

Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales

Carlos Mingorance Martín

Abogado. Profesor contratado de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES. 1. La tradicional diferenciación entre la producción de energía eléctrica en régimen especial y en régimen ordinario. 2. Normativa europea. 3.- Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 82/1980, de conservación de la energía. 4. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico. II. EL VIGENTE RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES. III. TIPOLOGÍA DE MODIFICACIONES QUE PUEDEN AFECTAR AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS INSTALACIONES. 1. Modificaciones en el régimen económico derivadas de la reconsideración general de los parámetros retributivos. 2. Normas que establecen regímenes retributivos aplicables únicamente a determinadas instalaciones. 3. Actualizaciones y revisiones ordinarias de los parámetros retributivos de referencia. 4. Alteraciones en el régimen económico derivada de la modificación de conceptos distintos de los parámetros retributivos de referencia. IV. LA INCIDENCIA DEL RIESGO REGULATORIO SOBRE LAS EXPECTATIVAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA. 1. Introducción. 2. Los conceptos de “regulación” y de “riesgo regulatorio”. 3. El principio de seguridad jurídica. 4. El principio de irretroactividad. 5. El principio de confianza legítima. El “riesgo regulatorio” como criterio que elimina la posible vulneración de los principios de confianza legítima y seguri-

dad jurídica. V. REFLEXIONES FINALES. LOS PROPÓSITOS DE ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESTABLE Y PREDECIBLE. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN:

La producción de energía eléctrica desde fuentes renovables está sometida a un marco normativo extraordinariamente cambiante, no exento además de un alto grado de complejidad normativa. En el presente trabajo se exponen, por una parte, los sucesivos marcos normativos en la materia y por otra, la respuesta de la jurisprudencia en relación con las siguientes cuestiones: a) las condiciones que deben darse para que el necesario dinamismo del ordenamiento jurídico en esta materia se vea armonizado con el principio de seguridad jurídica; b) en qué medida puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico las normas que imponen un nuevo régimen retributivo a los titulares de instalaciones existentes, lo que se resuelve mediante la correcta aplicación del principio de irretroactividad; c) en qué medida el alto grado de mutabilidad normativa afecta a las expectativas económicas de los titulares de las instalaciones cuyas decisiones se adoptaron apoyándose en un determinado marco regulatorio, lo que nos lleva al análisis del principio de confianza legítima.

PALABRAS CLAVE:

Riesgo regulatorio. Energías renovables. Principios generales del Derecho. Seguridad Jurídica. Irretroactividad. Confianza legítima.

ABSTRACT:

The production of electricity from renewable resources is subject to extraordinarily changing regulatory framework, as a high degree of regulatory complexity. On the, one hand, the article analyses successive regulatory frameworks on this topic. On the other, the response from case-law to the following issues: a) the conditions necessary to streamline the dynamism of the legal system with the principle of legal certainty; b) the legality of implementing a new economic regime to existing energy producers, which is solved by the proper application of the principle of non-retroactivity; c) how it affects the changing regulatory framework to the economic expectations of renewable energy producers whose decisions were supported by a particular regulatory framework, which leads us to the analysis of the principle of legitimate expectations

KEYWORDS:

Regulatory Risk. Renewable energy. Generals principles of law. Legal certainty. Non-retroactivity. Legitimate expectations.

INTRODUCCIÓN

Desde que en los años ochenta del pasado siglo se iniciara en España la implantación de políticas encaminadas a impulsar la producción de energía eléctrica desde fuentes renovables, el sector ha estado sometido a un marco regulatorio extraordinariamente cambiante, habiéndose sucedido cada pocos años distintas ordenaciones en la materia, lo que a la postre ha determinado un enorme grado de complejidad normativa como consecuencia de la convivencia simultánea de distintos regímenes jurídicos derivada del establecimiento de períodos de derecho transitorios largos en orden a la protección de las inversiones realizadas al amparo de la normativa anterior. Además, esta dinámica regulatoria tan rápidamente evolutiva ha venido acompañada de una superabundancia normativa, concitándose normas de distinto rango y alcance, sin olvidar que, por añadidura, la producción de energía desde fuentes renovables abarca tecnologías de generación muy diversas y variadas con la consiguiente propensión a la fragmentación normativa¹.

Desde luego que la finalidad que ha presidido toda la regulación en materia de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables ha sido fomentar la producción de energía a partir de estas fuentes de carácter proambiental², pero en un plano más jurídico las sucesivas regulaciones en la materia han puesto de manifiesto en ocasiones la existencia de “zonas de fricción” entre la nueva normativa y las situaciones jurídicas creadas bajo la regulación anterior, poniendo al descubierto la posible lesión de las expectativas económicas creadas en los titulares de instalaciones de producción desde fuentes renovables, cuya implantación exige, dicho sea de paso, grandes desembolsos económicos, que los agentes económicos realizan bajo un marco regulatorio que incorpora medidas de fomento y que en parte pueden ser determinantes de la planificación.

¹ Sobre estos aspectos, el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio, entre otros, se hace eco conjuntamente del riesgo regulatorio derivado del alto grado de inestabilidad normativa así como de la necesidad de homogeneizar el régimen de las distintas tecnologías de producción, aconsejando además una reflexión más profunda que permita dar un mínimo de estabilidad normativa y predictibilidad al régimen (Apartado 4, subapartado E'). En el mismo sentido, *vid.* Informe 3/2007 de la Comisión Nacional de la Energía (Apartado 6, página 19).

² Objetivo que se han tenido en cuenta cada uno de los periodos regulatorios y que parece haberse logrado con creces a la vista de los resultados que colocaban durante unos años a nuestro país como abanderado en la generación de energía desde fuentes renovables. Así, de la potencia instalada en el año 2001, el 17% correspondía a instalaciones desde fuentes renovables, mientras que en el año 2010 suponía un 35% (fuente: *Comisión Nacional de la Energía, “Información Básica de los Sectores de la Energía 2011”* pág. 12 del Anexo; *www.cnmc.es*). En cuanto a la aportación de electricidad de origen renovable al consumo bruto de electricidad, en el año 2004 fue del 17,9% frente al 33,3%, que se produjo en 2010 (Fuente: Plan de Energías Renovables 2011-2020, pág. 18; *www.idae.es*).

A la vista de ello, es procedente cuestionarse sobre la particular incidencia que los constantes cambios regulatorios en materia de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables pueden tener sobre las expectativas económicas creadas al amparo de marcos regulatorios anteriores y la licitud de la alteración de estas condiciones por la normativa posterior, lo que nos conduce al análisis de la efectiva aplicación u observancia de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima.

La oportunidad de examinar la materia así planteada se sustenta en una doble reflexión: en primer lugar, porque pudiendo afirmarse que sobre los principios jurídicos enunciados existe un sólido cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no obstante en materia de generación de energía desde fuentes renovables sigue existiendo un nivel de litigiosidad relativamente alto, a la vista de la jurisprudencia generada de tanto en tanto al respecto, lo que pone de relieve que el asunto sigue siendo ciertamente controvertido³; y en segundo lugar, porque la Administración, que ha sido la verdadera patrocinadora del espectacular crecimiento de las energías renovables experimentado en las últimas décadas habiendo implantando un modelo de fomento basado en atractivas retribuciones al sector, de unos años a esta parte y a causa del deterioro generalizado del entorno económico ha venido aprobando normas justo en el sentido contrario, bajo argumentos de diverso signo como la necesidad de disminuir los costes que las renovables tienen sobre el conjunto del sistema y sobre el déficit tarifario o el acercamiento progresivo a las reglas del mercado de estas tecnologías aún subvencionadas. Valga como ejemplo de esto último que decimos las recientes reformas en la materia llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, *por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*, que eliminó el sistema de primas a las energías renovables, justificando el preámbulo “el carácter insostenible del déficit del sector eléctrico” o la recién estrenada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*, (LSE 2013) que abandona ya los conceptos diferenciados de producción de energía en régimen “ordinario” y “especial”, siendo así que éste último hacía referencia al singular régimen económico primado de las energías renovables⁴.

³ Sólo a lo largo de 2012 y 2013 pueden contabilizarse varias decenas de pronunciamientos del Tribunal Supremo derivados de la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*.

⁴ En el mismo sentido, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero que suprime los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía en régimen especial justificaba la adopción de la medida en la *compleja situación económica y financiera*, señalando el déficit tarifario como el *principal problema que amenaza la sostenibilidad económica del sistema eléctrico*.

El correcto análisis de esta materia exige dedicar unos primeros apartados a trazar las líneas esenciales del marco regulatorio y la evolución del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica desde fuentes renovables y el régimen actualmente vigente. A la vista de ello, se realiza una categorización de los distintos tipos de modificaciones en la materia para finalmente examinar la cuestión desde una perspectiva jurisprudencial, analizando la doctrina general de los principios de de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima establecida por el Tribunal Constitucional así como la aplicación de tales principios por el Tribunal Supremo.

I. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES

1. La tradicional diferenciación entre la producción de energía eléctrica en régimen especial y en régimen ordinario.

Durante dos décadas, hasta la reciente aprobación de la LSE 2013, la regulación del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica estuvo presidida por la expresa distinción entre la generación desde fuentes tradicionales que consumen combustibles fósiles -régimen ordinario- y la generación desde fuentes proambientales - régimen especial- habiéndose establecido así un *corpus* normativo singular con la finalidad de determinar qué tecnologías de producción de entre las de carácter ambiental tendrían derecho a un especial régimen retributivo de fomento. La LSE 2013 -es preciso advertirlo cuanto antes- abandona nominalmente los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial, lo que no obstante no impide reconocer la existencia de un régimen jurídico y económico singular para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, régimen sobre el que nos detendremos más adelante.

Debe resaltarse la importancia capital que la normativa vertida sobre el régimen especial de producción ha tenido en nuestro ordenamiento no sólo en orden a la implantación de efectivas políticas de fomento de la generación de energía desde fuentes renovables, sino por cuanto que su correcto entendimiento permite valorar el verdadero alcance de la incertidumbre normativa a la que está sometida la materia, siendo verdaderamente excepcional encontrar un régimen jurídico estable más allá de cuatro o cinco años.

El *régimen especial* de producción de energía eléctrica hacía referencia a un régimen de producción incentivado a largo plazo, con la finalidad fomentar la implantación de instalaciones la generación desde fuentes ecológicas, como contra-

posición a la producción en *régimen ordinario*, que utilizan las fuentes convencionales para producir la energía (combustibles fósiles) y carecen de tales incentivos, que, dicho sea de paso, no tienen por qué ser necesariamente económicos, integrando medidas de estímulo de diversa índole⁵. Podemos decir, siguiendo NEBRED⁶, que el régimen especial lo integraban aquellas tecnologías que siendo capaces de producir electricidad por cualquier proceso industrial, la regulación les reconocía su especialidad en orden a la promoción de energías autóctonas y proambientales.

Suele explicarse como germen de la regulación de lo que luego sería denominado propiamente como *régimen especial* las crisis energéticas de los años 1973 y posterior de 1978, lo que determinó la promulgación de la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de Conservación de la Energía, con la propósito de reducir la dependencia exterior de combustibles y su carga económica⁷. A tal fin, la Ley recogía las normas, principios básicos e incentivos orientados a determinados fines tales como la adopción de fuentes de energía renovables, reduciendo en lo posible el consumo de hidrocarburos y en general la dependencia exterior de combustibles, o la promoción de utilización de energías residuales de procesos e industriales, entre otros. En el mismo sentido se orientaban los Planes Energéticos elaborados en la época, de manera que el Plan Energético Nacional 1978-1987, elaborado en plena crisis energética mundial, puso en marcha una política de diversificación energética con el fin de sustituir progresivamente el peso del petróleo en la generación eléctrica, mientras que el Plan Energético Nacional 1983-1992, aprobado por las cortes en 1984 planteaba entre sus objetivos para reducir la dependencia energética del exterior la mejora de la eficiencia energética, el im-

⁵ Sobre el tratamiento completo de los diversos aspectos del régimen especial puede consultarse: JOVER GÓMEZ-FERRER, J.M.: *Régimen especial de producción de energía eléctrica*. Edit. Consejo de Estado y BOE. Colección: Temas de Administración Consultiva, Madrid, 2012; BECKER, F., CAZORLA PRIETO, J.L., MARTÍNEZ SIMANCAS, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010. Asimismo, NEBRED⁶ PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2007, y del mismo autor “El régimen especial de la producción eléctrica”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 381-443. También es ya clásico el trabajo de DOMINGO LÓPEZ, E.: *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Colección *Estudios*, Madrid, 2000.

⁶ NEBRED⁶ PÉREZ, J.M.: “El régimen especial de la producción...” ob.cit. pág. 383.

⁷ En este sentido, DOMINGO LÓPEZ, E.: *Régimen jurídico de las...* ob.cit. pág. 205; JIMÉNEZ LARREA, E.: “España: de la consolidación de un modelo a nuevos retos a 2020”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 579; y SÁNCHEZ SUDÓN, F.: “Historia de las energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 43.

pulso del ahorro y la conservación de la energía y la utilización óptima los recursos para satisfacer la demanda⁸.

Dicho lo cual, hay que hacer notar que el origen de la regulación de la producción de energía eléctrica desde fuentes alternativas no se encontraba tanto en la conveniencia de fomentar las energías limpias y renovables como en la necesidad perentoria de reducir la dependencia energética del exterior. Sin embargo, desde entonces hasta hoy la normativa sobre el régimen especial fue consolidando progresivamente su carácter proambiental hasta llegar a convertirse en el verdadero leitmotiv de la regulación, cuya seña de identidad más destacada fue el especial régimen económico o retributivo que se le otorgaba⁹. Cabe añadir que el régimen especial se fue articulando en torno a sucesivos marcos regulatorios cada uno de los cuales estableció períodos transitorios de vigencia de la normativa anterior relativamente largos, con el objeto comprometer lo menos posible las expectativas económicas de los productores acogidos a la normativa modificada, con lo que junto a la inseguridad normativa propia de los continuos cambios de regulatorios, se añadía la complejidad en su aplicación derivada de la convivencia simultánea de diversos regímenes, aspectos sobre los que abundaremos más adelante.

