

EL DÉFICIT DE TARIFA Y LA MODIFICACIÓN DEL REGIMEN DE INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVABLES, A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Pedro Corvinos Baseca

Abogado especializado en Derecho Público

Máster en Derecho de la Energía y en Negocio Energético por el Instituto Español de la Energía

1 - La contribución de los incentivos a las energías renovables al déficit de tarifa

Uno de los grandes problemas de nuestro sistema eléctrico es el déficit de tarifa que está poniendo en riesgo la viabilidad económica de éste. La Comisión Nacional de la Energía (en adelante CNE), en el reciente informe de marzo de 2012 sobre el sector energético español -PARTE I. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SISTEMA ELÉCTRICO-, ha insistido en la insostenibilidad económica del sistema eléctrico, como consecuencia del incremento desbocado del déficit de tarifa.

En la descripción que se hace en este informe de la situación existente se pone de relieve que una parte importante del déficit de tarifa tiene su origen en los incentivos económicos concedidos a las instalaciones de régimen especial, que engloba a las energías renovables junto con la cogeneración y residuos, que en el año 2010 representaban el 40,3 por 100 de los costes totales del sistema.

Se dice en el informe que con datos del año 2009, último año con información disponible comparable, España fue el país de nuestro entorno con el mayor porcentaje de la demanda de electricidad cubierta por régimen especial (28,6%), seguido por Portugal (27,4%), Dinamarca (26%) y Alemania (14,1%). Pero también se dice que fue el país con el sobre coste del régimen especial más elevado de estos países, con un coste de 6.035 M€, (coste medio por MWh consumido de 22,49 €/MWh), seguido por Alemania con un coste de 5.618 M€ (10,78 €/MWh) e Italia con un coste de 2.638 M€ (7,89 €/MWh).

Se desprende de estos datos que el grado de penetración de las instalaciones de régimen especial en España ha sido importante pero con un coste muy superior al de otros países de nuestro entorno.

La deficiente configuración del régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial ha tenido como consecuencia que el sistema –es decir, el conjunto de los consumidores de electricidad- haya acabado costeadando la curva de aprendizaje de algunas tecnologías poco desarrolladas en el momento de concederse las primas¹. Así ha sucedido con la tecnología solar fotovoltaica que en el momento en que se decidió incentivar tenía un coste aproximado de 370 euros/MWh, reduciéndose en poco tiempo hasta los 120 euros/MWh. La consecuencia de esta decisión precipitada es que las primas determinadas

¹ Un acertado análisis sobre el deficiente marco regulatorio del sector eléctrico como causa del déficit de tarifa en el artículo de Carlos Sallé Alonso y otros, titulado *“El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico”*, Separata del nº 35 de Cuadernos de Energía, Club Español de la Energía, 2012.

en función del alto coste del momento se tiene que seguir abonando durante treinta años, aun cuando con posterioridad se haya reducido considerablemente el coste de esta tecnología. Y lo mismo está sucediendo con la solar termoeléctrica; se ha decidido incentivar su penetración en un momento en que esta tecnología está poco desarrollada y tiene un alto coste, lo que determina el importe de las primas que deberán abonarse a lo largo de la vida de estas instalaciones.

Así las cosas, el régimen de primas al régimen especial se viene considerando como una de las principales causas del desproporcionado incremento de los costes de acceso y del déficit de tarifa, por lo que se ha venido planteando la necesidad de modificarlo sin tener claro el alcance de la modificación.

2 - Las sucesivas modificaciones del régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial

En esta cuestión, como en otras relacionadas con el sistema eléctrico, se avanza a trompicones y sin un planteamiento claro. A medida que se han ido detectando deficiencias en el régimen de incentivos que suponían un sobrecoste para el sistema y un sobre-rendimiento para los beneficiarios, se han intentado corregir mediante la aprobación de disposiciones y actos destinados a racionalizar el régimen de primas. Buena parte de estas disposiciones han sido recurridas ante los órganos jurisdiccionales por las entidades beneficiarias de los incentivos, alegando entre otras cosas la vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica, confianza legítima y rentabilidad razonable

Así, el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético, crea el registro de pre-asignación de retribuciones como instrumento para racionalizar las primas a las energías renovables. En aplicación de este Real Decreto-ley, el Consejo de Ministros aprueba el Acuerdo de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de pre-asignación de retribución.

