

LA REFORMA ENERGÉTICA EN ESPAÑA: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Pilar Navarro Rodríguez

Profesora titular doctora de Derecho administrativo.

Universidad Loyola Andalucía

Coordinadora del Instituto Loyola-Abengoa

Agustín Ruiz Robledo

Catedrático de Derecho constitucional.

Universidad de Granada

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Germán ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, don José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ, don Pedro POVEDA GÓMEZ, don Miguel SÁNCHEZ MORÓN y don José Luis ZAMARRO PARRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

En el último lustro el sector energético español ha sufrido un aluvión de cambios normativos que, lamentablemente, no han sido producto de un pacto energético –una y otra vez demandado por los especialistas y que los partidos dicen querer alcanzar–, sino que ha venido motivado por el deseo de paliar el «déficit de tarifa» y algunos otros problemas concretos, como el tremendo coste que suponen para un Estado en crisis económica las altas primas de las energías alternativas. Más allá de las críticas sobre oportunidad política y técnica legislativa que estas modificaciones normativas han provocado, en este trabajo nos centraremos en analizar, desde una perspectiva jurídica, las consecuencias perniciosas de todas estas modificaciones, tanto desde el punto de vista administrativo (riesgo regulatorio, poliarquía normativa y responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a expropiación indirecta) como constitucional (debilitamiento de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad), aportando finalmente algunas propuestas que podrían coadyuvar a paliar de alguna manera esas consecuencias.

Palabras claves: energía, regulación, reforma energética y riesgo regulatorio.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

ENERGY REFORM IN SPAIN: A CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE ANALYSIS

Pilar Navarro Rodríguez
Agustín Ruiz Robledo

ABSTRACT

In the last five years Spanish energy sector has suffered from a barrage of regulatory changes that, unfortunately, have not been the product of an energy pact –again and again demanded by specialists and said by political parties to be a policy goal–, but motivated by the urge to alleviate the «tariff deficit» and some other specific issues, such as the tremendous costs that a state under economic crisis has to bear in the high premiums of alternative energies. Beyond criticism of political opportuneness and legislative technique to these regulatory changes, in this paper we will focus on analyzing, from a legal perspective, the harmful consequences of all these changes, both administratively (regulatory risk, poliarchy regulations and liability of the State for statutory indirect condemnation) and constitutional (weakening of certainty, legitimate expectations and non-retroactivity principles), and, finally, bringing in some proposals that could help to somehow alleviate those consequences.

Keywords: energy regulation, energy reform and regulatory risk.

Sumario

1. Cuestión preliminar: Más que reforma energética en España, modificaciones legislativas continuas
2. El mercado de la energía eléctrica como sector regulado en España y en la Unión Europea
3. Distribución de competencias en materia de energía en España
 - 3.1. Distribución de competencias energéticas en general
 - 3.2. Doctrina del Tribunal Constitucional
 - 3.3. Distribución de competencias en materia de energías renovables
 - 3.4. Nuevos desarrollos de la jurisprudencia constitucional
4. Problemas administrativos de la reforma energética: Riesgo regulatorio, poliarquía normativa y posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a expropiación indirecta
 - 4.1. Regulación y riesgo regulatorio
 - 4.2. Poliarquía normativa
 - 4.3. Posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador en lugar de expropiación indirecta
5. Problemas constitucionales de las normas de la reforma energética
 - 5.1. La posible vulneración del principio de seguridad jurídica en sentido estricto. Incidencia en el derecho a la libertad de empresa *ex* artículo 38 de la Constitución
 - 5.2. Posible vulneración del principio de confianza legítima, como especificidad del principio de seguridad jurídica
6. Recapitulación: Conclusiones y propuestas

Bibliografía

1. CUESTIÓN PRELIMINAR: MÁS QUE REFORMA ENERGÉTICA EN ESPAÑA, MODIFICACIONES LEGISLATIVAS CONTINUAS

El Consejo de Ministros celebrado el 12 de julio de 2013 aprobó una «reforma energética», que venía gestándose desde hacía varios meses. Se trataba de un importante paquete de medidas: el Real Decreto-Ley 9/2013 de Estabilidad Financiera del Sistema Eléctrico, un Proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Sector Eléctrico (que pasado su trámite parlamentario se convertiría en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de Reforma del Sector Eléctrico), ocho reales decretos entre los que se encontraba el de autoconsumo, y dos órdenes ministeriales. Con estas normas se pretendía, según el Gobierno, un nuevo marco regulatorio para el sector energético, aunque extrañamente no afrontaba directamente la reforma de los costes de la energía, que según muchos especialistas es su principal problema, con un efecto muy perjudicial para toda la economía española¹. Por eso, la moratoria a las energías renovables siguió vigente casi un año más, hasta el Consejo de Ministros de 6 de junio de 2014, en el que se aprobó el Real Decreto 413/2014, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, también en medio de una gran polémica política y social.

Este Real Decreto 413/2014 pretendía, según su propia exposición de motivos, poner fin a la gran incertidumbre generada por la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos cuya publicación supuso, por una parte, la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones, y por otra, la supresión del procedimiento administrativo de preasignación de retribución para nuevos proyectos de régimen especial. Algo que había sido censurado por la Comisión Europea en 2012 afirmando textualmente que «la suspensión de las ayudas a las energías renovables desalienta la inversión en el sector y hará difícil que España alcance sus objetivos energéticos y climáticos en el marco de la Estrategia Europa 2020»². Desde luego, no parece que la crítica de la Comisión fuera exagerada, ya que la aprobación de esa normativa ha supuesto la paralización de muchos

¹ Según la nota de la Comisión Nacional de Energía (CNE) «Resumen del saldo de la deuda del sistema eléctrico», a fecha de 10 de mayo de 2013, la deuda del sistema eléctrico por los déficits acumulados desde 2005 superaba los 26.000 millones de euros, habiéndose amortizado ya otros 10.000 millones de euros en ese periodo.

² Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012 que acompaña al documento Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España para 2012-2015 [COM (2012) 310 final], pág. 26.

proyectos de generación de energía eléctrica en régimen especial, incluso de aquellos que ya disponían de prioridad o punto de conexión para la evacuación en la red eléctrica³.

Por esas modificaciones y las posteriores, especialmente las aprobadas en el Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2014⁴, podríamos decir que el Gobierno parece dedicarse a tejer y destejer la misma manta energética, como una nueva Penélope, si bien en cada cambio hay muchos actores implicados que se sienten perjudicados. Es más, esta sensación de cambios normativos sin una dirección clara se refuerza si recordamos que con anterioridad, ya a finales de 2012 y principios de 2013, el mismo Gobierno había aprobado otra serie de medidas relativas al mismo ámbito de la reforma energética, como fueron la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética; el Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (con un capítulo III dedicado al sector eléctrico); el Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de retribución en renovables y el Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

Por su parte, el Gobierno anterior (de signo político diferente, del PSOE) también había intentado previamente una reforma del sector de la energía, con la aprobación de otro buen número de normas entre las que merecen destacarse la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre, por el que se establecen los Peajes de Acceso a las Redes de Transporte y Distribución que deben satisfacer los Productores de Energía Eléctrica y el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la Conexión a Red de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica de Pequeña Potencia. En total, desde diciembre de 2010 y hasta septiembre de 2014 se habían aprobado 13 leyes, 9 reales decretos leyes y 14 reales decretos, desarrollados por una batería de órdenes ministeriales –un sinfín de normas menores que a veces tienen gran importancia– que han culminado, por ahora, en la Ley de Reforma del Sector Eléctrico, a su vez pendiente (a la fecha de cierre de estas líneas) de la aprobación de sus correspondientes reglamentos de ejecución.

³ Si nos fijamos, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, según datos oficiales de la Agencia Andaluza de la Energía, en el sector de producción de componentes y sistemas de generación eléctrica, Andalucía disponía en aquel momento de 15 fábricas: 3 en el sector eólico, 6 en el termosolar, 4 en el fotovoltaico y 2 en sistemas de control. Estas plantas tienen un impacto de 1.875 empleos directos, estimándose en 4.700 el empleo indirecto asociado. Adicionalmente, hay 5 proyectos en desarrollo cuya viabilidad se ve seriamente cuestionada con las nuevas medidas legislativas.

⁴ Nos estamos refiriendo al Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por el que se regulan determinadas medidas tributarias en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos; el Real Decreto por el que se crea un mecanismo de compensación de costes de emisiones indirectas de gases de efecto invernadero para empresas de determinados sectores y subsectores industriales a los que se considera expuestos a un riesgo significativo de «fuga de carbono» y se aprueban las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones para los ejercicios 2014 y 2015; el Real Decreto por el que se aprueba una nueva Instrucción Técnica Complementaria, ITC, BT 52 «Instalaciones con fines especiales. Infraestructura para la recarga de vehículos eléctricos», del reglamento electrotécnico para baja tensión; el Real Decreto por el que se regula el procedimiento de cesión de los derechos de cobro del déficit del año 2013 y se desarrolla la metodología de cálculo del tipo de interés que devengarán los derechos de cobro de los déficit de ingresos y los desajustes temporales.

En este espeso bosque de normas cualquier jurista, por muy avezado en la materia que sea, corre el serio riesgo de perderse, más si se tiene en cuenta que siguen una línea sinuosa de cierta improvisación, lo que ha llevado a algunos expertos en regulación energética, como el profesor ARIÑO ORTIZ, a advertir que «las reformas en el sector energético (especialmente, eléctrico y gasista), no se pueden hacer por decreto, de prisa y corriendo y desde arriba, al margen de las empresas»⁵. Las consecuencias perniciosas de todo ello son más que evidentes: riesgo regulatorio, inseguridad jurídica y poliarquía normativa en un sector que debe ser considerado como estratégico en la economía de cualquier país desarrollado. Por eso, más que de una reforma energética —que transmite la idea de un cambio legislativo coherente y bien meditado—, algunos autores han preferido hablar de «cascada legislativa que ahoga las energías renovables» (MARTÍN PALLÍN y SÁNCHEZ CORZO)⁶ o de «mutabilidad legislativa vertiginosa, incoherente y caótica» (ALENZA GARCÍA)⁷.

En el presente trabajo, sin ir tan lejos, consideramos que se debería hablar de «micro-modificaciones energéticas», que van siendo aprobadas a modo de parches sucesivos para tratar de paliar el tan repetido «déficit de tarifa»⁸ únicamente desde el punto de vista de la rentabilidad económica del mercado⁹, pero que no afrontan la cuestión energética como un todo y desde la necesidad de alcanzar un pacto de Estado en materia de energía que incluya una verdadera (y única) reforma energética en España, que sería lo deseable¹⁰.

⁵ Vid. el paper sobre *La reforma energética en el sector eléctrico* del profesor ARIÑO ORTIZ, publicado en la página web del Foro de pensamiento, debate y acción ciudadana, con fecha de 3 de junio de 2014, <http://www.forodeforos.org/uploads/debate/1de27936abaffef0d3380be2d6138437930741ec.pdf>

⁶ Así titulan el capítulo que firman MARTÍN PALLÍN, J. A. y SÁNCHEZ CORZO, J., en la obra colectiva *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Navarra: Aranzadi, 2015, págs. 219 a 241.

⁷ ALENZA GARCÍA, J. F.: «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in) seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, 2016, pág. 4.

⁸ En el propio Real Decreto-Ley 9/2013, se afirma que el Gobierno pretende «dar una solución definitiva al déficit de tarifa, resultado del desequilibrio entre los ingresos y los costes del sistema eléctrico (...)», que a pesar de haber sido objeto de continua regulación en los últimos años no ha dejado de crecer. Siendo esto cierto, no es menos cierto que la forma en que se afronta ese objetivo tan loable no es la ideal, ya que no se profundiza en el origen real del déficit y por tanto no se afronta el necesario cambio en el modelo del sistema eléctrico. Dicho de otra forma, se modifican los gastos e ingresos del sistema, haciéndolos más previsibles, pero no se toca la estructura o la base del modelo, que es de donde surge el desajuste, es decir, (a) el funcionamiento de casación de la oferta y la demanda en el pool, (b) el complemento de las primas a la generación, y (c) el pago de los costes del sistema.

⁹ Reformas auspiciadas en muchos casos por consejos de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que ha llegado a afirmar en su último informe bianual sobre la economía española («Estudios económicos de la ODCE. España», septiembre de 2014) que para que la reforma eléctrica en España resulte «efectiva», la norma «cero gastos nuevos sin un aumento equivalente de los Ingresos» debe respetarse «escrupulosamente», abogando además por una política en el ámbito eléctrico diseñada «cuidadosamente» para aumentar «al máximo» su efectividad y reducir «al mínimo» los costes, incluidos los fiscales. El informe completo puede consultarse en <http://www.oecd.org/economy/surveys/Spain-Overview-Spanish.pdf>

¹⁰ A nuestro entender, la solución al problema del déficit tarifario requiere de una serie de medidas para la modificación estructural del sistema eléctrico, abordando de forma integral un cambio de su funcionamiento y no parcheando

Pero más allá de las críticas sobre oportunidad política y técnica legislativa vertidas sobre los sucesivos cambios normativos en el sector energético aprobados desde 2010¹¹ (y que, evidentemente, suscribimos), creemos que merece la pena estudiar con cierto detalle los posibles vicios o problemas administrativos y de constitucionalidad en los que podrían haber incurrido algunas de esas normas (muy especialmente el RDL 9/2013) que han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional tanto por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, como por diversas comunidades autónomas¹².