El más reciente reconocimiento legal del régimen especial de la producción de energía eléctrica hasta su desaparición nominal por la LSE 2013 estaba contenido en los arts. 27 a 31 de la LSE 1997. De aquella regulación destacan las dos notas que caracterizaban la singular ordenación del régimen especial: por una parte, se trata de producción de energía eléctrica desde fuentes de carácter proambiental (art. 27), y por otra, se reconoce un especial régimen retributivo que garantiza *unas tasas de rentabilidad razonable* (art. 30.4). Por vía de resumen, lo que el art. 27 exigía para considerar que una instalación pudiera incluirse en el régimen especial es (i) que la potencia de la instalación no superase los 50 MW en cualquier caso, (ii) que la instalación perteneciera a una de tres categorías tecno-

⁸ Sobre otros aspectos jurídicos del Plan Energético 1983-1991, vid. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: "El Plan Energético Nacional (PEN) 1983", *RAP* n.º 104, mayo-agosto 1984, págs. 449-461. Sobre la incidencia en general de los Planes Energéticos citados sobre la economía del sector eléctrico, puede verse el análisis contenido en VVAA: *El marco legal estable. Economía del Sector Eléctrico 1988-1997*. Departamento de Regulación y Estudios de Red Eléctrica de España. Madrid, 2006, pág. 13 y ss.

⁹ De hecho, tanto en el derogado RD 436/2004, de 12 de marzo como en la norma que lo sucedió, el RD 661/2007, de 25 de mayo, que son las normas reglamentarias que más recientemente han regulado la ordenación jurídica y del régimen especial con vocación de complitud, puede leerse en sus respectivos preámbulos una rápida mención a la reducción de la dependencia económica exterior, poniendo realmente el mayor énfasis en los aspectos ecológicos, como la demanda social acerca de la utilización de energías renovables o el cumplimiento de los compromisos derivados del Protocolo de Kyoto.

lógicas que menciona (producción de energía a partir de cogeneración, energías renovables o valorización de residuos) y (iii) que la instalación de régimen especial fuera reconocida como tal por la Administración competente¹⁰. La singularidad del régimen económico de estas instalaciones resulta del art. 30 LSE 1997, que reconoce el derecho a la percepción de unas primas para complementar su régimen retributivo *al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables*, sobre cuya concreción, por cierto, han girado las sucesivas controversias originadas por otros tantos desarrollos reglamentarios en la materia. Por su parte, el último desarrollo reglamentario de las previsiones contenidas en los citados arts. 27 y 30 LSE 1997 se llevó a cabo fundamentalmente por el RD 661/2007, de 25 de mayo, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, aplicable a la mayoría de las instalaciones, que definía las tecnologías de producción que integraban el régimen especial (art. 2), concretando el especial régimen retributivo en el reconocimiento de la opción de los productores de acogerse a la tarifa regulada (precio fijo independiente del mercado) o bien vender la energía libremente en el mercado complementándose con una prima (art. 24.1 del Real Decreto); en ambos casos se trata de una retribución económica más atractiva que la prevista para la producción en régimen ordinario, cuya retribución se fija libremente en el mercado por el concurso de la oferta y la demanda.

Parar cerrar esta aproximación al concepto régimen especial se hace necesario precisar un par de cuestiones comunes a la regulación de la materia: en primer lugar, que en el caso de las “subvenciones” percibidas por los productores en forma de tarifa o prima, no se trata de ayudas sufragadas con cargo a fondos públicos, sino fondos privados que se abonan por el propio sistema eléctrico como uno de los costes del mismo, es decir, que se trata de un coste más de los que integran la factura eléctrica¹¹; en segundo lugar, que el régimen especial estaba integrado no por un único régimen retributivo, sino por distintos regímenes que resultan, fundamentalmente, de las diferentes tecnologías empleadas así como de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones.

¹⁰ Sobre el reparto competencial en materia de energías renovables *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) Tratado de Energías Renovables, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 49 a 78.

¹¹ Un completo análisis del régimen económico del sector eléctrico en general puede encontrarse en GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: “El régimen económico del sector eléctrico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III Sector Energético. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 859-936. También del mismo autor, “El déficit de ingresos del sector eléctrico” *RAP* n° 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 307- 335.

2. Normativa europea.

En el ámbito del ordenamiento europeo se introdujo tardíamente la referencia a la competencia de la Unión en materia energética a nivel de los Tratados, de modo que no fue sino hasta la firma del Tratado de Maastrich en 1992 el momento en que se introdujo la competencia de la Unión en esta materia¹². En la actualidad, el art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹³ (TFUE) recoge la competencia de la Unión Europea, compartida con los Estados miembros, en materia de energía. Por su parte, el art. 194 del Tratado hace referencia a la *necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente* en relación con la política energética de la unión, señalando entre sus objetivos el fomento *de la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*.

Sin que sea necesario entrar a fondo en el *corpus* de derecho derivado europeo en esta materia, parece inexcusable la referencia al conjunto de Directivas que integran el denominado “Paquete Verde”,¹⁴ entre las que se encuentra la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. La citada Directiva

¹² Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, (DO n° C 191 de 29 de julio), señalaba en su art. 3 que “*Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: ...i) medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo*”.

No obstante, con fundamento en el original art. 235 del Tratado CEE se habían venido aprobando diversas normas referidas al fomento de las energías renovables (Reglamentos CEE 1302/1978, 727/1979, 2618/1980, Reglamento CEE y 1972/1983, así como las Directivas sobre cogeneración 1992/42/CE y 1993/68/CE), así como varios programas comunitarios tales como el Programa comunitario de actuación para mejorar la eficacia del uso de la electricidad (“PACE” Decisión 89/364/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1989); el Programa relativo al fomento de la eficacia energética en la Comunidad (“SAVE”, Decisión 91/565/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1991); Programa, en materia de Promoción de Tecnologías Energéticas Europeas (“THERMIE” Reglamento del Consejo núm. 2008/90, de 29 de junio).

¹³ Versión consolidada del Tratado DOUE 30 de marzo de 2010.

¹⁴ De este paquete normativo está integrado, fundamentalmente por las siguientes normas: Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables cuyo objetivo principal es lograr que en el año 2020 las energías renovables en su conjunto representen un 20% del consumo de energía final; la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; la Directiva 2009/30/CE modifica las especificaciones técnicas de los combustibles para permitir una mayor incorporación volumétrica de biocarburantes en los carburantes fósiles; Directiva 2009/31/CE relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono; Decisión n° 406/2009/CE sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020; y Reglamento (CE) No 443/2009 dirigidos a la reducción de gases de efecto invernadero.

2009/28/CE, establece por primera vez una serie de objetivos nacionales obligatorios¹⁵, con la finalidad de que en el año 2020 el 20% de la energía consumida en el conjunto de la Unión Europea provenga de fuentes renovables, junto el específico de que el 10% del consumo del transporte sea asimismo con renovables, además de la mejora del 20 % en la eficiencia energética. Se establece además la obligación de los Estados de presentar un Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (art. 4), en el que se *determinarán los objetivos nacionales de los Estados miembros en relación con las cuotas de energía procedente de fuentes renovables consumidas en el transporte, la electricidad, la producción de calor y frío en 2020*. En este orden de cosas, también la Directiva 2009/28/CE introduce determinados mecanismos de flexibilización¹⁶ con el objeto de que los Estados que produzcan *excedentes* de energía sobre el cupo obligatoriamente fijado, puedan *transferirla* a otro que no alcance el compromiso, con la finalidad siempre puesta en alcanzar el 20% global.

En lo que más directamente afecta a este trabajo, hay que señalar que la Directiva 2009/28/CE prevé la existencia de ayudas nacionales a las energías renovables, medidas de fomento o impulso a este tipo de energía, bajo el concepto de “sistema de apoyo”, en cuya definición se incluyen *las ayudas a la inversión las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas;*(art.2, apdo.k’). Del mismo modo, se establecen la exigencia de racionalizar los procedimientos de autorización (art. 13), así como normas relativas al acceso a redes y funcionamiento de las mismas (art. 16.c), dando prioridad al despacho de energías renovables.

No obstante los ambiciosos objetivos fijados por la Directiva 2009/28/CE, debe quedar claro que ésta deja un amplio margen de libertad a los Estados para concretar la regulación de la producción de energía desde fuentes renovables, que en el caso español, como vimos anteriormente, se concretaba en la regulación del denominado régimen especial que giraba en torno a las opciones de percepción de una tarifa regulada o la venta de energía en el mercado libre más una prima, hasta que la aprobación de la nueva LSE 2013 orientó el sistema retributivo hacia otras medidas de fomento basadas en la obtención de una *rentabilidad razonable* mediante la participación directa de estas tecnologías en el mercado de

¹⁵ La Directiva 2009/28/CE derogó a la anterior 2001/77/CE, que si bien tuvo el mérito de ser la primera con el objetivo de promover las energías renovables, no obstante los objetivos que establecía para cada país eran orientativos.

¹⁶ Transferencias estadísticas, Proyectos conjuntos, y Sistemas de apoyo regulados en los arts. 6, 7 y 11 respectivamente.

generación, garantizando una percepción adicional orientada a cubrir costes de producción que les permitan competir en pie de igualdad en el mercado eléctrico con el resto de las tecnologías del mercado.

3. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de conservación de la energía.

Baste exponer en unas breves líneas la normativa de fomento de la producción de energía desde fuentes renovables en este periodo, en un estilo directo y casi por vía de inventario, pues detenernos en su exposición más o menos detallada nos aleja de los objetivos de este trabajo, y su mera enumeración conserva todo el interés en cuanto a que pone de manifiesto la tradicional falta de perdurabilidad o estabilidad de los sucesivos marcos regulatorios¹⁷.

En general, cabe señalar que el desarrollo de la Ley 82/1980 se llevó a cabo bajo dos periodos reglamentarios. El primero de ellos estuvo integrado, fundamentalmente por el **RD 1217/1981**, de 10 de abril, *de producción hidroeléctrica en pequeñas centrales*, **RD 907/1982**, de 2 de abril, *de fomento de la autogeneración* y **RD 1544/1982**, de 25 de junio, *fomento de centrales hidroeléctricas de más de 5.000 kVAs*. El segundo periodo reglamentario, que deroga al anterior, si bien estableciendo largos periodos de derecho transitorio, estaba integrado por una parte por el **RD 2366/1994**, *de producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de autogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables*, del que cabe reseñar que fue la primera norma que unificó el criterio regulatorio de las distintas tecnologías que integran el régimen especial, acuñó por primera vez la definición de “régimen especial”, y creó el Registro General de Instalaciones de Producción de Régimen Especial, dependiente del Ministerio de Industria; y por otra parte, la **OM 12 ene 1995**, *por la que se establecen las tarifas eléctricas*.

4. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

La LSE 1997, como se sabe, produjo la *despublicatio* del suministro eléctrico, que a partir de su entrada en vigor pasaría de tener la consideración de *servicio público* a definirse como un *servicio esencial*, como se aclara desde la misma exposición de motivos de la Ley. En este nuevo escenario la libre competencia es la que

¹⁷ Un minucioso análisis sobre la totalidad de las medidas de fomento que se desarrollaron bajo el periodo de vigencia de la Ley 82/1980 y 54/1997 en NEBREDÁ PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción...* ob. cit. págs. 109 y ss.

garantiza el suministro eléctrico, sin necesidad de que el Estado se reserve para sí la titularidad pública del servicio, de manera que no es necesaria más intervención que la que la propia regulación supone¹⁸. Se reconoce el derecho a la libre instalación para la generación eléctrica, sometido al régimen de autorización administrativa previa (art. 21 LSE 1997), basándose su retribución en la organización del mercado mayorista de electricidad o mediante la contratación bilateral (art. 16.1 LSE 1997).

Ahora bien, dada la particularidad de la producción de energía desde fuentes proambientales -necesitada de las medidas de fomento e incentivo - el singular régimen jurídico y económico diseñado por la propia LSE 1997 para las tecnologías que integraban el régimen especial (Título IV “*Producción de Energía Eléctrica*”, Capítulo II “*Régimen Especial*”, arts. 27 a 31) suponía una excepción a la liberalización del sector eléctrico. En efecto, a los productores en este régimen se les reconocía la prioridad de acceso a las redes (art. 30.2.b LSE 1997), y en consecuencia, la prioridad en el mercado para la venta, así como un régimen retributivo especial distinto del que resultaría del concurso libre de la oferta y la demanda, que se concreta en la percepción adicional de unas primas que garantizan unas *tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales* (art. 30.4 LSE 1997)¹⁹. Como puede intuirse, la determinación reglamentaria de la *tasa de rentabilidad razonable* a los productores en régimen especial se convertía en una de las cuestiones clave del régimen especial, ya que siendo clara la voluntad de la Ley en este aspecto, del resultado del proceso de concreción del concepto jurídico indeterminado dependía el reconocimiento efectivo del derecho a esta *retribución razonable*.

¹⁸ No obstante, sobre el verdadero alcance de la declaración de *servicio público* en la regulación anterior a la Ley 54/1997, así como sobre el supuesto abandono de la noción por esta misma Ley, vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 97 y ss. Para el autor, “claramente está presente en la regulación de la LSE 1997 la noción de servicio público, entendida precisamente como garantía de suministro a todos los consumidores bajo los principios de igualdad, continuidad y regularidad. Es la noción de servicio público objetivo, impropio o funcional, que permite compatibilizar el servicio público con la libertad de empresa y que sin dificultad se reconoce en otras leyes liberalizadas...”, ob. cit. pág. 116.

¹⁹ En palabras de NEBREDA, el régimen especial “desde el punto de vista operativo, como normativa de fomento, constituye una excepción a la liberalización del sector eléctrico ubicado en el ámbito de la iniciativa privada en régimen de libre competencia por varias razones: a) porque se basa en un régimen subvencional, si bien privado y regulado, extraño a la libre competencia; b) porque establece la discriminación a favor de las energías por él producidas, respecto de las generadas en régimen ordinario, otorgándoles preferencia en el acceso a la red y, por tanto, al mercado y c) porque en sus mecanismos de retribución se admite la tarifa como precio regulado y primado, cuando hasta en el ámbito del consumo, en el que históricamente han existido, desaparecen éstas, salvo para los denominados suministros de último recurso”.