Posteriormente se aprueba el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, que regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial, con el objeto de mejorar el proceso de acreditación de las instalaciones fotovoltaicas a la hora de ingresar en los distintos marcos retributivos que la legislación vigente dispone para estas instalaciones, evitando que se produzcan situaciones de fraude.

En esta línea de intentar racionalizar el régimen de incentivos a las energías renovables, se aprueba el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y que, por lo que aquí interesa, suprime el segundo tramo de la tarifa a las instalaciones fotovoltaicas.

Y se aprueba también el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica, que limita las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima de estas tecnologías.

Finalmente, se aprueba el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, limitándose en la Disposición adicional primera las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas.

A pesar de estas modificaciones puntuales que se han sucedido en el régimen de incentivos, la situación del sistema eléctrico ha llegado a tal punto, motivada por el creciente déficit de tarifa, que está en riesgo su sostenibilidad. Ello ha determinado que mediante el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, se haya procedido a la suspensión de los incentivos económicos a estas instalaciones. Se trata con esta medida de evitar que siga creciendo esta partida de los peajes de acceso, que, como se ha visto, contribuye decisivamente al incremento del déficit de tarifa.

Tomada esta medida para solucionar el problema del déficit, la cuestión que se plantea es qué hacer con las primas de las que se benefician las instalaciones en funcionamiento o las ya inscritas en el registro de pre asignación en el momento de aprobarse la moratoria. Hay que tener en cuenta que la suspensión de primas para las instalaciones no inscritas en el registro de pre-asignación no soluciona totalmente el problema del déficit, dado que los sobrecostos de las actividades reguladas del sistema se deben en buena medida a las instalaciones que ya tienen reconocidos los incentivos y que van a seguir percibiendo durante un periodo de 30 años.

3 – Medidas propuestas por la CNE para racionalizar el régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial en funcionamiento o inscritas en el registro de pre-asignación

La CNE en el referido informe propone, entre otras medidas para garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, racionalizar el régimen de incentivos reduciendo el importe de las primas de las que se benefician las instalaciones de régimen especial en funcionamiento. Como medidas urgentes se proponen las siguientes: a) reducir el índice de actualización de tarifas y primas, incrementado el valor del factor de eficiencia 'X' en la fórmula (IPC-X); b) la armonización de la prima a la tecnología solar termoeléctrica con respecto a la tarifa regulada y c) la limitación del uso de los combustibles fósiles de apoyo primado al 5 por 100 de la energía primaria, medida que afectaría a la biomasa, a la solar termo eléctrica y a los residuos.

Y se proponen como medidas a medio plazo las siguientes: a) eliminación de tarifas y primas a partir de la finalización de la vida económica de las instalaciones, que vendría a coincidir con el primer tramo tarifario; b) La medida propuesta consistiría en aplicar la devolución íntegra al sistema como ingreso liquidable de todas las cantidades que superasen el 'cap' y c) en estrecha relación con la anterior, esta medida consistiría en extender el esquema de techo y suelo ('cap & floor') también a las tecnologías no renovables (cogeneración y residuos), para las que no se ha establecido este mecanismo en la regulación actual

Por último, para las termosolares inscritas en el registro de pre-asignación pero que no han entrado en funcionamiento se proponen estas medidas: a) modificación de la senda temporal de las primas a percibir por las instalaciones inscritas en el registro de pre-

asignación, pero sin acta definitiva de puesta en servicio y b) amortización anticipada de las centrales solares termoelectricas inscritas en el registro de pre-asignación, pero sin acta definitiva de puesta en servicio

4- La reforma de la fiscalidad energética como medida para garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico

La última propuesta para resolver el problema del déficit de tarifa consiste en una reforma de la fiscalidad energética, contenida en el “proyecto de ley de medidas fiscales en materia medio ambiental y sostenibilidad energética”, aprobado por el Consejo de Ministros, en la sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2012.

