

SEGURIDAD JURÍDICA EN RENOVABLES:

Fundamentos para una estrategia procesal ante la reforma eléctrica

Javier García Brea

José Antonio Martín Pallín



RESUMEN EJECUTIVO

Existe base jurídica suficiente para establecer reclamaciones judiciales en el ámbito nacional e internacional para defender las inversiones renovables. La reforma eléctrica adolece de un déficit democrático ya que no se ha escuchado a ninguna de las partes afectadas por decisiones que incumben a millones de consumidores, productores de energía, sectores industriales y a la sociedad en general. La seguridad jurídica y la calidad del medio ambiente son principios de nuestra Constitución y del Derecho Europeo que obligan a todos los poderes públicos. El principio de unidad y concentración de las reclamaciones puede reforzar las denuncias que se lleven a cabo y poner de manifiesto la situación de emergencia social que se deriva de la retroactividad aplicada a todas las inversiones renovables. Si el Estado no defiende la seguridad jurídica de las renovables, habrá que defenderla en los tribunales nacionales y europeos.

ÍNDICE

- 1 ¿Por qué se habla de seguridad jurídica ante la reforma eléctrica?
- 2 La falta de competencia y la inseguridad jurídica
- 3 El impacto de la crisis económica en el modelo energético
- 4 La reforma eléctrica: el problema de la conformación de precios de la electricidad
- 5 La reforma más necesaria: la apertura de la competencia
- 6 La demanda debe determinar la política energética
- 7 Opinión de los reguladores y la Unión Europea sobre la reforma eléctrica
- 8 Fundamentos de derecho para una estrategia procesal: el laberinto legislativo que consume las energías renovables

Javier García Brea es uno de los principales referentes de la política energética del país por su visión estratégica de la energía, su profundo conocimiento de las directivas europeas de renovables, eficiencia energética de edificios y eficiencia energética, y sobre todo, por su gran cercanía con los medios de comunicación que le consideran fuente de noticias y creador de titulares. Ejerció la Dirección General del IDAE y actualmente desarrolla su actividad profesional desde La Oficina de JGB. Es Presidente de N2E (Coalición empresarial para un Nuevo Modelo de Negocio Energético).

José Antonio Martín Pallín es un destacado jurista español, que ha sido fiscal y es magistrado emérito del Tribunal Supremo. Hoy en día actúa como eje del bufete LIFE Abogados equilibrando la balanza en el diálogo y ayudando a encontrar soluciones. Colabora en diversos programas de debate, protagoniza entrevistas por su estrecha relación con la actualidad política y económica del país y ha publicado numerosos trabajos y artículos. Es, además, tertuliano habitual de la Cadena Ser en donde acerca al ciudadano de a pie la realidad del derecho que le toca más de cerca.

¿Por qué se habla de seguridad jurídica ante la reforma eléctrica?

Desde el mes de julio pasado, se ha cambiado cuatro veces de opinión sobre el déficit de la tarifa eléctrica para 2013. Finalmente, el Gobierno decidió no aportar los 3.600 M€ de los Presupuestos Generales del Estado para la reforma eléctrica dejando sin efecto su propia reforma y provocando un nuevo déficit de tarifa para 2013 que se cargará a los consumidores. Paralelamente, sin haber aprobado todavía el decreto de renovables que presentaron en julio, sacan otro nuevo decreto de renovables en noviembre. En enero de 2014, se pone a información pública la orden que establece los nuevos parámetros retributivos de las renovables que desarrolla un decreto que todavía no se ha aprobado.

Desde el Parlamento y la Comisión Nacional de la Energía han advertido que la reforma incumple la Directiva 2012/27/UE de eficiencia energética al establecer barreras desproporcionadas que impiden el ahorro energético y el autoconsumo. No obstante, la Ley 24/2013 del sector eléctrico se caracteriza por: adolecer de un déficit democrático que la convierte en un ejemplo de falta de transparencia que penaliza injustamente a las inversiones renovables; y por permitir que la inseguridad jurídica se convierta en elemento estructural de nuestro sistema energético y único método de regulación de las inversiones renovables, mediante una retroactividad general.