Apuntadas las características esenciales de la nueva regulación contenidas en la LSE 1997, hasta la fecha podemos distinguir tres períodos reglamentarios sucesivos bajo su vigencia: 1998-2004, 2004-2007 y 2007-2013. No es ocioso aclarar que cada uno de estos períodos integra un subsistema normativo encabezado por una norma reglamentaria de referencia alrededor de la cual orbita toda una constelación de normativa técnica que matiza, aclara o desarrolla las variadas previsiones y múltiples aspectos que presenta el régimen especial. El subsiguiente comentario de los rasgos esenciales de la regulación de cada periodo lo realizamos según se desprende de las normas reglamentarias de referencia, que, dicho sea de paso, suelen presentarse siempre bajo la misma estructura: (i) definición de las categorías que quedan integradas en el régimen especial; (ii) condiciones y procedimiento para acceder a dicho régimen; (iii) definición de derechos y obligaciones de los productores; (iv) régimen económico aplicable; y (iv) disposiciones transitorias relativas a instalaciones que estuvieran acogidas a regímenes anteriores²⁰.

A. Periodo reglamentario 1998-2004.

El primer período reglamentario de desarrollo de la LSE 1997 lo inauguró el RD 2818/1998, de 23 de diciembre, *sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración*. El Real Decreto, siguiendo el criterio establecido en la LSE 1997, reconoció en umbral de potencia para la consideración de instalación de régimen especial en 50 MW, e incluyó las tecnologías de cogeneración, renovables, y valorización de residuos, tanto industriales como agrícolas, ganaderos o de servicios, si bien en este último caso el umbral de potencia se establecía en 25 MW. En cuanto al régimen económico, se regulaban las dos opciones de venta de la energía: a) La venta al distribuidor como suministrador del cliente final -obligado a adquirir la energía- y por la que se percibiría una tarifa regulada como precio fijo distinto del precio de mercado; y b) La venta al mercado o mediante la contratación bilateral, complementándose en estos casos el precio final negociado con la percepción de una prima, a lo que se podía añadir, según los casos, otros incentivos como la retribución de la garantía de potencia y la de los servicios complementarios (art. 18.5 del Real Decreto). Sin embargo, hay que matizar que realmente la norma reglamentaria no estableció una prima homogénea, sino distintas primas en función de la tecnología de generación, potencia instalada y antigüedad de la instalación (arts.

²⁰ Realmente esta estructura se inicia con la norma de cabecera del último período reglamentario de la Ley 80/1982 de conservación de la energía, el RD 2366/1994 *de producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de autogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables*, de la que ya hemos señalado que unificó el criterio regulatorio de las distintas tecnologías integran el régimen especial.

27, 28 y 29, relativos a las primas a las tecnologías de cogeneración, renovables y valorización de residuos respectivamente). Por su parte el RD 2818/1998 estableció los parámetros a tener en cuenta para la *actualización* de las primas, lo que se llevaba a cabo mediante Reales Decretos de tarifas eléctricas (arts. 27.3, 28.2 y 29.2), mientras que la *modificación* se produciría cuatrienalmente (art. 32).

Al margen de ello interesa destacar que el RD 2818/1998 derogó el RD 2366/1994 -norma de desarrollo de la Ley 82/1980- estableciendo en la Disposición Transitoria Primera un amplio período de derecho transitorio durante el cual las instalaciones acogidas al Real Decreto derogado seguirían rigiéndose por ésta norma, período que se agotó definitivamente el 1 de junio de 2007, a la entrada en vigor del RD 661/2007, de 25 de mayo, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, es decir, con lo que el período de derecho transitorio se prolongó, nada menos, durante nueve años.

B. Periodo reglamentario 2004-2007.

El segundo período reglamentario estuvo regido por el RD 436/2004, de 12 de marzo, *por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Para SÁENZ DE MIERA²¹ la aprobación de este Real Decreto supuso una mejora del régimen económico de las energías renovables respecto de la anterior normativa al reforzarse los siguientes principios: a) *predictibilidad*, al garantizar la remuneración a lo largo de la vida del activo, con rentabilidades a largo plazo; b) *estabilidad*, ya que fijó un marco estable eliminando la retroactividad de las revisiones de tarifas, primas y complementos, que se aplicarían únicamente a las instalaciones posteriores a la revisión (art. 40.3); y c) *rentabilidad de la inversión*, mediante la definición de un escenario de suficiencia de la retribución, necesario para el desarrollo de las inversiones. Se trataba, en definitiva, de ofrecer un marco predecible y seguro, acorde con el objetivo de fomento de las energías renovables, con lo que cada proyecto de instalación conocía de antemano las retribuciones que iba a percibir por la generación durante toda su vida útil, y las revisiones cuatrienales no afectarían a las instalaciones puestas en funcionamiento antes de su entrada en vigor. No obstante las mejores intenciones y todo el optimismo posible en cuanto a la estabilidad normativa que el RD 436/2004 decía aportar al sistema desde el preámbulo lo cierto es que a la postre estuvo vigente no más de tres años.

²¹ SÁENZ DE MIERA CÁRDENAS, G.: "El marco regulatorio de las energías renovables en España", en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dirs.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 691.

En cuanto al régimen económico, el RD 436/2004 siguió manteniendo la posibilidad de venta al distribuidor (obligado a adquirirla para la venta al consumidor final) por la que se percibiría un precio fijo *-tarifa regulada-* o la venta al mercado libre, obteniendo en este caso el precio de mercado más una *prima* o incentivo. La diferencia con el régimen anterior estriba en que se elimina la prima en la opción de venta al distribuidor, que ahora se retribuye conforme a una tarifa referenciada indirectamente al mercado mediante la técnica de la tarifa media o de referencia (art. 23.1), quedando la prima como complemento a la venta de la energía al mercado, con el objetivo de incentivar la participación en el mercado y profundizar así en el proceso de liberalización auspiciado por la propia LSE 1997.

Por otra parte, las disposiciones transitorias permitían que continuaran aplicándose los regímenes anteriores derivados de los ya citados Reales Decretos 2366/1994, de 9 de diciembre, y 2818/1998 de 23 de diciembre (su inmediato predecesor) sin especificar por cuánto tiempo. Por lo demás, en ambos casos se permitía a las instalaciones la posibilidad de renunciar al régimen económico transitorio, es decir, el anteriormente vigente, e integrarse plenamente en el nuevo Real Decreto.

Finalmente, antes de pasar a la exposición del tercer período reglamentario de la LSE 1997, debe subrayarse que durante la vigencia de los dos períodos reglamentarios desarrollados respectivamente bajo los Reales Decretos 2818/1998 y 436/2004, aún pervivía el derecho transitorio establecido en el de RD 2366/1994, que era una norma de desarrollo de la Ley 82/1980, con lo que desde el punto de vista de la certeza del derecho aplicable el panorama era realmente complejo. No obstante, a la aprobación del RD 661/2007 únicamente quedaba vigente el régimen transitorio establecido por éste, extinguiéndose todos los regímenes transitorios anteriores²².

C. Periodo reglamentario 2007-2013.

La norma de referencia de este período reglamentario fue el **RD 661/2007, de 25 de mayo**, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. En cuanto al régimen económico de las instalaciones, lo primero que cabe indicar es que se reconocía para la venta de la energía producida la tradicional opción entre la cesión al sistema y percibir por ello una *tarifa regulada* (art. 24.1. aptdo. a^o), o venderla al mercado libremente en el mercado mayorista o me-

²² NEBREDA PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción...* ob. cit. pág. 276 y 277.

dianate contratación bilateral percibiendo en este caso el precio negociado más una *prima* (art 24.1 aptdo. b’), a lo que habría que añadir la retribución por otros complementos²³. En el caso de la venta a tarifa, siendo ésta una *cantidad fija, única para todos los períodos de programación* (art. 25), la cantidad ni siquiera es homogénea para todas las instalaciones, pues su determinación concreta depende de varios factores como el tipo de tecnología de generación, potencia instalada y antigüedad, estableciéndose las reglas concretas en los arts. 35 a 42. Además, en el caso de la venta al mercado, la prima a percibir tampoco tiene por qué ser una cantidad fija, permitiendo el art. 27 del Real Decreto para cierto tipo de instalaciones de producción que se trate de una prima variable, en función de los parámetros que el mismo artículo indica.

Ahora bien, el RD 661/2007 no contenía un régimen de vigencia indefinida, estableciéndose varios mecanismos para la revisión de las tarifas y las primas con la finalidad de aportar certeza y seguridad jurídica a las modificaciones normativas posteriores²⁴. Dejando ahora al margen las revisiones relativas a la actualización ordinaria -tarifas, primas y complementos (art. 44.1) que, dicho simplifícadamente, son un mero ajuste al IPC y a la evolución de precios de algunas materias primas-, el art. 44.3 prevé la revisión general del sistema retributivo en su conjunto, primero durante el año 2010 y luego cada cuatro años, procediéndose a la revisión de las tarifas, primas, complementos y otros parámetros para cada una de las tecnologías según las premisas establecidas en dicho precepto. Por su parte, tampoco cabe olvidar el mecanismo instaurado en el art. 22 conforme al cual, alcanzado un determinado porcentaje (85 por 100) de implantación sobre el objetivo de potencia previsto para cada tipo de tecnología (arts. 35 a 42), se abriría un período transitorio no inferior a un año, al finalizar el cual las nuevas instalaciones no tendrían derecho a prima²⁵.

²³ El propio RD 661/2007 reconoce los complementos por discriminación horaria eficiencia, por energía reactiva y por garantía de potencia, (arts. 26, 28, 29 y Disposición Adicional Segunda respectivamente), a lo que habrían de añadirse los reconocidos en otras normas, como los *pagos por capacidad* recogidos en la Orden ITC/2794/2007 entre otros.

²⁴ JOVER GÓMEZ FERRER, J.M., ob. cit. realiza un análisis detallado de los mecanismos de revisión del régimen retributivo contenido en el RD 661/2007 (pág. 109 y ss.).

²⁵ Establecidos por entonces en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de agosto de 2005 y la Estrategia de ahorro y Eficiencia Energética en España (E4) 2004-2012, aprobada por el Gobierno el 28 de noviembre de 2003. El actualmente vigente PER 2011-2020 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, estableciendo objetivos acordes con la Directiva 2009/28/CE. En cuanto a la Estrategia de ahorro y Eficiencia Energética en España se han aprobado los Planes de Acción para el periodo 2005-2007); el Plan de Acción 2008-2012, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de julio de 2007 y el Plan de Acción 2011-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 29 de julio de 2011.

Precisamente el objeto del RD 1578/2008, fue cumplir con el mandato contenido en el art. 22, para la generación desde **instalaciones de tecnología solar fotovoltaica** pues según puede leerse en el preámbulo, en agosto de 2007 (es decir, pocos meses después de la aprobación del RD 661/2007) ya se había superado el 85 por ciento del objetivo de potencia instalada fotovoltaica para 2010. Dado el espectacular crecimiento de esta tecnología, se hizo necesario establecer objetivos de potencia anuales cuya tendencia evolucionaba al alza, estableciendo un nuevo régimen basado en la *racionalización de la retribución*, de manera que fuese lo suficientemente atractiva como para favorecer las inversiones, pero no tan excesiva que repercutiese en los costes del sistema y desincentivase la investigación y desarrollo de estas tecnologías. El nuevo régimen retributivo se aplica exclusivamente a las instalaciones fotovoltaicas inscritas en el Registro de Instalaciones de Régimen Especial con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 (art. 2), fijándose las tarifas mediante sucesivas convocatorias en las que se establecen previamente *cupos de potencia*, para lo que se crea el Registro de Preasignación de Retribución²⁶ cuya inscripción previa era obligatoria para tener derecho a retribución. Al margen de tecnicismos, el mecanismo de fijación de la tarifa es aparentemente sencillo: establecido el cupo de potencia para cada convocatoria (art. 5), las tarifas variarían en función de la potencia que llegase a adjudicarse, abaratándose si se cubre completamente el cupo e incrementándose en caso contrario.

Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2009 generalizó el mecanismo de registro de preasignación de retribución para todas las instalaciones de régimen especial (art. 4) como condición previa para obtener el derecho a la retribución reconocida en el RD 661/2007, siendo su funcionamiento sensiblemente distinto al establecido el RD 1578/2008, para las fotovoltaicas, ya que no se establecían convocatorias ni cupos de potencia, de modo que la inscripción en el pre-registro era automática hasta que se cubriesen los objetivos de potencia fijados en los arts. 38 a 42 del RD 661/2007 para cada tecnología, momento en el cual ya no tendrían derecho a la retribución prevista en la norma, y debería establecerse un nuevo régimen de retribución en los términos expuestos en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Quinta.

²⁶ En dependencia del Ministerio de Industria, se trata de una subsección del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica a que se refiere el art. 21.4 de la LSE 1997, desarrollado en el Título VIII del RD 1955/2000, de 1 de diciembre (arts. 165 y ss.).

El último hito de este período regulatorio lo constituye el Real Decreto-ley 1/2012 de 27 de enero²⁷, que suprimió los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que a la fecha de entrada en vigor de la norma –el mismo día de su publicación– no estuvieran inscritas en el Registro de Preasignación de Retribución. El Real Decreto-ley alcanza a la totalidad de tecnologías de generación incluidas en el régimen especial e incluso a aquellas de régimen ordinario que tenían reconocidos algunos incentivos (art. 1), eliminándose para las nuevas instalaciones las tarifas reguladas, primas, límites, y complementos reconocidos en el RD 661/2007 (art. 3, aptos. 1 y 2).