Esta alta conflictividad se está saldando, hasta la fecha, con victorias del Gobierno tanto ante el Tribunal Constitucional como ante el Supremo, aunque estas decisiones judiciales, lejos de la unanimidad, están señalando con sus votos particulares que todas estas «micro-modificaciones normativas» ponen en serio riesgo los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad. En la doctrina también hay quien se ha mostrado muy crítico con esas resoluciones judiciales. Por ejemplo, el profesor ALENZA GARCÍA considera que se han emitido «sin tener en cuenta el singular contexto normativo (diez modificaciones legislativas en cuatro años), dogmático (las críticas y controversias señaladas por la doctrina) y litigioso (los numerosos conflictos judiciales y extrajudiciales que ha motivado) en que se encuentra envuelta la inestable regulación de las energías renovables de nuestro país»¹³.

Por todo ello, en las siguientes líneas vamos a ocuparnos de las consecuencias de todas estas modificaciones normativas, tanto desde el punto de vista administrativo como constitucional, aportando finalmente algunas propuestas que podrían coadyuvar a paliar de alguna manera esos efectos. Pero antes de ello creemos conveniente analizar, de forma somera, el mercado de la energía eléctrica como sector regulado, pues solo una visión de conjunto permitirá entender la nueva normativa energética y su adecuación o no a la Constitución y al Derecho administrativo.

el modelo obsoleto actual con medidas que solo buscan la reducción del déficit de tarifa, que es condición necesaria pero no suficiente para tal fin.

¹¹ Y las que puedan venir, tanto por los resultados de las elecciones del 20-D como por las iniciativas legislativas de las comunidades autónomas para modificar algunas de las normas citadas. En estos momentos, por ejemplo, se está tramitando una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos de modificación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, para la exención de las instalaciones que operen en régimen de autoconsumo vinculadas al ciclo del agua hasta el 31 de diciembre de 2019.

¹² *Cfr.*, por ejemplo: RI 6031-2013, interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, resuelto por la STC 30/2016, de 18 de febrero; el RI 1780-2013, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y resuelto por el TC en su STC 183/2014, de 6 de noviembre; el RI 5852-2013, interpuesto por el Gobierno de Navarra, resuelto por la STC 29/2016, de 18 de febrero de 2016; el RI 5347-2013, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, resuelto por la STC 270/2015, de 17 de diciembre; y el RI 1908-2014, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, resuelto por la STC 32/2016, de 18 de febrero de 2016.

¹³ ALENZA GARCÍA, J. F.: «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in) seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables», art. cit., pág. 6.

2. EL MERCADO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO SECTOR REGULADO EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Como sector regulado que es, el mercado de la energía eléctrica es un mercado que podríamos calificar como «peculiar», al estar marcado por unas características muy concretas que lo hacen especial. De ahí que debemos partir de un análisis, siquiera somero, del concepto en sí del «sector eléctrico», para lo que podemos partir de una definición del mismo ampliamente compartida entre la doctrina, como la que propone el profesor FABRA:

«(...) el Sector Eléctrico es aquella parte de la economía que reúne empresas, medios y actividades orientados al suministro de electricidad, con objeto de abastecer de manera completa su demanda. Incluye, por tanto, a proveedores de materias primas energéticas, a generadores, a transportistas, a distribuidores, a comercializadores y a consumidores, y a todos los medios materiales (equipamientos principales y auxiliares e infraestructuras) de los que cada uno de estos grupos de agentes sectoriales se valen para ser parte del sector. Todos ellos, agentes y sector, están conectados por redes de cables eléctricos, y todos están obligados a ejercer sus funciones (en las diferentes fases del suministro y el consumo) con completo sincronismo, porque la electricidad no es almacenable»¹⁴.

Sin entrar en análisis más profundos y complejos sobre el asunto, intuitivamente puede admitirse que por esa única razón de que la electricidad no es almacenable, el suministro de electricidad presenta las condiciones que definen, en su sentido más estricto y restrictivo, un sistema, pues si bien el suministro de electricidad es una actividad que consiste en la producción de energía eléctrica mediante la transformación de energías primarias y su puesta a disposición de los consumidores, también es necesario recordar –como dice el mismo FABRA– que:

«(...) se trata de la prestación de un servicio en el que concurren necesariamente diferentes subactividades o fases de la actividad que, de manera también necesaria, se producen de manera sucesiva, concatenada y simultáneamente. Estas subactividades o fases del suministro son la producción, el transporte y la distribución»¹⁵.

Dicho con otras palabras, hay que partir de la base de que, técnica y económicamente, el sistema eléctrico español es una unidad. Por eso, su definición y dirección solo puede corresponder al Estado, debe ser de carácter nacional e incluso europeo¹⁶. Esa unidad tiene su correlato jurídico-

¹⁴ Vid. FABRA UTRAY, J., en la nota preliminar de su obra *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pág. 9.

¹⁵ Vid. FABRA UTRAY, J.: *¿Liberalización o regulación? (...), ibid.*, pág. 66.

¹⁶ Hasta tal punto esto es así que, como ha destacado CAMERON, P. D. en su obra *Competition in energy markets: Law and regulation in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2002, donde reconstruye detalladamente

co en el orden competencial que atribuye al Estado su regulación normativa, dejando la potestad normativa de las comunidades autónomas circunscrita al desarrollo legislativo y reglamentario y la ejecución de la normativa básica del Estado en materia energética, así como la autorización y vigilancia (ambas, con carácter reglado) del transporte y las instalaciones¹⁷. La Constitución ofrece suficientes elementos para mantener esta visión, comenzando por la competencia estatal para establecer tanto las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a), así como las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25.^a), además de la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma, y la autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (art. 149.1.22.^a). Por ello, tal y como veremos en el siguiente apartado, en la jurisprudencia constitucional se parte de una delimitación competencial basada en la consideración del mercado de la energía (gas y electricidad) como único, de modo que, inevitablemente, se ha de proyectar como una unidad. Pero antes, es preciso recordar brevemente algunas características de los sectores de la electricidad y el gas en España, que han exigido durante décadas su sometimiento a regulación¹⁸:

1. Son industrias en las que la actividad se desarrolla *en fases sucesivas*.
 - En electricidad: generación, transporte, distribución y suministro.
 - En gas: fabricación, adquisición, licuefacción (o no), transporte (por gasoducto o por barcos metaneros), regasificación (o no), almacenamiento, transporte (en alta o media presión), distribución y suministro.
2. Suministran servicios *esenciales* para la comunidad, lo que tradicionalmente ha dado lugar a la declaración de servicio público de la actividad, y a una regulación típica de servicio público.
3. Son sectores *estratégicos* para la economía, por lo que con ellos es necesario adoptar una visión global a medio plazo. Por este motivo, y por el carácter cerrado del

el proceso que ha seguido la constitución del mercado interior de la energía de la Unión Europea desde su comienzo en 1988 hasta principios del siglo XXI, se avanza cada vez más hacia la configuración real de una auténtica política europea en materia de energía, y buena muestra de ello fue ya en su momento el *Libro Verde: Hacia una estrategia europea de seguridad en el abastecimiento energético*, publicado por vez primera en 2004, y cuya última versión se aprobó en 2013, bajo el título *Libro Verde. Un marco para las políticas de clima y energía en 2030*, Bruselas, 27.3. 2013. COM (2013) 169 final.

¹⁷ Así lo ha expresado también ARIÑO ORTIZ, G., en *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, 3.^a ed. ampliada de 2004, *in totum*, Granada: Fundación Estudios de Regulación y Editorial Comares.

¹⁸ *Cfr.*, con mucho más detalle que nosotros, ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de Derecho Público Económico (...)*, *op. cit.*, págs. 713 y ss.

sector, tradicionalmente se han sometido a técnicas de planificación conjunta, de carácter vinculante (el llamado Plan Energético Nacional)¹⁹.

4. Son actividades intensivas en capital y de gran complejidad técnica, lo que conlleva barreras de entrada y exige cierta *coordinación técnica* en cada operación.
5. Existe una *integración entre los subsectores energéticos*, ya que la electricidad es una energía final que utiliza diversas fuentes de energías primarias. Por otra parte, gas y electricidad son energías sustitutivas, que compiten entre sí en el suministro final de energía a los consumidores.

Todas estas características tan peculiares han tenido, como es lógico, su reflejo en la propia normativa europea, ya que el sector energético, como sector estratégico en la economía de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, ha despertado un interés creciente en el Derecho originario de la Unión Europea, que culmina con la plasmación en el *Tratado de Lisboa* de 13 de diciembre de 2007 de un nuevo Título dedicado a la «Energía»²⁰. Así, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) le dedica el título XXI, que habilita de forma expresa a la Unión [art. 194.1 c)] para ejercer competencias en esta materia y elaborar una verdadera política energética, entre cuyos objetivos prioritarios incluye el fomento de las energías renovables y de la eficiencia energética. Para ello encomienda al Parlamento y al Consejo establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (previsto en el art. 294 del Tratado, que consta de varias fases y en el que se sigue un sistema de mayorías para adoptar cualquier acto legislativo), las medidas necesarias para alcanzar los objetivos fijados.

Esa competencia energética comunitaria se ha visto ampliada con su competencia en medio ambiente (lucha contra el cambio climático y necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero) en virtud del artículo 192.2 c) del TFUE, que permite al Consejo, por unanimidad, adoptar medidas que afecten de forma significativa al derecho de elección entre diferentes fuentes energéticas y la estructura general del abastecimiento energético.

Dentro de ese marco normativo, se han ido dictando normas de desarrollo, destacando la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de la energía procedente de las fuentes de energía renovables y la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad²¹. Estas directivas, junto con el resto de instrumentos aprobados en el marco de lo que se

¹⁹ Hay que tener presente que la planificación de los grandes servicios públicos, entre los que se encuentra el sector de la energía, sigue siendo necesaria pese a encontrarnos en un sistema más o menos liberalizado, ya que los precios no son suficientes para garantizar la continuidad del servicio, aunque ahora esta planificación ha pasado a ser de carácter indicativo y estratégico.

²⁰ Sobre este tema, *vid., in extenso*, GIMÉNEZ CERVANTES, J.: «El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables» en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, v. II, Navarra: Thomson-Reuter, 2010, págs.79 y ss.

²¹ *Cfr.* MAESTRO BUELGA, G.; GARCÍA HERRERA, M. A. y VIRGALA FORURIA, E.: *El mercado europeo de la energía después del tercer paquete legislativo*, Granada: Comares, 2014. Téngase en cuenta que este marco regulatorio será mo-

vino a denominar el «Paquete de Energía y Clima»²², han pretendido dotar a Europa de un marco normativo estable que permitiera cambiar el sistema energético basándose en una planificación a largo plazo, objetivos que no está claro que compartan las sucesivas modificaciones del marco energético aprobadas en los últimos años en España, volcadas en resolver problemas muy concretos más que en planificaciones a largo plazo.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ENERGÍA EN ESPAÑA

3.1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENERGÉTICAS EN GENERAL

Una vez sistematizado el marco legal de la producción de energía eléctrica en España y en la Unión Europea, para poder completar la visión de conjunto del sistema energético en España, debemos detenernos ahora brevemente en la distribución de competencias en materia de energía²³.

Así, en la jurisprudencia constitucional se parte de una delimitación competencial basada en la consideración del mercado de la energía (gas y electricidad) como único, de modo que, inevitablemente, se ha de proyectar como una unidad, aunque la Constitución toma muy en cuenta el criterio territorial como factor de distribución de competencias, lo que no ha dejado de levantar críticas doctrinales²⁴. Así, el Estado ostenta la competencia exclusiva para autorizar instalaciones eléctricas «cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial», y asimismo el Estado ostenta la competencia exclusiva para aprobar y sentar las «Bases del régimen minero y energético» (arts. 149.1, 22 y 25). Todo lo cual se com-

dificado ampliamente para cumplir con el paquete sobre Energía y Clima que ha adoptado el Consejo Europeo de 23 y 24 de octubre de octubre de 2014 y cuya conclusión principal ha sido la de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero efectuadas en 1990 en un 40% en 2030.

²² Entre los que destacan la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; la Decisión n.º 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero; la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo; y el Reglamento (CE) n.º 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los turismos nuevos como parte del enfoque integrado para reducir las emisiones de CO₂ de los vehículos ligeros.

²³ Para un análisis más extenso de la cuestión, *vid.* NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «Distribución de competencias en materia de Energía en España. Pluralidad de Administraciones competentes», *Actualidad Administrativa*, núms. 19-20, 2012, págs. 2.118 a 2.129. También ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «La distribución de competencias en materia energética, bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional», *RAVP*, núms. 99-100, 2014, págs. 441-463.

²⁴ Así lo ha destacado ARIÑO ORTIZ, G., en *Principios de Derecho Público Económico (...)*, *op. cit.*, págs. 153 y 154.

plementa con la competencia exclusiva del Estado para establecer «las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», especialmente a la industria (*ex art.* 149.1, 13 CE), de la cual forma parte esencial la «planificación energética».

Por eso, compartimos la opinión de MARALET I GARCÍA de resaltar el carácter dual que tienen las competencias en materia de industria eléctrica: «las industrias que operan en el sector energético pueden, en principio, ser consideradas tanto bajo la rúbrica "industria", como en la materia "energía", a los efectos de la distribución competencial»²⁵. Esta dualidad no es una cuestión baladí, de puro entretenimiento académico, sino que tiene consecuencias jurídicas tangibles muy relevantes, ya que los títulos competenciales de industria y energía no tienen un régimen jurídico idéntico en cuanto a la forma y alcance de su titularidad. Así, tal y como pone de manifiesto GONZÁLEZ RÍOS, las comunidades autónomas establecen en sus Estatutos de Autonomía su *competencia exclusiva* en materia de industria, por lo general «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general», mientras que en relación con la energía (acompañada siempre del régimen minero), la competencia es de *desarrollo* legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado²⁶. Y en esa dualidad el Tribunal Constitucional, apoyándose en la unidad del orden económico, ha hecho una interpretación amplia de las bases, muy favorable al Estado²⁷, que además se ha visto reforzada por otra competencia cuyo objeto tiene una fuerte vinculación con la energía (especialmente con las conocidas como «energías renovables»), que es la «legislación básica sobre protección del medio ambiente» (art. 149.1.23 CE)²⁸.