Hemos visto cómo el Secretario de Energía de EEUU ha venido a España a defender la seguridad jurídica de los inversores norteamericanos en renovables. También hemos visto cómo el Gobierno de España ha defendido la seguridad jurídica de los accionistas de REPSOL, o la imagen surrealista del Ministro de Industria en la presentación de un prototipo de aerogenerador eólico marino de GAMESA que no podrá comercializarse en España por la regulación dictada por él mismo. La incoherencia de estos hechos se puede resumir en tres puntos:

- 1 La reforma eléctrica persigue excluir las renovables de mercado a través del riesgo regulatorio
- 2 La reforma incumple las directivas europeas de renovables y eficiencia energética
- 3 Impide el ejercicio de los derechos que corresponden a inversores y productores

Las externalidades positivas de las renovables y la eficiencia energética hacen de ellas la primera riqueza energética del país y una necesidad estratégica para la seguridad de suministro, reducción de los precios energéticos y de las emisiones de CO₂. El no reconocimiento del valor de las renovables constituye un riesgo estratégico para el futuro.

La misma seguridad jurídica que se defiende para otros se debe exigir con mucha más razón para las inversiones renovables. El Consejo de Estado ha advertido que la reforma eléctrica incrementará los litigios y es que si la seguridad jurídica de las renovables no la defiende el Estado, habrá que defenderla en los tribunales nacionales y europeos

La falta de competencia...

La competencia determina los precios y la seguridad jurídica. **¿Por qué el recibo de teléfono ha bajado un 50% en ocho años mientras el recibo de la luz ha subido un 70%?** La mayor competencia y la facilidad para cambiar de operador han abaratado los precios del teléfono mientras que la concentración del mercado eléctrico en cinco empresas y una regulación que impide abrir el mercado a nuevos competidores, a la generación distribuida, autoconsumo y eficiencia energética han tenido un efecto devastador y alcista en los precios de la luz.

La reforma eléctrica está acumulando reclamaciones ante el vaivén de opiniones contradictorias del Ministerio de Industria y de la Comisión Nacional de los Mercados (CNMC) que llevan a la misma conclusión: la verdad es lo contrario de lo que nos han dicho y nos siguen diciendo. En menos de veinticuatro horas declaran que van a cambiar la metodología de conformación de precios del mercado mayorista de la electricidad (pool) cuando ni UNESA ni ninguno de los sucesivos gobiernos propuso cambiarla desde que se estableció y cuando se cumplen dos años de reforma constante sin que en ningún momento se haya planteado. El modelo eléctrico está diseñado para un mix basado en combustibles fósiles sin internacionalización de costes y un método de conformación de precios referenciado al precio de las energías más caras, como el gas y el carbón.

La desaparecida Comisión Nacional de Energía (CNE) advirtió en todos sus informes sobre las subidas de la luz en 2011, 2012 y 2013 que el carácter inflacionista de las subastas que fijan el precio de la luz para la tarifa de último recurso (Cesur), las ayudas al carbón, los costes extra peninsulares, la baja demanda eléctrica y los pagos por capacidad han sido las principales causas de las subidas de la luz. ¿Ha tenido que pasar tanto tiempo para detectar que el precio del mercado mayorista subía antes de cada subasta?

Un Gobierno que se ha auto-enmendado tantas veces en esta reforma es el paradigma de la inseguridad jurídica. Esta constatación es lo que ha hecho cambiar muchos editoriales que han pasado del cansino discurso contra las renovables a cuestionarse la naturaleza especulativa y la falta de competencia del mercado eléctrico.



... y la inseguridad jurídica

La reforma ha incrementado la incertidumbre regulatoria y está agravando los riesgos para el futuro por inversiones arruinadas y ahuyentadas, por el aumento de los déficits energéticos y por mayores subidas de la luz que se cargarán exclusivamente al consumidor. El inmovilismo del modelo eléctrico se ha convertido en el causante de una amplia crisis social y una barrera para la recuperación económica.

Todo es consecuencia de la falta de estrategia energética a largo plazo y la ausencia de principios económicos y jurídicos que ofrezcan transparencia y confianza al mercado y a los consumidores.