En definitiva, debe hacerse notar que realmente el régimen especial de producción de energía eléctrica en este período reglamentario no estaba integrado por un único régimen retributivo, sino por distintos regímenes que resultan, fundamentalmente, de las diferentes tecnologías empleadas –pues las primas e incentivos varían entre unas y otras–, así como de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones. En efecto, aunque el régimen más extendido fue el recogido en el citado RD 661/2007, podemos señalar al menos cuatro regímenes retributivos según la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación: a) instalaciones anteriores al RD 661/2007, a las que serían de aplicación lo dispuesto en sus disposiciones transitorias; b) las instalaciones a las que son de aplicación el RD 661/2007; c) las instalaciones que entraron en funcionamiento posteriormente a la fecha señalada por el art. 22 del RD 661/2007 y que se regulaban fundamentalmente por lo dispuesto en el RD 1578/2008 y Real Decreto-ley 6/2009; y d) las instalaciones posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, que carecían de derecho a primas. Este era el singular panorama regulatorio al momento de aprobarse el reciente Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que vino a alterar completamente la regulación en la materia como seguidamente analizamos.

II. EL VIGENTE RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, *por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*, inauguró un nuevo ciclo en

²⁷ La denominación completa es Real Decreto-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 nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*

la regulación del régimen jurídico y económico de las energías renovables, pues no en vano procedió a modificar completamente la ordenación neurálgica del régimen especial contenida en los apartados 4 y 5 de la propia LSE 1997, regulación que a los pocos meses se ha incorporado a la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico* (LSE 2013) en el apartado 7 de su art. 14. No parece exagerado afirmar que se trata de la modificación de mayor calado en esta materia en dos décadas, al suponer un drástico cambio de orientación en la política de fomento de las energías renovables, ya que desaparecen de la propia Ley de cabecera del sector el sistema de primas, confiando al libre mercado su retribución económica -es decir, al rendimiento obtenido directamente por la venta de energía valorada al precio de mercado- garantizando, eso sí, unos costes estandarizados que permitan a las energías renovables competir en igualdad de condiciones con las tecnologías de producción convencionales.

Es importante aclarar que si el Real Decreto-ley 9/2013 llevó a cabo una reconsideración a fondo del *régimen especial*, su defunción, -al menos nominal- la certifica la LSE 2013. En efecto, el preámbulo de la LSE 2013 afirma la innecesidad de mantener los conceptos diferenciados de régimen especial y régimen ordinario dada la madurez alcanzada en el mercado por estas tecnologías, motivo por el cual el art. 14.5 de la Ley regula de manera unificada la retribución a actividad de producción de energía eléctrica, sin distinguir si su origen es una fuente renovable o convencional. No obstante la desaparición de las referencias expresadas a un *régimen especial*, debe tenerse presente que la propia LSE 2013 permite la posibilidad, excepcional ahora, de reconocer un régimen retributivo singular a las instalaciones de producción desde fuentes renovables en el extenso apartado 7 del art. 14, para lo que se habilita directamente al Gobierno, bajo los parámetros establecidos en el citado precepto y cuyas líneas esenciales se exponen a continuación.

Lo primero que debe subrayarse es la excepcionalidad de la posibilidad otorgada al Gobierno para establecer un singular régimen retributivo a las instalaciones de producción desde fuentes renovables, cogeneración y residuos por el art. 14.7 LSE 2013, viniendo condicionada esta potestad por la existencia de cumplimiento de objetivos energéticos derivados del Derecho de la Unión Europea, o cuando de ello se derive una reducción del coste energético o de la dependencia energética exterior. Por añadidura, el otorgamiento del régimen retributivo se establecerá mediante procedimientos de concurrencia competitiva.

Sentado lo anterior, conforme a los principios establecidos por la Ley, la retribución económica de estas actividades estará integrada por la venta de energía a precio de mercado más una retribución específica que permita cubrir, **estrictamente**, los costes de las instalaciones de energías renovables, con lo que se tra-

ta de garantizar que estas instalaciones puedan competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto de las instalaciones de fuentes convencionales, pudiendo obtener así una *rentabilidad razonable* en relación con las *instalaciones tipo* que se concreten reglamentariamente. En consecuencia, fuera del garantizado *nivel mínimo necesario para cubrir los costes* de estas tecnologías que integra la retribución específica, su rentabilidad se obtendrá por el precio de mercado de la energía negociada.

La retribución específica recogida en el art. 14.7 LSE estará compuesta por una remuneración que cubra, por una parte, *los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado* (retribución a la inversión) y por otra, *la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo* (retribución a la operación). En suma, se trata de una rigurosa protección de costes que faciliten la competencia de las energías renovables con el resto de tecnologías del mercado. Ahora bien, debe hacerse notar la importante potestad otorgada al Gobierno para la concreción de los conceptos que integran el cálculo de las retribuciones específicas, referenciadas a *instalaciones tipo*, debiendo considerarse *costes e ingresos estándar* en relación a una *empresa eficiente y bien gestionada*, de lo que resultará la *rentabilidad razonable*, que según precisa la Ley se establecerá sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años *aplicando el diferencial adecuado*.

Cabe añadir que, por su parte, el art. 14.4 LSE 2013 procura dotar de cierta estabilidad al régimen económico estableciendo *periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años*, de manera que, con carácter general, la revisión de los *parámetros retributivos* se lleve a cabo al comienzo de cada período, si bien se añaden algunas reglas especiales que permiten el ajuste de determinados parámetros dentro del período retributivo.

En otro orden de cosas, si ya de por sí es llamativo el profundo cambio de orientación en la regulación de la materia, no lo es menos la inmediatez con que el legislador pretende aplicarlo, fijando su entrada en vigor al día siguiente de su publicación (tanto del Real Decreto-ley 9/2013 como de la LSE 2013), siendo así que ya el Real Decreto-ley 9/2013 derogó expresamente todo el *corpus* reglamentario anterior (RD 661/2007 y disposiciones concordantes) y ello aún careciendo el nuevo sistema de las necesarias normas de desarrollo para llevarlo a la práctica. Por simplificar la exposición, de la lectura conjunta de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única, Disposición Final Segunda, Disposición Transitoria Tercera y Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 9/2013, así como de las previsiones contenidas en la Disposición Final Tercera LSE 2013, resulta lo siguiente: a) en todo caso el nuevo sistema retributivo entra en vigor al día

siguiente de la publicación del Real Decreto-ley 9/2013 conforme a los parámetros que éste establece con rango legal; b) se deroga la normativa de desarrollo anterior que regulaba la retribución a las instalaciones en régimen especial, es decir los Reales Decretos 661/2007 y art.4 del RD-ley 6/2009; c) no obstante lo cual, lo previsto en éstas normas de desarrollo se aplicará transitoriamente hasta la aprobación de las disposiciones necesarias que permitan la plena aplicación de los parámetros legalmente establecidos en la nueva regulación; d) los abonos realizados conforme a la normativa transitoriamente vigente tendrán el carácter de **pago a cuenta** hasta que se fijen las cantidades a percibir por la normativa que desarrolle los parámetros previstos en la Ley, a la vista de lo cual se procederá a la regularización de los derechos de cobro u obligaciones de pago que resulten de la aplicación de la nueva metodología con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Resulta patente de cuanto hemos expuesto que las consideraciones más sobresalientes que plantea la nueva normativa se encaminan en un doble sentido: en primer lugar, la incidencia sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que pudiera plantear la nueva regulación, pues no se establece plazo alguno de adaptación transitoria al nuevo régimen económico de las instalaciones de producción que ya estaban en funcionamiento, siendo el nuevo sistema retributivo aplicable desde el día siguiente de la entrada en vigor de la LSE 2013 (y en su momento del RD-ley 9/2013), con lo que ello pudiera suponer sobre la frustración de expectativas económicas generadas al amparo de la normativa derogada; y en segundo lugar, la posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas, pues como se ha dicho, el régimen económico nuevamente establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 es aplicable inmediatamente, de manera que la futura norma reglamentaria que desarrolla la *rentabilidad razonable* reconocerá derechos de cobro que vendrán referidos a un momento anterior a su aprobación, es decir, el plazo que media entre la aprobación de los parámetros legales por el RD-ley 9/2013 y su posterior concreción por el reglamento.

III. TIPOLOGÍA DE MODIFICACIONES QUE PUEDEN AFECTAR AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS INSTALACIONES

Expuestas las características esenciales de la producción de energía desde fuentes renovables, así como la su evolución y régimen retributivo actual, procede describir los distintos tipos de modificaciones normativas que pueden tener incidencia sobre las situaciones y expectativas económicas creadas al amparo de la normativa que se modifica o deroga.

1. Modificaciones en el régimen económico derivadas de la reconsideración general de los parámetros retributivos.

Se trata en estos casos de modificaciones del régimen retributivo derivadas de la aprobación de una nueva ordenación general en la materia, ya se trate de bases establecidas directamente en las Leyes que disciplinan el sector eléctrico, o bien de modificaciones derivadas de la adopción de nuevos criterios establecidos por los reglamentos de cabecera de cada uno de los períodos regulatorios puestos en marcha.

A excepción de la reciente modificación de los parámetros legales llevada a cabo por el citado Real Decreto-ley 9/2013, incorporados luego a la LSE 2013, que establecen su inmediata vigencia desde el día siguiente a la publicación de la norma y su aplicación a las instalaciones ya existentes, lo habitual en este tipo de modificaciones de alcance general había sido que la norma estableciera su ámbito de aplicación respecto de las instalaciones que entrasen en funcionamiento posteriormente a su entrada en vigor, tratando de evitar el impacto sobre las expectativas económicas de las instalaciones acogidas al régimen anterior mediante la previsión de largos períodos de derecho transitorio durante los cuales los titulares podrán ir adecuando su conducta a la nueva normativa²⁸. Así, por poner el ejemplo de los tres últimos períodos regulatorios de la LSE 1997, cabe citar las medidas de amortiguación contenidas en el RD 2818/1998 (Disposición Transitoria Primera), el RD 436/2004 (Disposición Transitoria Segunda) y el RD 661/2007 (Disposiciones Transitorias Primera y Segunda). Por ello, hasta la fecha, los casos en los que la norma implanta de manera general un nuevo marco retributivo – y a pesar del aumento de la litigiosidad que de ello se suele derivarse – han sido relativamente pacíficos en la jurisprudencia en cuanto a la incidencia del principio de irretroactividad y confianza legítima, pues se trata de una ordenación *pro futuro* para nuevas instalaciones con las necesarias medidas de derecho transitorio para las existentes. Quedaría en estos casos un reproche menor, el que se deriva de la complejidad normativa derivada de la convivencia de diversos regímenes retributivos, lo que, en su caso, afectaría al principio de seguridad jurídica en cuanto a *certeza del derecho aplicable*.

²⁸ También es usual, y lógico por otra parte, que estas normas prevean la posibilidad del titular de la instalación de renunciar a las normas de derecho transitorio y acogerse plenamente a la nueva regulación y mediante una declaración expresa al efecto. Así se recogía, entre otras, en las Disposición transitoria primera del RD 2818/1998, de 23 de diciembre, Disposición transitoria primera del RD 436/2004, de 12 de marzo y Disposición transitoria primera RD 661/2007, de 25 de mayo.

No obstante lo anterior, es necesario llamar la atención sobre la reforma del régimen económico llevada a cabo por el del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, incorporada ahora a la nueva LSE 2013, dado que el nuevo sistema retributivo es aplicable inmediatamente desde el día siguiente de publicación de la norma y para todas las instalaciones de energía renovables ya existentes, sin esperar siquiera a la concreción de los parámetros legales por el necesario desarrollo reglamentario: hasta tanto se aprueben estas disposiciones de desarrollo, desde el día siguiente a la publicación del Real Decreto-ley 9/2013 las instalaciones cobrarán conforme a la normativa anterior en concepto de *pago a cuenta*, de manera que cuando se apruebe la futura norma de desarrollo se procederá a la liquidación definitiva. Tal como se ha planteado la reforma del régimen retributivo no parece que la norma vaya a estar exenta de polémica, por la evidente ausencia de un mínimo de estabilidad y predictibilidad del régimen aplicable –lo que bien pudiera haberse solucionado estableciendo medidas de derecho transitorio- y por la inmediatez con que se lleva a efecto a pesar de carecer de la necesaria norma reglamentaria de desarrollo.

2. Normas que establecen regímenes retributivos aplicables únicamente a determinadas instalaciones.

En estos supuestos no se trata de una ordenación general del régimen retributivo sino del establecimiento de un régimen singular para determinadas instalaciones que en lo sucesivo entren en funcionamiento, permaneciendo intacto el régimen económico de las anteriores de su misma tecnología, y sin que exista, además, ninguna previsión de adaptación mediante periodos transitorios u otras medidas. En otras palabras, la nueva norma permite abiertamente la convivencia de distintos regímenes económicos en función de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones, simple y llanamente. Hemos analizado este fenómeno al exponer el régimen económico del régimen especial bajo la vigencia del RD 661/2007, pudiendo añadirse ahora a lo allí expuesto que ello suele ocurrir como consecuencia de la adopción de nuevos criterios sobre los objetivos de potencia a alcanzar, estableciéndose las medidas de fomento oportunas para la instalaciones posteriores, sin incidencia alguna a las anteriores. Son los casos, según decíamos, de las medidas contempladas en el RD 1578/2008, el Real Decreto-ley 6/2009, y Real Decreto-ley 1/2012, en los que, a priori, nada se compromete los principios de seguridad jurídica -en su vertiente de derecho estable y predecible-, irretroactividad o confianza legítima respecto de las instalaciones preexistentes. Ahora bien, como en el caso de las modificaciones analizadas en el apartado anterior, cabe cuestionarse la legitimidad e incluso conveniencia de mantener la vigencia simultánea de distintos regímenes retributivos a instalaciones de la misma tecnología, pues la realidad demuestra el complejo sistema retributivo que puede llegar a articularse, en un sistema ya de por sí enrevesado,

con frecuentes reenvíos normativos y toda una constelación de normativa técnica que desarrolla los más variados aspectos, con la crítica que ello puede merecer sobre la posible incidencia del principio de seguridad jurídica, entendido como derecho *cierto, claro y seguro*.