Siendo esto así, los Estatutos de Autonomía de las diferentes comunidades autónomas, lógicamente, han buscado alcanzar el máximo techo de competencias posible atribuyéndosela siempre que la energía no salga de su territorio ni afecte a las demás comunidades autónomas, así como la «competencia exclusiva» sobre industria, matizando que es de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general, y sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las relacionadas con las industrias sujetas

²⁵ Vid. MARALET I GARCÍA, E.: «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. V, Madrid: Civitas, 1991, pág. 4.047.

²⁶ GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y Eficiencia Energética*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2011, pág. 160.

²⁷ Hoy sigue vigente la opinión que expresó LÓPEZ-JURADO hace más de 15 años: «El TC ha dado especial importancia al principio de unidad del orden económico, otorgando una fuerza expansiva a las competencias estatales en materia económica y admitiendo una interpretación amplia y generosa de lo que sean las bases, con lo que la separación legislación-ejecución deja de valer en política económica, deviniendo insuficiente el esquema bases-desarrollo». (LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: «Energía. Régimen general», en Jiménez Blanco, A. y Martínez-Simancas, J., *El Estado de las autonomías. Los sectores productivos y la Organización territorial del Estado*, tomo II, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, págs. 1.525 y 1.526).

²⁸ *Cfr.* la configuración de esta competencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en RUIZ ROBLEDO, A.: «Un componente especial de la Constitución económica: La protección del medio ambiente», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 14, abril-mayo-junio de 1993, págs. 27-53.

a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear. Pero además hay que añadir –como ha puesto de manifiesto el profesor PAREJO ALFONSO– que en la medida en que dichas competencias aluden a potestades, es decir, a funciones a desarrollar por los correspondientes poderes públicos, es claro que (a) caen bajo el deber de promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que este conforma sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), (b) han de desarrollarse en términos tales que la legislación positiva, la actuación de los poderes públicos y la práctica judicial reconozcan, respeten y queden informados de los principios y bienes constitucionales sustantivos (art. 53.3 CE), (c) el correcto funcionamiento de los sistemas energéticos es presupuesto indispensable para la normalidad de la vida social y el desarrollo de las actividades económicas, y (d) en todo caso, implican el cumplimiento del fin último del Estado, como poder y como ordenamiento, tal y como lo expresa el propio preámbulo de la CE²⁹.

3.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha vinculado el concepto de «afectación» al hecho de que la instalación esté inserta en la Red General Peninsular o que la generación, transporte o transformación estén directamente programados por REE (antes REDESA) o quede integrada dentro de la explotación unificada que caracterizaba, hasta 1998, el sistema eléctrico. En cuanto a la extensión de las «bases» del régimen energético, estas han sido concebidas por el Tribunal Constitucional con bastante amplitud³⁰, al amparo de la competencia exclusiva sobre «planificación de la actividad económica» (en este caso, planificación sectorial) y el poder de «ordenación general de la economía» reconocido tanto en la CE (arts. 148 y 149) como en los Estatutos de Autonomía. La razón de ello es obvia: como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, técnica y económicamente el sistema eléctrico español es una unidad, cuya definición y dirección corresponde al Estado, dejando escaso margen a la potestad normativa de las comunidades autónomas, que se limitarán a la autorización y vigilancia (ambas, con carácter reglado) de las instalaciones³¹. Esto obliga a separarse del criterio

²⁹ Vid. PAREJO ALFONSO, L., en el prólogo a la obra de FABRA UTRAY, J.: *¿Liberalización o regulación? (...)*, op. cit., págs. 27 y 28.

³⁰ De toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 149.1.25 de la CE y lo que deba entenderse por «legislación básica», destacan la STC 24/1985, de 21 de febrero y, sobre todo, la importante STC núm. 197/1996, de 28 de noviembre, dictada esta última con ocasión del recurso de inconstitucionalidad núm. 847/93, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, contra la disposición final tercera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, en relación con el alcance de los precitados títulos competenciales del Estado. En la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional afirma textualmente que «(...) es oportuno recordar que la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; y que si bien las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (SSTC 32/1981, fundamento jurídico 6. y 1/1982, fundamento jurídico 1.)». Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la jurisprudencia posterior (SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras).

³¹ El TC ha resaltado esta unidad del mercado energético, al menos en las siguientes sentencias: SSTC 12/1984, de 2 de febrero; 24/1985, de 21 de febrero; 119/1986, de 20 de octubre; 133/1990, de 19 de julio; 67/1992, de 30 de abril;

de territorialidad y determinar para cada instalación su impacto sobre un mercado global. Así pues, cualquier ley que se dicte en esta materia deberá respetar las competencias de las comunidades autónomas en todo lo referente a la distribución de hidrocarburos, y hacerlas partícipes en los aspectos más generales de planificación y ordenación del sector.

3.3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES

El punto de partida en esta materia es que no existe diferenciación alguna en la Constitución en cuanto a las competencias en materia de energías renovables respecto de la energía en general. Por tanto, la regla general es la ya expresada en el apartado anterior, esto es: la aprobación de la normativa básica en el sector energético, donde se incluyen las energías renovables y la eficiencia energética, corresponde al Estado y su desarrollo legislativo y ejecución a las comunidades autónomas, tal y como se establece en la STC 223/2000, de 21 de septiembre.

En este desarrollo legislativo y apoyándose también en su competencia sobre protección de medio ambiente, caben leyes autonómicas de fomento de las energías renovable, tal y como han aprobado algunas comunidades. Así, por ejemplo, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energéticas en Andalucía; la Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética de la Región de Murcia; la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, y la Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha.

Precisamente, en este ámbito de las energías renovables se ha producido un conflicto de delimitación de títulos entre la competencia en materia energética y la competencia en protección del medio ambiente. Desde lo que podríamos llamar una visión autonomista, se ha alegado este título medio ambiental para incrementar la competencia autonómica para intervenir en la regulación y ejecución relativa al fomento de las energías renovables y de la eficiencia energética, por su incidencia en la reducción de emisiones de gases efecto invernadero (GEI) y, en consecuencia, en la prevención y control de la contaminación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha inclinado más bien por la prevalencia de la competencia sobre energía: en sus más recientes pronunciamientos sobre las subvenciones destinadas a la promoción de actuaciones de uso racional de la energía y utilización de energías renovables ha considerado que se incardinan en el título competencial relativo al «régimen energético», que según el Alto Tribunal, debe prevalecer por su especificidad sobre el título competencial relativo a la protección del medio ambiente³².

74/1992, de 15 de mayo; 108/1996, de 13 de junio; 197/1996, de 28 de noviembre; 15/1997, de 30 de enero; 13/1998, de 22 de enero; 25/2002, de 11 de febrero; 175/2003, de 30 de septiembre; 165/2003, de 29 de septiembre; 109/2004, de 30 de junio, y 14/2004, de 12 de febrero.

³² Valga por todas ellas la STC 18/2011, de 3 de marzo, que reitera la doctrina sentada en la STC 197/96, de 28 de noviembre. Cfr. GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables (...)*, op. cit., págs. 44 y 45.

3.4. NUEVOS DESARROLLOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La sólida jurisprudencia tradicional sobre la energía es muy probable que será usada por el propio Tribunal Constitucional para lo que podemos llamar conflictos clásicos, como por ejemplo en el caso del requerimiento de incompetencia que ha interpuesto la Generalitat de Cataluña respecto de determinados preceptos del Real Decreto 413/2014, al entender que invaden la competencia de desarrollo legislativo de las bases del sector energético de la Generalitat, prevista en el artículo 133 de su Estatuto de Autonomía³³.

Pero además de estos conflictos, el tribunal ha tenido que afrontar nuevos conflictos originados por los avances técnicos en materia energética, como son la fractura hidráulica o *fracking* y la extracción de hidrocarburos en alta mar.

Veamos, siquiera de forma somera, cómo el Tribunal Constitucional está resolviendo estos nuevos conflictos.

1. En cuanto a la **fractura hidráulica o *fracking***³⁴ el tribunal ha emitido hasta la fecha cuatro pronunciamientos muy relevantes, anulando las leyes de las autonomías que han legislado hasta la fecha sobre la materia. Primero declaró inconstitucional (con la STC 106/2014, de 24 de junio)³⁵ la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de esa comunidad autónoma de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad (con la STC 134/2014, de 22 de julio) de la Ley del Parlamento de La Rioja 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, y de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, del Parlamento de la Comunidad Foral de

³³ La respuesta que ha aprobado el Consejo de Ministros el 5 de septiembre de 2014 se fundamenta precisamente en la jurisprudencia constitucional, especialmente en la STC 148/2001, de 27 de junio, que se cita porque «la regulación de un régimen económico único para todo el territorio nacional en la materia que nos ocupa tiene naturaleza básica, al ser necesaria esa regulación uniforme para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades destinadas al suministro eléctrico y para repercutir los costes sobre los consumidores», <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20140905.aspx#Catalu%C3%B1a>

³⁴ El *fracking* es un término inglés, empleado habitualmente por las empresas energéticas, que sido acogido tal cual por los medios de comunicación, aunque en algunos casos las noticias añaden, a modo de explicación, las expresiones *fractura hidráulica* o *fracturación hidráulica*. Esta última expresión es la que propone el departamento de traductores de la Unión Europea. Se trata de un método de extracción que consiste básicamente en fracturar mediante agua a presión mezclada con arena y otros elementos químicos las zonas rocosas del subsuelo en las que están alojadas las reservas de hidrocarburos, produciendo roturas en las mismas que las hacen más permeables.

³⁵ Sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional, *vid., in extenso*, GARRIDO DE LAS HERAS, S. y ANTÓN VEGA, D.: «El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de *fracking*», *Diario La Ley*, núm. 8.401, 2014.

Navarra, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, mediante la STC 208/2014, de 15 de diciembre.

Y más recientemente, en concreto el 25 de abril de 2016, ha declarado inconstitucional parte de la Ley Catalana 2/2014 de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que en su artículo 167 prohíbe el *fracking*.

En los tres primeros casos, el Tribunal Constitucional declara nulas las leyes autonómicas que prohíben el *fracking*, pero no por ninguna razón material, sino atendiendo al reparto de competencias: entiende el Constitucional que estas leyes autonómicas invaden la competencia exclusiva del Estado «para regular la ordenación del sector energético y, dentro de este, el subsector gasístico». Por tanto, la antinomia entre la Ley estatal 17/2013 que autoriza el *fracking* en el «desarrollo de los trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos» y las leyes autonómicas que lo prohíben se resuelve por el Tribunal Constitucional a favor de la primera, que tiene carácter básico³⁶.

Y en el caso de la normativa catalana, la STC dictada el 25 de abril de 2016³⁷ señala que ni desarrolla ni complementa la legislación estatal, sino que la «reformula bajo una perspectiva radicalmente distinta». De hecho, según las bases estatales, «la fracturación hidráulica como tecnología debe utilizarse siempre que el proyecto cumpla determinados requisitos de carácter técnico y medioambiental»; mientras que la ley autonómica «la contempla en sentido inverso como tecnología que debe prohibirse por sus posibles efectos perjudiciales ante cualquiera de las múltiples circunstancias enunciadas».

Es decir, la norma impugnada «da pie a una interpretación manifiestamente contraria a la legislación básica estatal» pues el *fracking* «queda prohibido con carácter absoluto en el territorio de Cataluña siempre que su utilización concierna cualquier "ámbito competencial" de la Generalitat».

Todo hace indicar, por tanto, que el Tribunal Constitucional mantendrá este mismo criterio en futuros pronunciamientos sobre la materia, especialmente en el último

³⁶ En todo caso, hay que tener en cuenta que todas estas sentencias han contado con votos particulares similares, en los que los magistrados discrepantes han señalado que basan su discrepancia en que «en la contraposición de la competencia estatal en materia de energía versus la competencia autonómica en materia de protección del medio ambiente (...), en paráfrasis de la STC 5/2013, FJ 6, el carácter general e incondicionado de esta prohibición implica la prevalencia del criterio autonómico de un modo que ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias, al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros».

³⁷ Contra este fallo se han producido dos votos particulares, que consideran que el Tribunal Constitucional debió ponderar «los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico, sin imponer la subordinación de unos a otros», y lamentan que el Tribunal Constitucional esté haciendo en sentencias como esta «una interpretación de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas que tiende a apoyarse en el principio de jerarquía y a reformular los criterios hasta ahora escrupulosamente basados en el principio de competencia».

recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno el 8 de abril de 2016 contra la Ley 6/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o *fracking*.

En cuanto a la **explotación de hidrocarburos en alta mar**, el Tribunal Constitucional no ha resuelto la disputa sobre a qué autoridad le corresponde autorizar las instalaciones de generación eléctrica basándose en los títulos competenciales del Estado central y las comunidades autónomas, sino analizando si el mar territorial forma parte del territorio de las comunidades autónomas, y la respuesta ha sido negativa: a juicio del Tribunal Constitucional, el mar territorial no forma parte del territorio autonómico porque nunca el territorio de los municipios que componen las comunidades se ha extendido al mar. La consecuencia para las competencias de esta exclusión del territorio es que solo de forma excepcional podrán ejercerse competencias autonómicas sobre el mar territorial, para lo cual será necesario que «exista un explícito reconocimiento estatutario o solo cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular» (STC 3/2014, de 16 de enero, FJ 3.º) Lógicamente, la conclusión implica que las comunidades autónomas no pueden intervenir en las instalaciones de producción de energía en el mar territorial, porque no se encuentran ubicadas en su territorio. Siendo esto así, se da la circunstancia cuando menos curiosa de que, mientras que las comunidades autónomas tienen competencias para autorizar molinos de viento en tierra, no las tienen para hacer lo propio en el mar. Y esta exclusión del mar territorial lo es hasta en el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo Estatuto de Autonomía establece que «el ámbito territorial de la comunidad autónoma comprende el Archipiélago Canario», por tanto le corresponde al Estado y no a la comunidad autónoma emitir las autorizaciones de exploración y permisos de investigación en el subsuelo marino (STC 8/2013, de 17 de enero).

4. PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS DE LA REFORMA ENERGÉTICA: RIESGO REGULATORIO, POLIARQUÍA NORMATIVA Y POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR FRENTE A EXPROPIACIÓN INDIRECTA

4.1. REGULACIÓN Y RIESGO REGULATORIO

La situación real descrita anteriormente de gran incertidumbre en el sector de la energía en España ha provocado que se coloque el concepto de «riesgo regulatorio» (muy estudiado en los últimos años por la doctrina)³⁸ en primera línea y que se esté utilizando por aquellas empresas

³⁸ Sobre este tema, *vid., in extenso*, CASTRO-GIL AMIGO, J.: *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables*, *op. cit.*, SERRANO CALLE, S.: *El riesgo regulatorio en el sector energético*, Escuela de Organización Industrial, junio de 2013, y MIN-

inversoras (nacionales o extranjeras) que han decidido recurrir esos cambios normativos ante diferentes instancias (judiciales o arbitrales).

Esto nos lleva a detenernos, siquiera de forma somera, en el origen último de estos nuevos conceptos que se encuentra en el amplio proceso que estamos viviendo en España y, en general, en todo el mundo con las últimas décadas de privatizaciones, por un lado, y liberalizaciones, por otro, de algunos de los principales sectores de la economía que hasta ahora se encontraban sometidos a una planificación y gestión estatalizada, casi siempre en forma de monopolio³⁹. Y esa doble actividad de privatización y liberalización (auspiciada en buena medida por la normativa de la Unión Europea), que se ha visto acompañada de un nuevo modelo de regulación para la competencia, pues dadas las tendencias colusivas de muchos de estos sectores, la privatización y teórica liberalización podrían dar lugar a un monopolio privado, y de ahí la aparición de un nuevo sentido de la regulación económica⁴⁰.

Este es el motivo por el cual en los últimos años se ha empezado a utilizar en España el término de «regulación» no ya en su sentido más tradicional, sino con referencia a la ordenación de los sectores estratégicos (sectores «regulados») que antes se calificaban de servicios públicos en exclusiva, y que se han abierto a la competencia dentro de ciertos condicionantes (competencia «regulada»), obligando además a tener muy en cuenta que el concepto de servicios esenciales del artículo 128.2 de la Constitución es más amplio que el de servicios públicos⁴¹.

GORANCE MARTÍN, C.: «Energías renovables y riesgo regulatorio: Los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes pro-ambientales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre de 2013, págs. 137-185.

³⁹ Nos estamos refiriendo concretamente a los sectores de la energía (petróleo, gas y electricidad), transportes (especialmente el aéreo), telecomunicaciones en todas sus formas, abastecimiento de agua, suelo y servicios urbanos, y los sectores bancario y crediticio. *Cfr.*, por toda la inmensa bibliografía sobre el particular, GONZÁLEZ FAJARDO, F.; BENÍTEZ ROCHEL, J. J. y PÉREZ MORENO, S.: *Propuestas de política económica ante los desafíos actuales*, Madrid: Delta, 2013; CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid: INAP, 2003, y las dos obras colectivas coordinadas por MUÑOZ MACHADO, S., una con ESTEVE PARDO, J.: *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid: Iustel, 2009 y otra con SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M.: *Derecho de la regulación económica*, vol. III. *Sector energético*, tomo I, Madrid: Iustel, 2010.

⁴⁰ En este sentido, es importante destacar el hecho de que, frente al éxito vivido en la Unión Europea en la liberalización de sectores regulados como las telecomunicaciones o el transporte aéreo, no se puede decir lo mismo con el sector de la energía, dado que la competencia efectiva en el sector eléctrico es realmente difícil. Sobre las decepcionantes experiencias producidas en la liberalización del sector eléctrico en varios países *vid.* ARIÑO ORTIZ, G.: «El sector eléctrico: ¿Dónde estamos?, ¿adónde vamos?», en *Regulación: Lecturas escogidas*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2012, capítulo 9, págs. 765 a 800.

⁴¹ PAREJO ALFONSO ha resaltado con especial lucidez esta diferencia entre el concepto servicio esencial del 128.2 de la CE y el de servicio público, tan grato al Derecho europeo: para la CE el servicio público en sentido estricto (como actividad asignada al sector público) solo se da en el caso de un servicio esencial reservado. Así pues, el concepto de «servicio esencial» es más amplio que el de «servicio público», de forma que si bien todos los servicios públicos son esenciales, no todos los servicios esenciales tienen que ser públicos, sino solo los que sean objeto de reserva. *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., en su *Manual de Derecho Administrativo*, 4.ª edición, Ariel Derecho, 1996, y sobre todo en el Prólogo a la obra de FABRA UTRAY, J.: *Liberalización o regulación (...)*, *op. cit.*, págs. 33.

En el modelo clásico de regulación, el regulador (que venía a sustituir al mercado), asumía la mayoría de las decisiones que en la mayoría de los casos posteriormente desarrollaban empresas privadas⁴². Frente a ello, en un modelo abierto y descentralizado, la regulación cobra un sentido muy distinto, ya que se trata de promover la competencia allí donde sea posible, y de limitarse a proteger los intereses de los usuarios (seguridad, calidad y precio del servicio) allí donde el sector en cuestión mantenga las características de un monopolio natural⁴³. Esta cuestión que podría considerarse de carácter nominalista no es en modo alguno baladí, ya que detrás del cambio terminológico hay un cambio estructural que no podemos obviar o pasar por alto. En efecto, los sectores «regulados» (agua, energía, transportes, comunicaciones, etc.) se gestionan ahora en Europa y en España de un modo muy diferente a como se hacía quince o veinte años antes. Se rigen por nuevas reglas (se han liberalizado), sus protagonistas son otros (las antiguas empresas públicas que los gestionaban se han privatizado y han aparecido otras nuevas) y sus organismos rectores son también otros ya que junto a los ministerios, han surgido con fuerza los reguladores «independientes», la mayoría de los cuales han sido recientemente fusionados en España en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, más conocida por sus siglas: CNMC⁴⁴.

Dejando ahora a un lado la polémica sobre los resultados de las liberalizaciones, que para algunos autores como ARIÑO ORTIZ y DEL GUAYO CASTIELLA son muy buenos, mientras que para otros, como FABRA UTRAY no lo son tanto⁴⁵, de lo que no cabe duda a estas alturas es de que, con

⁴² La regulación ha sido entendida tradicionalmente en la cultura jurídica española como *regulae* o lo que es lo mismo: un conjunto de normas vinculantes sobre una concreta materia que sustentan criterios de política industrial. Sobre este tema, *vid.*, CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M.: «Regulación como finalidad distinta al derecho a la competencia», en Guillén Caramés, J.: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Navarra: Thomson Civitas, 2011, págs. 87 y ss.

⁴³ Como ha puesto de manifiesto el profesor ARIÑO ORTIZ, G. en su obra *Principios de Derecho Público Económico (...)*, *op. cit.*, págs. 603 y ss., y anteriormente, con LÓPEZ DE CASTRO, L., en «Teoría y práctica de la regulación para la competencia», *Working paper*, núm. 17, PERE, diciembre de 1995, págs. 52 y ss., competencia y regulación no son antitéticas, como lo demuestran las experiencias británica y norteamericana, si bien en este nuevo modelo de regulación para la competencia, la competencia debe ser la prioridad, y la regulación el medio imprescindible para hacerla efectiva. En este mismo sentido se expresa FABRA UTRAY, J., en *Liberalización o regulación (...)*, *op. cit.*, págs. 51 y 52, donde afirma textualmente que liberalización y regulación no son conceptos contrarios, sino complementarios, ya que ambos se necesitan mutuamente.

⁴⁴ Para un análisis más extenso sobre la CNMC, *vid.* NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Naturaleza, régimen jurídico e independencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34, 2013. En general, sobre los problemas constitucionales de estos órganos reguladores, *cf.* RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Madrid: Tecnos, 2002.

⁴⁵ FABRA UTRAY ha afirmado que los resultados de los cambios no están claros, ya que «han aparecido fracasos espectaculares en países cuyos criterios de reforma se erigieron en modelos internacionales sin el menor análisis crítico antes ni la más mínima autocrítica después de quienes fueron sus mentores. El ejemplo paradigmático ha sido California. Inglaterra se erigió también en modelo, pero ya ha cambiado sus criterios regulatorios tres veces y España, que tuvo capacidad innovadora en este tema, abandonó su propio modelo para seguir, sin criterio propio alguno y menos capacidad crítica a todos ellos, e incluso sus autoridades regulatorias han querido ponerse al frente de la extensión a todos los rincones del ámbito comunitario europeo de las reformas neoliberales importadas del mundo anglosajón (...)», *vid.*, FABRA UTRAY, J.: *Liberalización o regulación (...)*, *op. cit.*, pág. 392.

nuevas autoridades, nuevos protagonistas, nuevas normas y nuevas instituciones, es claro que nos encontramos ante sectores también nuevos⁴⁶.

Y ello nos obliga a tratar de definir dos conceptos jurídicos relativamente recientes como son la «regulación» y el «riesgo regulatorio». El primero hace referencia al control público (casi siempre estatal) de sectores económicos previamente liberalizados o privatizados con el fin explícito de vigilar que funcione el mercado⁴⁷. En cuanto al concepto de riesgo regulatorio, se refiere a las consecuencias negativas derivadas de la regulación, o lo que es lo mismo, de la incertidumbre que provoca la posibilidad de sufrir una modificación en el marco normativo de alguno de los sectores económicos regulados, derivado del intenso dinamismo y mutabilidad normativa propia de estos sectores y a veces también de decisiones políticas más o menos acertadas. Este concepto fue utilizado por primera vez en este sentido por el Tribunal Supremo en su importante STS 4941/2001, de 11 de junio, sobre los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico en el que señala que:

«Las empresas que actuaban en regímenes cerrados eran conscientes, o debían serlo, de que existía, al menos desde 1986 en que el Reino de España se adhirió a las Comunidades Europeas, un cierto "riesgo" regulatorio de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia. A lo largo de once años (1986-1997) la previsibilidad del cambio del régimen jurídico hacia un modelo más competitivo, sobre la base de los principios inspiradores del mercado interior comunitario, no podía ser ignorada por unas empresas que, aun cuando solo fuera por la calidad de sus servicios internos, y, en todo caso, por sus relaciones con el poder regulador (de la que son buena muestra los sucesivos protocolos firmados con los Ministerios respectivos, a uno de los cuales nos hemos referido) estaban en condiciones idóneas».

Con posterioridad, el Supremo ha seguido utilizando este concepto en ese mismo sentido en muy diversas sentencias referidas ya al ámbito concreto de las energías renovables, entendiendo el riesgo regulatorio como «posibilidad de variación de la normativa en sentido en cierto modo previsible que debe ser soportada por los interesados»⁴⁸. Precisamente porque el riesgo regulatorio es un concepto de origen jurisprudencial en el que no se acaba de excluir un grado de imprevisibilidad, nos parece muy acertada la opinión de un sector doctrinal que considera conveniente

⁴⁶ Sobre todas estas cuestiones, *vid.*, ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J. M., en «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Revista Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, 2000, págs. 9 a 26.

⁴⁷ *Cfr.* PAREJO ALFONSO, L.: «Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado», en Serrano González, M. y Bacigalupo Saggese, M.: *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial*, Madrid: Iustel, 2010, págs. 59 a 106.

⁴⁸ STS 2320, de 12 de abril, y en ese mismo sentido, *vid.* SSTS 2590/2012 y 2593/2012, de 12 de abril; 2578/2012, de 23 de abril y 2827/2012, de 3 de mayo, entre otras. *Cfr.* RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: «El concepto de riesgo regulatorio: Su origen jurisprudencial: contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012, págs. 189 a 205.

que en nuestro ordenamiento jurídico se desarrolle con más profusión el concepto de regulación y de empresas reguladas, porque alterar la regulación (esto es, el riesgo regulatorio), puede suponer en algunos casos y con algunas condiciones alterar la seguridad jurídica⁴⁹, afirmación que por su importancia merece un detenido análisis.

4.2. POLIARQUÍA NORMATIVA

Como acabamos de señalar en el apartado anterior, la primera consecuencia de las constantes modificaciones normativas que se han aprobado en el último lustro en España en materia de energías renovables es más que evidente: **riesgo regulatorio e inseguridad jurídica** en un sector estratégico en la economía de cualquier país desarrollado. Pero no acaban ahí los efectos perniciosos de este continuo vaivén legislativo, sino que existen otras consecuencias igualmente negativas, centradas en lo que vamos a denominar en este trabajo como «poliarquía normativa».

Así, más allá de las críticas sobre oportunidad política y técnica legislativa que se están vertiendo sobre todo este proceso (y que evidentemente suscribimos), creemos que merece la pena estudiar con cierto detalle las posibles consecuencias derivadas de las diferentes vías de impugnación que se han utilizado frente a esas modificaciones normativas, muy especialmente las de la fase final de la reforma, con el establecimiento de un nuevo régimen retributivo a las renovables mediante el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio). Estos cambios normativos han sido impugnados tanto por los inversores nacionales ante el Tribunal Supremo (han interpuesto miles de recursos ante el Tribunal Supremo, mientras que el Ministerio de Justicia ha solicitado la suspensión de los mismos hasta que se resuelva la investigación iniciada el 13 de febrero de 2015 por la Comisión Europea sobre si las primas a las energías renovables del sistema anterior deben considerarse como «ayudas de Estado», prohibidas por el Derecho comunitario) como por los inversores extranjeros ante diversos organismos arbitrales (a la fecha de cierre de estas líneas, se habían emprendido más de veinte arbitrajes internacionales contra el Estado español, habiéndose resuelto solo uno)⁵⁰.

