias subjetivas de los operadores para hablar de riesgo regulatorio. En el momento en que estamos ante una revolución absoluta en el sector, donde la previsibilidad desaparece y no existe incertidumbre, carece de sentido hablar de riesgo regulatorio.

5ª. PANORAMA DESALENTADOR PARA LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA. Este marco jurídico inestable y de abandono del fomento de las energías renovables ha provocado que la imagen de España de cara a la inversión extranjera se haya visto gravemente perjudicada, acumulando 23 demandas arbitrales internacionales por vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía que protege a los inversores extranjeros. Las sucesivas reformas han creado un marco jurídico que no respeta las condiciones en las que se realiza una inversión, cambiando las reglas a mitad de juego, y que por tanto se caracteriza por la inseguridad jurídica.

España ha dado un paso atrás en la apuesta por un sistema eléctrico autosuficiente, basado en energías limpias y competitivo, alejándose del camino seguido por la mayoría de países en el mundo y del establecido por la UE. En esta coyuntura nuestro país podría tener dificultades para cumplir con los objetivos 20/20/20 establecidos por la UE para 2020.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alenza García, J. F. “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, págs. 625-683.

APPA (Asociación de Empresas de Energías Renovables). “El Gobierno paraliza el sector renovables y pone en peligro las instalaciones existentes”, 2014. Recuperado de http://www.appa.es/descargas/RD_RENOVABLES_10_junio_vf.pdf (consulta: 19/09/2015).

ARANA GARCÍA, E. “Uso y abuso del decreto-ley”, *Revista de administración pública*, núm. 191, 2013, págs. 337-365.

Arana García, E. “La nueva ley del Sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables” en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, págs. 133-155.

BACIGALUPO SAGGESE, M. “Energías renovables y regulación retroactiva”, 2013. Recuperado de <http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/343978222/firmas/noticias/5202942/10/13/Energias-renovables-y-regulacion-retroactiva.html> (consulta: 18/09/2015).

Bermejo Vera, J. “Principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2011, págs. 73-109.

CASTELLANOS GARIJO, L. “Reforma eléctrica. ¿Es sólo una cuestión de impuestos?”, 2012. Recuperado de <http://blogs.publico.es/dominiopublico/5817/reforma-electrica-es-solo-cuestion-de-impuestos/> (consulta: 17/09/2015).

CASTILLO BLANCO, F. *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 97-100.

Castro-Gil Amigo, J. y García Brea, J. “Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, págs. 163-190.

CHUECA SANCHO, A. G. “Los principios generales del Derecho en el Ordenamiento Comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm. 3, 1983, pág. 878.

Del Guayo Castiella, I. “El marco jurídico internacional y comunitario de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi, 2014, págs. 35-58.

DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. “Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, 2011, págs. 138-178.

ESPINOSA, M. P. “Una reforma eléctrica condicionada por la austeridad”, en *Cuadernos de Información Económica* 10/2013, nº 236 (Septiembre/Octubre), págs. 31-41.

FABRA PORTELA, N. y DELGADO UTRAY, J. “El déficit tarifario en el sector eléctrico español”, *Papeles de economía española*, núm. 134, (2012), págs. 88-100.

FABRA PORTELA, N. “La no reforma del Sector Eléctrico”, 2013. Recuperado de <https://economistasfrentealacrisis.wordpress.com/2013/08/05/la-no-reforma-del-sector-electrico-2/> (consulta: 18/09/2015).

GALÁN VIOQUE, R. “El ocaso de las energías renovables en España”, Comunicación presentada al XX Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Roma los días 27, 28 y 29 de Febrero de 2014.

GONZÁLEZ CORRAL, M. “Los puntos clave del acuerdo en la Cumbre del Clima de París”, en *El Mundo*, 2015. Recuperado de <http://www.elmundo.es/ciencia/2015/12/12/566c43e5ca47415a7e8b464b.html> (consulta: 03/01/2016).

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. J. “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, *Noticias jurídicas*, 2005. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html> (consulta: 18/09/2015).

Jiménez Piernas, C. “La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, págs. 73-145.

JIMÉNEZ, J. C. “El déficit tarifario y el laberinto eléctrico”, *Economistas*, núm. 26, (2008), págs. 93-100.

LÓPEZ MENUDO, F. “El principio de irretroactividad: tres cuestiones claves”, *Documentación administrativa*, nº 263-264, 2003 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 73-104.

López Menudo, F. “El principio de irretroactividad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2011, págs. 142-176.

Martín Pallín, J. A. “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, págs. 219-241.

MONFORTE, C. “La CNMC aprueba un informe benévolo sobre el decreto de renovables”, en *Cinco Días*, 2014. Recuperado de http://cincodias.com/cincodias/2014/01/15/empresas/1389813134_610392.html (consulta 07/10/2015)

Parejo Alfonso, L. “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, en CASTRO GIL, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015, págs. 29-72.

PLANELLES, M. “Cuatro claves para entender el pacto de París sobre el cambio climático”, en *El País*, 2015. Recuperado de http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/12/actualidad/1449929923_577088.html (consulta: 03/01/2016).

ROCA, R. “España, el país más demandado del mundo por inversores extranjeros en materia energética”, 2015. Recuperado de <http://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-demandado-del-mundo-por-inversores-extranjeros-en-materia-energetica/> (consulta 14/12/2015).

RODRÍGUEZ BAJÓN, S. “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, en *Revista de Administración Pública*, nº 188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs.189-205.

ROJAS, A. y MAÑUECO, P. “La reforma del sector eléctrico español”, en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 239 (marzo/abril), págs. 41-48.

Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. “La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico”, en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Aranzadi, 2014, págs. 59-96.

RUIZ OLMO, L. “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo de 2014.

SEVILLANO, E. “España, en peligro de incumplir su objetivo de renovables en 2020”, en *El País*, 2014. Recuperado de http://politica.elpais.com/politica/2014/12/15/actualidad/1418668382_994668.html (consulta: 21/12/2015).

UNEF (Unión Española Fotovoltaica). “El RD de renovables ahonda en la ruptura de la seguridad jurídica e impide financiar los proyectos”, 2014. Recuperado de http://unef.es/2014/06/aprobacion_rd_renovables/ (consulta 19/09/2015).

VII. JURISPRUDENCIA⁸⁸

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 109/2014, de 26 de junio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 126/1987, de 16 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 173/1996, de 31 de octubre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 197/1992, de 19 de noviembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 27/1981, de 20 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 6/1983, de 4 de febrero.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 96/2014, de 12 de junio.

Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de junio de 2001, Rec. 117/2000.

Tribunal Supremo, Sentencia de 12 de abril de 2012, Rec. 193/2010, Rec. 50/2011 y RJ 2012/5771.

Tribunal Supremo, Sentencia de 13 de enero de 2014, RJ 2014/574.

Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de mayo de 2012, RJ 2012/6818.

Tribunal Supremo, Sentencia de 19 de abril de 2012, RCA 62/2011.

Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de marzo de 2007, Rec. 11/2005.

Tribunal Supremo, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rec. 12/2005 y Rec. 357/2012.

Tribunal Supremo, Sentencia de 26 de junio de 2012, RJ 2012/8444.

Tribunal Supremo, Sentencia de 26 de junio de 2013, RJ 2013/6729.

Tribunal Supremo, Sentencia de 27 de junio de 1994, RJ 1994/4981.

Tribunal Supremo, Sentencia de 29 de mayo de 2013, RJ 2013/6458.

Tribunal Supremo, Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Rec. 151/2007.

⁸⁸ En este apartado se recoge la jurisprudencia citada a lo largo del presente TFG.

Tribunal Supremo, Sentencia de 5 de marzo de 1993, RJ 1993/1644, RJ 1993/1645 y RJ 1993/2105.

Tribunal Supremo, Sentencia de 8 de junio de 2011, RJ 2011/5154.

Tribunal Supremo, Sentencia de 8 de noviembre de 2011/1079.

Tribunal Supremo, Sentencias de 25 de junio de 2013, RJ 2013/5644, RJ 2013/6461, RJ 2013/6725, RJ 2013/7149, RCA 188/2012 y RCA 252/2012.