En el proyecto de ley se regulan tres nuevos impuestos: el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radioactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica y el impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radioactivos en instalaciones centralizadas; se crea un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica; y se modifican los tipos impositivos establecidos para el gas natural y el carbón, suprimiéndose además las exenciones previstas para los productos energéticos utilizados en la producción de energía eléctrica y en la cogeneración de electricidad y calor útil.

Además, recogiendo una de las medidas propuestas por la CNE, que no tiene carácter tributario, se excluye del régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial la energía imputable al combustible fósil utilizado en algunas de estas instalaciones.

Se persigue con estos nuevos tributos, -y con la referida medida de no primar la energía procedente de combustibles fósiles- garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, mediante la contribución de todos los actores, Administración Pública, empresas y consumidores, repartiendo los esfuerzos entre todos ellos. Para ello se deberá dotar en los Presupuestos Generales del Estado las cantidades que se recauden con estos tributos a fin de ajustar los ingresos y costes, y entre éstos los que se derivan de los regímenes económicos específicos que disfrutaban las fuentes de energía renovables y no emisoras de emisiones contaminantes.

Es decir, la recaudación obtenida deberá destinarse a financiar el régimen de incentivos a las energías renovables. Paradójicamente una parte de esta recaudación provendrá de los tributos que han de gravar a estas fuentes de energía, fundamentalmente a través del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. De alguna manera a través de este nueva fiscalidad energética se está modificando, reduciéndolo, el régimen de incentivos a las energías renovables.

5- El alcance de la modificación del marco regulatorio de los incentivos a las instalaciones de régimen especial, a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo

La duda que surge es hasta dónde se puede llegar en la modificación del régimen de incentivos sin que resulten vulnerados los derechos de las entidades beneficiarias –en

algunos casos, Fondos de Inversión-, que están dispuestas a defender la situación económica que se les ha reconocido, invocando los principios de seguridad jurídica, irretroactividad, confianza legítima y rentabilidad razonable.

El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en las sentencias que resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las disposiciones y actos a través de los cuales se han ido introduciendo modificaciones del régimen de incentivos.

5.1 - Sentencias desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009

El Tribunal Supremo se pronunció en primer lugar desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que ordenaban los proyectos presentados al registro administrativo de pre-asignación de retribución, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril².

Se aprovechan los recursos contra el citado Acuerdo del Consejo de Ministros para solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de este Real Decreto-ley, considerando que no concurre una situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifique su adopción y, además, que vulnera el régimen de distribución de competencias en esta materia. Se argumenta también en alguno de los recursos interpuestos que determinados preceptos de esta disposición legal infringen los principios constitucionales de igualdad, irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima.

Por lo que se refiere al Acuerdo del Consejo de Ministros, se argumenta que vulnera el derecho fundamental a la igualdad, supone una extralimitación competencial por razón de la materia, omite el procedimiento legalmente establecido para su aprobación, adopta arbitrariamente el criterio de priorización para ordenar las instalaciones que acceden al registro de pre-asignación y, por último, consideran que no concurren las circunstancias que pudieran motivar la aplicación de restricciones a la ejecución y puesta en operación de proyectos según el RDL 6/2009

El Tribunal Supremo concluye que no cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, reconociéndole al Estado la competencia para regular esta materia y considerando que se da en este caso el presupuesto de hecho habilitante para adoptar el Real Decreto-ley, al estar en riesgo la sostenibilidad económica del sistema eléctrico como consecuencia del incremento del déficit de tarifa.

Por lo que aquí interesa, el Tribunal Supremo tiene ocasión de pronunciarse sobre los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima, invocados por las entidades recurrentes para cuestionar la constitucionalidad del Real Decreto-ley. Estas primeras sentencias marcan ya las pautas acerca del alcance y límites de los cambios en el marco regulatorio de los incentivos reconocidos a las instalaciones en régimen especial, que serán seguidas y desarrolladas en otras sentencias dictadas con posterioridad.