Esta situación *de facto* (la de que unas mismas modificaciones normativas hayan sido recurridas por distintos sujetos legitimados para ello, esto es, los inversores nacionales y los extranjeros) puede llegar a producir unas consecuencias indeseadas, al someterse a estos sujetos que

⁴⁹ DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «Seguridad jurídica y cambios regulatorios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012, págs. 217 a 254.

⁵⁰ Laudo Arbitral del Tribunal de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), emitido el 21 de enero de 2016, en el Asunto Charanne & Construction Investments frente al Gobierno de España, en el que se da la razón al Reino de España frente a las pretensiones de los inversores internacionales. En todo caso, hay que tener en cuenta que en el arbitraje internacional de inversiones no hay obligación de seguir los precedentes, por lo que tanto la Cámara de Comercio de Estocolmo como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL en sus siglas en inglés) podrían adoptar decisiones opuestas en el resto de asuntos pendientes, como es muy previsible.

comparten el mismo objetivo a diferentes reglas del juego que dan lugar a diferencias (e incluso posibles agravios comparativos)⁵¹ no solo en el punto de partida (en cuanto a sus posibilidades de impugnación y todo lo que se deriva de esto), sino también en su punto de llegada (en cuanto a las posibles resoluciones que obtengan frente a una misma situación de hecho).

Unos posibles efectos discriminatorios que son producto de la paradoja regulatoria que rige en estos tiempos de globalización, donde las transacciones comerciales y financieras se suceden continuamente a través de las fronteras nacionales, pero su regulación sigue efectuándose en compartimentos jurídicos estancos (poliarquía normativa) y a distintos niveles: internacional⁵², regional y nacional. Esta discriminación procede de las distintas vías para reclamar que tienen los inversores extranjeros y los nacionales: mientras los inversores extranjeros pueden acudir tanto a los tribunales nacionales como al arbitraje internacional, los inversores españoles ven restringidas sus posibilidades de actuación a los jueces y tribunales estatales⁵³. Es más, si el Tribunal Supremo finalmente suspende la tramitación de los miles de recursos hasta que la Unión Europea decida si estas primas se ajustan al Derecho comunitario, los inversores nacionales habrán de esperar durante años a que sus reclamaciones se resuelvan, mientras que los inversores extranjeros podrán gozar del acceso al arbitraje de inversiones y obtener una resolución con celeridad, ya que normalmente la duración, en promedio, de los procedimientos de arbitraje es de tres años y medio, calculada desde la fecha de registro de la solicitud de arbitraje hasta la conclusión del procedimiento⁵⁴. Y nada diremos que mientras la interpretación efectuada hasta el momento en sede contenciosa española de los principios seguridad jurídica y confianza legítima parece eliminar todo atisbo de decisión favorable para los inversores nacionales, los inversores extranjeros tienen altas probabilidades de lograr una indemnización monetaria, a la vista de la jurisprudencia arbitral existente sobre la base de principios propios del Derecho de inversiones como el de trato justo y equitativo. Incluso podría darse la situación de que si la Unión Europea, tras un largo procedimiento, falla que las primas a las renovables son una ayuda de Estado prohibida,

⁵¹ LÓPEZ-IBOR lo expresa del siguiente modo: «La cobertura del potencial trato discriminatorio hacia el inversor extranjero puede convertirse, sin que nadie voluntariamente lo haya buscado, en un trato discriminatorio para el inversor nacional, aunque solo fuera por el hecho de que el inversor extranjero gozaría de una potencial doble protección de la que carece el inversor nacional, la protección nacional y la internacional». *Vid.* LÓPEZ-IBOR MAYOR, V.: «Las respuestas internas e internacionales a la protección del inversor en el sector energético: Un nuevo reto en una economía globalizada», *Cuadernos de Energía*, núm. 44, enero de 2015, Deloitte y Garrigues, pág. 21.

⁵² Un buen ejemplo de la importancia del análisis de cuestiones regulatorias que afectan a compañías españolas desde el punto de vista del Derecho Internacional lo encontramos en JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «La expropiación de YPF: Análisis desde el Derecho Internacional», *Revista ARI* núm. 97, 2012, págs. 9 a 14. *Vid.*, en especial, el análisis de urgencia desde el punto de vista del Derecho argentino de RUIZ ROBLEDO, A. y RUFÍAN LIZANA, D.: «Todavía quedan jueces en Buenos Aires», *El País.com*, 7 de mayo de 2012.

⁵³ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., *ibid.*, pág. 33, hace referencia a que no es necesario que se hayan agotado todos los recursos internos del país para poder aplicar el principio de trato justo y equitativo.

⁵⁴ Informe Anual CIADI, 2014, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR14_SPA.pdf, pág. 31.

los inversores nacionales se verían obligados, además, a devolver las primas recibidas, más los intereses correspondientes.

Como acabamos de señalar, estos efectos discriminatorios son producto de la paradoja que rige en estos tiempos de globalización, donde las transacciones comerciales y financieras se suceden continuamente a través de las fronteras nacionales pero su regulación sigue efectuándose en compartimentos jurídicos estancos y a distintos niveles: internacional, regional y nacional⁵⁵. Por un lado, tenemos ordenamientos jurídicos nacionales perfectamente compartimentalizados y diferenciados siguiendo el modelo westfaliano, y por otro, tenemos fenómenos de globalización del Derecho en determinados sectores que están desarrollando sus propios marcos normativos desplazando la intervención del derecho estatal y el centralismo jurídico, como, por ejemplo, el Derecho de inversiones⁵⁶. Y de forma paralela a este fenómeno, al menos en Europa, está presente otro proceso que tiene como consecuencia última la erosión del concepto de Estado como único centro del ordenamiento jurídico, el proceso de integración europea, donde el Derecho de la Unión constituye un ordenamiento jurídico supranacional, autónomo, distinto e independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, con primacía sobre estos y cuyos preceptos son directamente aplicables.

Es a esta paradoja regulatoria a la que hemos denominado en este trabajo como poliarquía normativa o legal⁵⁷, donde distintos sistemas normativos desarrollados en torno a diferentes premisas y que se rigen por principios y normas distintas coexisten en un mismo espacio. Así pues, se hace necesaria, al menos a nivel comunitario, la búsqueda de soluciones que permitan el mejor engranaje de estos tres contextos normativos. En este contexto, nos atrevemos a plantear una posible solución a esta poliarquía normativa mediante la aplicación del incipiente acervo jurídico del nuevo Derecho administrativo global⁵⁸, de modo que en las tres esferas (internacional, regional y nacional) se compartiesen principios e instituciones para dar lugar a soluciones homogéneas, eliminando así los posibles agravios comparativos que hasta ahora se están produciendo⁵⁹.

⁵⁵ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., *op. cit.*, pág. 21. En general, *vid.* LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M.: *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen: DJOF Publishing, 2003, págs. 1-16.

⁵⁶ TEUBNER, G.: «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», G. Teubner (ed.) *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997.

⁵⁷ GERSTENBERGER, O.: «Law's Polyarchy», *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, Proceedings of the COST A7 Seminar, Office for Official Publications of the European Communities, 1998, pág. 31.

⁵⁸ Esta es también la principal tesis defendida por KINGSBURY, B. y STEWART, R. B., en su reciente obra *Hacia el Derecho administrativo global. Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Global Law Press, 2016, págs. 575 y ss.

⁵⁹ Para profundizar más sobre este tema, *vid., in extenso*, NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «El nuevo Derecho Administrativo Global como Lex Administrativa en el Arbitraje Internacional de Inversiones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, Madrid: Iustel, 2016.

4.3. POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LUGAR DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Otra de las previsible consecuencias desde el punto de vista administrativo de la reforma energética es la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en lugar de la concurrencia de expropiación indirecta. Tradicionalmente, la institución del Derecho administrativo más utilizada para resolver los conflictos derivados del riesgo regulatorio ha sido la figura de la expropiación indirecta. Ahora bien, en el caso que estamos analizando, en el que los cambios regulatorios se han hecho mediante normas con fuerza de ley, entendemos que quizás la institución aplicable es más bien la de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador⁶⁰. Pero este cambio de enfoque precisa a su vez que abordemos una delimitación conceptual clara de todas las figuras jurídicas que pueden dar lugar a una compensación o indemnización a los particulares por actos de la Administración, lo que a su vez nos obliga a detenernos, siquiera de forma somera, en las características principales de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador y sus diferencias respecto a otras figuras afines a la misma en el Derecho español⁶¹, como la indemnización por expropiación y la responsabilidad (civil o patrimonial) de la Administración⁶².

Aunque en los últimos tiempos la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador está siendo objeto de muchos estudios⁶³, todavía es una figura muy poco usada por nuestros tribunales. Evidentemente, uno de los principales motivos de esta circunstancia es el hecho cierto de que es casi imposible imaginar un supuesto en el que una nueva norma aprobada por el Estado no impacte negativamente sobre algún colectivo, aunque sea de forma colateral o indirecta, por lo que si cada vez que se promulga una ley en España, los particulares que se sienten «afectados» por la misma pudiesen reclamar al Estado una indemnización, el sistema no podría evolucionar y se convertiría *de facto* en lo que la doctrina y la jurisprudencia españolas han calificado como de «petrificación legislativa»⁶⁴. Ahora bien, este argumento, ciertamente importante, no puede lle-

⁶⁰ *Vid., in totum*, NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «El nuevo Derecho Administrativo Global como Lex Administrativa en el Arbitraje Internacional de Inversiones», *ibid.*

⁶¹ Sobre este tema, *vid., in extenso*, DOMÉNECH PASCUAL, G.: «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Revista INDret para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.

⁶² Para profundizar sobre estas cuestiones, *vid., in extenso*, la obra de BARNÉS, J.: *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado*, Madrid: Tecnos, 2005, págs. 301 y ss., así como la de LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Valladolid: Lex Nova, 2005.

⁶³ Por todos ellos, *cfr.* el clásico GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Madrid: Civitas, 2005.

⁶⁴ Así se expresa, por ejemplo, la importante STS de 30 de noviembre de 1992 en su FJ 6.º: «La indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas (...) conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas que pretende adaptar la legislación anterior (...) a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las leyes que se modifican».

varnos al extremo contrario de postular la desaparición de la institución por innecesaria como a veces parece deducirse de algunos recientes pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, dictados con ocasión de las modificaciones legislativas y reglamentarias restrictivas o limitadoras de la retribución de las plantas de energías renovables en España⁶⁵.

Situada, pues, la cuestión en sus justos términos, lo que procede es tratar de delimitar con mayor precisión el concepto jurídico y la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, ya que a pesar de que la misma no ha tenido hasta la fecha en España una tradición demasiado amplia, lo cierto es que en su corta trayectoria se ha visto sometida a diversos vaivenes, hasta el punto de que podríamos afirmar, siguiendo la opinión de BARNÉS, que «se ha convertido en una institución de anchas espaldas»⁶⁶, que da cobertura a figuras muy heterogéneas y que en ocasiones parece que invade a otras figuras similares como la acción legislativa con efecto expropiatorio (expropiación) o la propiedad constitucionales⁶⁷.

A este respecto, y con dicha finalidad de delimitar conceptualmente esta figura de otras figuras afines, planteamos otro un cambio de paradigma: en este caso, entendemos que resulta conveniente cambiar el prisma con el que se enfocan los conflictos susceptibles de resolverse mediante alguna de estas instituciones que el Derecho administrativo tradicional ha asumido del Derecho privado (especialmente del Derecho civil, incluida su propia terminología) sin adaptarlas a las características y principios propios del Derecho público económico y del Derecho administrativo tradicional.

Más en concreto, lo que proponemos es abordar esta institución desde un prisma diferente al que hasta ahora ha presidido los estudios que se han ocupado de las figuras jurídicas que pueden dar como resultado una compensación económica a los particulares afectados por una decisión o acción del Estado. Bajo este cambio de enfoque, la compensación económica o indemnización a los particulares (sea esta derivada de un acto expropiatorio o de responsabilidad patrimonial), no sería la clave de bóveda de estas instituciones, sino solo una parte más del complejo edificio lo forman. Así, y como afirma BARNÉS, la compensación o la indemnización es el último eslabón de la cadena. Ciertamente, es el eslabón más visible ya que siempre la resolución

⁶⁵ Sobre este tema, *vid., in extenso*, LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «Investment Arbitration and EU Law in the aftermath of renewable energy cuts in Spain», *European Energy and Environmental Law Review*, volume 25 (2016), Wolters Kluwer, y *Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: Distintas soluciones para un mismo problema*, Navarra: Aranzadi, 2016.

⁶⁶ Así lo afirma textualmente en «Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos», capítulo en coautoría con PÉREZ DE AYALA, L., publicado en la obra colectiva *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Navarra: Aranzadi, 2015, pág. 195.

⁶⁷ Así se pone claramente de manifiesto en el capítulo de la obra *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, op. cit.*, especialmente en el capítulo dedicado al «Régimen constitucional de la propiedad en el Derecho Comparado y Europeo».

del conflicto (sea por vía arbitral o judicial) debe pronunciarse expresamente sobre su procedencia o no. Es más, la diferencia entre la compensación y la indemnización no siempre está clara, hasta el punto de que algunas veces ambas figuras incluso se confunden. Por ello, la forma más sencilla para poder diferenciarlas, de modo que quede más claro cuál utilizar en cada caso concreto, es dejar de poner el acento en la indemnización o compensación económica y centrarnos en la verdadera naturaleza jurídica de cada figura. De esta forma, además, estaremos contribuyendo de alguna manera a la construcción doctrinal de «una moderna concepción o teoría del sistema de fuentes en el Derecho administrativo»⁶⁸, en la que «la función de la doctrina podría consistir, en nuestro caso, en deconstruir y reconstruir el sistema tradicional de responsabilidad por actos del legislador; en formular una conceptualización renovada de las distintas modalidades o variantes de responsabilidad (y de expropiación); en la proposición de una terminología coherente, entre otras cosas»⁶⁹.