En la jornada que sobre seguridad jurídica organizó La Oficina de JGB el pasado 11 de diciembre se puso de manifiesto que una mayor competencia con mayor entrada de renovables y de eficiencia energética en el mercado reduce los precios de la energía y facilita al consumidor la reducción de sus costes energéticos. Es uno de los principios de política energética establecidos por la Comisión Europea para reducir los costes regulados.

En esa misma jornada José Antonio Martín Pallín, exmagistrado del Tribunal Supremo y colaborador de LIFE abogados, expuso como principios generales del Derecho recogidos en la Constitución española: **el derecho de los ciudadanos a ser escuchados en la elaboración de las normas que les afectan, el deber del Estado de garantizar la seguridad jurídica, el derecho de los ciudadanos a la calidad del medio ambiente y la aplicación del derecho europeo.**

El incumplimiento de estos principios constitucionales definen la calidad de la reforma eléctrica porque cuando se habla ahora de “anomalías” o “circunstancias atípicas”, en realidad, lo que se trata de ocultar es que lo normal y lo típico es la falta de competencia y el mantenimiento de mecanismos especulativos como garantía de los ingresos del sistema. Por eso la luz seguirá subiendo para los consumidores.

La diferencia entre seguridad jurídica e inseguridad jurídica la determina la competencia y ésta consiste en facilitar al consumidor el derecho a elegir y a poder reducir sus costes energéticos.



El impacto de la crisis económica en el modelo energético

Mientras en los últimos años el foco de la atención se ha desviado hacia el papel de las renovables, o ahora al de la climatología, se ha pasado por alto el enorme impacto que ha tenido la crisis económica en la insostenibilidad del actual modelo energético.

- 1 El incremento desde 2002 de los precios del petróleo y del gas y el permanente aumento de las importaciones energéticas, hasta representar el 4,5% del PIB.
- 2 La crisis de liquidez de los bancos, que dejan de adelantar el déficit tarifario a las eléctricas y exigen el aval del Estado. A partir de 2009 el déficit eléctrico se convierte en deuda pública.
- 3 El constante descenso de la demanda eléctrica desde 2007 disminuye los ingresos del sistema eléctrico en cantidades cercanas a los 1.000 M€ cada año con una consecuencia aún más costosa: la sobrecapacidad de las infraestructuras gasistas en las que se ha seguido invirtiendo hasta 2013 a pesar de ser innecesarias. El crecimiento de la dependencia del gas puede dar una sorpresa en 2014.
- 4 El modelo de negocio energético continúa basándose en incentivar el consumo y la mayor facturación al cliente final.



No haber considerado estos impactos de la crisis en la política energética ni en la gestión empresarial ha sido un error porque ha agravado la crisis del sector eléctrico convirtiendo el actual modelo en una barrera para la recuperación económica. El Gobierno ha hecho una reforma que cierra la competencia y, por eso, le ha estallado en las manos. Si desde 2008 se está recortando las renovables subiendo la luz y el déficit tarifario no deja de crecer, es hora de dejar de mirar para otro lado, derogar la reforma y cambiar de arriba abajo el método de conformación de precios de la energía, basado en prácticas oligopolísticas y especulativas.

Sólo se reducirán los precios de la energía si se abre la competencia a lo que constituye la principal riqueza energética del país: el potencial de ahorro de energía y los recursos renovables

La reforma eléctrica: el problema de la conformación de precios de la electricidad

La deriva de la reforma eléctrica es la consecuencia de un error de diagnóstico que se manifiesta en la su-
basta de la CESUR y que evidencia que el Gobierno había olvidado el problema de fondo: **el método de con-
formación del precio de la luz**. Todo el discurso en contra de las renovables, del autoconsumo y de la
generación descentralizada es una cortina de humo para no analizar un hecho objetivo: que una mayor pre-
sencia de renovables en el sistema rebaja el precio mayorista de la electricidad y que una mayor cuota de
energía convencional lo encarece. Las renovables bajan el precio del pool y sin renovables el precio de la ener-
gía sube.

