

Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos

Caso particular de las instalaciones de producción de energía eléctrica: distinto régimen de primas en el Real Decreto 661/2007 respecto del Real Decreto 436/2004

Eduardo SOLER TAPPA

Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Energía, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Diario La Ley, Nº 7259, Sección Tribuna, 9 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-317, Editorial LA LEY

LA LEY 15713/2009

El autor, partiendo del particular caso de las instalaciones de producción de energía eléctrica y de la modificación de su regulación acaecida en el año 2007, analiza en el presente artículo la incidencia que una modificación normativa y su retroactividad puede tener en los supuestos en que se alteran o modifican derechos económicos reconocidos, así como sus implicaciones con el principio de seguridad jurídica.

Normativa comentada

I. INTRODUCCIÓN

El fin de la regulación del régimen especial es fomentar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable y de tecnologías de cogeneración de alta eficiencia, y así alcanzar los objetivos previstos en el Plan de Fomento de la Energía Renovables en España 2000-2010, y en el Plan de Acción 2005-2007, donde se plantean las líneas prioritarias contempladas en la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012.

Para ello, la Ley del Sector Eléctrico estableció el derecho de las instalaciones del régimen especial (energía solar, eólica, etc.) a percibir una retribución superior a la que perciben las de régimen de producción ordinaria o convencional (como la energía nuclear, carbón, etc.) de forma que obtuvieran una rentabilidad razonable.

1. El Real Decreto 436/2004

Sin ahondar en los detalles de una regulación superespecializada puede decirse que el RD 436/2004 fue la norma que regulaba las instalaciones de régimen especial, señalando el mismo que estaban incluidas en el régimen especial de producción de energía eléctrica aquellas instalaciones renovables, de cogeneración y aquellas de consumo de residuos no renovables, con una potencia inferior a 50 MW. Estas instalaciones, a diferencia de las instalaciones convencionales u ordinarias, no están obligadas a participar en el mercado de producción eléctrica, y pueden ceder toda su producción a la red de la distribuidora más próxima, percibiendo por ello una retribución fija (o también llamada tarifa regulada) por cada kilowatio (kWh) generado. Pero si voluntariamente deciden participar

en el mercado de producción, reciben entonces la retribución que obtengan en el mercado más una prima o incentivo.

Es decir, el RD 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establecía la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, pretendía ofrecer un marco predecible, seguro y estable para el sector, de tal forma que se fomentara el desarrollo de las energías renovables y de la cogeneración, garantizando así el cumplimiento de los objetivos contraídos para el año 2010.

Con esta idea, se establecieron las primas y tarifas para cada una de las tecnologías incluidas dentro del régimen especial, para toda la vida de cada proyecto. Es decir, cada proyecto puesto en marcha conocía por adelantado la retribución que iba a percibir por cada kWh generado durante toda su vida útil, y las revisiones previstas para cada cuatro años no podían afectar a las plantas que ya hubieran sido puestas en funcionamiento antes de la entrada en vigor de la norma.

En este Real Decreto que posteriormente fue sustituido por el RD 661/2007, y cuyo alumbramiento es el que motiva estas líneas de estudio, las tarifas fueron fijadas teniendo en cuenta los costes de inversión de cada una de las tecnologías (solar, eólica, etc.) del régimen especial, y la posibilidad de obtener una rentabilidad razonable.

De este modo el RD 436/2004 parecía que garantizaba una prima para toda la vida del proyecto (en torno a 15 a 20 años).

Así, expresamente, el art. 1 RD 436/2004 dispuso que el objeto de la regulación era «El establecimiento de un régimen económico duradero para las instalaciones acogidas al régimen especial, basado en una metodología de cálculo de la retribución, objetiva y transparente, compatible con la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia, regulada por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre». En ese sentido contempló el art. 40 del Real Decreto un sistema de revisiones cada cuatro años (empezando en el año 2006) que no entrarían en vigor hasta el 1 de enero del segundo año posterior al año en que se hubiera efectuado la revisión.

En concreto parecía (el art. 40) que garantiza las tarifas, primas, incentivos y complementos, afirmando la inexistencia de retroactividad sobre las tarifas y primas de instalaciones puestas ya en funcionamiento antes del período que el mismo precepto establecía, esto es, antes de que la nueva regulación entrara en vigor.