Esto, además de evitar en la práctica la generación de consecuencias dañosas indeseadas o previsibles como las que hemos visto derivadas de la poliarquía normativa, podría coadyuvar a la adopción de decisiones legislativas más ponderadas *ex ante*, generando por tanto mayor seguridad jurídica y confianza en los inversores, tanto nacionales como extranjeros.

4.3.1. Planteamiento clásico de la responsabilidad patrimonial: El carácter antijurídico e individualizable del daño o lesión como presupuesto o *conditio sine qua non*

Desde la primera ocasión en que el Constitucional reconoció (si bien solo implícitamente) la responsabilidad del Estado por actos legislativos no expropiatorios (mediante la STC 108/1986, de 29 de julio), toda la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha coincidido en exigir para poder reconocer la Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador que los cambios normativos produzcan un daño real y efectivo, además de individualizable (privación singular en beneficio del interés general). Doctrina general que cuando se ha aplicado a los casos concretos que el Constitucional y el Supremo analizaban, estos han negado que se dieran⁷⁰.

Frente a ello, entendemos que resulta necesaria una cierta revisión o actualización del concepto de singularidad del daño, de forma que se pueda justificar que, en algunos casos concretos,

⁶⁸ Sobre este tema, *vid.*, *in extenso*, BARNÉS, J.: «Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho administrativo», en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2.ª ed., Sevilla: Global University Press, 2012, págs. 259-303.

⁶⁹ BARNÉS, J.: «Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos», *op. cit.*, pág. 198.

⁷⁰ Valgan como ejemplos las SSTS de 10 de julio de 1999, 11 de junio de 2001, 14 de febrero de 2002, 16 de diciembre de 2008 y 31 de marzo de 2011.

la singularidad también existe cuando un determinado colectivo (por muy amplio que este sea) se vea más afectado que otros por una disposición normativa del Estado⁷¹.

4.3.2. Nuevo planteamiento propuesto: De la responsabilidad patrimonial por actos del legislador y de los actos legislativos con naturaleza expropiatoria al «deber estatal de compensar»

Dado que el sistema tradicional de responsabilidad del Estado en España (que, como ya hemos señalado es de origen civilista y cuya tradición jurisprudencial se agota en la exigencia de la privación singular) no se adapta a los nuevos problemas y desafíos del mundo actual, en el presente trabajo proponemos la utilización de un concepto jurídico más integral, como el de la «obligación o deber estatal de compensar», que incluiría tanto la figura de la responsabilidad por actos del Legislador como la de la expropiación indirecta por actos legislativos de naturaleza o impacto expropiatorio. Dicho de otra forma, se trataría de dejar de hablar de Responsabilidad patrimonial o de expropiación, para referirnos a un concepto más amplio y moderno, centrado en la garantía patrimonial del ciudadano (en nuestro caso, del inversor extranjero) frente a actos del Legislador que le perjudican, derivada de la cláusula del Estado de Derecho.

Esto nos permitiría, a su vez, distinguir entre el deber estatal de compensar derivado de una norma ilegal en sentido amplio y el derivado de una norma conforme a Derecho, teniendo ambos supuestos una problemática específica y precisando, por tanto, un enfoque diferenciado y específico. En el caso de que el daño traiga causa de una actuación ilegal, antes que en la indemnización (que también cabría, claro está) habría que acudir a otras medidas restitutorias de carácter defensivo (derivadas de la responsabilidad *stricto sensu*). Frente a ello, en el caso de que el daño sea causado por una norma conforme a Derecho, no procederá (en su caso) más que la compensación en sentido estricto o indemnización. De este modo, el Legislador se vería obligado a evaluar y ponderar *ex ante* los posibles efectos y consecuencias de sus decisiones legislativas, de una manera prospectiva que evitaría muchas consecuencias indeseadas de normas que se aprueban sin ese análisis previo, tanto en el caso expropiatorio como en el de la responsabilidad. Más en concreto, el Legislador, antes de aprobar definitivamente una nueva norma, estaría obligado a evaluar las consecuencias patrimoniales de sus decisiones, en qué términos o condiciones se tendrían que producir, en su caso, las compensaciones por esas consecuencias, y mediante qué figura (expropiación o responsabilidad) debería resolverse el problema en ese caso.

Este nuevo enfoque podría tener un doble sustento normativo en nuestro ordenamiento jurídico:

- *De lege data*: puede basarse en la cláusula del Estado de Derecho, propugnada como es sabido en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 y concre-

⁷¹ Esta misma opinión es defendida por BARNÉS, J., en «Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria proyección de los poderes públicos», *op. cit.*, pág. 212.

tado en el artículo 9 en el que se prohíbe la arbitrariedad, de donde se deriva que toda actuación de los poderes públicos debe ser racional y racionalizable y más en concreto en las instituciones que conforman el deber de compensar (esto es, en la expropiación y en la responsabilidad).

- *De lege ferenda*: se propone incorporar en la Constitución española de 1978 (de forma similar a la reforma constitucional francesa realizada en el año 2008 del artículo 39 de su Constitución de 1958)⁷² la evaluación de impacto normativo como regla general, y dentro de ella, la dedicada a la garantía patrimonial del ciudadano. En el caso de la reforma constitucional francesa, dicha modificación se fundamentó en el principio de buena elaboración de las normas y en la necesidad de que el Derecho sea claro, accesible y comprensible, principios y fundamentos exportables al sistema constitucional español. Como es lógico, esta propuesta tiene la finalidad de elevar a rango constitucional la obligación del Legislador de ponderar anticipadamente los efectos patrimoniales de sus decisiones, sin perjuicio de que siempre se mantenga el control *ex post* del Tribunal Constitucional.

5. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LAS NORMAS DE LA REFORMA ENERGÉTICA

Ante las sucesivas reformas en materia de regulación energética aprobadas por el Gobierno de España en los últimos años, tanto el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados como algunas comunidades autónomas (Andalucía, Extremadura, Murcia, Cataluña, Navarra, Galicia, Canarias y Valencia) han presentado diversos recursos de inconstitucional admitidos por el Tribunal Constitucional y ya casi todos sentenciados, como hemos recogido en la cuestión preliminar de este trabajo⁷³.

⁷² El artículo 39 de la Constitución francesa, en su versión modificada en 2008, establece un procedimiento de carácter legislativo que permite un mayor control *ex ante*, tanto de las Cámaras como del Consejo de Estado y, en su caso, del Consejo Constitucional. Este es su tenor literal: «La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento. Los proyectos de ley serán deliberados en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado y presentados ante la Mesa de una de las dos Cámaras. Los proyectos de leyes de Presupuestos y leyes de financiación de la seguridad social serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional. Sin perjuicio del párrafo 1 del artículo 44, los proyectos de ley cuya finalidad principal sea la organización de las entidades territoriales serán previamente sometidos al Senado. La presentación de los proyectos de ley ante la Asamblea Nacional o el Senado cumplirá las condiciones fijadas por una ley orgánica. Los proyectos de ley no podrán inscribirse en el orden del día si la Conferencia de los Presidentes de la primera Cámara solicitada constata que las normas fijadas por la ley orgánica se desconocen. En caso de desacuerdo entre la Conferencia de los Presidentes y el Gobierno, el Presidente de la Cámara correspondiente o el Primer Ministro podrá solicitar al Consejo Constitucional, que se pronunciará en el plazo de ocho días. En las condiciones previstas por la ley, el Presidente de una Cámara podrá someter al dictamen del Consejo de Estado, antes del examen en comisión, una proposición de ley presentada por uno de los miembros de dicha Cámara, excepto si este último se opone».

⁷³ *Id.* nota 12. Para la doctrina sobre ellas, *vid., in extenso*, ALENZA GARCÍA, J. F.: «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables», art. cit.

En general, estos recursos se centran en alegar cuatro posibles causas de inconstitucionalidad, que un tanto libremente vamos a resumir en las siguientes líneas.

5.1. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN SENTIDO ESTRICTO. INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA EX ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN

El principio de seguridad jurídica, uno de los grandes pilares del Derecho, ha de identificarse con la previsibilidad y certidumbre de las normas, o lo que es lo mismo, la certeza en el Derecho. La Constitución lo garantiza con carácter general en el artículo 9.3 y luego lo recuerda en muchos sectores, hasta el punto de considerarlo un derecho fundamental en el ámbito del derecho punitivo, tanto penal como administrativo⁷⁴. Dicho sin demasiadas pretensiones, la seguridad jurídica tiene el objetivo de lograr que todas las personas conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de sus conductas. Por decirlo con las propias palabras del Tribunal Constitucional, «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. 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 27/1981, de 20 de julio).

¿Y cómo se logra ese objetivo? Pues con un comportamiento del legislador que el propio Tribunal Constitucional explicaría años más tarde: «(...) el principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas» (STC 46/1990, de 15 de marzo).

Por tanto, parece claro que para el Tribunal Constitucional el principio de seguridad jurídica en sentido estricto implica certeza y estabilidad normativa, o lo que es lo mismo, previsibilidad. Ello podría llevarnos a concluir que las continuas decisiones legislativas de los últimos años en materia energética vulneran el principio de seguridad jurídica en sentido estricto, ya que han cambiado las reglas de juego del mercado eléctrico por la vía de urgencia, generando una gran

⁷⁴ Una de las mejores reflexiones sobre la seguridad jurídica como técnica para limitar el poder arbitrario (con impresionante recopilación de opiniones clásicas) la realizó en 1941 LÓPEZ DE OÑATE, *vid.*, la traducción española, LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*, Granada: Comares, 2007. Ya en España, en el ámbito del derecho punitivo, RUIZ ROBLEDO, A.: *El derecho constitucional a la legalidad punitiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Y en el ámbito administrativo, BERMEJO VERA, J.: «El principio de seguridad jurídica», en Santamaría Pastor, J. A.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, págs. 73 a 109.

incertidumbre entre los operadores del sector, que no pueden saber a qué atenerse, pues primero se fomentó la actividad industrial de ese tipo (al entender que era el modelo energético deseable) y después se ha venido a castigar dicha actividad. Así al menos parecen entenderlo los servicios jurídicos de todos aquellos que han interpuesto recursos de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la reforma energética.

Ahora bien, antes de llegar a una conclusión precipitada es conveniente tener en cuenta que el Tribunal Supremo tiene sentada en relación con esta cuestión una doctrina muy consolidada, ya que se ha pronunciado en bastantes ocasiones sobre la posible vulneración del principio de seguridad jurídica derivada de la inestabilidad por las constantes modificaciones en materia de energía que normalmente afectan a las expectativas económicas de los productores. Y en esa doctrina, el Tribunal Supremo ha afirmado de forma reiterada la perfecta compatibilidad del principio de seguridad jurídica con los sucesivos cambios normativos, especialmente en el caso de las medidas de fomento de las energías renovables (mediante mecanismos incentivadores que no tienen asegurada su permanencia sin modificaciones para el pro futuro), lo que impide reconocer un «derecho inmodificable» a los titulares de instalaciones energéticas especialmente retribuidas⁷⁵. Por tanto, el Tribunal Constitucional podría seguir la luz (nunca mejor dicho) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y considerar también que aunque no sea una buena técnica legislativa, los continuos cambios regulatorios no han llegado al extremo de atentar a la seguridad jurídica pues los destinatarios de las normas han sabido en cada momento qué conducta debían seguir, por mucho que en poco tiempo se les haya vuelto a cambiar la norma y ellos hayan tenido que repensar su conducta.

No en vano, en la primera sentencia en la que se ha podido pronunciar al respecto (la STC 183/2014), ha afirmado textualmente que el recurso de inconstitucionalidad de la Junta de Andalucía «(...) no ha promovido un único recurso de inconstitucionalidad, sino tres contra tres normas distintas» (FJ 2.º, a) y que «(...) no aporta razón alguna que explique las razones por las que dicho cambio vulnera el principio de seguridad jurídica» (FJ 2.º, b).

5.2. POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA, COMO ESPECIFICIDAD DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

El principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución no se agota en la certeza del derecho aplicable en un momento histórico determinado (que podremos denominar la seguridad jurídica en sentido estricto), sino que además tiene otros matices, muy especialmente el principio de confianza legítima: «El principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroac-

⁷⁵ *Vid.*, entre otras, las SSTs 6317/2006, de 25 de octubre; 2590/2012 y 2593/2012, de 12 de abril; 2578/2012, de 23 de abril; 2798/2012, de 26 abril; 2827/2012, de 3 de mayo y 4576/2014, de 13 de enero.

tividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el artículo 9.3 de la CE»⁷⁶.

Este principio de confianza legítima se recibió en nuestro ordenamiento jurídico a finales de los años ochenta, como aplicación del Derecho comunitario (que a su vez lo había recibido del Derecho administrativo alemán), sobre todo por la Sentencia de 13 de julio de 1965, asunto Lemmerz-Werke⁷⁷. En efecto, como ha desarrollado la doctrina⁷⁸, y muy especialmente el profesor GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁹, corolario del principio de seguridad jurídica lo es también el principio de confianza legítima, como manifestación de la buena fe, para definir una situación digna de ser amparada al haber sido vulnerada la confianza puesta en la actuación de los poderes públicos. En el mismo sentido, el profesor Díez Picazo⁸⁰ ha señalado que la buena fe como principio general es una regla de conducta a la que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones, lo que implica que «deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas»⁸¹. Esto, a su vez, nos lleva a la conocida doctrina de los actos propios o regla que establece la inadmisibilidad del principio *venire contra factum proprium* surgido en el ámbito del Derecho privado y usado por el Constitucional, que explica que su significado no es otro que la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su razón última en «la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno»⁸².