Los informes de la Comisión y del Parlamento europeos y los que la CNE y CNC realizaron sobre la reforma
eléctrica han resaltado el hecho de que las renovables reducen el precio mayorista y ahorran costes al sistema.
Cualquier reforma eléctrica debería partir de esta realidad y trasladar al consumidor esta reducción en sus
costes energéticos. En enero el precio del pool fue un 50% menor que el que tuvo en diciembre, pero será
éste último el que se facture al consumidor que va a pagar un precio por encima de mercado.

Las medidas adoptadas en 2014 van en contra de una reducción de los precios del pool:

El nuevo marco retributivo de las renovables establece el record de 1.400 estándares de instalaciones tipo
diferentes y deja buena parte de la potencia renovable existente al borde de la paralización, con un grado de
discriminación, arbitrariedad y retroactividad al margen de cualquier principio de seguridad jurídica y de las
directivas europeas. Mientras los litigios contra el Estado se multiplican, la conclusión es que la producción
renovable se irá reduciendo en la misma medida que crecerá el precio mayorista.

En pocos meses lo que se paga en el recibo de la luz por la potencia contratada se ha incrementado un 100%
y la tendencia es que el peso de la parte fija alcance el 70% del recibo y la parte que mide el consumo única-
mente represente el 30%. La consecuencia es hacer inviable cualquier esfuerzo en ahorro energético o reha-
bilitación energética para mantener los ingresos del sistema eléctrico, incentivar el consumo de energía y las
importaciones de gas y carbón, que son precisamente las fuentes que fijan el precio mayorista. La política
tarifaria elevará los costes energéticos en todos los sectores de la economía española y aumentará la de-
pendencia energética.

Al consumidor se le confunde con otro record de facturación horaria de 1.440 precios horarios de mercado al
bimestre que no conocerá hasta que vea el recibo de la luz. La manipulación del mercado que denunció el
Ministro en diciembre es ahora el mecanismo que ahorrará un 3% a los consumidores sin explicar de qué ma-
nera se protegerá al consumidor de la volatilidad de los precios del pool y de la complejidad del recibo de la
luz.

La sensación de caos es completa cuando **las propias eléctricas reconocen no estar preparadas para un
modelo de facturación tan complejo y cuando se sabe que tampoco los contadores están preparados
para este cambio ni existe voluntad de transponer el artículo 9 de la Directiva 2012/27/UE de eficiencia
energética que daría al consumidor el control sobre su contador y su demanda.**

La reforma más necesaria: la apertura de la competencia

Después de dos años de reforma, la regulación eléctrica sigue dando palos de ciego. Dejarlo todo pendiente del mercado mayorista, tal y como está diseñado, acabará con la confianza de los consumidores. El sistema eléctrico sigue determinado por:

- la oferta de generación como prioridad, dejando al margen la dependencia energética y la gestión de la demanda
- un precio alto del pool eléctrico basado en las importaciones de hidrocarburos que determinan los precios
- un mercado de consumidores cautivos

Los impactos estructurales de la crisis, como la subida de precios de los hidrocarburos, la falta de liquidez bancaria o la baja demanda eléctrica, que están detrás del déficit tarifario, no se abordan en la reforma y sólo se podrán afrontar con soluciones estructurales.

Reducir el déficit tarifario aumentando la dependencia y la intensidad energéticas y aplicando subidas automáticas de peajes que incentivan el consumo y penalizan la eficiencia energética lleva a una conclusión irracional: que el consumidor va a pagar más por consumir menos. La CNMC ya ha advertido que el déficit de tarifa seguirá creciendo y ha anunciado un nuevo déficit en la tarifa del gas de 1.200 M€ que este mismo año **puede duplicarse y que se pretende solucionar consumiendo más gas. El error es persistir en un modelo energético basado en el mayor consumo cuando la salida de la crisis exige un nuevo modelo de negocio energético que priorice el ahorro de energía.**

La falta de transparencia del sistema eléctrico y la no internalización de los costes reales de cada una de las fuentes de energía constituyen la causa principal de la crisis eléctrica. La concentración del mercado en muy pocas empresas y la falta de competencia es lo que determina los precios altos de la energía y la imposibilidad de que los consumidores puedan reducir sus costes energéticos mediante el acceso a la eficiencia energética, al autoconsumo o a la tarifa más económica.

Abrir la competencia es la condición de éxito para cualquier reforma del modelo energético y reducción de los precios de la energía. Para ello deberían tenerse en cuenta nuevos criterios como una auditoría de costes del sistema eléctrico que contemple la internalización de los costes de cada fuente de energía, el desarrollo de la generación descentralizada con mayor uso de las energías renovables, y la eficiencia energética como política prioritaria que sitúe al consumidor en el centro del sistema a través del control de su contador y su derecho a elegir la energía que desee. Finalmente, un regulador independiente y el cumplimiento de las directivas europeas de energía para desagregar verticalmente las compañías eléctricas y eliminar las barreras que impiden el desarrollo de las renovables y la eficiencia energética.



La demanda debe determinar la política energética

La renta española ha retrocedido al nivel de 1998. España ha perdido catorce años de convergencia con la Unión Europea y la renta de los hogares ha descendido más de un 8,5%, mientras los precios de los servicios esenciales no han dejado de dispararse. Una de las causas directas del aumento del riesgo de pobreza de los hogares es la falta de competencia en los mercados que fijan los precios de la luz, el gas, el teléfono, la hipoteca o la mensualidad de la vivienda que consumen la renta total de más de un tercio de la población. Es la consecuencia del mantenimiento de un régimen de monopolio en los servicios básicos que presiona los precios al alza sobre un consumidor al que nadie protege; porque nadie le va a devolver el sobreprecio de 1.200 M€ que ha pagado por las subastas desde 2009.



La escalada del precio mayorista de la electricidad durante el mes de diciembre es una demostración de que la reforma eléctrica se ha hecho a espaldas del consumidor y con el único objetivo de preservar el mecanismo de conformación de precios de la energía. Ya lo advertía el informe que sobre la reforma eléctrica hizo la extinta Comisión Nacional de la Competencia: el autoconsumo incrementa la competencia e incentiva la bajada de precios de la energía; por lo tanto, las barreras que se han impuesto al autoconsumo perjudican la competencia. La Comisión Europea, en su informe al Consejo Europeo de 22 de mayo pasado, también reconocía que el mayor consumo de renovables contribuye a reducir el precio mayorista de la electricidad.

La eliminación del ahorro y la eficiencia energética de la política energética y de la estructura del recibo de la luz tiene una grave consecuencia para el consumidor y para todos los sectores de la economía, porque se impide el ahorro, la reducción de los costes energéticos y hace imposible la financiabilidad de las inversiones en eficiencia. Lo que es una decisión a corto plazo para garantizar los ingresos del sistema eléctrico, en realidad supone mantener el mecanismo que garantiza unos precios elevados de la electricidad a costa de sacrificar la libre competencia y la futura estabilidad del sistema, porque el descenso de la demanda eléctrica es un fenómeno estructural que va a mantenerse en los dos próximos años, según las perspectivas de crecimiento y empleo del FMI y la UE.

La reforma eléctrica constituye un retroceso de la competencia y nada va a proteger al consumidor final de la volatilidad de los precios del mercado mayorista. Lo que está emergiendo es un nuevo perfil de consumidor más exigente, que valora los beneficios del ahorro y la protección del medio ambiente y que comienza a tomar conciencia de las barreras para reducir sus costes energéticos y gestionar su propia demanda. El grado de competencia en los mercados de la energía determina igualmente el nivel de la seguridad jurídica. La principal consecuencia de una mayor competencia y seguridad jurídica es darle al consumidor la libertad de ejercer su derecho a elegir y reducir sus costes energéticos. Cualquier política que no se plantee la prioridad de proteger los derechos de los consumidores está llamada al fracaso y cualquier reforma que impida la mayor competencia es incompatible con la salida de la crisis.

Opinión de los reguladores y la Unión Europea sobre la reforma eléctrica



Comisión Nacional de la Energía

- Falta de referencias a la Directiva de Eficiencia Energética 2012/27/UE y a los criterios de prioridad de acceso y conexión a la red de las renovables.
- No se protege a los consumidores.
- El peaje de respaldo al autoconsumo es discriminatorio e injustificado por no tener en cuenta los beneficios y ahorros que el autoconsumo aporta al sistema ni su necesidad para cumplir los objetivos europeos de ahorro y eficiencia energética.

Comisión Nacional de la Competencia

- La reforma no tiene en cuenta los beneficios del autoconsumo:
 - Ahorro de costes e inversiones al sistema eléctrico.
 - Incrementa la competencia e incentiva la bajada de precios de la energía.
 - Contribuye a reducir la dependencia energética.

No se debe impedir que los clientes finales puedan reducir sus costes energéticos.

Consejo de Estado

- La reforma va a incrementar el riesgo regulatorio y provocará un aumento importante de los litigios contra el Estado.

Comisión Europea

- Advirtió en noviembre de 2013 contra la retroactividad en los sistemas de apoyo y aunque se plantea reformar la retribución a las renovables quiere garantizar la seguridad a las inversiones y la estabilidad regulatoria sin cambios retroactivos o no previsibles para cumplir los objetivos de 2020 por ser objetivos de interés público.

Directiva de Renovables 2009/28/CE

- En sus artículos 13 y 16 establece:
 - La obligación de normas objetivas y no discriminatorias para las renovables.
 - Tasas proporcionales y normas administrativas simplificadas.
 - Prioridad de acceso a las redes.
 - Las tarifas no han de ser discriminatorias y habrán de tener en cuenta los beneficios que las renovables aportan a la red.
 - Los Estados miembros exigirán a los operadores normas públicas que garanticen la prioridad de acceso y de reparto de costes para la integración de renovables en la red con criterios transparentes y no discriminatorios.

Nota: El periodo de transposición de la Directiva de renovables finalizó en diciembre de 2010 sin que se haya incorporado plenamente al ordenamiento jurídico nacional.

Directiva de Eficiencia Energética de Edificios 2010/31/UE

- En sus artículos 2 y 9 establece la obligación de aprobar planes nacionales de edificios de consumo de energía casi nulo con objetivos para 2015 y define tales edificios como aquellos que requiriendo una cantidad muy baja de energía por su alta eficiencia, **será cubierta por energía renovable producida in situ o en el entorno.**

Nota: El periodo de transposición de la directiva finalizó en enero de 2013.

Directiva de Eficiencia Energética 2012/27/UE

- En sus artículos 16, 18 y 19 establece la obligación para los Estados miembros de evaluar y eliminar todas las barreras administrativas y regulatorias que se opongan a la eficiencia energética e impidan el acceso de los consumidores a los servicios energéticos y a la gestión de la demanda.
- En su artículo 9 establece la obligación de facilitar el acceso de los consumidores a la información de sus contadores en tiempo real y que los contadores incluyan el balance neto.

Nota: El periodo de transposición de la directiva finaliza en junio de 2014.

Ley 8/2013 de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

- En su artículo 3 establece como uno de los fines de las políticas públicas para el medio urbano priorizar las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatir la pobreza energética con medidas a favor de la eficiencia y el ahorro energético. En este mismo sentido se ha efectuado la actualización del Código Técnico de la Edificación a través de la Orden del Ministerio de Fomento 1645/2013 de 10 de septiembre.

Fundamentos de derecho para una estrategia procesal: el laberinto legislativo que consume las energías renovables

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN miembro de Life Abogados

La proliferación de normas legislativas, por su misma inseguridad y aceleración, llevan el germen de la destrucción de lo que, en el campo del derecho, se considera como un principio fundamental: la seguridad jurídica. Los laberintos legislativos representan una pérdida de iniciativas que deberían utilizarse en la producción de energías limpias y renovables como un objetivo irrenunciable por parte de la humanidad. Este desbarajuste ha sido denunciado en otras instancias internacionales y ha dado lugar a infinidad de reclamaciones y protestas.

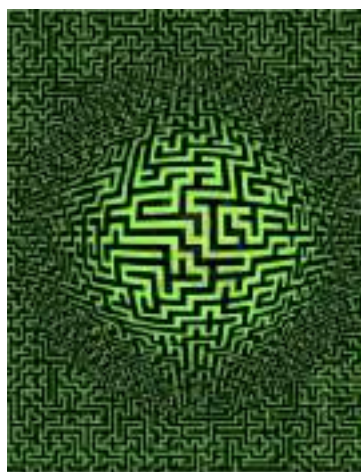
1 La seguridad jurídica como garantía de las inversiones renovables

La política de la Unión Europea en materia de energías renovables tiene un objetivo que está conectado directamente con los derechos fundamentales de la persona reconocidos tanto en las Constituciones nacionales como en los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y fundamentalmente en el Tratado de Lisboa, y se trata textualmente *"de la necesidad de descarbonizar el sector energético y paliar la creciente dependencia de las importaciones de combustibles fósiles"*.

El objetivo fundamental de la política europea es asegurar que toda reforma de los actuales sistemas de apoyo nacionales garantice a los inversores unas condiciones estables, evitando cambios retroactivos.

2 Posibilidades de obtener la protección de los organismos europeos y sobre todo del Tribunal de Justicia de Luxemburgo para conseguir estos objetivos

El Tribunal de Justicia de la UE está construyendo una doctrina encaminada a la protección de los derechos fundamentales, ahora reforzada por el tratado de Lisboa y por la Carta de Derechos Fundamentales.



2.1 El principio de igualdad de trato

La violación del principio de igualdad de trato por un acto comunitario puede dar lugar a la nulidad de éste.

2.2 Protección de los derechos fundamentales resultantes de determinados actos de las instituciones

Se respetan los derechos fundamentales resultantes de las *Constituciones de los Estados miembros y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* y se invoca la Resolución del Parlamento Europeo de 12 abril 1989 que incluye un catálogo de derechos fundamentales basado en las fuentes tenidas en consideración por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la Carta Social Europea y que abarca derechos de "nueva generación" **como la preservación del medio ambiente y la protección de los consumidores.**

2.3 Los principios generales del Derecho como fuente de protección de los derechos fundamentales

La elaboración de los principios generales del Derecho sirve para cubrir las lagunas del Derecho Comunitario. El Tribunal de Justicia siente, en ocasiones, la necesidad de recurrir a éstos, partiendo del Derecho Comparado de todos los Estados miembros.

2.4 Principio de proporcionalidad

Las medidas previstas en actos comunitarios o adoptadas por los estados miembros en el ámbito comunitario, deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar el objetivo deseado. El principio de proporcionalidad entra en juego respecto a las instituciones cuando se trata de la evaluación de una situación económica compleja, limitándose, en este caso, el control de legalidad, al examen de si el acto está viciado de error manifiesto.

2.5 El principio de seguridad jurídica

El mantenimiento, en la legislación del Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, da lugar a una situación de inseguridad, manteniendo a los interesados en un estado de incertidumbre sobre la posibilidad de hacer uso del Derecho Comunitario y constituye por ello un incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. Por otro lado, **la adaptación del derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que las disposiciones de ésta sean objeto de un texto legal expreso y específico.**

El principio de la seguridad jurídica tiene una particular relevancia cuando los operadores económicos de los Estados miembros hayan actuado con fiabilidad, convencidos de la validez de una disposición comunitaria o de su interpretación en un determinado sentido resultando de ello perjuicios graves e irreparables.



Estimamos que esta consideración puede ser aplicada al sistema de financiación de las energías renovables.

2.6 El principio de protección de confianza legítima

La autoridad pública que infunde a los particulares confianza en la estabilidad de sus decisiones **no puede, súbitamente, adoptar una medida que contraría tal confianza, excepto cuando un interés público superior así lo exija.** Es aplicable a los vaivenes súbitos e injustificados de la normativa de financiación de las energías renovables.

3 Transposición al ordenamiento jurídico español de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de normas desfavorables

Se admite por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, que el principio de confianza legítima tiene rango constitucional derivado del principio de seguridad jurídica.

Se contraponen la posición de la jurisprudencia constitucional con la del Tribunal Supremo, ya que la protección de la confianza legítima no ha determinado nunca a la jurisprudencia constitucional a establecer una responsabilidad patrimonial por leyes formales, pero otra cosa distinta sostiene y mantiene el Tribunal Supremo.

Pero no estamos hablando de una normativa con vocación de generalidad sino de unas disposiciones concretas en las que el legislador debió contemplar y prever con razonable previsibilidad las consecuencias del efecto llamada que tenía la retribución a las energías renovables y que

si decide girar bruscamente y reducirlas, se hace sobre la base de una imprevisibilidad retroactiva que deja indefenso al ciudadano y que la culpa debe recaer exclusivamente sobre el legislador.