2. Entrada en vigor del Real Decreto 661/2007

Ahora bien, el RD 661/2007, de 25 de mayo, sustituyó al RD 436/2004, de 12 de marzo, y dio una nueva regulación a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, manteniendo no obstante la estructura básica de su regulación.

El marco económico establecido en el nuevo Real Decreto desarrollaba y desarrolla los principios recogidos en la L 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico, si bien altera en cierta medida el régimen económico establecido, pues modifica el citado art. 40, e introduce una nueva previsión en su disp. trans. 1.^a.

Sin entrar en análisis detallados que excederían ahora del objeto de este estudio, puede destacarse en primer término que el nuevo Real Decreto garantiza la tarifa regulada que la instalación viene percibiendo, pero no dice nada del importe de las primas, el cual por tanto, en principio, no estaría garantizado. Ahora bien, en la nueva norma se aprecia un aumento de las primas de determinadas tecnologías (energía solar termoeléctrica, energía

solar fotovoltaica, biomasa de cultivos energéticos, biomasa de residuos forestales y agrícolas, y cogeneración en función de la potencia); la única prima que disminuye es la de la energía eólica (en su opción mercado).

Esta disminución, que puede afectar a instalaciones puestas en marcha con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma (que disminuye la prima), es precisamente la que plantea la trascendental cuestión de la afección a derechos adquiridos, expectativas legítimas y posible retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos.

II. RETROACTIVIDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

1. Sobre la retroactividad

Una medida como la expuesta, de modificación del régimen económico de las primas en instalaciones de producción cuya puesta en funcionamiento fue previa a la entrada en vigor de la nueva norma modificativa, parece en principio que adolece de cierta retroactividad.

Ahora bien, diferente es que con la regulación pretendida y su entrada en vigor se afecten derechos adquiridos, a que se vean afectadas las expectativas de los titulares de las instalaciones en la aplicación del régimen económico del RD 436/2004 durante toda la vida de la instalación, respecto del cual se había generado (y esto es lo importante) una cierta expectativa de permanencia.

Como ha expresado la STS de 15 noviembre de 1999 —LA LEY 2798/2000—, entre otras, «La retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por los determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3 del Código Civil contiene una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2 LRJ-PAC establece la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos».

Así, antes de nada, y siguiendo la STC 182/1997, de 28 de octubre, conviene recordar la doctrina de este Alto Tribunal en relación con los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica, doctrina que aunque construida en relación con las normas tributarias sirve, sin embargo, como referencia o parangón de la postura del Tribunal sobre la retroactividad.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha declarado que no existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el art. 9.3 Constitución Española (CE), pues el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

En efecto el art. 9.3 señala que «La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)».

Sobre la retroactividad de las normas el art. 2.3.º Código Civil (CC), en perfecta consonancia con el 9.3.º CE, dice con nitidez que las leyes carecen de eficacia retroactiva si no dispusieran lo contrario, lo que, en principio parece que obliga, no sólo a declarar su irretroactividad en los casos en que ella no se establezca, sino incluso a interpretar el tema restrictivamente en los supuestos en que así se contemple.

Sin embargo puede afirmarse que no existe una interdicción general de la retroactividad de las normas (antes al contrario, «fuera de las materias respecto de las que el art. 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por

consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política» —STC 150/1990, FJ 8.º—), y en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado art. 2.3 CC (STS de 15 noviembre de 1999 —LA LEY 2798/2000—), ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad —SSTS de 15 de abril de 1997 (LA LEY 5225/1997) y 26 de febrero de 1999 (LA LEY 3973/1999)—, o se sostenga la tesis que la entiende referida sólo a las disposiciones con rango de Ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, en principio, las normas reglamentarias retroactivas que sean claramente restrictivas de derechos individuales.

Obvio es que no cabe considerar, pues, con carácter general, subsumido el proyecto de modificación del RD 436/2004 en aquellas a las que se refiere expresamente el citado art. 9.3 CE, por cuanto la futura norma no tiene por objeto una restricción de derechos individuales.