En todo caso, y tal y como también ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en las sentencias citadas anteriormente, la aplicación del principio de confianza legítima exige la concurrencia de una serie de requisitos, que son los siguientes:

⁷⁶ STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5.º b. En sentido similar: las SSTC 234/2001, de 13 de diciembre; 222/2003, de 15 de diciembre, y 178/2004, de 21 de octubre.

⁷⁷ Sobre este principio, *vid.*, *in extenso*, GARCÍA LUENGO, J.: «El principio de protección de la confianza», en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, págs. 1.167 a 1.205.

⁷⁸ En el ámbito de las energías renovables, destacan los estudios de RUIZ OLMO, I.: «Las renovables ante los recientes cambios normativos: El episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 3, marzo de 2014, págs. 1 a 28, y de MINGORANCE MARTÍN, C., art. cit.

⁷⁹ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3.ª edición, Madrid: Civitas, 1998, pág. 388.

⁸⁰ *Vid.* Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª edición, Cizur Menor, Madrid: Thomson Civitas, 2007, I, pág. 63.

⁸¹ Díez-Picazo, L.: *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch, 1963, pág. 142.

⁸² STC 73/1988, de 21 de abril, FJ 4.º Razonamiento luego repetido en algunas otras sentencias, como las SSTC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2.º y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5.º El principio de protección de la confianza legítima también ha sido recogido por la Sala Civil del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997).

- a) El acto de la Administración debe ser lo suficientemente concluyente para provocar en el afectado algún tipo de confianza (confianza en que la Administración actúa correctamente, en que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la Administración o que sus expectativas son razonables).
- b) La Administración emisora del acto debe haber realizado «signos externos» que dirijan con claridad al administrado hacia la realización de una determinada conducta.
- c) Como consecuencia de lo anterior, el administrado puede confiar en la perdurabilidad de la situación individualizada generada por el acto de la Administración.
- d) Debe existir una causa idónea para provocar la confianza legítima del interesado, que no puede producirse por la mera negligencia, ignorancia o tolerancia de la Administración.
- e) Por último, es imprescindible, como es lógico, que el administrado haya cumplido totalmente con los deberes y obligaciones que le incumben en el caso concreto.

Si aplicamos toda esta doctrina constitucional al caso concreto de los preceptos de la reforma constitucional que afectan directamente a las inversiones realizadas por los operadores energéticos, podría pensarse, en principio, que la reforma energética ha podido producir una infracción del principio de confianza legítima, como variante de la seguridad jurídica, al suponer la quiebra del marco regulador de las inversiones efectuadas en perjuicio de los inversores⁸³.

A este respecto, debe tenerse muy presente que el desarrollo de las energías renovables es más caro que el sistema tradicional, y se encuentra en continuo proceso de investigación y avance, de tal forma que para «proporcionar seguridad a los inversores y promover el desarrollo permanente de tecnologías», lo primero que debe tenerse en cuenta son los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, que siendo en estos casos de alta intensidad, requieren un amplio periodo de retorno para poder ser amortizados⁸⁴. Y esto se ve mermado precisamente si no existe un marco estable de referencia en el que puedan confiar estos inversores, motivo por el cual también se podrían ver frenadas futuras inversiones que podrían llevarse a cabo en este sector.

Ahora bien, nuevamente en este caso hemos de tener muy presente la doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión, que ha tenido ocasión de pronunciarse en varios momen-

⁸³ El cambio del sistema de retribución de las distintas actividades de energía (transporte, distribución), el cambio en el «régimen económico primado», la creación de una nueva tasa y la derogación de dos reales decretos vendría a perjudicar gravemente la actividad económica de un sector que ha realizado cuantiosas inversiones incentivado por anteriores medidas normativas. Así lo entiende BACIGALUPO SAGGESE, M.: «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», *Revista Orosí*, núm. 6, abril-junio de 2011, Colegio de Abogados de Madrid, pág. 20.

⁸⁴ Sobre estas cuestiones, *vid., in extenso*, MORALES PLAZA, J. I.: *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables, La transición de un modelo económico energívoro a un modelo económico sostenible*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

tos sobre ello, afirmando que «el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general»⁸⁵. Es más, tal y como ha desarrollado RODRÍGUEZ BAJÓN⁸⁶, si ponemos en conexión los conceptos de riesgo regulatorio y confianza legítima, hemos de concluir que la mera existencia del «riesgo regulatorio» determina la eliminación de la imprevisibilidad de la medida. Así, para este autor (que parte del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia), la simple constatación del riesgo regulatorio en el sector energético implica la suavización o modulación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, ya que se debe partir de la aceptación de antemano por parte de los operadores del sector de las reglas del juego de un sector regulado, donde la incertidumbre y la excesiva mutabilidad del ordenamiento jurídico y las alteraciones no previstas en el régimen económico de las inversiones son elementos consustanciales de todo sector liberalizado.

Esta parece haber sido la teoría adoptada por el Tribunal Constitucional, en la primera sentencia en la que se ha podido pronunciar al respecto (la STC 183/2014), donde ha afirmado textualmente que «lo que la norma pretende combatir no es, estrictamente hablando, la situación de déficit estructural del sector eléctrico, al que alude la Letrada de la Junta de Andalucía, sino las desviaciones al alza del mismo derivadas de las circunstancias anteriormente mencionadas, lo que, en este caso, constituye una situación susceptible de ser abordada mediante la legislación de urgencia» (FJ 6.º, *in fine*).

En cuanto a la posible vulneración del principio de irretroactividad, hay que partir de la base de que el Real Decreto-Ley 9/2013 introduce pro futuro un nuevo régimen jurídico-económico para la producción energética de las energías renovables⁸⁷, que extiende a las instalaciones ya existentes a su entrada en vigor (disp. final 2.ª en relación con el art. 1, apdos. 2 y 3 y la disp. adic. 1.ª). Asimismo, aunque su disposición transitoria 3.ª prevé que se siga aplicando el régimen económico hasta el 13 de julio de 2013, hay que subrayar su singularidad, ya que una vez aprobada la nueva normativa los derechos de cobro u obligaciones de pago devengados quedarán sujetos a revisión conforme a lo que resulte de la aplicación del nuevo modelo.

El contenido de tales previsiones no presenta ningún problema constitucional para las instalaciones de energía renovables que se construyan a partir del 13 de julio de 2013 porque se les aplica, lógicamente, el principio *tempus regit actum*, pero como las modificaciones del sistema de subvenciones también se aplica a las instalaciones creadas antes de esa fecha surge la duda de si se han vulnerado los principios de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la CE. Para pronunciarnos sobre ello

⁸⁵ STS 3109/2010, de 1 de junio, donde se recoge su propia jurisprudencia anterior (que parte la STS 3178/1999, de 10 de mayo y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

⁸⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ BAJÓN, S., *art., cit.*, págs. 189 a 205.

⁸⁷ Tal y como muy bien se señala en el Dictamen 39/2013, de 28 de octubre, del Consejo de Navarra.

resulta necesario recordar la dimensión ofrecida por el Tribunal Constitucional en cuanto a la aplicación de esos principios.

La aplicación del nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a las instalaciones antiguas a partir del 13 de julio de 2013 pero no a las subvenciones que han recibido es un caso de la llamada «retroactividad media o impropia»⁸⁸. El Tribunal Constitucional ha explicado con claridad las diferencias entre esta retroactividad y la retroactividad absoluta o «auténtica»: «En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad media o 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»⁸⁹. Por eso, para determinar si una norma de carácter retroactivo *medio* vulnera los principios de ponderar el conjunto de bienes afectados en el caso concreto. O lo que es lo mismo, se trata de una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas.

A este respecto, lo primero a tener en cuenta es que, como reconoce el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, que «esta reforma tiene un calado muy superior a las anteriores modificaciones del sistema retributivo del régimen especial, habida cuenta de que el anteproyecto conlleva la desaparición de este en cuanto tal, con la posibilidad excepcional de sustituirlo por un régimen retributivo específico basado en parámetros diferentes»⁹⁰.

Esta afirmación se compartió en su momento por la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE)⁹¹, que consideró que debían diseñarse unos incentivos económicos para el sector que basados en la definición de unos adecuados parámetros de eficacia (consecución de los objetivos establecidos) y de eficiencia (lograr que dicho cumplimiento se realice al menor coste posible), para advertir después que «no se tiene constancia de que exista un modelo retributivo similar al reflejado en la propuesta en ninguna jurisdicción de la Unión Europea, así como tampoco en otros países de cuyos sistemas de apoyo se tiene conocimiento a través de asociaciones internacionales de organismos reguladores»⁹².

⁸⁸ Sobre este principio, *vid., in extenso*, LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad», en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, págs. 141 a 176.

⁸⁹ *Vid.* STC 89/2009, de 20 de abril, FJ. 3.º Sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima como aspectos de la irretroactividad *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M.: «El respeto al principio de seguridad jurídica (...)», *art., cit.*, págs. 17 a 23.

⁹⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 937/2013, de 12 de septiembre, observación de carácter general VI.

⁹¹ Que ha sido sustituida por el nuevo Macro-regulador, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁹² Informe de la CNE núm. 18/2013, de 4 de septiembre, pág. 6.

Dicho de otra forma, tanto el Consejo de Estado como la CNE entendieron en su momento que las modificaciones normativas de la reforma energética suponían, apreciadas en su conjunto, un cambio integral del modelo retributivo del sector, ya que modificaban sistémicamente las bases del régimen retributivo y el marco general jurídico-económico de los productores de energías renovables en régimen especial existente hasta el 13 de julio de 2013. Y ello frente a otros casos anteriores, en los que se realizaron ajustes concretos dentro del sistema general primado (como ocurrió, por ejemplo, con el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba y modificaba determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial).

Además de lo anterior, hay que tener muy en cuenta que el nuevo modelo retributivo diseñado por el Real Decreto-Ley 9/2013 se limita a establecer unos parámetros generales y remite su concreción a un desarrollo normativo posterior, lo que no permite conocer con el mínimo rigor y precisión necesarios cuál será el régimen retributivo que corresponderá a las instalaciones de energía renovables existentes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013. Esa aplicación de la retroactividad del nuevo régimen jurídico-económico a las instalaciones existentes, así como su indeterminación, plantea la posible vulneración del principio de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima en la actuación de los poderes públicos.

Ahora bien, si nos atenemos nuevamente a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroactividad de las disposiciones que modifican el régimen económico de las instalaciones de producción desde fuentes renovables, con un conjunto de pronunciamientos encabezados por la STS 2804/2012, de 12 de abril⁹³, dictada en relación con la impugnación del Real Decreto 1565/2010⁹⁴, será el grado de retroactividad de la norma lo que determine su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y solo en los hipotéticos casos en que la norma en cuestión obligue a devolver las primas o ventajas ya concedidas en el pasado, podría hablarse verdaderamente de un supuesto de retroactividad vetada por nuestro ordenamiento jurídico. Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, hemos de concluir que, a pesar de la retroactividad media del nuevo régimen jurídico-económico a las instalaciones existentes, así como su indeterminación, al no afectar a las primas ya concedidas, que en ningún caso tienen que ser devueltas, no sería raro que el Tribunal Constitucional concluyese en todos los casos que el decreto-ley no tiene este tipo de retroactividad prohibida y que por tanto debería reputarse como constitucional, como por lo demás ya ha concluido en la STC 183/2014, de 6 de noviembre de 2014.

⁹³ Sentencia a la que han seguido más recientemente (y manteniendo la misma doctrina jurisprudencial) las SSTS 3700/2013, de 26 de junio; 3544/2013, de 1 de julio de 2013 y 4492/2013, de 12 de septiembre de 2013.

⁹⁴ Sobre esta sentencia, *vid.*, *in extenso*, el trabajo de CASTRO GIL-AMIGO, J.: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: o la indefensión de los canijos», *Diario La Ley*, núm. 7.895, 2012, pág. 11. También, RUIZ ROBLEDO, A.: «The Spanish Constitution in the turmoil of the global financial crisis» en Contiades, X. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis: A Comparative Analysis*, Farnham (UK): Ashgate Publishing, 2013, págs. 153 y ss.

6. RECAPITULACIÓN: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Tal y como anunciamos en el extracto, en este trabajo nos hemos centrado en analizar desde una perspectiva jurídica (administrativa y constitucional) y más allá de las críticas sobre oportunidad política y técnica legislativa, los posibles efectos o consecuencias del conjunto de modificaciones normativas en materia energética aprobadas en España desde 2010 y que nosotros hemos calificado de «micro-modificaciones energéticas», aportando finalmente algunas propuestas que podrían coadyuvar a paliar de alguna manera esos efectos.

- **Desde el punto de vista administrativo**, estas «micro-modificaciones energéticas» han provocado tres efectos claros: riesgo regulatorio, poliarquía normativa y posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Para paliar el riesgo regulatorio, entendemos que sería conveniente que en nuestro ordenamiento jurídico se desarrollase con más profusión el concepto de regulación y de empresas reguladas, ya que alterar la regulación (esto es, el riesgo regulatorio), puede suponer en algunos casos y con algunas condiciones alterar la seguridad jurídica.