El régimen de las energías renovables no es solamente una expectativa, es un derecho actual consolidado que, por tanto, no

puede modificarse súbitamente y, sobre todo, sin ponderar los intereses en conflicto. Y en el caso de que existan y produzcan una incuestionable repercusión económica deben graduarse y hacerse recaer sobre aquellos intereses que no tengan una protección especial, como sucede con las energías renovables, que debe

ser prioritariamente defendida por su contribución a la calidad del medio ambiente frente a otras energías que contribuyen al aumento de las emisiones de CO₂ a la atmósfera.

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

4 Examen de la maraña legislativa española

La regulación de las energías renovables a través de la Ley 54/1997 del sector eléctrico y de la Directiva de Renovables 2009/28/CE desarrolla una serie de derechos, que no expectativas, en orden a la incentivación de las inversiones en el sector de las energías renovables. La finalidad del legislador está comprometida a través de las normas comunitarias a transponer estas disposiciones europeas para reforzar la prioridad que deben ostentar y de las que deben beneficiarse las energías renovables.

El marco normativo español se ha caracterizado desde el Real Decreto 661/2007 en una saga continua de reales decretos de forma prácticamente incontrolada hasta el día de hoy, creando una incertidumbre regulatoria para todas las inversiones, más grave en el caso de la fotovoltaica por la retroactividad aplicada a partir del Real Decreto Ley 14/2010, que constituye el mejor ejemplo de inseguridad jurídica, en contradicción con la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, podemos decir que todo se orienta en función de la Directiva citada 2009/28/CE a proporcionar seguridad jurídica a los inversores y a despertar la conciencia nacional para convencerla de que se debe garantizar la viabilidad económica de estas energías como la acredita el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en el que se señala que el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

5 Doctrina constitucional sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución

- **STC 27/1981:** la seguridad jurídica es la suma de la certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica es la suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad.
- **STC 46/1990:** pone todo su énfasis en que los ciudadanos deben saber a qué atenerse y no se pueden provocar situaciones objetivamente confusas o introducir "perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable".
- **STC 37/2012:** "si el contenido o las omisiones de una norma 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 en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica".

CONCLUSIÓN: la prosperabilidad de acciones patrimoniales contra la Administración del Estado

Sin perjuicio de los recursos de inconstitucionalidad, cuyo recorrido procesal es largo y plantea problemas de aplicación a situaciones consolidadas por resoluciones firmes, lo cierto es que existen bases sólidas para iniciar acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por disposiciones legales erráticas, aceleradamente variables, imposibles de prever, y gravemente dañosas para la economía de aquellas personas físicas o jurídicas que iniciaron actividades económicas basándose en la confianza, fundamento de la actividad de los inversores.

Como recuerda la Directiva 2009/28/CE, **el principal propósito de los objetivos nacionales obligatorios es proporcionar seguridad a los inversores** y promover el desarrollo permanente de tecnologías que produzcan energía a partir de todas las fuentes de energías renovables. Aplazar una decisión sobre el carácter obligatorio de un objetivo hasta que se produzca un acontecimiento futuro no resulta adecuado.



Javier García Breva es Presidente de la **Coalición Empresarial N2E** y experto en políticas energéticas. Es ampliamente reconocida su visión estratégica de la energía y su profundo conocimiento de las directivas europeas de renovables, eficiencia energética de edificios y eficiencia energética como marco de un nuevo concepto del uso racional de la energía.

En la actualidad, Javier García Breva desarrolla su actividad profesional desde **La Oficina de JGB** asesorando en los campos de energía en edificación, seguridad jurídica en renovables y proyectos integrales de eficiencia energética.

La Oficina de Javier García Breva es operada por **imedia press & market IPM** con la misión de dinamizar la actividad como conferenciante, asesor y líder de opinión del sector energético de este reconocido experto europeo en materia de ahorro, eficiencia energética y sostenibilidad.

www.tendenciasenenergia.es

Este **Informe IPM** ha sido elaborado por **imedia** con la colaboración de

Life
lifeabogados.com