3. Actualizaciones y revisiones ordinarias de los parámetros retributivos de referencia.

La actualización de los parámetros retributivos de referencia tales como extinguidas primas, tarifas y complementos o como la “retribución a la operación” expresada en el 14.4. criterio 3º de la LSE 2013, integran supuestos de evolución de las cantidades previstos en la propia norma expresamente, con el fin de adaptar, en el caso de las actualizaciones, las cantidades a las oscilaciones de precio de las materias primas, que en una economía de mercado suele tener una tendencia alcista, y, en el caso de las revisiones, al grado de cumplimiento de los objetivos de potencia que se persiguen en cada momento, consistiendo en una reconsideración más profunda del régimen, pero siguiendo los parámetros prefijados en la norma. Por tanto, no cabría hablar tanto de modificaciones del régimen retributivo en sentido estricto sino más bien de actualizaciones y adaptaciones del régimen previsto *ex ante* por la norma.

Ya hemos dado cuenta anteriormente del funcionamiento de este mecanismo al tratar del régimen económico en el RD 661/2007, incluido en su art. 44, pudiendo añadir ahora que en el mismo sentido se incluían provisiones similares en el RD 2818/1998, en los arts. 28.2, 29.2 y 30.2 respecto de las actualizaciones y en el art. 32 respecto de las revisiones cuatrienales de las primas y el RD 436/2004, de 12 de marzo, en su art. 40 respecto de las revisiones cuatrienales, debiendo tenerse en cuenta que las tarifas, primas, incentivos y complementos se calculaban con arreglo al mecanismo de aplicar un porcentaje a la tarifa media o de referencia (arts. 23, 24, 25 y 28 respectivamente), lo que supone su permanente adaptación. Por lo demás, a la espera del desarrollo reglamentario de la LSE 2013, prevé que el reglamento de desarrollo establezca métodos de ajuste *en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas* (14.4.2º) así como la *actualización de los valores de explotación* para las tecnologías cuyo costes de explotación dependan del precio del combustible (14.4.3º).

Parece claro que este tipo de modificaciones son las que presentan, *prima facie*, los menores problemas de colisión con los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima. Desde luego en el caso de las actualizaciones se trata meramente de simples adaptaciones lógicas a la evolución general de los precios, mientras que en el caso de las revisiones las reglas por las cuales han de operarse están previstas de antemano en la norma.

4. Alteraciones en el régimen económico derivada de la modificación de conceptos distintos de los parámetros retributivos de referencia.

En determinados supuestos el régimen económico puede verse alterado a causa de la modificación de conceptos distintos de los propios parámetros retributivos preestablecidos -retribución a la inversión y a la operación en la LSE 2013 o prima, tarifa y complementos en el régimen anterior- pero que indirectamente afectan a su cálculo. Es decir, sin que necesariamente existan reformas, ajustes o rectificaciones sobre retribución a la inversión y a la operación en sí mismas, (o anteriormente a las tarifas, primas o complementos) la modificación por la norma de determinados aspectos que componen el parámetro retributivo o que tienen incidencia sobre su formación determinan como resultado una modificación en los ingresos de las instalaciones o en los costes del régimen. En estos casos, si bien los parámetros retributivos permanecen formalmente inalterados, la retribución final de los productores se ve condicionada por la variación de estos otros factores que afectan a su cálculo. Sin intención de agotar la enumeración de todas las disposiciones que pueden incluirse en esta categoría, pueden citarse las modificaciones contenidas en el RD 2351/2004, que introdujo variaciones en la ponderación de los factores incluidos en la fórmula polinómica que sirve para fijar las primas (arts. 6 y 8); RD 1454/2005, de 2 diciembre, que eliminó la percepción automática de la prima y la condiciona al cumplimiento de determinados requisitos (art. 6) ; RD 1565/2010, que limitó el número de años según el cual las instalaciones tendrían derecho a prima; el RD 1614/2010 que limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para las tecnologías solar termoelectrica y eólica (art. 2) y eliminó la posibilidad de opción de retribución por la venta de energía entre la prima o la tarifa obligando a estas instalaciones a vender a tarifa (art.3); Real Decreto-ley 14/2010, limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para la tecnología solar fotovoltaica (Disposición Adicional Primera); y el más reciente Real Decreto-ley 2/2013, que sustituye la referencia al Índice de Precios de Consumo (IPC) por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes (IPC-C) en todas las metodologías que rigen la actualización de las retribuciones, tarifas y primas que perciban los sujetos del sistema eléctrico.

La catalogación de las modificaciones que pueden incidir en la formación de la retribución efectiva del productor pone al descubierto la diversidad de situaciones que pueden afectar a las expectativas económicas de las instalaciones renovables, así como la debilidad del marco regulatorio para garantizar un mínimo de estabilidad normativa o predictibilidad sobre el que asentar las futuras decisiones de inversión, correspondiendo analizar en los apartados siguientes la cuestión desde su perspectiva jurisprudencial.

IV. LA INCIDENCIA DEL RIESGO REGULATORIO SOBRE LAS EXPECTATIVAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA

1. Introducción.

Presentadas ya las líneas esenciales sobre las que se desenvuelve la regulación del régimen de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables y una vez mostrados los continuos y diversos tipos de modificaciones normativas que pueden incidir en la formación de la retribución efectiva del productor, las cuestiones claves a dilucidar son: (i) las condiciones que deben darse para que el necesario dinamismo del ordenamiento jurídico, más evidentes en este sector necesitado de continuas adaptaciones técnicas, se vea armonizado con el principio de seguridad jurídica; (ii) en qué medida puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico la norma mediante la que se impone un nuevo régimen retributivo a los titulares de instalaciones existentes, es decir, la aplicación *pro futuro* de la norma a situaciones que provienen del pasado, lo que se resuelve mediante la correcta aplicación del principio de irretroactividad; y (iii) en qué medida el alto grado de mutabilidad normativa en el sector afecta a las expectativas económicas de los titulares de las instalaciones cuyas decisiones se adoptaron apoyándose en un determinado marco regulatorio, lo que nos lleva al análisis del principio de confianza legítima.

A la vista de ello, en el presente epígrafe se analiza el estado actual de la cuestión, exponiendo de forma sintética la doctrina del Tribunal Constitucional vertida sobre cada uno de los principios para luego analizar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo vertida concretamente en materia de producción de energía desde fuentes renovables. Puede adelantarse ya que la jurisprudencia en esta materia es continuadora de una línea argumental iniciada hace ya algunos años en relación con las modificaciones normativas que afectan a la economía de estas instalaciones, observándose que si bien en los primeros pronunciamientos el razonamiento se sustentaba principalmente en la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, a esta línea argumental se le ha encadenado con posterioridad el principio de irretroactividad, que luce con mayor énfasis en las sentencias más recientes²⁹. El último hito de esta línea

²⁹ Así de entre los recursos en los que únicamente se alegaba la vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, *vid.* SSTs 25 de octubre de 2006 (Ar. 8824), 20 de marzo de 2007, (Ar. 3286), 30 de junio de 2007, (Ar. 3046), 23 de febrero de 2009, (Ar. 1803). De entre las sentencias en las que, además incorporan a la argumentación el principio de irretroactividad, *vid.* SSTs 9 de octubre de 2007, (Ar.6311), 10 de octubre de 2007 (Ar. 7050), 9 de diciembre de 2009 (Ar. 2010\2075) y SSTs de 12 abril 2012 (Ar. 5771), entre otras referidas exclusivamente a la producción de energía desde fuentes renovables.

jurisprudencial lo constituye un conjunto de sentencias de contenido sustancialmente idéntico recaídas en distintos recursos planteados contra el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, en las que, a la vista de la esmerada exposición de los distintos principios generales estudiados, el Tribunal Supremo parece querer pacificar definitivamente la cuestión, sustentando su argumentación en (i) el rechazo a la petrificación del ordenamiento jurídico que provocaría la aplicación del principio de seguridad jurídica en sentido absoluto, (ii) la ausencia de quiebra de la confianza legítima de los productores de energías renovables por tratarse de modificaciones en cierto sentido previsibles, y (iii) la falta de vulneración del principio de irretroactividad fundada en una exacta aplicación del alcance y límites del principio, cuestiones todas ellas sobre las que nos extenderemos en los sucesivos apartados³⁰.

2. Los conceptos de “regulación” y de “riesgo regulatorio”.

Es oportuno comenzar el tratamiento del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia dedicando unas líneas a los conceptos que están en el origen mismo del problema, pues no es sino la intensa actividad normativa del Estado sobre determinados sectores económicos *-regulación-*, la que provoca que el cambio de criterio normativo altere situaciones de hecho o expectativas económicas nacidas bajo la normativa anterior *-riesgo regulatorio-*. Y se imponen estas precisiones previas porque ambos términos, a fuerza de usarlos, cuentan con acepciones de uso ordinario en las que no tiene porqué reconocerse el fenómeno concreto a que nos estamos refiriendo.

En efecto, el ordenamiento jurídico español tradicionalmente había entendido el término *regulación* su sentido propio, como creación de *regulae*, o conjunto de normas vinculantes sobre una concreta materia³¹, lo que sin embargo no debe

³⁰ Aunque se trata de recursos independientes, todos tienen por objeto la impugnación del citado RD 1565/2010, de 19 de noviembre, y todos ellos reiteran, literalmente, los fundamentos jurídicos en los que se basa el fallo. Se trata de seis SSTs de 12 abril 2012 (Ar. 5771, Ar. 5775, Ar. 151846, Ar. 151846, Ar. 5275 y Ar. 5798), dos SSTs de 19 de abril de 2012 (Ar. 151847 y Ar.151886), ST 23 abril 2012 (Ar.151892) dos SSTs de 3 de mayo 2012 (Ar. 6463 y Ar.180864), ST de 10 mayo 2012 (Ar. 180794), ST de 14 mayo 2012 (Ar. 7308), dos SSTs 18 de mayo de 2012 (Ar. 6863 y Ar. 180774), STS 29 enero 2013 (Ar. 1534) y STS 25 junio 2013 (Ar.6725).

³¹ En este sentido *vid.* CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M.: “Regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2011. págs. 87 y ss. El autor cita como ejemplos, el Decreto de 21 de agosto de 1934, que creó el Servicio oficial de inspección, vigilancia y *regulación*, de las exportaciones; la Ley 34/1946, de bases para la *regulación* de los arren-

impedir reconocer que bajo tal denominación actualmente se designa también al conjunto normativo que se ha venido formando progresivamente al ritmo de la liberalización de los distintos sectores económico sobre los que tradicionalmente el Estado había ostentado el monopolio de la explotación³². Este proceso de liberalización vino impuesto, como se sabe, como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre determinados sectores sobre los que el Estado ostentaba el monopolio (energía, telecomunicaciones, transportes y servicios postales, entre otros) y en general sobre aquellos sectores de actividad económica sobre los que la Unión Europea entiende que la mejor garantía de prestación es la que proporciona el mercado, con lo que se considera necesaria minorar en cualquier casos el intervencionismo público para dar protagonismo a las reglas de la libre competencia (sector financiero, medios audiovisuales, comercio interior y exterior, deporte, ...) Del mencionado proceso de liberalización, aún no concluido del todo, ha quedado un vasto conjunto normativo para cada uno de los sectores económicos, normalmente supervisados bajo la autoridad de determinados organismos independientes, denominados también *organismos reguladores* o *autoridades reguladoras*, y numerosos trabajos doctrinales publicados en las dos últimas décadas que dan buena cuenta del acogimiento de esta nueva acepción entre los autores³³. En palabras de PAREJO ALFONSO³⁴

Regulación significa, por tanto y en este sentido, control estatal de sectores de la economía en los que, tras la pertinente operación de liberalización- privatización, debe funcionar el mercado. De ahí que se le conceptúe como “Derecho de las consecuencias de la privatización”...

Lo que se intenta poner de manifiesto es que detrás de la acepción del concepto de *regulación* referida a los sectores económicos lo que existe es todo un nue-

damientos; la Ley 26/1968, de creación del fondo de ordenación y *regulación* de productos y precios agrarios, la Ley 10/1975, de *regulación* de la moneda metálica o la Ley 29/1998, *reguladora* de la jurisdicción contencioso-Administrativa.

³² En este sentido, RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. RAP n°188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.

³³ Sobre la abundante bibliografía en la que se utiliza esta noción de “regulación”, vid. PAREJO ALFONSO, L.: “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, en SERRANO GONZÁLEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.): Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial. Edit. Iustel, Madrid, 2010, pág. 60.

También sobre el fenómeno fuera de nuestras fronteras, DARNACULLETA i GARDELLA, M.M.: “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Coord.) *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, págs. 349-384.

³⁴ Ob. cit. pág. 62.

vo replanteamiento de las técnicas y potestades por los que se lleva a efecto la tradicional actividad prestacional del Estado en un determinados sectores económicos, y en definitiva, la sustitución de la técnica del servicio público en sentido *subjetivo u orgánico* por el servicio público en sentido *funcional*, con lo que si bien se elimina la titularidad pública del monopolio del servicio, se mantiene su intervención mediante otras técnicas que la hacen compatible con el libre mercado³⁵.

Por su parte, con el concepto de *riesgo regulatorio*, nos venimos a referir a ciertas consecuencias derivadas del proceso *regulación*, es decir, las consecuencias derivadas de la incertidumbre que genera la formación paulatina del *corpus* normativo del sector económico liberalizado. La expresión, por tanto, viene referida a la situación de incertidumbre asociada a la posibilidad de sufrir la modificación el marco jurídico de estos sectores económicos y que es consecuencia de su evolución hacia la entrega al mercado, sentido plenamente acogido por el Consejo de Estado como por la Comisión Nacional de la Energía³⁶. En cuanto a la recepción por el Tribunal Supremo del concepto de “riesgo regulatorio”, cabe señalar que es comúnmente utilizado desde la conocida STS de 11 de junio de 2001 (Ar. 2002\6075), relativa a los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico, con los que se compensaba por las cantidades desembolsadas por las empresas en una situación normativa de regulación e intervención pública y que no podrían ser recuperados en una situación de mercado en competencia³⁷. Posteriores sentencias referidas ya al concreto ámbito de instalaciones de producción desde fuentes renovables han mantenido el significado del concepto “riesgo regulatorio” entendida como *posibilidad de variación de la normativa en sentido en cierto modo previsible que debe ser soportada por los interesados*.

Expuesto lo anterior, cabe resumir que la expresión de *riesgo regulatorio* hace referencia ordinariamente al fenómeno de intenso dinamismo y variabilidad normativa propios de sectores económicos liberalizados, no siempre deseable pero, al parecer, ineludible dados los necesarios ajustes normativos de los sectores económicos en su tránsito a las reglas del libre mercado.

³⁵ En este sentido FERNÁNDEZ, T.R.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, RAP n° 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 60.

³⁶ Así, en Dictámenes del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio (aptdo. 4.E.a) 2264/2010, de 4 de noviembre (aptdo. 4.a); Informe de la Comisión Nacional de la Energía 3/2007, de 14 de febrero (página 19).

³⁷ RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de ...” *ob. cit.*

3. El principio de seguridad jurídica.

A. Delimitación del principio por el Tribunal Constitucional.

La invocación del principio de seguridad jurídica, en sentido estricto, remite inmediatamente a la idea de certeza del Derecho, y, por tanto, con ella se hace referencia ordinariamente a la previsibilidad y certidumbre de las normas de modo que, siendo conocidas de antemano las reglas y técnicas del ordenamiento jurídico, el interesado pueda adaptar rectamente su conducta al sentido de la norma, con lo que las expectativas derivadas de esta conducta no se vean defraudadas por ulteriores cambios normativos³⁸. Sin embargo no hay que olvidar que el principio de seguridad jurídica puede ser entendido en sentido amplio, haciendo referencia en este caso a un valor del ordenamiento jurídico cuyo alcance se manifiesta en los valores que van más allá de la mera de la seguridad jurídica entendida como certeza del derecho positivo³⁹, lo que ha sido condensado por el Tribunal Constitucional en STC 100/2012, de 8 de mayo en los siguientes términos:

*con relación al principio de seguridad jurídica hemos dicho insistentemente que viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (...). **Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre la normativa jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados** (STC 15/1986, de 31 de enero, F. 1), **como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho** (STC 36/1991, de 14 de febrero F. 5), **como la claridad del legislador y no la confusión normativa** (STC 46/1990, de 15 de marzo, F. 4). (FJ 10)*

Con lo dicho se hace evidente la íntima relación del principio de seguridad jurídica con el principio de confianza legítima, con el que se protege a los interesados que acomodaron su conducta al confiados en las actuaciones previas de los Poderes Públicos -expectativa de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho-, así como la relación de ambos con el principio de irretroactividad, pues también parece evidente que los problemas derivados de la sucesión normativa normalmente también afectarán a aquellos principios, cuestiones sobre las que nos detendremos más adelante.

³⁸ Para una visión completa de la dinámica del principio en el Derecho Administrativo puede verse en BERMEJO VERA, J.: "El principio de seguridad jurídica", en SANTAMARIA PASTOR, J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010.

³⁹ En este sentido, *vid.* PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica*. Edit. Ariel, Madrid, 1991.

Convengamos, en términos más estrictos y siguiendo en este punto la doctrina del TC, (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), que al invocar el principio de seguridad jurídica como garantía de un derecho individual estamos refiriéndonos a la exigencia de una normativa entendida como “Derecho seguro”, de manera que sus previsiones puedan contemplarse sin insoportables márgenes de error; y “Derecho previsible”, de modo que no se halle expuesta a cambios tan frecuentes e imprevisibles que impidan adecuar razonablemente a las sucesivas previsiones normativas las conductas de sus destinatarios. Siguiendo esta acepción del principio entendido en sentido estricto, lo que en definitiva supone **certeza y estabilidad normativa**, los contornos de la figura quedan delimitados según el Tribunal Constitucional teniendo en cuenta las siguientes coordenadas: a) la seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico⁴⁰; b) tampoco puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen determinado⁴¹; c) no obstante lo anterior, la seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles⁴².

B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables. Relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En relación con la posible vulneración del principio de seguridad jurídica derivada de la inestabilidad por los constantes cambios normativos en la materia que frecuentemente afectan a expectativas económicas de los productores de energía, el Tribunal Supremo, aún admitiendo por adelantado la conveniencia de dotar de estabilidad a los marcos reguladores de estas actividades económicas, afirma reiteradamente la perfecta compatibilidad del principio de seguridad jurídica con los sucesivos cambios normativos, más aún tratándose medidas de fomento -de lo que implícitamente el Tribunal Supremo presume la provisionalidad de los *mecanismos incentivos*-, lo que impide reconocer un “derecho inmodificable” a los titulares de estas instalaciones especialmente retribuidas. Así, en la STS de 25 octubre 2006⁴³ (Ar. 8824) el Tribunal Supremo argumenta que:

⁴⁰ SSTC 19/2012 de 15 febrero (FJ 11), 332/2005 de 15 diciembre (FJ 17), 126/1987, de 16 julio (FJ 11), y 182/1997 de 28 octubre (FJ 11).

⁴¹ SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 2) Y STC 126/1987, de 16 de julio (FJ 11).

⁴² STC 116/2009 de 18 mayo (FJ 3), 182/1997, de 28 de octubre (FJ 11) y 150/1990, de 4 de octubre (FJ 8).

⁴³ Con la citada sentencia arranca esta línea argumental, que se mantiene reiterada en los mismos términos en SSTS 20 de marzo 2007 (Ar. 3286), 9 de octubre de 2007 (Ar. 6312) 10 de octubre de 2007 (Ar.7050), 9 de diciembre de 2009 (Ar.2075), 11 de octubre de 2011, 12 de abril de 2012 (Ar. 5775), (Ar.7743) 26 de abril de 2012 (Ar. 6261) 10 de mayo de 2012 (Ar. 7661), entre otras muchas.

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

...la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos...
(FJ 3).

La solidez de esta postura del Tribunal Supremo frente a las innovaciones legales en esta materia se hace patente mediante con la simple constatación de la diversidad de supuestos en los que se ha debatido la adecuación del cambio normativo al principio de seguridad jurídica, reiterando siempre la misma argumentación, en la mayoría de las ocasiones en términos literales. Así, por vía de ejemplo y sin ánimo de agotar todos los supuestos, se ha mantenido la misma *ratio decidendi* (i) en los casos de normas reglamentarias que modifican algún aspecto del sistema de cálculo de las primas⁴⁴; (ii) en el caso en que la nueva regulación modifica el criterio previo, según el cual la obtención de la prima de producción de manera automática, de manera que la nueva norma deja su cuantía y criterios a la discrecionalidad del Gobierno⁴⁵; (iii) en los supuestos de modificación o eliminación de diversos conceptos retributivos como los complementos de eficiencia o garantía de potencia⁴⁶; (iv) y en los supuestos en el que la norma habilita al Consejo de Ministros para establecer restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial al objeto de no comprometer la sostenibilidad técnica y económica del sistema⁴⁷.

Por otra parte, nos parece sumamente esclarecedor exponer las reflexiones contenidas en el conjunto de sentencias que se refieren a la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, sobre la incidencia de las modificaciones que esta norma tiene sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en relación con el marco regulatorio en el que se insertan⁴⁸. El asunto debatido

⁴⁴ SSTS 25 de octubre de 2006 (Ar. 8826), 20 marzo 2007 (Ar. 3286), 26 de abril de 2012 (Ar. 6261), 10 de mayo de 2012 (Ar. 7661) y 12 de abril de 2012 (Ar. 5775).

⁴⁵ STS 9 de octubre de 2007 (Ar. 6312).

⁴⁶ SSTS 10 de octubre de 2007 (Ar.7050) y 9 de diciembre de 2009 (Ar.2075).

⁴⁷ STS 11 de octubre de 2011 (Ar.7743).

⁴⁸ *Cifr.* nota 30.

en la *litis* arranca de la redacción original del RD 661/2007, que no contenía limitación de las anualidades durante las cuales se percibirían las primas a las energías renovables, con lo que podría llegar a interpretarse que estaban establecidas para toda la vida de la instalación; no obstante, el RD 1565/2010, estableció el plazo límite de percepción de las primas en 30 años, con lo que si se interpretara que conforme RD 661/2007 estaban establecidas *indefinidamente*, el establecimiento de un plazo determinado supondría en cualquier caso una minoración de la prima. Planteada así la cuestión, pasemos a exponer el completo *iter* argumental seguido por el TS en este asunto, lo que haremos tomando, por todas, las consideraciones contenidas en la STS de 12 de abril de 2012 (Ar.5775).

La primera consideración al respecto que el Tribunal Supremo señala es que el derecho a la tarifa regulada, que el Real Decreto impugnado elimina a partir del año 30, no es el único mecanismo de fomento previsto en la regulación, de modo que la medida de fomento que la norma elimina debe contextualizarse y ser puesta en relación con el resto de los incentivos dispuestos para las instalaciones de energía desde fuentes renovables, tales como prioridad en el acceso y la preferencia para el despacho en el mercado de la energía eléctrica, las subvenciones directas o indirectas a las instalaciones correspondientes, un eventual régimen tributario más beneficioso, etc. Sentado lo anterior, el TS afirma que

La apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de ser tratada no con la vista puesta en los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con todo el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables.

En segundo lugar recuerda el Tribunal Supremo que los titulares de las instalaciones carecen en todo caso de un “derecho inmodificable” al mantenimiento inalterado del régimen económico por el que se regulan sus retribuciones, cuando además, la práctica eliminación del riesgo empresarial derivado de la opción de venta a tarifa,

... es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar).

La tercera consideración del Tribunal Supremo en relación con el marco regulador en que se insertan las modificaciones trata sobre la existencia de determinados *condicionantes implícitos* y *explícitos* sobre los que descansan las medidas de fomento que integran el régimen retributivo singular de las instalaciones desde

fuentes proambientales. Dejando al margen los condicionantes explícitos -referidos a la modificación del régimen retributivo concurriendo determinadas circunstancias, como la superación de los objetivos de potencia prefijados, pero que en todo caso se trata de supuestos recogidos de antemano en la normativa-, en cuanto a los condicionantes implícitos, refiriéndose el TS expresamente a la posibilidad de modificación de las tarifas reguladas, señala que, como medida de fomento que son,

no pueden considerarse “perpetuas” o ilimitadas en el tiempo. No es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno (...)

En definitiva, la invocación del principio de seguridad jurídica frente a modificaciones del régimen económico de las energías renovables exige previamente partir de la consideración de la inexistencia de un derecho inmodificable al mantenimiento de un determinado régimen económico, más aun teniendo en cuenta su naturaleza como medidas de fomento. Partiendo de ello, el parámetro que determina la legitimidad de las medidas adoptadas vendrá condicionado por la efectiva contextualización de las mismas, para lo que deben tenerse en cuenta, por una parte, el conjunto de todas las medidas favorecedoras de la actividad dispuesta por los Poderes Públicos y, por otra, el escenario económico en el que efectivamente se insertaron tales medidas que a lo largo del tiempo puede cambiar, no siendo aceptable abstraerse de antemano de su previsible evolución.

4. El principio de irretroactividad.

A. Delimitación del principio por el Tribunal Constitucional. Relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Conviene acotar de entrada el ámbito de la *retroactividad prohibida* delimitado por el Tribunal Constitucional, ya que, recordemos, en nuestro ordenamiento no existe una interdicción absoluta de la retroactividad de las normas, pues la prohibición que se deriva del art. 9.3 de la Constitución viene referida exclusivamente a la retroactividad *in peius*, es decir, en los casos de *normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, fuera de cuyos supuestos es posible que *el legislador dote a la ley de un ámbito de retroactividad que considere oportuno, disponiendo éste de un amplio margen de discrecionalidad política* (SSTC 150/1990 de 4 octubre, FJ 8 y 182/1997 de 28 octubre, FJ 11, entre otras).

Sentado lo anterior, dentro de la retroactividad permitida habría que distinguir el grado de la retroactividad de la norma, para lo que el Tribunal Constitucional utiliza los términos de *retroactividad propia*, según la cual la norma extiende sus con-

secuencias jurídicas a supuestos nacidos, consolidados y agotados plenamente en el pasado, y *retroactividad impropia*, según la cual los efectos de la norma se proyectan hacia el futuro sobre supuestos que nacieron en el pasado⁴⁹. Las SSTC 89/2009 de 20 de abril y 116/2009, de 18 de mayo resumen con toda claridad la doctrina sobre el grado de retroactividad de las normas expresando claramente que la *retroactividad propia* estaría vetada en principio, pudiendo excepcionarse únicamente si así viniera impuesto por *exigencias cualificadas del bien común*⁵⁰; por su parte, el juicio sobre la legitimidad de la *retroactividad impropia*, exige tener en cuenta el principio de seguridad jurídica y los imperativos que pueden conducir a una modificación del marco jurídico, así como una ponderación de circunstancias *ad casum*. Es oportuno, por tanto, realizar un análisis conjunto de la operatividad del principio de irretroactividad, con los de seguridad jurídica y confianza legítima, pues se hace imprescindible aclarar cuándo la norma de carácter retroactivo vulnera estos dos principios, lo que haremos exponiendo sintéticamente la doctrina del Tribunal Constitucional vertida al respecto⁵¹.

En este orden de cosas, afirmado que el principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE no es absoluto, -de modo que es posible dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno fuera de las materias para las que expresamente se prohíbe la retroactividad- la aceptación de un grado de retroactividad no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, señaladamente el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (SSTC 126/1987, 182/1997, 273/2000, 176/2011 entre otras).

Por su parte, en cuanto al principio de seguridad jurídica, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto -pues ello daría lugar a la congelación o petrifica-

⁴⁹ Sobre el progresivo abandono en la jurisprudencia constitucional de la clásica terminología que hace referencia a la retroactividad en sus grados “máximo”, “medio” y “mínimo” sustituidos por los adjetivos de “propia” e “impropia”, *vid.* LÓPEZ MENUDO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, en *Documentación Administrativa*, n° 263-264 (mayo-diciembre 2002), INAP, Madrid, pág. 79.

⁵⁰ *Vid.* STC 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 5, -que cita la jurisprudencia del TJUE- sobre la delimitación de las exigencias del interés general que podrían, en su caso, excepcionar la aplicación del principio de seguridad jurídica e imponer una retroacción de la norma en sentido propio, pudiendo modificar, por tanto, situaciones de hecho nacidas en el pasado,.