Para tratar de evitar la poliarquía normativa, con sus posibles efectos discriminatorios (al someterse a estos sujetos que comparten el mismo objetivo a diferentes reglas del juego) que dan lugar a diferencias como consecuencia de la paradoja regulatoria que rige en estos tiempos de globalización, proponemos un cambio de enfoque o de paradigma, con la aplicación del incipiente acervo jurídico del nuevo Derecho administrativo global, de modo que en las tres esferas (internacional, regional y nacional) se compartiesen principios e instituciones para dar lugar a soluciones homogéneas, eliminando así los posibles agravios comparativos que hasta ahora se están produciendo entre inversores nacionales e internacionales.

Y en cuanto a la institución administrativa más conveniente a la hora de dirimir si se ha producido negligencia o culpa del Estado por los cambios normativos que el mismo ha impulsado produciendo consecuencias negativas sobre los inversores particulares, proponemos dejar de poner el acento en la indemnización o compensación económica y centrarnos en la verdadera naturaleza jurídica de cada figura aplicable, ya que en ocasiones será más apropiado hacerlo con base en la institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, en lugar de acudir a la figura de la Expropiación Indirecta. A mayor abundamiento, proponemos la utilización de un concepto jurídico más integral, como el de la «Obligación o Deber Estatal de Compensar», que incluiría tanto la figura de la Responsabilidad por actos del Legislador como la de la Expropiación indirecta por actos legislativos de naturaleza o impacto expropiatorio.

Todo ello podría sustentarse en una reforma constitucional en España similar a la realizada en la Constitución francesa en el año 2008, de forma que se elevaría a

rango constitucional la obligación o deber del Legislador de ponderar anticipadamente los efectos patrimoniales de sus decisiones, lo que supondría una doble garantía (*ex ante* del Legislador y *ex post*, con el control del Tribunal Constitucional), lo que dotaría de más garantías al nuevo sistema.

- **Desde el punto de vista constitucional**, los efectos de las «micro-modificaciones energéticas» no han sido menos perniciosos, al provocar a nuestro entender un claro debilitamiento de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad.

Sobre la posible vulneración del principio de seguridad jurídica por las constantes modificaciones en materia de energía que afectan a las expectativas económicas de los productores, entendemos que debe distinguirse entre la estabilidad regulatoria (como máxima de buena regulación) y el principio de seguridad jurídica, de modo que sería posible concluir que un cambio regulatorio no es objetable desde la perspectiva de la seguridad jurídica, aunque no merece un juicio favorable desde el punto de vista de la deseable estabilidad y predictibilidad regulatorias. En ese sentido, entendemos que lo más lógico será que el Tribunal Constitucional siga «la luz» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y considere también que aunque no sea una buena técnica legislativa, los continuos cambios regulatorios no han llegado al extremo de atentar a la seguridad jurídica, pues los destinatarios de las normas han sabido en cada momento qué conducta debían seguir, por mucho que en poco tiempo se les haya vuelto a cambiar la norma y ellos hayan tenido que repensar su conducta⁹⁵.

En cuanto a la posible vulneración del principio de confianza legítima, partiendo de nuevo de la doctrina del Tribunal Supremo y de su desarrollo doctrinal por parte de RODRÍGUEZ BAJÓN, la simple constatación del *riesgo regulatorio* en el sector energético implica *per se* la modulación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, ya que se debe partir de la aceptación *a priori* por parte de los operadores de las reglas del juego de un sector regulado, donde la incertidumbre, la excesiva mutabilidad del ordenamiento jurídico y las alteraciones no previstas en el régimen económico de las inversiones son elementos consustanciales al propio sistema⁹⁶. Este principio de riesgo regulatorio implicaría, además, el «deber jurídico

⁹⁵ En contra se sitúa un sector doctrinal, como el profesor BACIGALUPO, que ha defendido que sí se vulneraría el principio de seguridad jurídica en este caso, «en la medida en que se trata de un cambio regulatorio de gran envergadura, radical, que no era razonablemente previsible y que altera de raíz los fundamentos básicos del sistema retributivo vigente con gran impacto lesivo». *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M.: «Energías renovables y regulación retroactiva», en <http://www.economista.es/firmas/noticias/5202942/10/13/Energias-renovables-y-regulacion-retroactiva.html>

⁹⁶ En contra los especialistas que, como el profesor DEL GUAYO, entienden que solo una visión o análisis de conjunto de todas las normas que han afectado a la regulación del sistema energético permite comprender el calado y trascendencia de las reformas aprobadas, concluyendo que aunque quizás algunas de las medidas de la reforma energética no vulneren de forma aislada (en sí mismas) ningún precepto constitucional, contextualizadas y analizadas de manera conjunta (esto es, teniendo en cuenta su resultado final a modo de «sumatoria» de todas las aprobadas hasta la

de soportar el daño», lo que (salvo excepciones debidamente justificadas) eliminaría la antijuridicidad ante las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambios bruscos e inesperados en esta normativa⁹⁷.

Por último, en relación con la posible vulneración del principio de irretroactividad, si nos atenemos nuevamente a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroactividad de las disposiciones que modifican el régimen económico de las instalaciones de producción desde fuentes renovables, hemos de concluir que, a pesar de la retroactividad del nuevo régimen jurídico-económico a las instalaciones existentes, así como su indeterminación, al no afectarse a las primas ya concedidas, no sería raro que el Tribunal Constitucional concluyese que la reforma energética no incluye este tipo de retroactividad prohibida y que por tanto debería reputarse como constitucional.

En todo caso, habría que tener en cuenta lo sostenido en el voto particular formulado a la STC 270/2015, 17 de diciembre, por parte de tres magistrados que, aunque no discrepan con el fallo, sí lo hacen respecto a su fundamentación al entender que los argumentos y el análisis desarrollado sobre el principio de confianza legítima «resultan insuficientes para dar una respuesta fundada a la cuestión planteada».

Y apuntan estos magistrados tres razones que hubieran debido «llevar al ánimo de la opinión mayoritaria a no analizar de una manera tan somera la cuestión de la confianza legítima»: la controversia suscitada en la doctrina y la jurisprudencia sobre el devenir legislativo de las energías renovables; que el Tribunal Constitucional no hubiera tenido oportunidad de pronunciarse al respecto; y la existencia de numerosos litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción del principio de confianza legítima. Todo ello debiera haber justificado una «sólida respuesta constitucional» y una «resolución más extensamente fundada» que no se ha producido.

A nuestro entender, ese voto particular aporta una mayor fundamentación y resulta mucho más sensible a la situación generada por los cambios normativos aunque, finalmente, llegue a la misma conclusión de que no se ha vulnerado el principio de confianza legítima.

fecha), suponen una reformulación general del régimen jurídico especial de las energías renovables mediante un cambio de orientación no previsible en el régimen jurídico-económico en el que legítimamente confiaron los operadores del sector, yendo más allá de una razonable opción de política legislativa, de modo que podría considerarse que en su conjunto producen una vulneración del principio de seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 de la CE. *Cfr.* DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (...), art. cit., págs. 217 y ss.

⁹⁷ Así lo ha expresado, entre otros, MINGORANCE MARTÍN, C.: «Energías renovables y riesgo regulatorio (...)», art. cit., pág. 184.

Bibliografía

- ALENZA GARCÍA, J. F. [2016]: «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55.
- ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J. M. [2000]: «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Revista Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9.
- [2004]: *Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada: Fundación Estudios de Regulación y Comares.
 - [2012]: «El sector eléctrico: ¿Dónde estamos?, ¿adónde vamos?», en *Regulación: Lecturas escogidas*, Navarra: Aranzadi-Thomson.
 - [2014]: «La reforma energética en el sector eléctrico», *Working paper*, Foro de Pensamiento, Debate y Acción Ciudadana, 3 de junio.
- ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L. [1995]: «Teoría y práctica de la regulación para la competencia», *Working paper*, núm. 17, PERE.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. [2010]: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables», en Becker, F., Cazorla, L. M. y Martínez-Simancas, J. (dirs.), *Tratado de Energías Renovables*, vol. II.
- [2011]: «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», *Revista Otrosí*, núm. 6, Madrid.
 - [2013]: «Energías renovables y regulación retroactiva», en: <http://www.economista.es/firmas/noticias/5202942/10/13/Energias-renovables-y-regulacion-retroactiva.html>
- BARNÉS, J. [2005]: *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado*, Madrid: Tecnos.
- [2012]: «Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho administrativo», en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2.ª ed., Sevilla: Global University Press.
- BECKER, F.; CAZORLA, L. M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.) [2010]: *Tratado de Energías Renovables*, vols. I y II, Pamplona: Aranzadi-Thomson-Reuters.
- BERMEJO VERA, J. [2010]: «El principio de seguridad jurídica», en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R. [2003]: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid: INAP.
- CAMERON, P. D. [2002]: *Competition in energy markets: Law and regulation in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M. [2011]: «Regulación como finalidad distinta al derecho a la competencia», en Guillén Caramés, J., *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Navarra: Thomson Civitas.
- CASTRO GIL-AMIGO, J. [2012]: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: O la indefensión de los canijos», *Diario La Ley*, núm. 7.895.

- [2015]: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Navarra: Aranzadi.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I. [2012]: «Seguridad jurídica y cambios regulatorios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156.
- DÍEZ PICAZO, L. [1963]: *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch.
- [2007]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª edición, Cizur Menor, Madrid: Thomson Civitas.
- FABRA UTRAY, J. [2004]: *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA LUENGO, J. [2010]: «El principio de protección de la confianza», en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley.
- GARRIDO DE LAS HERAS, S. y ANTÓN VEGA, D. [2014]: «El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: La sentencia del TC sobre el uso de la técnica de *fracking*», *Diario La Ley*, núm. 8.401.
- GERSTENBERGER, O. [1998]: «Law's Polyarchy», *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, Proceedings of the COST A7 Seminar, Official Publications of the European Communities.
- GIMÉNEZ CERVANTES, J. [2010]: «El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables» en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, vol. II, Navarra: Thomson-Reuters.
- GONZÁLEZ FAJARDO, F.; BENÍTEZ ROCHEL, J. J. y PÉREZ MORENO, S. [2013]: *Propuestas de política económica ante los desafíos actuales*, Madrid: Delta.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. [1998]: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3.ª edición, Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. [2011]: *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. [2012]: «La expropiación de YPF: Análisis desde el Derecho Internacional», *Revista ARI*, núm. 97.
- KINGSBURY, B. y STEWART, R. B. [2016]: *Hacia el Derecho administrativo global. Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Global Law Press.
- LÓPEZ DE OÑATE, F. [2007]: *La certeza del Derecho*, Granada: Comares.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. [2015]: «Las respuestas internas e internacionales a la protección del inversor en el sector energético: Nuevo reto en una economía globalizada», *Cuadernos de Energía*, 44, Madrid: Deloitte y Garrigues.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B. [1997]: «Energía. Régimen general», en Jiménez Blanco, A. y Martínez-Simancas, J., *El Estado de las autonomías. Los sectores productivos y la Organización territorial del Estado*, tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- LÓPEZ MENUDO, F. [2010]: «El principio de irretroactividad», en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley.

- LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A.: [2005]: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Valladolid: Lex Nova.
- LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M. [2003]: *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen: DJOF Publishing.
- MAESTRO BUELGA, G.; GARCÍA HERRERA, M. A. y VIRGALA FORURIA, E. [2014]: *El mercado europeo de la energía después del tercer paquete legislativo*, Granada: Comares.
- MARALET I GARCÍA, E. [1991]: «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas», en *Estudios sobre la Constitución Española*, vol. V, Madrid: Civitas.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. y SÁNCHEZ CORZO, J. [2015]: «La cascada legislativa que ahoga las energías renovables», en la obra colectiva *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Navarra: Aranzadi.
- MINGORANCE MARTÍN, C. [2013]: «Energías renovables y riesgo regulatorio: Los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87.
- MORALES PLAZA, J. I. [2012]: *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables*, Madrid: Marcial Pons.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. [2009]: *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid: Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, S.; SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. [2010]: *Derecho de la regulación económica*, vol. III. *Sector energético*, tomo I, Madrid: Iustel.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. [2012]: «Distribución de competencias en materia de Energía en España. Pluralidad de Administraciones competentes», *Revista Actualidad Administrativa*, núms. 19-20.
- [2013]: «La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. y LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M. [2016]: «Investment Arbitration and EU Law in the aftermath of renewable energy cuts in Spain», *European Energy and Environmental Law Review*, volume 25, Wolters Kluwer.
- [2016]: *Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: Distintas soluciones para un mismo problema*, Navarra: Aranzadi.
 - [2016]: «El nuevo Derecho Administrativo Global como Lex Administrativa en el Arbitraje Internacional de Inversiones», *RGDA*, núm. 42.
- PAREJO ALFONSO, L. [1996]: *Manual de Derecho Administrativo*, 4.^a edición, Barcelona: Ariel Derecho.
- [2004]: en el prólogo a la obra de Fabra Utray, J., *Un mercado para la electricidad. ¿Liberalización o regulación?*, Madrid: Marcial Pons.
 - [2010]: «Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado», en Serrano González, M. y Bacigalupo Saggese, M. (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial*, Madrid: Iustel.
- RALLO LOMBARTE, A. [2002]: *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Madrid: Tecnos.

RODRÍGUEZ BAJÓN, S. [2012]: «El concepto de riesgo regulatorio: Su origen jurisprudencial: contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, núm. 188.

RUIZ OLMO, I. [2014]: «Las renovables ante los recientes cambios normativos: El episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 3.

RUIZ ROBLEDO, A. [1993]: «Un componente especial de la Constitución económica: La protección del medio ambiente», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 14.

– [2013]: «The Spanish Constitution in the turmoil of the global financial crisis», en Contiades, X. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis: A Comparative Analysis*, Farnham (UK): Ashgate Publishing.

SERRANO CALLE, S. [2013]: *El riesgo regulatorio en el sector energético*, Escuela de Organización Industrial.

TEUBNER, G. [1997]: «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», Teubner, G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth.