

NOTA

RETROACTIVIDAD LEGISLATIVA EN MATERIA DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN RÉGIMEN ESPECIAL.

CASO PARTICULAR DE LA ENERGÍA SOLAR FOTOVOLTAICA.

Las últimas noticias acerca de que el Ministerio de Industria está estudiando la posibilidad de reducir la retribución de la energía solar fotovoltaica, unidas al hecho de que ya fuera experimentada una disminución de primas por los productores de energía eólica, han generado incertidumbre en el sector, que se siente afectado por la posible inestabilidad de su marco normativo.

Como consecuencia de lo anterior, y con base en el artículo del Abogado del Estado, D. Eduardo Soler Tappa, acerca de los "Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos. Caso particular de las instalaciones de producción de energía eléctrica", ofrecemos un análisis de la cuestión, centrándonos en cómo los argumentos defendidos en dicho artículo podrían afectar a la forma de retribución de la producción de energía solar fotovoltaica mediante tarifas fijas.

I. - INTRODUCCIÓN .-

Con objeto de fomentar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable y de tecnologías de cogeneración de alta eficiencia, se estableció un régimen especial en la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 54/97), de forma que los productores incluidos en el mismo, tenían derecho a una retribución superior respecto de los no incluidos.

Las instalaciones incluidas en el régimen especial fueron reguladas por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (en adelante, RD 436/04), pudiendo éstas bien recibir una retribución fija por la energía vertida a la distribuidora más próxima, o bien participar en el mercado percibiendo una prima o un incentivo, de forma que se garantizaban unos ingresos determinados durante toda la vida del proyecto.

El RD 436/04 preveía una revisión de las primas, incentivos y tarifas cada cuatro años, en la que expresamente se recogía la irretroactividad de las modificaciones que fueran realizadas. Sin embargo, la normativa dictada en sustitución de la anterior, sólo tres años más tarde, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (en adelante, RD 661/07), en su disposición transitoria primera, establecía la aplicación retroactiva del sistema retributivo establecido por dicho texto legal en su modalidad de participación en el mercado con prima.

NOTA

Respecto de la modalidad retributiva de las tarifas fijas, la disposición anterior establece la aplicación del régimen transitorio para toda la vida de la instalación, es decir, que se siguen aplicando las tarifas del RD 436/04, y no las del RD 661/07, a las instalaciones con acta de puesta en servicio definitiva antes del 1 de enero de 2008 y que hubiesen elegido dicha forma de retribución con anterioridad al 1 de enero de 2009. En cambio, en relación con los productores que optaron por acudir al mercado con percepción de una prima, el régimen transitorio sólo se prevé hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual serán aplicables las primas del RD 661/07 a la retribución de la energía que se produzca con posterioridad.

El RD 661/07 estableció primas superiores a las del RD 436/04 para determinadas energías, como la solar fotovoltaica y la solar termoeléctrica, e inferiores sólo en el caso de la energía eólica.

II. - RETROACTIVIDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS.

La retroactividad no está configurada como una prohibición general en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 2.3 del Código Civil establece la irretroactividad de las leyes si éstas no dispusieran lo contrario, y el artículo 9.3 de la Constitución Española limita la prohibición de retroactividad a aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En similares términos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 62.2, sanciona con nulidad de pleno derecho las disposiciones administrativas retroactivas en los ámbitos proscritos constitucionalmente.

Dado que claramente no estamos en la esfera sancionadora, habrá que determinar si se ve afectado el otro ámbito en el que no se permite el efecto retroactivo de una norma. En este sentido, en cuanto a la "restricción de derechos individuales" a la que hacen referencia las normas anteriores, el Tribunal Supremo ha declarado que ésta debe entenderse dentro del "ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de las personas", por lo que la modificación introducida por la disposición transitoria primera del RD 661/07, implicaría una retroactividad permitida desde esta perspectiva.

Ahora bien, el hecho de que la retroactividad de una norma no esté prohibida sobre la base de lo anteriormente expuesto, no quiere decir que no se puedan ver afectados otros principios constitucionales, como son el de la seguridad jurídica y el de la confianza legítima, que en caso de ser vulnerados, podrían conllevar igualmente su inconstitucionalidad, y por ende, la anulación de la norma.

III. - SEGURIDAD JURÍDICA.

La apreciación de la vulneración del principio de seguridad jurídica en casos de normas con efectos retroactivos, requiere la valoración de otros factores, como son el grado de retroactividad y las circunstancias específicas del caso concreto.

NOTA

El grado de retroactividad ha sido clasificado por el Tribunal Supremo en máximo, medio y mínimo, lo que depende de la aplicación de la norma a todos los efectos de la situación jurídica creada bajo la anterior normativa (máximo), a efectos nacidos previamente pero no consumados (medio) o a efectos futuros (mínimo).