En efecto, la reforma pretendida no supone ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial. La reforma respeta la construcción del régimen económico establecido en el RD 436/2004, es más, la reforma se asienta en la necesidad de estabilidad del sistema por medio del mantenimiento de las premisas que inspiraron su establecimiento y la necesidad de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial. La reforma pretendida no supone ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial. *La reforma no altera las premisas utilizadas en el diseño del régimen económico establecido en el RD 436/2004, antes al contrario, incluso persigue el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de apoyos y de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial.*

Por otro lado la modificación del RD 436/2004 introduce reformas que, yendo más allá de una mera revisión de las primas constituyen en realidad una adaptación de las instalaciones acogidas a este régimen a la actual realidad social y económica intentando corregir, actualizar y completar la regulación para el fomento de las energías renovables, así como intentar evitar las disfunciones advertidas en su aplicación.

Por tanto puede afirmarse que aun considerando que la medida tuviera cierto carácter retroactivo, la norma no es restrictiva de derechos individuales (obviamente tampoco es sancionadora), debiéndose ya advertir que como enseña la STC, Pleno, 42/1986, de 10 de abril: «Este Tribunal ha señalado ya en varias ocasiones que la regla antes citada no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo. De hecho, la expresión "restricción de derechos individuales" del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona».

Cosa distinta es que en el seno de esta reforma legislativa, o de otra de similares características, el concreto sistema de readaptación de derechos económicos (en este caso primas) se considere que integra algún supuesto de restricción o vulneración de cualesquiera principios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que afirmar que una categoría de normas en general no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entra en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, FJ 9.º), en particular, por lo que ahora interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (STC

173/1996, FJ 3.º.4).

2. Sobre la seguridad jurídica

Sobre el significado del principio de seguridad jurídica en este particular contexto, el Tribunal Constitucional también ha señalado (y ha de seguirse con la exposición que ofrece la sentencia 182/1997) que dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (STC 126/1987, FJ 11), ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (SSTC 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, 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 (STC 150/1990, FJ 8.º).

Pero como ha dicho el mismo Tribunal la mera constatación de que la norma tiene carácter retroactivo debe llevar necesariamente a la conclusión de que la seguridad jurídica en alguna manera ha podido quedar afectada.

Tal corolario, sin embargo, no implica automáticamente que deba ser declarada inconstitucional.

Determinar, en consecuencia, cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta:

- A) De un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada.
- B) Y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, FJ 11; 150/1990, FJ 8.º, y 173/1996, FJ 3.º).

Por ello una mera modificación con cierto carácter retroactivo del régimen económico de las primas (en este caso que sirve de ejemplo en las instalaciones eólicas), que conlleve la aplicación a todas las instalaciones, incluidas las ya existentes (antiguas) que vienen disfrutando del anterior régimen de primas, no integra *per se* un supuesto de retroactividad proscrita, sino que llegar a esta determinante conclusión exige analizar el grado de retroactividad de la norma y las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto.

Así, como es sabido el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio.

El primer supuesto se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas. En este caso dice el Alto Tribunal que sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica.

De este modo lo que se prohibiría es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva norma en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenecería al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna modificación, hayan de recibir (STC 42/1986).

De acuerdo con esta doctrina, para analizar la constitucionalidad y legalidad de la reforma ahora pretendida será preciso, en primer término, determinar cuál es su grado de retroactividad.

Al respecto siguiendo con la teoría de los tipos de retroactividad, analizando los distintos niveles o grados, conforme a la más autorizada doctrina civilista (DE CASTRO), refrendada por la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de febrero de 1996 —LA LEY 2183/1996— entre otras), la retroactividad —debe reiterarse— puede clasificarse u ordenarse en tres grados o clases: grado máximo, medio y mínimo.

La de grado máximo aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; en la de grado medio la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y la retroacción de grado mínimo, la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma.

En el supuesto analizado puede considerarse, pues, que esta retroactividad de carácter mínimo es la que anuda los efectos previstos en la reforma del RD 436/2004, en el aspecto ahora estudiado.

En efecto, la medida normativa no afecta a los efectos económicos ya producidos, ni a los nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados, sí en cambio a los efectos económicos que en un futuro se producirán respecto a instalaciones que han surgido bajo el imperio de la norma que se pretende modificar.

Esta retroactividad de carácter mínimo, que —ha de repetirse— se pretende anudar a situaciones (no efectos) producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (de nuevo SSTC 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995 y 15 de abril de 1997, entre otras muchas), que es el supuesto ahora analizado.

Con estos datos, debe rechazarse desde el principio estar en presencia de una retroactividad calificada como «plena» o «auténtica». La norma atribuye efectos jurídicos futuros a hechos (venta de energía) que todavía no se han realizado.

Por tanto, si lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva norma en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro (1) , no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos hayan de recibir.

Parece, por tanto, que en este tipo de retroactividad impropia la seguridad jurídica no queda afectada, ya que como se ha dicho la seguridad jurídica (STC 182/1997) no es un valor absoluto, pues de lo contrario se produciría la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen.

Sin embargo lo que se acaba de exponer —continúa el Tribunal Constitucional en la sentencia citada—, tampoco significa que cualquier regulación de este género deba reputarse conforme a la protección de la confianza de los ciudadanos que la Constitución dispensa en el art. 9.3, sino que «Como hemos recordado anteriormente, si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que sólo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Sólo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos».

Es por ello, aunque la medida integre un supuesto de retroactividad de grado mínimo, retroactividad admitida por la más alta institución constitucional (Tribunal Constitucional), que en principio no parece afectar a la seguridad jurídica, sin embargo, y en todo caso, hace que la licitud o ilicitud de la disposición dependa de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso, que tenga en cuenta los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el supuesto, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia

cuantitativa, y otros factores similares (SSTC 126/1987, FF.JJ. 11, 12 y 13; 197/1992, FJ 4.º y 173/1996, FJ 3.º).

3. Circunstancias concretas del caso que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico

Debe abordarse, entonces, a través de estas circunstancias si el principio no absoluto de seguridad jurídica y en tanto que manifestación o concreción del mismo, el de protección de la confianza legítima (2) , han resultado vulnerados:

A) Previsibilidad de la medida

La primera de las circunstancias que han de concretarse es, como se ha dicho, la previsibilidad de la medida adoptada retroactivamente, grado de previsibilidad que determina el grado en la que la seguridad jurídica y la confianza legítima han quedado afectadas.

A este respecto debe reconocerse, antes que nada, que el hecho de que el RD 436/2004 tuviera por objeto unificar la normativa de desarrollo de la L 54/1997, de 27 de noviembre, en lo que se refiere a la producción de energía eléctrica en régimen especial, en particular en lo referente al régimen económico de estas instalaciones, pretendiendo dotar a quienes hubieran «decidido o decidan en el futuro próximo apostar por el régimen especial de un marco regulatorio duradero, objetivo y transparente» y fijando una nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial «por la seguridad y estabilidad que ofrece», no podía hacer esperar, en principio, ese cambio de rumbo de la política retributiva.

Ahora bien, como se ha señalado con anterioridad, entre las exigencias de la seguridad jurídica no se incluye derecho alguno a la «congelación del ordenamiento jurídico existente». Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del art. 9.3 CE, en efecto, no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir al Gobierno tomar conciencia de las situaciones de mercado, o de cualquier otra especie, y hacerlas frente adoptando las medidas que se estimen precisas u oportunas para ello, entre las que se cuentan incluso las necesarias para poner remedio a anteriores y eventuales imprevisiones o —como, sin duda, sucede en este caso— falsas o erróneas expectativas económicas, volviendo, si fuere necesario, sobre anteriores decisiones del propio legislador (STC 182/1997).

En este sentido es enormemente revelador el razonamiento contenido en la STS de 25 de octubre de 2006 (Rec. 12/2005) que sobre la previsibilidad en caso no idéntico pero sí similar llega a decir:

«La misma consideración es aplicable al principio de confianza legítima, creciente e indebidamente aducido como argumento descalificador de no pocas modificaciones normativas que algunos agentes económicos reputan más o menos perjudiciales para sus intereses. Aducen las recurrentes que sus inversiones en la actividad de producción de energía eléctrica de régimen especial se hicieron en un determinado momento "confiando en que la Administración no cambiará las condiciones jurídicas que fueron determinantes para que [...] decidieran construir las instalaciones", premisa de la que deducen que la minoración de las primas posteriores al Real Decreto 2351/2004 respecto de las fijadas en el Real Decreto 435/2004 sería contraria a aquel principio.