² STS 1910/2011, 11 de abril (nº de Recurso: 181/2010); STS 6682/2011, 11 de octubre (nº de Recurso: 187/2010) y STS 7478/2011, 14 de noviembre (nº de Recurso: 165/2010)

Es ilustrativo al respecto lo argumentado en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS 6682/2011, 11 de octubre, en el que se dice lo siguiente:

“El principio constitucional de seguridad jurídica tampoco garantiza el reconocimiento del derecho de los productores de energía eléctrica en régimen especial a la inmodificabilidad de dicho régimen, al ostentar el legislador y, en su caso, el Gobierno, un margen de apreciación en la ordenación de este sector regulado, atendiendo a criterios relacionados con la ejecución de las políticas energéticas y medioambientales que revisten un carácter estratégico para la economía nacional, y tomando en consideración los intereses generales incardinados en un correcto funcionamiento del sistema de producción y distribución de energía eléctrica y, asimismo, los derechos de los usuarios.

Por ello, carece de fundamento la imputación que se formula a la Disposición transitoria quinta, apartado 1, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, de vulnerar el principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, puesto que la entidad mercantil recurrente, en cuanto empresa que desarrolla la actividad de generación de energía eléctrica, no tiene un derecho a que se mantenga inalterado el régimen jurídico del sector de la energía eléctrica, ya que, según se desprende de los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006/246), ningún obstáculo constitucional existe para que el legislador y, en su caso, el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia intensamente regulada como la eléctrica, modifiquen la regulación de un concreto aspecto regulatorio, siempre que se mantenga dentro del marco establecido en la Constitución.

En esta sentencia se reconoce con carácter general al regulador la potestad de modificar el marco regulatorio en materia de energía eléctrica para adaptarlo a las cambiantes circunstancias, atendiendo al interés general y a los derechos de los usuarios, sin que ello suponga un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 7478/2011, 14 de noviembre, se insiste en este argumento y se reitera “... la legitimidad, en principio, de las sucesivas, y no necesariamente predeterminadas por las precedentes, respuestas legislativas ante la evolución de los datos económicos y el desarrollo tecnológico de un sector en permanente cambio como es el de las energías de régimen especial”. Por otra parte, se considera en esta sentencia, en el citado Fundamento de Derecho, que la creación del registro de pre-asignación de retribuciones, con las consecuencias económicas derivadas, no infringe el principio constitucional de la irretroactividad, dado que “No afecta a las situaciones jurídicas ya consolidadas sino a expectativas en curso de consolidación, y ni siquiera priva a éstas de toda su virtualidad”.

Como ha quedado expuesto las sentencias que resuelven los recursos interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, procediendo a la ordenación de los proyectos presentados al registro administrativo de pre-asignación de retribución, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, sientan algunas pautas acerca del alcance de las modificaciones de los incentivos reconocidos a las instalaciones de régimen especial.

5.2 - Sentencias desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre

Pero son las sentencias que resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, las que determinan con mayor precisión el alcance y los límites de los cambios regulatorios en los incentivos de las instalaciones de régimen especial³. Se cuestionan en estos recursos la supresión del segundo tramo de la tarifa a las instalaciones fotovoltaicas y las exigencias técnicas impuestas a estas instalaciones.

Cabe recordar que inicialmente el RD 661/2007 establecía que las instalaciones fotovoltaicas percibirían una determinada tarifa durante los primeros veinticinco años, y otra, inferior, a partir de entonces y por tiempo indeterminado. El RD 1565/2010 mantiene la tarifa regulada para los primeros veinticinco años -ampliados posteriormente a treinta años en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible- pero suprime la tarifa prevista para el periodo siguiente. Esta medida afecta a las instalaciones fotovoltaicas en funcionamiento a la entrada en vigor de este Real Decreto.

Las entidades recurrentes han considerado que la medida consistente en la supresión del segundo tramo de la tarifa es retroactiva y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Alegan, además, la infracción de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del Protocolo de la Carta Europea de la Energía y del protocolo nº 1 adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad y el de rentabilidad razonable.

Las sentencias dictadas, que desestiman todos los recursos interpuestos, se pronuncian sobre todas estas cuestiones, abundando en lo argumentado en las sentencias que resuelven los recursos interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009.

Sobre la retroactividad prohibida

Las entidades recurrentes alegan que la medida consistente en la supresión del segundo tramo de la tarifa entra dentro de la retroactividad prohibida, infringiendo lo establecido en el artículo 9.3 de la CE, en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y en el artículo 2.3 del Código Civil.

Las sentencias dictadas acotan el concepto de la “retroactividad prohibida” para distinguirlo del concepto más amplio de la “retroactividad” y de otros conceptos autónomos como los de “seguridad jurídica” y “confianza legítima”, llegando a la conclusión de que “... *no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las*

³ La STS 2320/2012, de 12 de abril (nº de Recurso 40/2011) es la primera que resuelve un recurso contencioso-administrativo contra el RD 1565/2010, desestimándolo. A partir de esta sentencia se han dictado otras sentencias que reproducen sus argumentos e introducen otros nuevos a la vista de las cuestiones planteadas en los sucesivos recursos interpuestos. Junto a la referida sentencia hay que destacar las siguientes: STS 4253/2012, 19 de junio (nº de recurso: 62/2011) y STS 4594/2012, de 26 de junio (nº de Recurso: 566/2010)

disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso”.

Nada impide, por tanto, la adopción de medidas regulatorias que aun afectando a instalaciones en funcionamiento se proyectan en el tiempo “hacia adelante”. En este sentido, no entrarían dentro de la retroactividad prohibida las medidas propuestas en el informe de la CNE para la modificación de los incentivos económicos que están percibiendo las instalaciones sometidas al régimen especial.

Seguridad jurídica y confianza legítima

Invocan también las entidades recurrentes que la medida adoptada infringen los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

El planteamiento que se hace en estas sentencias –en línea con lo argumentado al respecto en las sentencias que resuelven los recursos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 - es que en una situación de crisis económica generalizada, que afecta especialmente al sistema eléctrico, con un grave problema de déficit, no pueden pretender los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que se mantenga inalterable el régimen de retribuciones. Se les dice que “**...no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas”.**

Y se les dice también que “**...sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias. Si éstas implican ajustes en otros muchos sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico”.**

De manera que todas estas circunstancias -la incierta y cambiante situación económica; la crisis que afecta al sistema eléctrico, necesitado de reformas; los rápidos avances tecnológicos en las instalaciones de energías renovables, con la consiguiente reducción de los costes y el exceso de la potencia finalmente instalada de algunas tecnologías respecto de la inicialmente prevista- son tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo al interpretar el concepto de seguridad jurídica.

En este sentido, se argumenta en algunas de las sentencias que ***“El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. 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”.***

Y se argumenta también que ***“La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la "curva de aprendizaje" y la progresiva "madurez" del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta "paralela" en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél”.***

Las sentencias hacen una interpretación de la seguridad jurídica que no impida a los poderes públicos adaptar el régimen económico de las energías renovables a los continuos cambios en la situación económica y a los avances tecnológicos, garantizando de esta forma el equilibrio del sistema. Se dice al respecto que ***“Es lógico que ante esta -o cualquier otra- modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica". El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales”.***

Estos argumentos llevan al Tribunal Supremo, como se ha dicho, a rechazar lo alegado acerca de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Con los mismos argumentos se desestiman las alegaciones acerca de la vulneración de los principios de derecho comunitario de seguridad jurídica y confianza legítima.

Protección de las inversiones en materia de energía

Las entidades recurrentes plantearon en algún caso –supresión del segundo tramo de la tarifa correspondiente a las instalaciones fotovoltaicos- que la medida adoptada vulneraba el Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía, en lo que se refiere a la protección de inversiones en esta materia.

El Tribunal cuestiona de entrada que este Tratado sea de aplicación a los inversores españoles. No obstante, y admitiendo a efectos meramente dialécticos que el Tratado fuese de aplicación a estas inversiones, se llega a la conclusión de que el fin que se persigue con esta norma internacional es crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de los países firmantes puedan invertir con

seguridad en otros países. Con este objeto se protegen las inversiones frente a “medidas exorbitantes o discriminatorias”.

Se considera en las sentencias que la supresión de la tarifa es una medida puntual para adaptar el régimen retributivo de la producción de energía mediante instalaciones eólicas a las cambiantes circunstancias que no altera la estabilidad del marco regulatorio que sigue siendo favorable en su conjunto a este tipo de instalaciones. Por todo ello se concluye que la supresión del periodo indeterminado de cobro de la tarifa no es una medida exorbitante que pueda poner en peligro las inversiones realizadas en las instalaciones eólicas en funcionamiento.

El Tribunal Supremo considera que la medida cuestionada –supresión del segundo tramo de la tarifa- no es una medida exorbitante pero no cabe deducir de ello que no puedan llegar a serlo otras medidas ablativas más drásticas o la sucesión de medidas destinadas a reducir los incentivos de las instalaciones en funcionamiento, como sugieren las empresas generadoras en régimen ordinario.

Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

Se ha utilizado también como argumento en alguno de los recursos interpuestos la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, considerando que alguna de las medidas adoptada son decisiones desproporcionadas que tienen por finalidad subsanar las deficiencias detectadas en el régimen de incentivos.

Frente a este razonamiento, el Tribunal Supremo mantiene que las medidas impugnadas no son arbitrarias dado que están suficientemente justificadas en un motivo de interés general cual es evitar el perjuicio que ocasionaría mantener un régimen retributivo que se había revelado inadecuado. Y ello aun cuando fueran reprochables a la Administración los errores de previsión que han determinado la necesidad de introducir modificaciones en el régimen retributivo establecido inicialmente.

Es decir, se reconoce al regulador el derecho a subsanar las deficiencias cometidas en la configuración del régimen de incentivos, que han contribuido al incremento desproporcionado del déficit de tarifa.

La rentabilidad razonable como límite

En suma, el Tribunal Supremo en las sentencias hasta ahora dictadas viene a reconocer al regulador la facultad de modificar los incentivos económicos que perciben las instalaciones en régimen especial, para adaptarlos al actual contexto económico y a los avances tecnológicos. Y todo ello con el fin de garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico.

Ahora bien, la potestad de modificar los incentivos económicos que vienen percibiendo las instalaciones de régimen especial en funcionamiento no es ilimitada. Los cambios normativos reduciendo los incentivos en ningún caso puede menoscabar el derecho de las entidades beneficiarias a obtener de la inversión realizada una “rentabilidad razonable”, principio establecido en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico. Se establece en este artículo 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, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, la producción de calor útil económicamente justificable 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***".

Sobre la interpretación de este concepto jurídico indeterminado se ha pronunciado también el Tribunal Supremo⁴. En estas sentencias se fijan pautas para la interpretación de este concepto jurídico indeterminado, clave para conocer el alcance de la modificación de los incentivos a las instalaciones de régimen especial.

Se deja claro en primer lugar que este concepto jurídico debe interpretarse de acuerdo con el contexto económico y atendiendo a las cambiantes circunstancias. Es decir, la rentabilidad razonable cuantificada en un momento determinado no es inmodificable; puede cambiar en la medida que varían las circunstancias económicas. Lo cual tiene importancia en una actividad, como es la de generación en régimen especial, que se ve beneficiada por estos incentivos durante largos periodos de hasta 30 años. Se dice al respecto que: *"La tesis según la cual la "rentabilidad razonable" que se estimó en un determinado momento debe mantenerse inalterada, sin más, en los sucesivos no puede ser compartida. **En función del cambio de circunstancias económicas y de otro tipo un porcentaje de rentabilidad puede ser "razonable" en aquel primer momento y requerir su ajuste ulterior precisamente para mantener la "razonabilidad" ante la modificación de otros factores económicos o técnicos.**"*

Al hilo de lo expuesto, el Tribunal Supremo considera que para poder determinar si la inversión realizada ha dado una rentabilidad razonable hay que tener en cuenta el rendimiento obtenido a lo largo de toda la vida de la instalación, argumentando que. *"... el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad. Lo cual quiere decir, como es evidente, que la previsión legal de que se asegure una rentabilidad razonable no implica la pervivencia de una determinada prima durante toda la vida de la instalación, pues puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su período de operatividad. **En consecuencia, no se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación**"*.

Parece desprenderse de lo expuesto que si se demuestra que las inversiones realizadas en estas instalaciones de régimen especial han sido amortizadas antes de finalizar el periodo establecido para percibir las primas, podrán suprimirse los incentivos considerando que ha quedado garantizada la rentabilidad razonable. Lo que no cabría en ningún caso es suprimir o reducir los incentivos antes de que estuviesen amortizadas las instalaciones.

⁴ Sobre esta cuestión se pronuncia extensamente la STS 4253/2012, 19 de junio (nº de recurso: 62/2011), en el Fundamento de Derecho Octavo.

6 - Jurisprudencia sobre la eficacia retroactiva de las normas tributarias y su incidencia en la proyectada reforma de la fiscalidad energética

Según ha quedado expuesto, la última propuesta para resolver el déficit de tarifa consiste en una reforma de la fiscalidad energética. Los nuevos tributos previstos, en la medida en que afecten a las instalaciones de régimen especial, servirán para capturar una parte de los incentivos económicos que reciben estas instalaciones. Por ello se está suscitando de nuevo la cuestión de si esta reforma de la fiscalidad energética, que afecta directamente al régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial, tiene carácter retroactivo y supone una quiebra del principio de seguridad jurídica⁵

El Tribunal Constitucional, y también el Tribunal Supremo⁶, se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el alcance en el tiempo de las normas tributarias, elaborando una doctrina ya consolidada sobre esta cuestión. Esta doctrina ha quedado expuesta en el fundamento jurídico 3 de la **sentencia del TC 89/2009, de 20 de abril de 2009**.

Se deja claro en primer lugar que no es de aplicación a las normas tributarias el principio de la irretroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. Por tanto, las normas tributarias pueden tener carácter retroactivo; Se argumenta al respecto:

“Dado que las normas tributarias no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11), no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9; y 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8) o, dicho de otra forma, “no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental” (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9; y, en el mismo sentido, SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11)”.

No obstante, se advierte que aun admitiéndose la eficacia retroactiva de las normas tributarias existen otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica o el de interdicción de la arbitrariedad que operan como límites a la eficacia en el tiempo de estas normas. Cabe, por tanto, que la eficacia retroactiva de las normas tributarias entre en colisión con los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.

En los párrafos que se transcriben a continuación se sientan las pautas para determinar cuando el principio de seguridad jurídica actúa como límite a la eficacia retroactiva de las normas tributarias. Se argumenta de la siguiente forma:

⁵ En el periódico Expansión del día 20 de septiembre de 2012 aparece una noticia titulada “Los fondos reavivan la guerra contra la reforma energética”, en la que se pone de manifiesto que varios fondos que han invertido en energías renovables consideran que esta reforma crea inseguridad jurídica y supone la pérdida de confianza en el Gobierno Español. El periódico el Economista del mismo día se hace eco de la noticia pero centrándola en los fondos de inversión internacionales que han invertido en instalaciones termosolares.

⁶ STS 7358/2009, de 10 de septiembre y STS 3863/2010, de 8 de julio.

“En lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, recordábamos en esta misma Sentencia cómo se ha venido configurando, a partir de la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, “una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos” (FJ 11). En base a ello, hemos afirmado que dicho principio “protege 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, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE” (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5; 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 11).