En el caso concreto de la disminución de las primas de la energía eólica, al igual que cualquier cambio en las tarifas o de cualquier otra fuente de energía renovable en régimen especial, y siguiendo la clasificación expuesta, estamos ante una retroactividad de grado mínimo, por cuanto se verían afectados ingresos por energía todavía no producida.

En los supuestos de retroactividad de grado mínimo que no afecte restrictivamente a derechos individuales, las especiales circunstancias concurrentes son determinantes de la validez o no de una disposición. Entre los factores a valorar encontramos los siguientes:

- La previsibilidad de la modificación, en la medida que tiene una incidencia directa en la seguridad jurídica y en la confianza legítima de los sujetos afectados.

El Tribunal Supremo ha declarado la facultad del Ejecutivo de adaptarse a las cambiantes situaciones del mercado, incluso mediante la creación de normas con carácter retroactivo, si fuese necesario.

En este sentido, y respecto del sistema retributivo del régimen especial, dicho Tribunal ha remarcado "la rentabilidad razonable" a la que hace referencia la Ley 54/97, en contraposición al reconocimiento de niveles de ingresos como valor absoluto, así como el carácter consustancialmente variante de las medidas de fomento en función de las circunstancias y necesidades coyunturales, que impide entender la existencia de un derecho adquirido, de lo que deben ser conscientes los productores.

- La finalidad perseguida y el interés público, en la medida que justificarían el sacrificio de la colectividad afectada.

En el concreto supuesto de disminución de las primas de la energía eólica, el hecho de que se fijase una remuneración para toda la vida del proyecto partiendo del precio de mercado vigente en dicho momento, y el posterior incremento de esta variable, llevaron a una situación en la que los productores acogidos a dicho régimen, vieron aumentar su rentabilidad en más del doble (los cálculos oficiales sitúan este incremento del 9% al

20%), lo que desvirtuaba la finalidad perseguida por la legislación aplicable y redundaba en perjuicio del sistema, del sector y de los consumidores.

IV. - DERECHO ADQUIRIDO Y DISCRECIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO.

La consideración del mantenimiento de las mismas primas durante toda la vida del proyecto como derecho adquirido, supondría entender que existe un derecho subjetivo a la ayuda sea ésta necesaria o no, impidiendo al Gobierno la adopción de otras medidas de fomento distintas que le permitan adaptarse a las circunstancias y necesidades del momento, lo que ha sido refrendado por el Tribunal Supremo al hilo de pronunciamientos

NOTA

sobre la discrecionalidad de la actividad de fomento.

La falta de categorización como derecho patrimonial adquirido de la percepción de las primas, impediría la apreciación del carácter expropiatorio de dicho derecho frente a la medida retroactiva introducida, y por lo tanto, imposibilitaría la obtención de una compensación por la privación de dicho derecho.

V. - CONFIANZA LEGÍTIMA.

Es doctrina del Tribunal Supremo, el reconocimiento de la confianza legítima como principio rector del derecho comunitario europeo, reiteradamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas; su aplicabilidad restringida a situaciones en las que concurren signos externos suficientemente concluyentes de la Administración; su efecto anulador o, cuando menos, compensatorio de las alteraciones o perjuicios producidos; la necesidad de ponderar el régimen transitorio establecido, en su caso, por la norma con efectos retroactivos; la existencia de un interés apremiante; el conocimiento previo de la medida y su previsibilidad.

Dicho Tribunal, al igual que otros organismos como la Comisión Nacional de la Energía, ha valorado positivamente el establecimiento de un régimen transitorio que permita la adaptación gradual a la nueva normativa, desde el punto de vista de la garantía del principio de confianza legítima, lo que no implica, sin embargo, que dicho régimen tenga que suponer una inalteración prolongada y completa de la anterior legislación.

VI.- CASO PARTICULAR DE LA RETRIBUCIÓN MEDIANTE TARIFA DE LA ENERGÍA SOLAR FOTOVOLTAICA.

Sostener que la variación de las primas a la venta de energía eólica, con efectos retroactivos, constituya una medida conforme a derecho y plenamente justificada, no implica que ello sea extensible a otras formas de retribución, como son las tarifas fijas establecidas en el RD 661/07 para los productores de energía solar fotovoltaica, debiendo ser analizado este caso y sus circunstancias de forma singular.

Se observan aspectos diferenciadores relevantes de las tarifas respecto de las primas, que determinan, a nuestro juicio, la imposibilidad de equiparación de ambos sistemas retributivos en relación con el riesgo y la validez de su alteración con carácter retroactivo.

Seguridad jurídica:

- Grado de retroactividad: en el caso de que la retribución escogida sea la de tarifa fija, el grado de retroactividad de la eventual ley que previera su alteración respecto de las tarifas a percibir por la energía todavía no producida, sería igualmente mínimo.
- Previsibilidad: la normativa en materia de producción de energía eléctrica en régimen especial busca garantizar una "rentabilidad razonable" y, en este sentido, la estructura de la retribución de los productores que optaron por acudir al mercado percibiendo una prima, hace su rentabilidad altamente variable, al depender ésta de

NOTA

un factor externo e impredecible, como es el precio de mercado, de forma que la necesidad de intervención legislativa para mantener la rentabilidad en términos razonables resulta previsible.

No ocurre así en el caso de las tarifas fijas que perciben los productores de energía solar fotovoltaica, ya que éstas son ciertas y conocidas desde el principio y para toda la vida del proyecto, permaneciendo inalterables a las variaciones de precio de mercado, al menos en lo referente al binomio productor (inversor)/rentabilidad.

- Finalidad de la medida e interés público: una disminución de las tarifas fijadas, que no dependen de la alteración del precio de mercado, y que eran conocidas desde un primer momento, es más difícil de justificar con base en perjuicios al sistema, al sector o a los consumidores, ya que el coste que el pago de dichas tarifas fijas supondrá a los fondos públicos o al propio mercado eléctrico, ha debido ser determinado a priori por el legislador, al ser cierta tanto la magnitud de las tarifas a pagar, como la de la potencia a instalar que puede acogerse a este régimen especial (en este último sentido, la expansión de la potencia de energía solar fotovoltaica instalada bajo el paraguas del RD 661/07, ha sido corregida a través del sistema de cupos de potencia introducido por el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología).

Derecho adquirido:

- A diferencia de las primas, las tarifas fueron fijadas en función de una rentabilidad estimada estable en el tiempo, determinada en función de los costes de inversión para poner en marcha el proyecto. La percepción de dicha tarifa no es independiente de la necesidad de la misma, cómo puede ocurrir en el caso de cobro de primas de forma adicional a un precio de mercado que se hubiera incrementado sensiblemente respecto del existente al tiempo del establecimiento de la prima.

La certeza acerca de la necesidad de la tarifa durante toda la vida del proyecto para obtener la rentabilidad legalmente amparada, posibilitaría la defensa del derecho a su percepción como derecho patrimonial adquirido para toda la duración del proyecto en la que se prevé dicha percepción.

Este argumento habilitaría la interposición de las correspondientes acciones por los productores afectados, sobre la base de que, vía disminución retroactiva de un derecho que afecta a la rentabilidad del proyecto, se habría producido una auténtica expropiación del derecho a la rentabilidad legalmente amparada, como derecho de contenido económico que ya habría ingresado en la esfera patrimonial del afectado, lo que habría de ser compensado mediante las correspondientes indemnizaciones.

NOTA

Confianza legítima:

- Cualquier modificación de las tarifas por una normativa posterior, incide de forma directa en la rentabilidad que se ofrecía a los productores y que se reconocía como objetivo de la legislación especial en sucesivas Exposiciones de Motivos. Esta rentabilidad esperada y amparada normativamente, llevó a los productores a incurrir en importantes costes de inversión, en la confianza legítima de disponer de un marco normativo estable, cuyas variaciones no podrían poner en peligro la rentabilidad anunciada y reconocida legislativamente. Cuestión distinta ha ocurrido en el caso de las primas de la energía eólica, en relación con las que antes de la disminución acordada, se había duplicado su rentabilidad.

VII. - CONCLUSIONES.

Una subida del precio de mercado de la energía eléctrica no debería llevar al Gobierno a reducir las tarifas de la energía solar fotovoltaica, pues el efecto sería una disminución del esfuerzo público para compensar las diferencias entre precio de mercado y tarifa fija.

Podría apreciarse un posible efecto negativo ante una disminución del precio de mercado, que hiciera mayor la diferencia respecto de la tarifa fija, y que exigiera de una dotación de fondos públicos superior a la inicialmente prevista.

Ante esta situación, se produciría una tensión de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, de forma que cualquier actuación administrativa tendente a la reducción de la tarifa, debería respetar los límites impuestos por ambos principios, a los que nos hemos referido con anterioridad.

En nuestra opinión, y para concluir, las especiales características del sistema retributivo tarifario de la energía solar fotovoltaica, lo hace poco proclive y bien dotado de defensa, ante una eventual pretensión de alteraciones retributivas con efectos retroactivos, incluso de grado mínimo.

16 de abril de 2010.