Tal razonamiento, referido a un mecanismo incentivador como es el de las primas en cuestión, no puede ser compartido. Mientras no sea sustituida por otra, la regulación legal antes reseñada (artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico) permite a las empresas correspondientes aspirar a que las primas incorporen en su fijación como factor relevante el de obtener "unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales" o, por decirlo una vez más con palabras del preámbulo del Real Decreto 436/2004, "una retribución razonable para sus inversiones".

El régimen retributivo que analizamos no garantiza, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios

pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas.

Del mismo modo que en función de factores de política económica de muy diverso signo (relativos al fomento de las energías renovables pero también a la planificación de las redes de los sectores de electricidad, además de otras consideraciones de ahorro y eficiencia energética) las primas e incentivos para la producción de energía eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen. Siempre que, insistimos, se mantengan las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la actualización o la significación económica de la prima ascienda o descienda no constituye de suyo motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios.

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.»

En efecto, la propia Exposición de Motivos del RD 436/2004 ya advertía que «Desde el punto de vista de la retribución, la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial se caracteriza por la posibilidad de que su régimen retributivo se complemente mediante la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan (...)».

Continúa diciendo la sentencia el Tribunal Supremo antes citada:

«Como bien afirma el Abogado del Estado, los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro.

(...)

No cabe oponer simplemente el valor de la «seguridad jurídica» a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Es verdad que las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas [de hecho en el preámbulo del Real Decreto 436/2004, modificado por el que ahora se impugna, se afirmaba que "(...) esta nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial, por la seguridad y estabilidad que ofrece, debe contribuir a fomentar la inversión en este tipo de instalación"], pero también lo es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.»

Igualmente, como señalara la STS de 15 de diciembre de 2005 (LA LEY 209/2006), con ocasión de la impugnación del RD 436/2004:

«(...) Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE (...)».

Del mismo modo, en distinto contexto, se ha pronunciado también el STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.ª, de 11 de junio de 1996 (LA LEY 6451/1996) donde afirma:

«Ni la falta de experiencia en la aplicación de un anterior Real Decreto, ni los principios de seguridad jurídica y

confianza legítima, invocados por los actores, pueden impedir a la Administración el derogarlo y dejarlo sin efecto, cuando así lo considera adecuado a los intereses generales y a una más fiel regulación de éstos; pues, como señala la jurisprudencia de esta Sala, citada por el Abogado del Estado (Sentencias de 23 mayo 1985 y 22 octubre 1987), "no existe principio de derecho, ni precepto legal alguno que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento jurídico de su esencial condición dinámica y la oportunidad y acierto de una disposición general es materia que incumbe apreciar a los órganos administrativos dentro de un margen de discrecionalidad que esta jurisdicción debe respetar"».

A más abundamiento, no puede negarse que la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de fecha 24 de junio, del RDL 7/2006, cuya Disposición Final segunda y tercera ya anunciaba una modificación del régimen especial, tuvo la virtud de poner sobre aviso, meses antes, a los interesados, permitiéndoles en aquel momento tomar conciencia de la situación.

B) Finalidad de la medida e interés público

Sentado lo anterior, y tal y como se advertía con anterioridad, la previsibilidad no es el único elemento a los efectos de dilucidar si una norma retroactiva vulnera o no el art. 9.3 CE.

De ahí que, después de afirmar con rotundidad en el FJ 5.º B) de la STC 173/1996 que la norma impugnada era «absolutamente imprevisible», lejos de concluir automáticamente en su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional puntualizaba que una norma de tales características «sólo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica que, insistimos, no es un valor absoluto, debería ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos» [FJ 5.º C)].

Pues bien, no cabe duda de que, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto enjuiciado en la STC 173/1996, en este caso concreto concurrirían claras exigencias de interés público que fundamentaban la medida adoptada por la reforma del RD 436/2004, y por tanto no sólo que posibilitan, sino también que aconsejan la modificación, aunque ello tenga cierta incidencia sobre la seguridad jurídica de las concretas instalaciones a las que afecta.

Efectivamente, aún a riesgo de caer en el detalle de la especialidad del sector, concurrían diversas circunstancias de interés general que constituían imperativos para la Administración en su obligación de dotar a las instalaciones en régimen especial de una retribución razonable.

En efecto, la razón que exigía un cambio normativo, tenía su origen en la previsión del RD 436/2004 de garantizar una prima para toda la vida de un proyecto (15 a 20 años), calculándola a partir de un precio de mercado que no podía ser conocido a priori para todo ese periodo. De hecho, el precio del mercado se situó desde los comienzos del funcionamiento del mismo, cercano a los 36 €/MWh, y ésta fue la referencia que se utilizó para calcular las primas correspondientes.

Sin embargo a partir del año 2005, el alto precio de los combustibles y la internalización en el precio de la energía de los derechos de emisión de CO₂, desembocó en un precio de mercado de entre 50-60 €/MWh. Esto provocó que por ejemplo, una de las tecnologías que había experimentado el crecimiento más espectacular dentro del régimen especial, la energía eólica, en lugar de obtener una retribución de 70 €/MWh (con una rentabilidad del 9%) haya venido obteniendo desde el año 2005 una retribución cercana a 90-100 €/MWh (con una rentabilidad superior al 20%), hecho que motivó el cambio de la mayoría de los parques eólicos a participar en el mercado.

Esa retribución que parece exceder claramente los límites de la razonabilidad implica gastos al sistema.

Dadas estas circunstancias, el objetivo de la reforma de las primas de las energías renovables parece que no fue otro que el de racionalizar las retribuciones económicas en beneficio del consumidor, garantizando su sostenibilidad en el tiempo. La reforma no suponía ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial; mantenía las mismas premisas utilizadas en el diseño del régimen económico establecido en el RD 436/2004, es más, perseguía el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de apoyos y de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo antes citada (y es esto lo que debe respetarse):

«Como es bien sabido, dicho régimen ha de ajustarse a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley 54/1997 para los productores de energía eléctrica, completado con la percepción de una prima "en los términos que reglamentariamente se establezcan" cuando se trate de los supuestos de instalaciones que el propio artículo 30 precisa.

El citado artículo 30 dispone que para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria y la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Las sociedades recurrentes, insistimos, no aducen que la modificación reglamentaria aprobada por el Real Decreto ahora impugnado vulnere dichos criterios. Su censura se basa tan sólo en que dicha modificación resulta contraria al artículo 9.3 de la Constitución, a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, y resulta viciada de arbitrariedad en la medida en que carece de motivación

(...)

Es cierto que en el caso que nos ocupa la fijación de las primas está sujeta a unas determinadas pautas normativas, según ya hemos expuesto, pero también lo es que el Consejo de Ministros puede, respetándolas, introducir variaciones cuantitativas en las fórmulas mediante las que se actualizan periódicamente las primas o en el cálculo de éstas. Si la modificación no se ha desviado de estas pautas legales —y, repetimos, no se ha alegado en contra la vulneración del artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico— difícilmente podrá ser considerada contraria a derecho.»

Desde este punto de vista, resultaría justificada, y a la vez necesaria, la modificación del RD 436/2004.

C) Derechos adquiridos y discrecionalidad en la actividad de fomento

A más abundamiento mantener idénticas primas durante toda la vida útil de la instalación no puede constituir un derecho adquirido, lo contrario llevaría a considerar que existe un derecho subjetivo a la ayuda con independencia de la necesidad de ella, con independencia del cambio de las circunstancias que presidieron su otorgamiento y con independencia de la intención del Gobierno de establecer, dentro de un marco regulatorio admisible y razonable, otras medidas fomento distintas.

Refuerza la anterior argumentación una inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la discrecionalidad de la actividad de fomento: considera el Alto Tribunal que existe discrecionalidad a la hora de establecer las ayudas posibles a una actividad, lo que no debe entrar en colisión con el derecho a recibir los incentivos y primas generadas antes de la entrada en vigor de la medida. Predicar un derecho subjetivo a la prima *pro futuro* en los mismos términos establecidos por el RD 436/2004, sería como pretender que existe un derecho subjetivo a una ayuda por el mero hecho de que años anteriores se hubiera otorgado y con independencia de la modificación de régimen jurídico. Lo único a lo que estaría obligada la Administración es a establecer una retribución razonable.

En definitiva, de cuanto antecede se deduce que, la cuestionada eficacia retroactiva de que se halla dotada la

reforma estudiada aparecería provista de justificación objetiva y plausible, que haría en todo caso ceder el principio de seguridad jurídica ante intereses públicos de preferente atención atendidas las circunstancias concretas del presente caso, a saber, el grado de retroactividad de la norma impugnada, la finalidad de la medida que aprueba, las circunstancias que justifican su adopción y lo limitado de su alcance, por lo que puede afirmarse que la modificación proyectada no aparece solamente como justificada, sino en atención a las circunstancias concurrentes, también como necesaria.

III. DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: CONFIANZA LEGÍTIMA Y MEDIDAS DE AMORTIGUACIÓN

A todo lo dicho con anterioridad cabe añadir, *a fortiori*, que sobre la formulación del principio de confianza legítima, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, de 15 de noviembre de 1999 que debe acogerse plenamente el principio de protección de la confianza legítima que hoy aparece explícito en el art. 3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, después de la reforma llevada a cabo por la L 4/1999.

«En efecto, ya a partir de Sentencia de 28 de febrero de 1989 y, sobre todo, en sus últimas Sentencias esta Sala ha elaborado un cuerpo de doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) El principio de la confianza legítima, de origen fundamentalmente germánico, ha sido reiteradamente asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, Sentencias de 13 de julio de 1965 [asunto *Lemmerz-Werk*] de 16 de mayo de 1979 [asunto *Tomadini*], de 12 de abril de 1984 [asunto *Unifrex*], de 26 de abril de 1988 [asunto *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/P, Krücken*], y sobre todo en la doctrina recogida en Sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1995) y, en este sentido, forma parte del acervo que integra el derecho comunitario europeo, en el que los principios generales ocupan un lugar especialmente destacado.
- b) El principio resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir (SSTS 28 de julio de 1997 y 23 de mayo de 1998).
- c) La virtualidad del principio puede comportar la anulación de la norma o del acto y, cuando menos, obliga a responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Aunque el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada ventaja (SSTS 17 de febrero de 1998 y 19 de julio de 1999).
- d) En la aplicabilidad del principio han de ponderarse, además de la previsión del régimen transitorio y de la presencia de un interés público perentorio, el conocimiento previo de la medida y su previsibilidad (STS 13 de julio de 1999).»

Como dice el dictamen del Servicio Jurídico de la Comisión Nacional de la Energía de 16 de enero de 2006 la innovación normativa, aunque permitida, sólo exige que se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas que

amortigüen, moderen y minimicen en la posible el decaimiento de las expectativas generadas por la normativa anterior.

En efecto, como señala la ya citada en este informe, STS de 15 de diciembre de 2005 (LA LEY 209/2006), con ocasión de la impugnación del RD 436/2004:

«(...) Y si bien puede resultar necesario en virtud del principio de confianza legítima establecer medidas transitorias de adaptación al nuevo sistema para las empresas ya existentes, en modo alguno llega dicha exigencia hasta el extremo de respetar el régimen anterior sin el menor cambio durante un tiempo más o menos prolongado.

Por el contrario, los sistemas transitorios se suelen caracterizar precisamente por una progresiva adaptación al nuevo sistema, sin que por tanto pueda considerarse sin más que la imposición de requisitos propios del nuevo régimen vulneren el principio de confianza legítima (...).

(...) Y, en segundo lugar, porque como ya hemos indicado y aparte la moderación que impone el principio de confianza legítima, ninguna razón legal impide la modificación de un sistema en vigor y, en este caso, se trata simplemente de la imposición de una medida de aproximación al régimen nuevo al que normalmente habrán de converger al fin de forma plena todas las instalaciones.»

En el caso concreto (disp. trans. 1.^a) la nueva norma no privaba o limitaba sin más los derechos de las instalaciones afectadas (privación o limitación que como se ha estudiado, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren sería legítima) sino que iba más allá y concedía un período de tiempo hasta el año 2013, a fin de que las instalaciones antiguas a mercado pudieran seguir disfrutando de las primas que concedía el sistema las cuales, a la vista de lo expuesto, se habían revelado como claramente generosas.

Es decir, establecía una medida de amortiguación o «medida-colchón» de la reforma.

Al respecto, sobre este tipo de medidas transitorias el informe del Consejo de Estado del día 10 de noviembre de 1994 expediente núm. 1.931/94 señala:

«La fórmula adoptada en el proyecto da pie para sugerir que se reconsidere el régimen transitorio previsto, no sea que las ventajas que se pretenden obtener con el nuevo régimen económico queden contrarrestadas por el impacto negativo que pueda tener en la inversión y en el empleo. Si se acoge la sugerencia, una fórmula razonable sería establecer que durante un plazo de cinco años, a contar desde la fecha del acta de puesta en marcha, les será de aplicación el régimen económico al que se encuentran actualmente acogidas.»

Es por ello que retrasada por la disposición transitoria la vigencia de la nueva regulación para las instalaciones que ya se hubieran puesto en funcionamiento antes de la entrada en vigor de la norma, ha de considerarse razonable el plazo transitorio de adaptación al nuevo régimen económico (año 2013) contenido en la nueva norma, ya que el posible impacto negativo que pudiera tener en cualesquiera elementos se encontraría obviamente modulado por la permanencia durante un amplio período de tiempo del régimen anterior de primas y por la garantía de una rentabilidad desde luego razonable, hasta el punto de que el sistema garantiza que dichas instalaciones no sólo no tengan pérdidas, sino que obtengan una rentabilidad más proporcionada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., *Administración pública y electricidad*, Ed. Civitas, 1997.
- ÁLVAREZ RIERA, V. y OTROS., *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas Jurídicas del Sector Eléctrico*, Ed. Civitas, 2002.
- ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., *Regulación sectorial y competencia*, Ed. Civitas, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Ed.

Montecorvo, 1998.

- DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, noviembre 2008.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, J. L. y OTROS, *Derecho de la energía*, Ed. LA LEY, junio 2006.
- FABRA UTRAY, J., *Un mercado para la electricidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ PLASENCIA, F., El «Mercado de producción de Energía Eléctrica», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, núms. 4 y 5, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. M., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I y II, Ed. Civitas, 1999.
- GARCÍA DELGADO, J. L., *Energía y regulación*, Ed. Civitas, diciembre 2007.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 1992.
- HERNÁNDEZ, J. C., *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Ed. Aranzadi, 2005.
- MARTÍNEZ NIETO, A., *Código de la energía*, Ed. LA LEY, noviembre 2006.
- NEBREDÁ PÉREZ, J. M., *Aspectos Jurídicos de la Producción Eléctrica en Régimen Especial*, Ed. Civitas, septiembre 2007.
- *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Ed. Civitas, 2003.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y BENEYTO PÉREZ, J. M., *Comentarios a las leyes energéticas*, Ed. Civitas, Tomo I, Ley del sector eléctrico, octubre 2006.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo I Parte General*, Ed. Marcial Pons, 1993.
- SALA ATIENZA, P. y GARCÍA DELGADO, S., *Código de electricidad y gas*, Ed. Aranzadi, diciembre 2006.
- TORRES LÓPEZ, M. A. y OTROS., *El sector eléctrico en España. Competencia y Servicio Público*, Ed. Comares, 2007.
- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, J., *La Regulación de Sector Eléctrico*, Ed. Civitas, 1996.

(1) La STS de 15 de noviembre de 1999 recuerda, conociendo de la impugnación del RD 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecían los márgenes correspondientes a la dispensación al público de las especialidades farmacéuticas de uso humano, lo siguiente:

«Por otra parte, es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, y luego múltiples referencias en sucesivas Sentencias, como con la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 18 y 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anudar efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997, y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

Pues bien, conforme a las premisas expuestas, en el presente caso no puede entenderse que, por virtud de la disposición transitoria que se impugna, el RD 165/1997 resulte con una eficacia retroactiva contraria a las normas y

principios mencionados, ya que la reducción de márgenes que incorpora se proyecta al futuro, al referirse a la dispensación de especialidades farmacéuticas que se produzcan a partir de su entrada en vigor, y la norma transitoria lo que hace es prolongar durante veinte días la posibilidad de la venta a los precios correspondientes a los antiguos márgenes. Cosa distinta es que la parte estime insuficiente este plazo transitorio para limitar la incidencia económica del Real Decreto, siendo a lo sumo una retroactividad impropia la repercusión de que se trata en relación con los medicamentos adquiridos por los farmacéuticos a los almacenes a los precios correspondientes a los márgenes que se sustituyen por la nueva norma.»

[Ver Texto](#)

- (2) STC 234/2001: «(...) la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico 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). En suma, sólo si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15 y 104/2000, de 13 de abril, FJ 7)».

[Ver Texto](#)