⁵¹ Tomo en este punto la jurisprudencia constitucional compendiada por BACIGALUPO SAGGESE, M.: “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, *Revista Otrosí*, n° 6, abril-junio 2011, Colegio de Abogados de Madrid, págs. 17 a 23.

ción del ordenamiento jurídico existente- sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 126/1987, 150/1990, 182/1997, 234/2001); siendo así que una ley vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela irrazonable e imprevisible, *con quiebra de la confianza legítima* de los obligados en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos (STC 234/2001).

Por último, el Tribunal Constitucional aclara que determinar cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 205/1992, 173/1996, 182/1997, 234/2001).

En definitiva, siguiendo la doctrina constitucional que acabamos de citar, los elementos claves para determinar el acomodo constitucional de la medida retroactiva serán la determinación de su grado de retroactividad y su posible incidencia sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima⁵². Por ello, la legitimidad de la retroactividad impropia establecida por la norma exige una ponderación de bienes jurídicos, ya que ni el principio de seguridad jurídica ni el de irretroactividad impiden la innovación dinámica del ordenamiento jurídico, como tampoco que las nuevas revisiones normativas puedan ser aplicadas pro futuro a situaciones nacidas en el pasado, sino que sólo exigen que la innovación normativa -sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada- se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación suficientes y, en su caso, medidas compensatorias) que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior.

B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables.

Es conveniente no perder de vista que el gran problema a solventar cuando se invoca el principio de irretroactividad es determinar en qué consiste la retroacción o cuando ha de considerarse que la norma retroacciona⁵³, pues no son pocas las ocasiones en el que el Tribunal Supremo debe resolver alegaciones sobre la vulneración de este principio en las que suelen pasarse por alto la comple-

⁵² *Ibid.* pág. 20.

⁵³ LÓPEZ MENDUO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves³, *ob. cit.*, pág. 75.

jidad que encierra la correcta aplicación del grado de retracción de la norma, presuponiendo incluso que la retroactividad lleva aparejada su ilicitud. Sin embargo, lo cierto es que la gran mayoría de estos supuestos vienen referidos a modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables cuya eficacia se proyecta estrictamente hacia el futuro -es decir, el grado de retroactividad permitido en nuestro ordenamiento-, con lo que las sentencias terminan legitimando la validez de la norma.

Así las cosas, la mejor exposición de la doctrina sobre la retroactividad de las disposiciones que modifican el régimen económico de las instalaciones de producción desde fuentes renovables puede extraerse del conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en relación con la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, -anteriormente citados al analizar el principio de seguridad jurídica- lo que haremos partiendo del razonamiento expuesto en la STS de 12 de abril de 2012 (Ar.5775), que bien puede considerarse la verdadera referencia en esta materia, pues con ella arranca toda una línea argumental reiterada, sin fisuras, a lo largo de varias decenas de resoluciones posteriores⁵⁴. Nos parece sumamente necesario destacar la importancia de las reflexiones contenidas en estas sentencias, no tanto por su reiteración, pues en el fondo se trata de recursos sobre el mismo objeto, sino por el escrupuloso y detallado tratamiento del principio de irretroactividad, en un tono profundamente dogmático con el que parece querer sentar las bases sobre las que sustentar los futuros razonamientos en las cuestiones relacionadas con la aplicación retroactiva de las medidas adoptadas en este ámbito, como, por lo demás, lo demuestra el hecho haberse convertido en cita obligada en la materia⁵⁵. En definitiva, el conjunto de pronunciamientos encabezado por la citada STS de 12 de abril de 2012 no contiene un nuevo planteamiento o interpretación del principio de irretroactividad, sino más bien un prontuario con el propósito de centrar debidamente su alcance y límites, y ello porque las apelaciones al principio de irretroactividad carecen en muchos casos de la necesaria precisión a pesar de que, según se expresa, *los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto -entre nosotros el estudio del "principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas" se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años-*⁵⁶

⁵⁴ Cjfr. nota. 30. Más recientemente las SSTS 26 junio 2013 (Ar.6014), 1 julio 2013. (Ar.6733) y 12 septiembre 2013 (Ar.6485) se remiten a la doctrina contenida en aquéllos pronunciamientos.

⁵⁵ En este sentido, entre otras, STS 1 julio 2013 (Ar.6733) relativas a la impugnación de la Ordenes ITC/3353/2010, ITC/619/2011, ITC/688/2011, ITC/1068/2011, sobre peajes de acceso y tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial.

⁵⁶ Entendemos que en este punto se está refiriendo el Tribunal Supremo a la obra de LÓPEZ MENU-DO, F.: *El Principio de Irretroactividad en las Normas Jurídico-Administrativas*. Servicio de Publicaciones de Uni-

En este orden de cosas, en el que *el lenguaje que se emplea no resulta indiferente* (FJ 3), el Tribunal Supremo pone especial énfasis en el grado de retroactividad de la norma y recuerda que el concepto de *retroactividad prohibida* es más restrictivo que el de simple *retroactividad*, de modo que únicamente queda vetada la retroactividad de las normas con efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, es decir, que obliguen a revisar hechos pretéritos, alteren la realidad consumada o anulen efectos agotados. Por lo tanto, no cabría hablar de retroactividad propiamente en los casos en que la norma tiene eficacia estrictamente *pro futuro* aunque los supuestos de hecho a los que se aplique traigan causa del pasado. Dicho de otra forma, sólo la proyección de la eficacia de la norma *hacia atrás* determina su retroactividad, y dentro de ella, la prohibición de retroactividad alcanzaría únicamente a las normas con efectos desfavorables sobre las relaciones jurídicas pasadas.

Por su parte, censura el Tribunal Supremo en la sentencia que glosamos una muy extendida utilización del equivocado binomio “retroactividad-ilicitud” señalando al respecto que,

las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de “propia” e “impropia” aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incursas en la prohibición de retroactividad normalmente atentarán también contra estos principios, pero no viceversa.

A la vista de la doctrina expuesta, y ya sobre el concreto objeto de la *litis* en la STS 12 de abril de 2012 y concordantes -RD 1565/2010 que eliminó *pro futuro* las primas a percibir que se habían establecido por la normativa anterior- entiende el Tribunal Supremo que este supuesto no integra una medida incursa en la prohibición de retroactividad, toda vez que la nueva norma proyecta su eficacia hacia el futuro, dejando inalterada las primas cobradas en el pasado, de modo que,

versidad de Sevilla, 1984. Un estudio más reciente en LÓPEZ MENDUO, F: “El principio de irretroactividad” en SANTAMARIA PASTOR J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010, págs. 141 a 176.

La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. (EJ 3).

Desde luego que la mayoría de los supuestos en que se ha planteado el alcance de la retroactividad se presentan bajo el patrón expresado, disponiendo la nueva norma su eficacia *hacia adelante* a situaciones que nacieron en el pasado⁵⁷, lo que sin embargo, no debe ocultar las dificultades que pueden encerrar la fijación del punto a partir del cual la incidencia de la norma reglamentaria sobre situaciones nacidas con anterioridad estaría prohibida⁵⁸. De entre estas incursiones del reglamento en hechos pretéritos, destaca el RD 1003/2010, de 5 de agosto, que vino a instaurar *ex novo* un procedimiento de verificación a fin de comprobar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos hasta entonces para la liquidación de las primas, anudados a la inclusión de las instalaciones en el Registro Administrativo correspondiente. Lo que se pretendía con el Real Decreto era, precisamente, comprobar que las instalaciones receptoras de las primas cumplieran los requisitos para estar inscritas en el Registro, y, por tanto, que contaban efectivamente con las condiciones para la percepción del régimen retributivo, siendo así que del procedimiento de verificación establecido por el nuevo Real Decreto podrían derivarse la suspensión del derecho a percibir la prima que ya se venía disfrutando e incluso iniciarse un procedimiento sancionador del que eventualmente podría resultar la devolución de primas percibidas. Alegada la posible infracción del principio de irretroactividad, la STS 8 de noviembre de 2011⁵⁹ (Ar.2012\1079), considera que el nuevo Real Decreto no modifica los requisitos que ya eran necesarios para percibir la prima, por lo que no puede hablarse de retroactividad cuando la nueva mantiene las exigencias sustantivas derivadas de las anteriores y sólo regula el procedimiento para su inspección y control⁶⁰.

En definitiva, en relación con la modificación de las medidas de fomento en este ámbito, será el grado de retroactividad de la norma lo que determine su conformidad o disconformidad al ordenamiento jurídico y sólo en los hipotéticos su-

⁵⁷ Por citar varios ejemplos, STS 9 octubre 2007 (Ar. 6312), sobre el RD 1454/2005 que eliminó la percepción automática de la prima condicionando su abono en el futuro al cumplimiento de determinados requisitos; STS 10 de octubre 2007 (Ar. 7050), sobre el mismo Real Decreto, en este caso por modificar, también *pro futuro*, el régimen aplicable al cobro de la retribución por disponibilidad; y STS 9 diciembre 2009 (Ar. 2010\2075) en relación con la limitación de primas establecida por el RD 661/2007 a instalaciones de cogeneración que superasen 100 MW, reduciendo el umbral anterior establecido en 400 MW.

⁵⁸ LÓPEZ MENUDO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, *ob. cit.*, pág. 91.

⁵⁹ En el mismo sentido, SSTS 8 junio 2011 (Ar.5154), 1 de marzo de 2012 (Ar.5367), 2 julio 2012 (Ar.7598) entre otras.

⁶⁰ EJ 3

puestos en que la norma obligara a devolver las primas o ventajas ya concedidas en el pasado podría hablarse verdaderamente de un supuesto de retroactividad prohibida. En otros casos, en los que la norma modificara las retribuciones por la generación futura de la electricidad, integraría un supuesto retroactividad impropia, supuesto no prohibido por el ordenamiento jurídico.

5. El principio de confianza legítima. El “riesgo regulatorio” como criterio que elimina la posible vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

A. Delimitación general del principio por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Como es sabido, el principio de protección de la confianza legítima se recibió en nuestro ordenamiento a finales de los años ochenta del siglo pasado, después de haber sido acogido por el Derecho Comunitario que lo había tomado del Derecho Administrativo Alemán, donde tuvo su origen⁶¹. En nuestro ordenamiento, debe verse como una derivación del principio de seguridad jurídica entendido en sentido amplio⁶², lo que es fácilmente comprensible dada el inmenso espacio que ocupa la seguridad jurídica como principio informador de la totalidad del ordenamiento jurídico.

El alcance del principio de confianza legítima se proyecta sobre aquellas situaciones creadas al amparo de signos externos de la Administración que inducen razonablemente a los interesados a adoptar una determinada conducta y sobre las que posteriormente algún tipo de manifestación expresa de los Poderes Públicos, hace cesar los efectos favorables de la conducta del particular o bien pone de manifiesto su ilicitud, entendida en sentido general como actuación contraria a la norma. Así, en palabras del Tribunal Constitucional,

La idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal.

⁶¹ Sobre un estudio en profundidad del principio en *vid.* GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Edit. Civitas, Madrid, 2001. Más recientemente, del mismo autor “El principio de protección de la confianza”, en SANTAMARIA PASTOR, J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010.

⁶² SSTC 234/2001, de 13 de diciembre (FJ 11); 222/2003, de 15 de diciembre (FJ 4); y 178/2004, de 21 de octubre (FJ 12).

En el ámbito concreto de la Administración Pública el principio se encuentra positivizado en el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que no obsta para que su construcción y desarrollo sigan siendo eminentemente jurisprudenciales. Vale la pena, por tanto, recordar la definición, virtualidad y límites del principio que puede extraerse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la cita revela toda su fuerza expansiva como regla orientadora de la actuación de los poderes públicos. Así, la STS 1 de junio de 2010 (Ar.5466), que reitera jurisprudencia anterior, se refiere al principio de confianza legítima en los siguientes términos:

*relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, que comporta, (...) el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima **no garantiza la perpetuación de la situación existente**, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.*

Queda claro, por tanto que ante la más que probable colisión del principio de confianza legítima con la potestad de innovación del ordenamiento jurídico, debe darse preferencia la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones – *modificación o derogación de la norma anterior por otra posterior del mismo rango y de contrario o diferente signo*– estableciéndose en su caso las medidas compensatorias oportunas⁶³.

B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables.

En el ámbito concreto de la producción de energía desde fuentes renovables, la alegación del principio de confianza legítima en los supuestos en que se pre-

⁶³ SSTS 17 de junio de 2003, (Ar. 5424) STS 15 de junio de 2005 (Ar. 6482).

tende la anulación de normas reglamentarias que alteran situaciones creadas con anterioridad, suele venir acompañada de los principios de seguridad jurídica, del que es una derivación como hemos dicho, e irretroactividad. En estos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente la vulneración del principio de confianza legítima que se infiere de la alta inestabilidad del marco regulatorio aplicando una doctrina según la cual **la mera existencia del “riesgo regulatorio” determina la eliminación de la imprevisibilidad de la medida**, sin la cual no es posible aceptar la vulneración de la confianza legítima⁶⁴. Es decir, para el Tribunal Supremo la simple constatación del *riesgo regulatorio* en el sector tiene la virtualidad de atemperar la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima como consecuencia de las sucesivas alteraciones normativas, de manera que su propia existencia supondría la aceptación *ex ante* por los interesados de la situación de incertidumbre característica de todo sector liberalizado, y como consecuencia de ello, la desactivación de los principios que protegen contra la excesiva mutabilidad del ordenamiento jurídico y las alteraciones no previstas en el régimen económico.

Esta faceta del principio de confianza legítima que se conecta con el *riesgo regulatorio* se presenta en los pronunciamientos jurisprudenciales como un argumento *a fortiori*, es decir, una vez que el Tribunal Supremo ha desestimado las alegaciones sobre la supuesta vulneración del principio de irretroactividad y confianza legítima, lo que no impide reconocer que tal y como está argumentado por el Tribunal Supremo, y en línea de tendencia, bien podría consolidarse como argumento independiente, como *principio del riesgo regulatorio*.

Esta consecuencia del *riesgo regulatorio* existente en el sector así como su alcance efectivo es constante en el Tribunal Supremo desde las primeras ocasiones en que tuvo que pronunciarse. Así, en la ST de 11 de junio de 2001 (Ar. 2002\6075), relativa a los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico, sobre las compensación por inversiones llevadas a cabo por las empresas en una situación normativa de regulación e intervención pública y que no podrían ser recuperadas en una situación de libre mercado en competencia, el Tribunal Supremo señalaba ya las circunstancias por las que las empresas podían llegar a inferir la existencia de un riesgo regulatorio y la previsibilidad del cambio de régimen jurídico⁶⁵.

⁶⁴ La operatividad del principio en la jurisprudencia ha analizada por RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. *RAP* n°188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.

⁶⁵ En concreto, la citada STS señala como condiciones que hacían prever la modificación del régimen del sector eléctrico las siguientes: la adhesión de España a las Comunidades Europeas, de cuyos principios ins-

En posteriores sentencias del Tribunal Supremo referidas al concreto ámbito de la economía de las instalaciones de producción desde fuentes renovables se ha mantenido el significado del concepto de *riesgo regulatorio* entendido como “posibilidad de variación de la normativa en sentido en cierto modo previsible que debe ser soportada por los interesados”. Así, en la Sentencia 9 diciembre 2009 (Ar 2010\2085) el Tribunal Supremo señala que:

*Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, **sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos** por las autoridades públicas, **son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados**, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los «**riesgos regulatorios**» a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera –en el sentido antes dicho– pero no excluye. (FJ 3).*

Más recientemente, en ocasiones el Tribunal Supremo no utiliza la denominación *expressis verbis*, pero mantiene el significado del concepto “riesgo regulatorio” en el sentido que venimos exponiendo. Así resulta, entre otras, de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012⁶⁶ (Ar. 5775), que al tratar de la disminución de retribuciones llevada a cabo en la opción de tarifa regulada señala que

Los agentes u operadores privados que “renuncian” al mercado, (...)sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias

Cabe concluir que aceptando la noción de *riesgo regulatorio* con referencia al fenómeno de intenso dinamismo y variabilidad normativa propio de sectores económicos liberalizados según se expusimos anteriormente en otro apartado, el Tribunal Supremo le aplica además un efecto claro, cual es entender que esta situa-

piradores podría preverse la apertura del mercado a la competencia; la *calidad de los servicios internos de las empresas*; y los sucesivos protocolos suscritos con sucesivos Ministerios por las empresas eléctricas.

⁶⁶ En idénticos términos se expresan varias sentencias de la misma fecha que contienen el mismo concepto de riesgo regulatorio (Ar. 5771, 8866, 5275 y 5798), así como las SSTs de 14 mayo 2012, (Ar. 7308), 18 mayo 2012 (Ar.6863), 3 mayo 2012 (Ar. 6463).

ción de incertidumbre normativa debe ser soportada por los agentes intervinientes en tales sectores por ser conocida de antemano, lo que en definitiva no produce otro efecto que el de atemperar la posible infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Siguiendo a RODRÍGUEZ BAJÓN⁶⁷, el principio de riesgo regulatorio impone un auténtico “deber jurídico de soportar el daño”, lo que -salvo excepciones- eliminaría la antijuridicidad ante las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambios bruscos e inesperados en la normativa. En suma, constatada la existencia del riesgo regulatorio en un sector determinado quedan sin operatividad los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, impidiéndose además, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del cambio normativo.

V. REFLEXIONES FINALES. LOS PROPÓSITOS DE ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESTABLE Y PREDECIBLE

Los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo que hemos analizado, con responder plenamente a un razonamiento jurídico ciertamente riguroso que termina legitimando la validez de las modificaciones normativas llevadas a cabo en cada caso enjuiciado, a nuestro entender no satisfacen plenamente la cuestión de fondo, que no es otra que los límites a la intensa mutabilidad a que está sometida la normativa en esta materia.

En efecto, los principios de seguridad jurídica e irretroactividad no pueden erigirse en valores absolutos que impidan la *petrificación del ordenamiento*, pero tampoco parece razonable que de ello pudiera derivarse la conclusión de que la potestad de innovación del ordenamiento sea ejercitada sin otro límite que la simple voluntad de su titular, pudiendo amparar la creación de situaciones contrarias al interés general, como lo sería el caso que un uso tan intenso de la potestad pueda llegar a presuponer, ya de antemano, la fugacidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. En este sentido, se echa en falta en los pronunciamientos del Tribunal Supremo algún reproche a la excesiva mutabilidad en este sector del ordenamiento jurídico, que por otra parte sí han puesto de manifiesto el Consejo de Estado y la Comisión Nacional de la Energía⁶⁸. El mutismo del Tribunal Supremo sobre este aspecto genérico del ejercicio de la potestad de innovación normativa podría llegar a interpretarse –torcidamente a nuestro juicio– como un *placet* a la mutabilidad jurídica en este sector en cualquier supuesto y circunstancia, debilitando en consecuencia la seguridad jurídica en su aspecto de “Derecho seguro” y “Derecho

⁶⁷ *Ob. Cit.* pág. 202.

⁶⁸ Cifr. nota 1

previsible”, cuando lo cierto es que debe reconocerse a los sujetos destinatarios su derecho a desarrollar mínimamente su actuación conforme a la norma teniendo sin que adaptar cada poco tiempo su conducta.

Al margen de las previsiones encaminadas a dotar de cierta *predictibilidad* en materia de energías renovables –como los mecanismos sobre actualización y revisión del sistema retributivo, que, dicho sea de paso, tampoco han permanecido ajenos a constantes modificaciones posteriores-, interesa resaltar ahora dos mecanismos genéricos dirigidos exclusivamente a poner límites al ejercicio de la potestad de modificación del ordenamiento: por un lado, los mandatos de autovinculación, por los que se intenta congelar el ejercicio futuro de la potestad normativa mediante la introducción de previsiones en la norma acerca de su intangibilidad futura, y por otra, la previsión normativa expresa incluida en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible sobre el ejercicio de la potestad normativa encaminada a la creación de un marco estable y predecible.

En cuanto a los mandatos de autovinculación, y pese a la buena intención que pudieran albergar, salta a la vista su falta de encaje en nuestro ordenamiento, y no sólo por tratarse de una mecanismo contrario a la necesaria potestad de innovación que impide la *petrificación* del ordenamiento, sino que directamente desnaturaliza el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que en la práctica supondría renunciar a su ejercicio efectivo en el sentido que en cada momento demande el interés general, consecuencia que no tiene cabida en nuestro ordenamiento. Un ejemplo de este tipo de mandatos podía leerse en el proyecto de norma que luego sería el RD 1614/2010, de 7 de diciembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrónica y eólica*, que eliminaba la posibilidad de revisar en el futuro el régimen económico para determinadas tecnologías de producción, manifestando abiertamente Consejo de Estado sus dudas al respecto remarcando

[el] más que cuestionable valor jurídico que un mandato de auto vinculación semejante pueda tener en relación con revisiones posteriores de la norma o de las primas...

Por su parte, el art. 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, bajo la rúbrica “*Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas*” y dentro de un Capítulo dedicado a la “*Mejora de la Calidad de la Regulación*”, establece en su apartado 4 que:

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

Desde luego que la simple plasmación legal del prurito no resuelve el problema, pero nos parece justo en este caso alabar la previsión contenida en la norma, pues pese a su inexcusable generalidad no es tarea fácil delimitar los contornos conforme a los cuales debe ejercerse correctamente el ejercicio de la potestad de innovación del ordenamiento jurídico, o, en palabras de VILLAR PALASÍ, conciliar *la mutación permanente e inexorable de la norma administrativa con el principio de seguridad jurídica*⁶⁹. En cualquier caso, supone un importante referente legal como parámetro de legitimidad del ejercicio de la potestad reglamentaria cuya vigilancia corresponderá a los Tribunales.

VI. CONCLUSIONES

Es una realidad incuestionable que el grado de madurez alcanzado el mercado por las energías renovables se debe en gran medida a la actuación de los Poderes Públicos, cuyas medidas de fomento han sido determinantes para el crecimiento exponencial de estas tecnologías de producción. Si bien es importante recordar el decidido impulso de las políticas europeas - muy favorables desde luego a la producción de energía desde fuentes limpias pues fijan objetivos concretos de potencia a alcanzar y prevén *sistemas de apoyo* nacionales a su implantación - sin embargo no cabe olvidar el amplio margen con que cuentan los Estados para concretar su regulación. En este sentido, en nuestro país la materia se ha venido articulando en torno a sucesivos periodos regulatorios, cada uno de los cuales integran una constelación de normas asimétricas, pues a cada tecnología de producción se le reconoce un régimen retributivo diferenciado, que disciplinan los más variados aspectos de cada una de ellas. A esta complejidad inicial de la regulación del régimen jurídico de las energías renovables, debe añadirse la derivada de la escasa estabilidad de los sucesivos periodos regulatorios, lo que ha intensificado aún más el enrevesado marco normativo en la materia, dada la convivencia de diversos regímenes jurídicos y retributivos como consecuencia de la necesidad de establecer largos periodos de derecho transitorio en orden a la protección de las inversiones realizadas al amparo de la normativa anterior.

Desde luego que tanto el Consejo de Estado como la Comisión Nacional de la Energía no han permanecido ajenos a la incertidumbre regulatoria en la materia, afirmando la necesidad de dotar a las energías renovables de un marco estable, duradero y predecible como condición tanto para favorecer nuevas inversiones como para proteger las realizadas, pero en el plano jurisprudencial es difi-

⁶⁹ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Curso de derecho administrativo*. TOMO. I., *Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1972, pág. 193.

cil encontrar algún pronunciamiento favorable a la anulación de la nueva ordenación por vulnerar los principios de seguridad jurídica, irretroactividad o confianza legítima.

Por su parte, aunque las alegaciones sobre la vulneración de los principios señalados suelen presentarse al Tribunal Supremo fuertemente imbricadas, como es lógico dada la íntima relación entre ellos, sin embargo del análisis diseccionado de cada uno de ellos pueden extraerse las líneas maestras de su aplicación en respecto de las modificaciones en materia de energías renovables.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha mantenido la perfecta compatibilidad del principio de seguridad jurídica con las continuas modificaciones del marco normativo sobre producción de energía eléctrica desde fuentes renovables, negando a los titulares de las instalaciones la existencia de un derecho absoluto e inmodificable al mantenimiento de un régimen económico determinado que impidiera su adaptación a futuras circunstancias, lo que determinaría la petrificación del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia matiza que en cada caso la valoración deberá armonizar necesariamente los postulados derivados del principio de seguridad jurídica con los intereses generales afectados.

En cuanto al principio de irretroactividad el Tribunal Supremo rechaza que se vea conculcado en los casos en que las medidas legislativas eliminen o reduzcan las retribuciones *pro futuro* alterando el régimen económico del que venían disfrutando. Ello es así en tanto que las normas que modifican las retribuciones no revisen, remuevan o alteren la realidad consumada en el pasado -con lo que las retribuciones ya percibidas permanecerían incólumes-, sino que despliegan su eficacia respecto de las retribuciones a percibir por la generación futura de electricidad. Ahora bien, la legitimidad de esta *retroactividad impropia* exige una ponderación de bienes jurídicos, -sobre todo si la modificación resulta brusca, imprevisible o inopinada- en la que se determine si es necesario llevar a cabo ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación suficientes y, en su caso, medidas compensatorias) que amortigüen, moderen o minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior.

Para el Tribunal Supremo no existe tampoco vulneración del principio de confianza legítima derivada de la alta inestabilidad del marco regulatorio del régimen retributivo de las energías renovables, ya que los agentes intervinientes en los *sectores regulados* deben conocer la situación de incertidumbre normativa asociada a la posibilidad de modificación del marco jurídico de estos sectores económicos y que es consecuencia de su evolución hacia la entrega al mercado, lo que se denomina *riesgo regulatorio*.

En este contexto, en relación con los sectores regulados, emerge en la jurisprudencia el *principio de riesgo regulatorio* cuya existencia determina la eliminación de la imprevisibilidad de la medida, y, por ende, limita la operatividad de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. El *principio de riesgo regulatorio*, implica además el “deber jurídico de soportar el daño”, lo que -salvo excepciones- eliminaría la antijuridicidad ante las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambios bruscos e inesperados en la normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO SAGGESE, M.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 49 a 78.
- “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, *Revista Otrósí*, nº 6, abril-junio 2011, Colegio de Abogados de Madrid, págs. 17 a 23.
- CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M.: “Regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia”, en GUILLEN CARAMÉS, J.: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2011. págs. 87-104.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: “El Plan Energético Nacional (PEN) 1983”, *RAP* nº 104, mayo-agosto 1984, págs. 449- 461.
- FERNÁNDEZ, T.R.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP* nº 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 57-73.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: “El régimen económico del sector eléctrico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 859-936.
- “El déficit de ingresos del sector eléctrico” *RAP* nº 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 307- 335.
- JIMÉNEZ LARREA, E.: “España: de la consolidación de un modelo a nuevos retos a 2020”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 577-612.

- JOVER GÓMEZ-FERRER, J.M.: *Régimen especial de producción de energía eléctrica*. Edit. Consejo de Estado y BOE. Colección: Temas de Administración Consultiva, Madrid, 2012.
- LÓPEZ MENUDO, F.: “El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, en *Documentación Administrativa*, nº 263-264 (mayo-diciembre 2002), INAP, Madrid.
- NEBREDA PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- “El régimen especial de la producción eléctrica”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 381-443.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, en SERRANO GONZÁLEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.): *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial*. Edit. Iustel, Madrid, 2010, págs. 59 a 106.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. *RAP* nº188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.
- SÁENZ DE MIERA CÁRDENAS, G.: “El marco regulatorio de las energías renovables en España”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 683-724.
- SÁNCHEZ SUDÓN, F.: “Historia de las energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 41 a 80.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: *Curso de derecho administrativo*. TOMO. I., *Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1972, pág. 193.
- VVAA: *El marco legal estable. Economía del Sector Eléctrico 1988-1997*. Departamento de Regulación y Estudios de Red Eléctrica de España. Madrid, 2006.