

CASTRO-GIL AMIGO, RAMÓN TAMAMES, PAREJO ALONSO, JIMÉNEZ PIERNAS, PASCUAL VIVES, BARNÉS VÁZQUEZ, PEREZ DE AYALA, MARTÍN PALLÍN, GARCÍA BREVA, SANCHEZ CORZO: “Riesgo regulatorio en las energías renovables”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015, 241, págs.

El riesgo regulatorio es un término económico que ha sido configurado y trasladado al Derecho por parte del TS, como respuesta jurídica a los recursos planteados contra las modificaciones que sobre el régimen retributivo de las energías renovables se han producido. Este concepto viene determinado por una situación de incertidumbre o inestabilidad en un sector económico regulado, inseguridad determinada normalmente por el paso de una situación de monopolio estable y previsible por naturaleza, a una situación de libre mercado en la que rigen e intervienen nuevos sujetos y condicionamientos¹.

Esta concepción fue acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por primera vez en sentencia de 11 de junio de 2001, en un contexto de liberalización del sector eléctrico, que concretamente trataba de garantizar la libre competencia en el mercado. Así, la aplicación del riesgo regulatorio en sus orígenes, como recuerdan CASTRO-GIL AMIGO y GARCÍA BREVA se sustentaba en que a los operadores energéticos convencionales se les presupone una capacidad de análisis incluso superior a la del regulador, por su influencia en la capacidad normativa. Sin embargo, la interpretación del Tribunal ocasionó la aplicación extemporánea de los efectos de este riesgo, a quienes ni gozaron nunca de ningún privilegio en forma de monopolio, ni en la actualidad son adjudicatarios verticales, concerniendo en cambio a los agentes que precisamente, pueden contribuir a generar gradualmente un mayor nivel de competencia: los microgeneradores.

Según se extrae de las tesis mantenidas por la Sala Tercera, esta teoría implica que los operadores económicos que deciden libremente participar en mercados sometidos a intensa regulación, como lo es el sector energético, deben contar con la posibilidad de que se produzcan cambios normativos y modificaciones de las reglas previamente establecidas (STS de 12 de abril de 2012). Por tanto, el riesgo regulatorio supone una clara limitación al valor del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima que además, parece excluir una posible responsabilidad patrimonial. Parece que la inestabilidad regulatoria y la incertidumbre son consustanciales al sector, permitiendo un amplio margen de discrecionalidad al legislador avalado por la interpretación judicial.

¹ RODRIGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, (2012), pág. 195.

El debate relativo a la abundante “cascada legislativa” -término utilizado por MARTÍN PALLÍN y SÁNCHEZ CORZO en la presente obra, y a la variabilidad regulatoria del marco jurídico de las energías renovables ha adquirido una indudable actualidad con la sucesión normativa que está operando en el sector eléctrico, como recoge RAMÓN TAMAMES, quien prologa esta obra. Tomando las consideraciones expuestas como punto de partida, un grupo de profesionales de reconocido prestigio han elaborado cinco Dictámenes jurídicos, en los que se evalúan las tesis jurisprudenciales que desatienden determinados principios constitucionales invocados por parte de los productores de energía fotovoltaica.

Así, este libro constituye un referente en la actualidad jurídica de las energías renovables, con un eminente carácter práctico, dogmático, clarificador y de un alto valor jurisprudencial que presenta relevantes aportaciones doctrinales al problema que se plantea. De lectura imprescindible tanto para profesionales interesados en el sector de las energías renovables, como para estudiosos del Derecho administrativo, proporciona todas las herramientas teóricas y metodológicas para un análisis riguroso y actual de la materia.

I. En el primer Dictamen “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, PAREJO ALONSO analiza el valor y las implicaciones que la confianza legítima tiene en nuestro Estado de Derecho; para ello parte de que la confianza generada en el Derecho vive del pasado pero está dirigida al futuro, aportando seguridad a las normas. El Derecho debe ser fiable por estar sujeto a la exigencia de la confiabilidad, que a su vez implica protección de la confianza hacia el pasado y previsibilidad hacia el futuro. A partir de ahí, el momento determinante en el juego de la confianza en la continuidad del Derecho, debe ser el de la toma de la decisión por el destinatario con un fundamento merecedor de protección jurídica.

Pero no solo eso, también se deben poner límites a la actividad del legislador a la hora de modificar una determinada regulación; de esta forma, el autor defiende que se puedan llevar a cabo modificaciones normativas pero con un control capaz de proporcionar una justificación cierta del interés general, en juego con la correspondiente ponderación de los derechos e intereses involucrados, y con un contenido que proporcione a los afectados tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación.

Cuestión diferente resulta la evaluación de la situación del estado de necesidad. A partir de este supuesto, y una vez analizados los elementos que lo comportan, a juicio del autor en la aprobación del RD Ley 9/2013, de aplicación inmediata por razones de urgencia y sin mecanismo alguno transitorio ni compensatorio no se satisfacen los requerimientos de un verdadero estado de necesidad. Esto es: “no aparecen concretadas suficientemente las características de la situación aducida (déficit eléctri-

co y crisis económica), ni mínimamente razonados la significación, las dimensiones y el alcance de la misma para el Estado y la economía. Además, no solo no se argumenta la ajenidad del Estado en la generación de la situación o siquiera la completa imprevisibilidad de los factores determinantes, sino que-inmediatamente y en la Ley vigente-se realiza un reconocimiento explícito de la influencia en su producción de las políticas públicas desarrolladas”.

II. A continuación, en el segundo Dictamen, titulado “La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, elaborado por JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES, los autores parten de la interpretación mucho más garantista que el Tribunal de Luxemburgo hace del principio, frente a la efectuada por nuestros Tribunales. Desde esta perspectiva, proponen utilizar la cuestión prejudicial como vehículo procesal de colaboración entre el TJUE y el juez nacional de cara a ponderar la conformidad con el Derecho de la UE, de las normas dictadas por nuestro legislador.

Ahora bien, como sostienen JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES, los elementos que singularizan la aplicación de este principio, implican tanto a la Administración como a los operadores económicos. Por un lado, exige una correcta diligencia de la administración en su actuación normativa que precisa la introducción de un régimen transitorio ante las modificaciones normativas sobrevenidas e imprevisibles, proporcional con la protección de la tutela de los derechos adquiridos por los operadores económicos y el interés público perseguido. Por otro lado, los operadores económicos deben conocer tanto el alcance de las normas que regulan el sector o mercado en el que operan, como las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de su aplicación.

Acorde con ello, los autores defienden que una eventual cuestión prejudicial evitaría las deficiencias argumentativas presentes en la doctrina del TS en la materia, en la que entre otros extremos, no se profundiza en la conducta seguida por la Administración durante la fase de constitución de las inversiones.

Sin embargo, el alto Tribunal sí se ha encargado de evidenciar la conducta llevada a cabo por los pequeños operadores económicos. El TS ha venido sosteniendo que los particulares debían contar con la posibilidad de que se produjesen cambios normativos en el sistema retributivo de acuerdo a la evolución de las circunstancias técnicas y económicas que se han venido sucediendo desde 2007. Es decir, estos cambios normativos eran previsible.

III. Precisamente el tercer dictamen “Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio”, redactado por CASTRO-GIL AMIGO y GARCÍA BREVA se centra en analizar el complejo significado y alcance del crite-

rio del riesgo regulatorio en relación con la previsibilidad. Concretamente, se cuestiona si a tenor del fundamento de la aplicación de este criterio por la jurisprudencia de la Sala tercera del TS, esto es, la aceptación del riesgo vinculada con la previsibilidad de las modificaciones, es justo que la interpretación de este concepto pueda ser trasladable a los microgeneradores.

En este sentido, CASTRO-GIL AMIGO y GARCÍA BREVA defienden una interpretación asimétrica de las normas; sostienen que no parece razonable exigir un alto grado de diligencia en la previsión del riesgo a estos pequeños generadores a los que el Estado, siendo consciente de su desconocimiento sobre el sector eléctrico, captó mediante un llamamiento masivo a la inversión, utilizando todo tipo de métodos propagandísticos y transmitiendo estabilidad y seguridad en los proyectos. Consecuentemente, no estaban en condiciones de conocer dicha previsibilidad para prever la evolución de un régimen jurídico con un riesgo oculto, motivo por el cual exigir el mismo grado de responsabilidad en la falta de previsión del cambio regulatorio, implicaría aceptar situaciones injustas y abusivas para los operadores más vulnerables, pudiendo llegar a ser incluso discriminatorio

Está claro que los efectos de los cambios legislativos que se han venido produciendo sobre el régimen jurídico de las energías renovables han traído consigo nefastas consecuencias de índole patrimonial sobre los particulares. Además, la mayoría de los cambios regulatorios se han producido mediante el uso del RD Ley lo que implica *per se* una mala técnica legislativa.

IV. Atentos a este fenómeno, en el cuarto Dictamen titulado “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, BARNÉS VÁZQUEZ y DE AYALA BECERRIL analizan la oportunidad de la técnica legislativa utilizada por el Gobierno, como fundamento de una eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Volviendo a las tesis mantenidas por la sala de lo contencioso del TS a la hora de desvirtuar la vulneración de los principios constitucionales alegados, el alto Tribunal se ha servido de la falta de diligencia de los microgeneradores a la hora de invertir en el sector, sin embargo, tal y como resaltan los autores, poco se ha dicho sobre la previa prospección del legislador; regular bien, ponderar *ex ante* y evaluar el impacto regulatorio deben ser las premisas desde las cuales debe partir la actividad legislativa.

De esta forma, la generación de efectos patrimoniales perniciosos que producen una lesión en el particular mediando una ausencia de la función preventiva y prospectiva de la actuación del legislador debe ser evaluada a la luz del deber estatal de compensar. Ahora bien, como recuerdan los autores, el TS sólo admite que es indemi-

zable “el daño real y efectivo individualizable, debiendo producirse una privación singular en beneficio del interés general, rompiendo el equilibrio y la igualdad en las cargas públicas” (STS de 23 de marzo de 2009).

El caso de las energías renovables en relación con el valor que a la idea de singularidad se da, plantea el rechazo de la antijuricidad de las medidas por la falta de una singularización en un número específico de particulares. Es por ello que los autores plantean una revisión del concepto de singularidad, la cual se puede producir tanto en el caso de un particular que se vea afectado de forma particularmente intensa por una medida, como en el caso en que dicha afectación exagerada sea predicable de un colectivo respecto a otros. Es decir, el principio de reparto de cargas se quebranta cuando un determinado colectivo se ve afectado de forma más intensa que otros destinatarios de la ley.

Otro problema subyace de la evaluación de la existencia de responsabilidad en aquellos casos en los que la ley no ha sido objeto de debate de constitucionalidad. Los recursos de inconstitucionalidad planteados contra el RD Ley 14/2010 de 23 de diciembre, que introducía graves recortes en el régimen jurídico de la electricidad fotovoltaica han sido resueltos cuando la norma ya había sido derogada, hecho que sin duda ha marcado la dirección de los argumentos esgrimidos por el TC, quien ha considerado que habían perdido su objeto los aspectos sustantivos relativos a la vulneración de derechos y de principios constitucionales y solo ha examinado los requisitos formales exigidos en el artículo 86.1 CE para el uso del RD Ley. De esta forma, el TC ha sorteado entrar en el contenido material de la norma por razones exclusivamente formales, basándose en la distinción entre la función jurídica del recurso de inconstitucionalidad frente al de la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, como defendemos, el hecho de que el TC no se haya pronunciado sobre el fondo de la cuestión deja sin tutela constitucional los derechos de los productores de electricidad con energías renovables, puesto que, pese a que la norma fue derogada, las modificaciones introducidas por la norma han sido aplicadas y han generado efectos muy desfavorables².

En este sentido, BARNÉS VÁZQUEZ y DE AYALA BECERRIL consideran necesario articular medios que permitan evaluar la posible existencia de responsabilidad sin que medie como límite apriorístico la generalidad de daño, máxime cuando la norma antes de su expulsión del ordenamiento generó efectos.

² RUIZ OLMO, I., “El recorte a las energías renovables en la sentencia del Tribunal Constitucional 96/2014, de 12 de junio: la aparente incompatibilidad del interés general con el de los productores”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 30 (2015).

V. En el último Dictamen “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, MARTÍN PALLÍN y SÁNCHEZ CORZO, a partir de un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión en torno al principio constitucional de seguridad jurídica cuestionan el interés general (única ratio ante la que puede ceder el citado principio) que se esconde detrás de las últimas modificaciones contenidas en la mal lograda reforma del sector eléctrico.

Como sostienen los autores de este Dictamen, el interés general debe partir de la siguiente premisa: “debe estar perfectamente justificado y acreditado, no puede ser falaz ni fundarse en decisiones arbitrarias”. En lo que a las energías renovables atañe, la nueva regulación sacrifica los intereses particulares de los productores, en aras de la sostenibilidad del sistema eléctrico y la eliminación del déficit de tarifa. Sin embargo, los autores muy acertadamente sostienen que es discutible que modificaciones contrarias a la política comunitaria de fomento de renovables, que perjudican a la economía en general y a la competencia en el sector eléctrico con medidas concretas que no guardan relación con la justificación planteada por el legislador, puedan encontrar cobertura en el interés general.

En definitiva, las reflexiones jurídicas expuestas en la obra son de obligada consulta para todos aquellos interesados en el sector de las energías renovables, especialmente para los productores, pues recoge de forma brillante las líneas argumentativas que deben seguirse en caso de accionar judicialmente en defensa de sus intereses.

Irene Ruiz Olmo
Universidad de Sevilla