Sin embargo, tampoco el principio de seguridad jurídica puede erigirse en un valor absoluto, pues ello “daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal” (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11).

En este contexto, afirmábamos en esta misma Sentencia que “el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto —retroactividad auténtica—, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo —retroactividad impropia—, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso” (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11)”.

A la vista de la doctrina constitucional sobre la eficacia retroactiva de las normas tributarias, cabe concluir que la reforma de la fiscalidad energética proyectada, en la medida en que pudiera afectar al régimen de incentivos a las instalaciones de régimen especial, al capturar en adelante una parte de estos ingresos, no vulneraría el principio de seguridad jurídica ni el de interdicción de la arbitrariedad. Hay que recordar a este respecto las recientes sentencias del TS sobre la modificación del régimen de incentivos de las instalaciones de régimen especial, a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

7 – Conclusión

Se pueden extraer de estas sentencias algunas ideas fundamentales que permitirán resolver la cuestión anteriormente planteada de hasta dónde puede llegar el regulador en la modificación del régimen de incentivos de las instalaciones de régimen especial, sin que resulten vulnerados los derechos de las entidades beneficiarias

1. Queda claro que las medidas que se adopten en relación con el régimen retributivo de las instalaciones de régimen especial sólo entrarán en el ámbito de la retroactividad prohibida cuando produzcan sus efectos “hacia atrás”.

2. A la hora de interpretar el concepto de seguridad jurídica, el Tribunal Supremo tiene en cuenta el contexto de crisis económica, las dificultades por las que atraviesa el sistema eléctrico, con el grave problema del déficit de tarifa amenazando su sostenibilidad, y los continuos cambios tecnológicos. En este contexto, se dice, el concepto de seguridad jurídica no puede ser un freno para llevar a cabo las modificaciones necesarias para garantizar la sostenibilidad y el equilibrio del sistema eléctrico.

3. El Tribunal Supremo distingue entre la seguridad jurídica como concepto técnico-jurídico que actúa como límite a la potestad de la Administración de introducir modificaciones y el denominado riesgo regulatorio, concepto económico que describe el riesgo que para las inversiones puede derivarse de los cambios introducidos en el marco jurídico que regula una actividad económica. Se considera que el riesgo regulatorio no entra dentro del concepto técnico-jurídico de seguridad jurídica, por lo que no supone un límite a las modificaciones que se introduzcan en el régimen retributivo con efectos “hacia adelante” y necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema eléctrico.

4. Se trasluce en algunos razonamientos de estas sentencias un reproche a los titulares de instalaciones de régimen especial por no aceptar que se les modifique el régimen de incentivos, siendo que, en opinión del Tribunal, son los causantes del grave problema del déficit de tarifa que amenaza la sostenibilidad del sistema y, además, gozan de una situación de privilegio si se les compara con los productores en régimen ordinario que la venden al mercado asumiendo un riesgo importante. En varias ocasiones se establece una comparación entre los productores de energías renovables, que, se dice, obtienen contraprestaciones sin asumir riesgos, y los productores en régimen ordinario que intervienen en el mercado, expuestos al riesgo empresarial que se acentúa en periodo de crisis.

5. La rentabilidad razonable cuantificada en un momento determinado no es inmodificable; puede cambiar en la medida que varíen las circunstancias económicas que se tuvieran en cuenta en el momento de su determinación.

6. A la vista de la doctrina constitucional sobre la eficacia retroactiva de las normas tributarias, cabe concluir que la reforma de la fiscalidad energética proyectada, en la medida en que pudiera afectar al régimen de incentivos de las instalaciones de régimen especial, al capturar en adelante una parte de estos ingresos, no vulneraría el principio de seguridad jurídica ni el de interdicción de la arbitrariedad

En suma, el Tribunal Supremo viene a reconocer en estas sentencias al regulador una amplia facultad para, cualquiera que sea el medio que utilice, modificar los incentivos económicos que perciben las instalaciones en régimen especial en funcionamiento, como medida para reducir el déficit de tarifa y de esta forma garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico.