

EL CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO

Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites

SANTIAGO RODRÍGUEZ BAJÓN
Abogado

Departamento de Derecho Público de “Cremades & Calvo Sotelo”

I. INTRODUCCIÓN.—II. LIBERALIZACIÓN Y REGULACIÓN.—III. CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO.—
IV. EFECTOS DEL RIESGO REGULATORIO.—V. LÍMITES DEL RIESGO REGULATORIO.—VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El proceso de liberalización de importantes sectores de la actividad económica, como la energía, las telecomunicaciones, etc., trajo consigo un periodo de transición del monopolio al libre mercado que ha sido controlado o dirigido por los Estados aplicando una profusa regulación dirigida a fomentar la competencia y la protección de los usuarios. Esa intervención en los llamados sectores regulados ha venido marcada por la necesidad de realizar sucesivos ajustes de adaptación. El concepto de *riesgo regulatorio* nace en este contexto de la mano del Tribunal Supremo como causa de exoneración de la responsabilidad por cambio normativo reclamada en algunos casos por las empresas (en el sector de la energía) afectadas.

Palabras clave: riesgo regulatorio; sectores regulados; responsabilidad patrimonial; liberalización; energía; telecomunicaciones; organismos reguladores.

ABSTRACT

The process of economic liberalization, such as energy, telecommunications fields, brought a period of transition from monopoly to free market. This transition has been directed by the states using a profuse regulation aimed at promoting competition and protection of the users. The concept of *regulatory risk* is born the hand of the Supreme Court when firms (in the energy sector) affected by continuous regulatory adjustments, claiming for the responsibility.

Key words: regulatory risk; regulated industries; responsibility of; liberalization; energy; telecommunications; regulators.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de *riesgo regulatorio* —como veremos, un concepto de factura jurisprudencial— tiene sentido en el marco o contexto de los llamados «sectores regulados». Por ello, en primer lugar y a los efectos de ubicar correctamente el mencionado concepto de riesgo regulatorio objeto del presente trabajo, resulta preciso ofrecer, aunque sea a grandes rasgos, una exposición sobre el origen y significado de esos secto-

res regulados, esto es, sectores de la actividad económica cuya explotación deja en un determinado momento de estar en manos del Estado, abriéndose a la iniciativa de las empresas privadas.

Es a finales de los años ochenta y principios de los noventa del pasado siglo cuando en el seno de la Unión Europea —entonces Comunidad Europea— se empieza a forjar un amplio y determinante proceso de naturaleza económica y jurídica dirigido a liberalizar determinados sectores económicos sobre los que aún, en ese momento, los Estados bajo diferentes fórmulas ostentaban un monopolio o cuasi monopolio de explotación¹

Se trataba de sectores muy específicos y cualificados, caracterizados por su carácter estratégico en el sentido de que las actividades que en ellos se desempeñan resultan vitales para el sostenimiento, viabilidad y desarrollo de los Estados (como, por ejemplo, el sector de la energía). Este carácter estratégico era una de las principales justificaciones que esgrimía a su favor el monopolio público existente. Otro motivo residía en el hecho de que el desempeño de servicios como las telecomunicaciones, la energía, la gestión de determinados tipos de transporte e incluso la prestación del servicio postal exigía un elevado esfuerzo inversor que no siempre o casi nunca era rentable. Por tanto, aquellos sectores de actividad no podían ser atractivos para las empresas privadas y, sin embargo, alguien tenía que prestarlos, pues resultaban necesarios para los ciudadanos y el interés público. De este modo, la prestación de los servicios que integraban los citados sectores se venía articulando jurídicamente conforme a una de las categorías más clásicas del Derecho administrativo continental, esto es, bajo la noción y efectos del servicio público. Como es sabido, con arreglo a esta conceptualización el Estado era titular del servicio correspondiente, pudiendo habilitar (concesión) en determinados casos a un tercero (concesionario) para que procediera a su prestación bajo un conjunto de condiciones muy precisas y siempre en atención a la noción de servicio público.

Sin embargo, en las décadas arriba señaladas estas ideas fundadas en la noción tradicional de servicio público empezaron a perder apoyo en favor de una corriente de pensamiento —que puede calificarse como liberal o «neoliberal» en el sentido económico— que cuestionaba las razones justificadoras de los monopolios estatales, propugnando la liberalización de los mismos². Los valedores políticos de tal planteamiento

¹ Ver, en este sentido, G. BEL, J. CALZADA y X. FAGEDA (2006), «Liberalización y competencia en España. ¿Dónde estamos?», *Revista de Economía ICE*, núm. 829, págs. 123-144.

² Sobre el fundamento del proceso de liberalización vinculado al principio de subsidiariedad de los tratados comunitarios y a la necesidad de competir con las empresas norteamericanas, ver Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA (2003), *Regulación y servicios públicos*, Granada, Editorial Comares.

to, así como las grandes corporaciones empresariales vinculadas de alguna forma a los sectores cuestionados, comenzaron a vislumbrar la presencia de un lucro cesante presente en el conjunto de mercados que les eran vedados sin que, como ellos argumentaban, existieran razones de peso para que se veto continuara existiendo. Los avances tecnológicos habían dado lugar a una enorme disponibilidad de herramientas y recursos, abaratando ostensiblemente los costes de prestación de tales servicios. Asimismo, las corporaciones privadas gozaban de una enorme potencia inversora, capaz de reunir un nivel de capital y recursos financieros que en muchos casos superaba a la capacidad de los Estados. Todo ello echaba por tierra una de las clásicas justificaciones de la reserva estatal de los mencionados sectores. Por tanto, ya no existía el problema de la barrera de entrada referida a la inversión, pues los nuevos poderes empresariales poseían tanta fuerza o más que el Estado en el campo de la acumulación de capital y recursos financieros. Tampoco podía disuadirse a los inversores privados invocando una supuesta falta de rentabilidad o inviabilidad comercial en esos sectores, pues las empresas que reclamaban protagonismo, muchas de ellas con experiencia previa, directa o indirecta, en otros países ya sumidos en procesos de liberalización, dominaban formas de gestión y organización de los servicios «estratégicos» capaces de producir cuentas de resultados caracterizadas por los beneficios, con lo cual se rompía otro de los presupuestos teóricos que conducían al monopolio público.

Restaba por vencer la justificación más importante, la de mayor trascendencia, casi vinculada a la propia noción de soberanía estatal. Es decir, me refiero a la justificación que se apoyaba en la naturaleza estratégica de los sectores objeto de debate. Para ello, para ganar esa nueva batalla, la corriente neoliberal procedió a dar protagonismo a un sujeto de Derecho que, al menos a este ese momento, había recibido una atención limitada. Me refiero al usuario de productos y servicios, también conocido por las normas, y en general, como «consumidor». De pronto, el consumidor pasa de protagonizar el modesto y parcelado mundo del naciente Derecho del consumo o protección de usuarios para convertirse en el vehículo más eficaz para lograr y culminar el proceso de liberalización que se promovía; una liberalización que de este modo va a construir su argumento fundamental, el más vistoso, sobre la idea de la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Bajo estas coordenadas, las tesis a favor de la privatización de los mercados divulgarán que la ventaja principal del fin de los monopolios reside en la instauración de un régimen de libre competencia que trae consigo, de forma natural y en beneficio de los consumidores, una mejoría ostensible en la calidad y aba-

ratamiento de los productos y servicios. Una mejoría, según los defensores de la liberalización, que un mercado «cautivo» en manos del Estado, bajo el concepto de servicio público, resulta incapaz para atender debidamente.

De este modo, el nuevo modelo ideológico imperante acertó plenamente con la elección del sujeto histórico al que le correspondía redimir. Desde ese momento, el interés de los consumidores y usuarios —concretado en términos de calidad y precio— adquiere implícitamente la naturaleza de valor político de carácter superior con capacidad para prevalecer por encima de otros intereses y objetivos hasta entonces dotados de preeminencia. Entre esos intereses preteridos se encuentra el interés general, cuyo objetivo no era otro que el de la satisfacción en un determinado ámbito del mayor número posible de ciudadanos sin necesidad de atender a criterios de rentabilidad. Bajo los nuevos esquemas de liberalización, el usuario —con nuevo valor y categoría— desplaza y gana la partida al ciudadano. Lo que antes era un sector económico se transforma en mercado.

La fórmula elaborada se reveló mágica y muy eficaz. Resultaba (y resulta) muy atrayente desde un punto de vista político ofrecer al electorado una promesa de calidad e innovación a precios cada vez más bajos. En poco tiempo nadie se mostró dispuesto a defender la existencia de los servicios públicos, en su concepción tradicional, y el proceso legislativo comunitario se puso en marcha con resultados muy rápidos y elaborados, consiguiendo la liberación de los mercados cautivos y su transformación en mercados funcionando bajo la libre competencia y la soberanía, no de los ciudadanos, sino —como hemos apuntado— de los consumidores y usuarios de dichos servicios. El proceso culminará con la aprobación sucesiva de las directivas que paulatinamente van dando entrada en los sectores recién liberalizados a la iniciativa de las empresas privadas interesadas. Al principio, la apertura es tímida, con ciertas cautelas y conservando mecanismos de control (como la «acción de oro» o la presencia en el mercado en cuestión de la empresa pública correspondiente); con el tiempo, la tutela se va relegando y se eliminan —aunque no todos, como veremos— los restos del considerado anticuado concepto de servicio público, dando lugar a los mercados sometidos, al menos en teoría, a los principios de la libre competencia.

II. LIBERALIZACIÓN Y REGULACIÓN

Siguiendo a MONTERO PASCUAL³, la liberalización puede definirse como

«el proceso de sustitución del protagonismo público en la gestión de un sector por el protagonismo del sector privado y en concreto de los mecanismos de la competencia del mercado».

Como el citado MONTERO señala⁴, el proceso de liberalización auspiciado en el entorno europeo, y luego aplicado en cumplimiento de las obligaciones comunitarias por cada Estado miembro, sigue —con independencia del sector del que se trate— unas pautas comunes o patrones de actuación. Estos patrones, a grandes rasgos, son los siguientes.

En primer lugar, las acciones comunitarias de liberalización van destinadas a desmontar el monopolio estatal existente mediante el establecimiento de medidas dirigidas a la atenuación y eliminación de los llamados «derechos exclusivos» presentes en el correspondiente sector. Esta labor se llevó a cabo de forma progresiva. Conllevaba en un primer momento la supresión de la empresa o entidad estatal que prestaba el servicio público en cuestión. En algunos casos la citada entidad no se suprime, sino que se transforma en una empresa privada, dándose entrada en su capital mediante los oportunos procesos de enajenación a la participación de las grandes corporaciones privadas (buscando, generalmente, mantener algún tipo de control «soberano» mediante la llamada acción de oro y, posteriormente, cuando Bruselas censura esa práctica, mediante el veto más o menos disimulado a la participación de inversiones extranjeras).

Simultáneamente a esas operaciones, las normas de liberalización autorizan e incluso promueven mediante diversas fórmulas la entrada inmediata de la iniciativa privada en el recién abierto mercado. Este inicio de actividad suele venir acompañado, a nivel de comunicación, de las correspondientes campañas dirigidas a informar a los usuarios de los cambios operados, así como de los supuestos beneficios asociados que el nuevo modelo constituido conlleva⁵.

³ Juan José MONTERO PASCUAL (2005), *La liberalización de los servicios postales*, Madrid, Editorial Trotta, pág. 11.

⁴ Juan José MONTERO PASCUAL (2005: 11).

⁵ La experiencia ha puesto de relieve que los usuarios, al menos al inicio del proceso, experimentan más confusión que alivio, cuando no verdadera frustración, pues los entrantes en

El proceso se remata con una medida que resulta paradójica, al menos desde la perspectiva de la ideología liberal, tan enemiga de la intervención en los mercados vía reglas de origen estatal. La paradoja —sobradamente conocida y comentada— consiste en que, curiosamente, la instauración o, en algunos casos, reinstauración⁶ del libre mercado en los sectores cautivos, en lugar de suprimir la regulación del mismo, ha traído consigo un mayor volumen —a veces sorprendente— de disposiciones normativas y administrativas de toda índole (leyes, reglamentos ejecutivos, circulares, actos y resoluciones variadísimos, etc.) dirigidas a procurar que las empresas participantes en el correspondiente mercado respeten y cumplan con los principios de la libre competencia y la defensa de los consumidores. Se ha dicho que la paradoja está llamada a terminar en cuanto los nuevos mercados alcancen su madurez, pero lo cierto es que la promesa no termina de cumplirse. Al contrario, «la regulación» de los mercados entregados al libre mercado cada vez es más profusa y, si cabe, más compleja, aumentando, paradójicamente, la intervención de Administración especializada en esos campos.

La regulación dictada sirve también para imponer a los nuevos operadores —y esta es otra las pautas típicas de la liberalización de sectores— una serie de obligaciones que se denominan por lo general de «servicio público». De esta manera, el regulador europeo no se olvida del todo de la relevancia social de los sectores que abandonaban el monopolio estatal y concede un mínimo ámbito de juego a la satisfacción en determinados casos de servicios bajo condiciones ajenas a la rentabilidad, buscando tan solo la satisfacción de intereses generales.

La culminación del sistema se lleva a cabo por lo general mediante la creación de órgano o ente administrativo especializado en el sector correspondiente y destinado, al modo de las *agencias* anglosajonas, a velar por el cumplimiento de las normas dispuestas para ese mercado, en especial de aquellas que tienen que ver con la libre competencia y la protección de los usuarios. A este tipo de autoridad es a la que las directivas liberalizadoras suelen denominar «autoridades de reglamentación», las cuales en la práctica se han constituido como las grandes especialistas del sector objeto de sus funciones, siendo sus decisiones punto de referencia indispensable a la hora de aplicar e interpretar el marco regulador. En coherencia con todo ello, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, otorga a varios de esos orga-

el mercado no siempre respetaban al consumidor del modo en que la teoría neoliberal pretendía.

⁶ Se dice esto porque en algunos sectores, como el tan citado de la energía, la libre empresa ya funcionó en sus orígenes o en una época anterior al monopolio.

nismos especializados⁷ la consideración específica de organismo reguladores, dando así carta de naturaleza a una tipología de organismo público que hasta ahora se trataba de significar por medio de la disposición adicional décima de la LOFAGE⁸.

En definitiva, bajo estas características generales que se acaban de exponer, no es extraño que a los referidos sectores liberalizados se les conozca en la práctica jurídica como «sectores regulados»⁹. Como al inicio se adelantó, es en el contexto de estos sectores regulados, bajo sus notas cualificadoras, donde surge el concepto jurisprudencial del riesgo regulatorio, cuyo origen, contenido y límites paso a exponer a continuación.

III. CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO

El riesgo regulatorio viene determinado por una situación de inestabilidad o incertidumbre en un sector económico regulado. Inestabilidad determinada por el paso de una situación de monopolio, estable y previsible por naturaleza, a una situación de libre mercado en la que rigen e intervienen nuevos sujetos y condicionamientos.

En efecto, bajo una situación de monopolio las reglas y disposiciones que lo regulan tienden a configurar un escenario de actividad caracterizado por la estabilidad, por unos objetivos prefijados para cuya consecución se planifican los recursos necesarios. Todo ello en un contexto de clara seguridad jurídica. Las reglas de un monopolio, en la medida en que tan solo atañen al único agente autorizado para desarrollar la actividad, suelen tener naturaleza estatutaria, al modo de reglas internas de la entidad que ejerce el monopolio, sin apenas trascendencia para terceros. En esos casos hay poco lugar para la incertidumbre. Todos los intervinientes en el sector —especializados en el mismo y por lo general vinculados a la entidad monopolista— conocen

⁷ Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Comisión Nacional del Juego y Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria. Debe añadirse que, en el momento en que se redactan estas líneas, el Gobierno ha anunciado la redacción de un proyecto de ley dirigido a unificar en un *macroorganismo* varios de los organismos reguladores existentes. Se trata de unificar criterios y ahorrar costes. Además, dice el Gobierno, la labor del nuevo ente integrador ha de ser más la de un supervisor que la de un regulador, con lo cual se pretende avanzar, como se ha señalado, en lo que se entiende que es la senda natural del proceso de liberalización, es decir, pasar de un periodo de intensa regulación a otro en el que no resulte necesaria.

⁸ Ley 6/1997, de 14 de abril, de *Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*.

⁹ Si bien en la práctica jurídica habitual de los despachos especializados el término es pacífico (existe un consenso tácito en que los sectores regulados son los antiguos monopolios), lo cierto es que la doctrina lo trata con más matices.

exactamente qué tipo de problemas suelen plantearse y cómo solucionarlos. Cuando surgen dudas, lo habitual es que se resuelvan por medios políticos en el despacho ministerial que corresponda, sin que el asunto tenga más repercusión.

Con la apertura del mercado a la iniciativa privada esa estabilidad burocrática se va a esfumar definitivamente. La reglamentación estatutaria pasará a ser sustituida por un auténtico derecho constituido por auténticas normas jurídicas de diverso rango y alcance; normas muy especializadas, dirigidas en buena medida, ya se ha dicho, a imponer límites y condiciones que eviten el regreso a una situación de monopolio. Para ello, las autoridades reguladoras del sector en cuestión (el legislador, el Gobierno, los ministros y los organismos reguladores) habrán de tener muy en cuenta la realidad económica y tecnológica que determina la evolución del mercado, pues no debe olvidarse que el tipo de derecho que en gran medida interviene en los sectores regulados es un derecho de base económica. Pues bien, lo cierto es que esa realidad del mercado que determina la regulación a aplicar no suele ser en absoluto estable, sobre todo en los inicios de los procesos de liberalización. Todo lo contrario. Se trata de un contexto muy cambiante, lo cual va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas, prohibiéndose entonces determinados comportamientos de los agentes del mercado o, en caso contrario, promoviendo o premiando otros. Es aquí cuando surge el llamado «riesgo regulatorio», como riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre que se comenta. Ese riesgo, como veremos, dadas las características de los sectores regulados, se considera por nuestro Tribunal Supremo como una carga que los referidos agentes del mercado tienen en principio la obligación de soportar, exceptuando la aplicación del principio de seguridad jurídica.

El concepto ha sido formulado y configurado (aunque todavía no suficientemente) en nuestro país por el Tribunal Supremo al resolver recursos en sede de lo contencioso-administrativo formulados contra la introducción de nuevas reglas o modificaciones normativas en el sector regulado de la energía, lo que no impide que, por elementos característicos, pueda extenderse al resto de sectores regulados. La primera vez que la Sala Tercera del citado Tribunal Supremo utiliza esta noción del riesgo regulatorio es en una sentencia de 2001¹⁰, en la que se resuelve

¹⁰ Sentencia de 11 de junio de 2001, Rec. 117/2000

un recurso en materia de los conocidos Costes de Transición a la Competencia en el sector de la energía, caso paradigmático de una situación de cambio e inestabilidad en un mercado que modifica su estatus legal. Dice el Tribunal Supremo en la referida sentencia (FJ 8.º) que:

«Todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera, por su propia naturaleza, determinados inconvenientes o “perjuicios” para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe una obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio en el modelo regulatorio cuando, paralelamente, la nueva reglamentación permite la subsistencia de los antiguos operadores —quienes, en ocasiones, aún continúan ostentando durante los años que dura el período transitorio una posición de dominio del mercado— en paridad con los nuevos. La mera “transición” al régimen del mercado competitivo no ha sido, de hecho, en gran parte de los sectores liberalizados causa de reconocimiento de la obligación de compensar los costes de ella derivados.

Por lo demás, 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 para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico».

La argumentación sobre el riesgo regulatorio se trae a colación en una posterior sentencia de 25 de octubre de 2006¹¹, en la que se precisa (FJ 3.º), esta vez utilizando el concepto en plural, que:

¹¹ Rec. 12/2005.

«Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los “riesgos regulatorios” a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye».

La misma argumentación se repetirá en la inmediata sentencia de 20 de marzo de 2007 (Rec. 11/2005), a la hora de desestimar la impugnación de un Real Decreto referido a la modificación del cálculo de primas dirigidas a fomentar la producción energética. Esta idea del riesgo regulatorio, como concepto capaz de difuminar los efectos del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima, se seguirá reproduciendo en posteriores y recientes fallos, tanto de la referida Sala¹² como en la llamada jurisprudencia menor. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo utiliza tempranamente en una sentencia de 2004¹³ al entender un recurso contra una resolución de la Dirección General de la Energía en materia de liquidaciones de las actividades reguladas. En una posterior sentencia de 2009¹⁴ vuelve el citado Tribunal a utilizar el concepto que aquí se expone.

Por tanto, teniendo en cuenta la configuración realizada por el Tribunal Supremo, el riesgo regulatorio puede definirse como la posibilidad conocida por los agentes de un sector o mercado regulado de que las pautas legales de dicho mercado sean modificadas.

Las características del riesgo regulatorio serán, por tanto, las siguientes:

i) Si bien es cierto que en principio el concepto de riesgo regulatorio ha sido formulado en el concreto contexto del sector de la energía, lo cierto es que, dada la definición del Tribunal Supremo, riesgo regulatorio puede darse en todas aquellas actividades económicas

¹² Por ejemplo, en las sentencias de 9 de octubre de 2007 (Rec. 13/2006), de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 152/2007), de 27 de julio de 2010 (Rec. 321/2010), de 22 de septiembre de 2010 (Rec. 348/2010) y de 2 de noviembre de 2010 (Rec. 349/2010).

¹³ Sentencia de 21 de enero de 2004 (Rec. 1329/2001).

¹⁴ Sentencia de 30 de octubre de 2009 (Rec 557/2008).

sometidas a intensa regulación (sectores regulados), generalmente como consecuencia de un proceso de liberalización.

ii) Las empresas y entidades que van a desarrollar su actividad en esos sectores económicos conocen o deberían conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad, en el sentido de que existe una regulación sometida a cambios según las circunstancias imperantes y los objetivos identificados en el marco regulador. Entiendo que este conocimiento debe producirse bajo condiciones razonables, es decir, que debe ser asequible a cualquier agente u operador del mercado que de un modo mínimamente profesional desarrolle su actividad en el mismo, de modo que esa inestabilidad o probabilidad de cambios sea conocida sin necesidad de mantener especiales relaciones con la fuente de los cambios o incluso sin informaciones exclusivas o privilegiadas.

iii) El riesgo se traduce en un cambio o modificación brusca y significativa de las pautas normativas o reglas previamente establecidas. Es decir, debe tratarse de un cambio con capacidad para poner en cuestión el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

iv) El riesgo regulatorio se asimila al concepto de «deber jurídico de soportar el daño» que dispone el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, puesto que, como luego veremos, desde el momento en que concurre, se excluye la responsabilidad patrimonial derivada de la modificación normativa sobrevenida.

IV. EFECTOS DEL RIESGO REGULATORIO

La cuestión de los efectos del riesgo regulatorio no es intrascendente pues, como se ha señalado ya, la presencia del mismo determina la atenuación del principio de seguridad jurídica y sus derivados, impidiendo por tanto o bien que el vehículo normativo que introduce las modificaciones normativas resulte invalidado por infracción de dicho principio, o bien que surja la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de la norma modificativa.

En efecto, la jurisprudencia sobre el riesgo regulatorio surge a raíz de los recursos planteados contra las modificaciones normativas operadas en el sector regulado de la energía. En dichos recursos, los operadores principales del sector planteaban tanto la ilegalidad de la reforma como el reconocimiento del derecho a obtener una indemnización como consecuencia de la infracción de los principios de seguridad jurídica y otros conexos. En principio, las probabilidades de que

una reclamación de responsabilidad patrimonial por cambio normativo prospere son muy remotas. El Tribunal Supremo —Sala Tercera— suele rechazar este tipo de reclamaciones atendiendo a argumentos como el de «la potestad de innovación normativa» o el referido a la «no petrificación del ordenamiento» (ver en este sentido las sentencias de 5 de marzo de 1993 y de 27 de junio de 1994). Parecidos criterios utiliza también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando, para rechazar este tipo de presentaciones indemnizatorias, alude a la legitimidad de que las «opciones de políticas económicas» sean concretadas por los actos normativos. Un buen ejemplo de esta última argumentación lo ofrece la sentencia de 5 de marzo de 1996 (Rec. 46/1993), en la que se dice que:

«44. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.

45. En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad solo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN y otros/Consejo y Comisión, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6)».

No obstante, lo cierto es que no toda reclamación de responsabilidad patrimonial por cambio normativo se encuentra condenada al fra-

caso. En ocasiones, los tribunales reconocen que dicha responsabilidad existe. Esto es así, según nuestro Tribunal Supremo, cuando en el caso concreto se percibe que el cambio legislativo conlleva una abierta situación de discriminación o afecta al perjudicado con unas cargas ostensibles. En este sentido se puede citar la reciente sentencia de 26 de noviembre de 2009 (Rec. 585/2008), en la que la referida Sala señala que:

«Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (sentencia de 30 de noviembre de 1992, entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, en otras (sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987) ha declarado que “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización”. Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales».

Añade la sentencia, refiriéndose a la necesidad de examinar cada caso en concreto, que:

«En todo caso la responsabilidad del Estado por actos del Poder Legislativo presenta perfiles propios, cuenta con la regulación derivada del artículo 139.3 LPAC y las decisiones de esta Sala al respecto no condicionan lo que

antes hemos alcanzado respecto al recurso que ahora debemos resolver».

Pues bien, el concepto de riesgo regulatorio vendría precisamente a actuar en este ámbito, a modo de argumento de refuerzo para excluir la infracción del principio de seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de modificaciones normativas, haciendo patente la existencia en el caso concreto —mercado regulado— de un «deber jurídico de soportar el daño», conforme dispone el artículo 141 de la citada Ley 30/1992, como causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial. De esta forma, toda vez que se constate que en un determinado sector existe riesgo regulatorio, su presencia misma ha de permitir que los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima no desplieguen sus efectos, impidiendo además que operen esas excepciones antes señaladas por las cuales, en cada caso concreto, puede admitirse la presencia de una responsabilidad pública por causa de un cambio normativo. El riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos. De este modo, cuando el Tribunal Supremo aplica el concepto por primera vez, señala que:

«Afirmaciones estas que, entre otras que se podrían añadir, desactivan la apelación al principio de confianza legítima como fundamento de un hipotético derecho a la indemnización derivada del cambio normativo. Los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación normativa —menos aún si es de ventaja para ellos— preexistente sin variaciones, máxime cuando estas son previsibles, correspondiendo a los poderes públicos en el marco de sus respectivas facultades de apreciación adaptar los modelos normativos en función de las diversas opciones políticas que representen y hayan obtenido el refrendo de la voluntad general de los ciudadanos, consideraciones que resultan especialmente aplicables a los sectores económicos que disfrutaban de una posición previa inmune a las exigencias de la política de competencia»¹⁵.

¹⁵ FJ 8.º de la referida STS de 11 de junio de 2001 (Rec. 117/2000).

Ni unos ni otros costes puede decirse con rigor que hayan generado en los titulares de aquellas instalaciones un verdadero derecho de crédito consolidado, pues no respondiendo la generación eléctrica a un esquema contractual ni a otro de naturaleza concesional, sino tan solo a la aplicación de un marco regulatorio unilateralmente determinado por los poderes públicos, en el que se insertan las relaciones y del que derivan las situaciones jurídicas de los distintos agentes que intervienen en el proceso de producción de electricidad, estos son, o deberían ser, conscientes de que están en todo momento sujetos y vinculados a las decisiones del poder legislativo que introduzcan modificaciones en aquel marco normativo, máxime cuando estas decisiones traen causa, a su vez, de exigencias derivadas de la adhesión a un ordenamiento jurídico supranacional como es el comunitario, y en concreto de una de sus normas (la Directiva 96/92/CE), que se constituye así en el auténtico centro de imputación de la apertura del mercado eléctrico a la competencia.

Ciertamente, en nuestro sistema jurídico la responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de decisiones legislativas no es tan restrictiva como en el ordenamiento comunitario. En este último, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (es verdad que sobre la base limitada del antiguo artículo 215 del Tratado) justifica la concepción restrictiva de la responsabilidad eventualmente imputable a la actividad de legislar en dos argumentos básicos: por una parte, que «el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares»; por otra parte, que «en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad solo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades» (sentencia de 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, C-48/1993). En nuestro sistema jurídico, decíamos, no existe una concepción tan restrictiva, pero sí están fijados dos límites constitucionales precisos que, a estos efectos, deben respetar los cambios legislativos: o bien la garantía expropiatoria de la propiedad (art. 33 de la Constitución) o bien la proscripción de la irretroactividad de determinadas disposiciones (art. 9.3 de la Constitución), ninguno de los cuales pudiera entenderse vulnerado, en el caso que enjuiciamos, por el hecho de que el legislador no hubiera reconocido la compensación.

V. LÍMITES DEL RIESGO REGULATORIO

Evidentemente, como toda figura jurídica razonable, el riesgo regulatorio está sometido a límites, fuera de los cuales debe entenderse que sus efectos no pueden tener lugar y, por tanto, no debería excluirse la consideración sobre una infracción del principio de seguridad jurídica y la producción de un verdadero perjuicio patrimonial antijurídico.

¿Cuáles son estos límites? Lo cierto es que la jurisprudencia citada no los refiere expresamente en cuanto tales, por lo que los mismos deben inferirse de diversas fuentes: las referencias hechas en los diferentes pronunciamientos de la jurisdicción y el contexto en el que se declara la existencia de riesgo regulatorio. Incluso puede tenerse en cuenta para hacer esa valoración sobre los límites los argumentos desplegados en sus alegaciones por los propios recurrentes que actúan contra el cambio de parámetros en un determinado sector. Todos estos datos permiten aventurar, sin perjuicio de una futura mayor precisión, los siguientes límites del riesgo regulatorio:

i) No puede darse en actividades o sectores económicos ajenos a la regulación o intervención del Estado a los efectos de promover la competencia o salvaguardar determinados intereses. Cuanto menor sea esa intervención, menor debería ser la incidencia del riesgo regulatorio (la teoría es que dicho riesgo vaya desapareciendo en la medida en que los mercados liberalizados se estabilicen y alcancen su madurez).

ii) Debe instrumentarse por medio de un cambio o modificación de las normas de la actividad o sector económico regulado. De este modo, si el cambio se refiere a normas ajenas al sector, no deberá hablarse en propiedad de riesgo regulatorio, en la medida en que los operadores aceptan o son concientes de los cambios que atañen a la actividad a la que se dedican, pero no tienen la obligación de aceptar el riesgo en otros campos que finalmente pueden incidir sobre el suyo¹⁶.

iii) No puede producirse en contextos previsibles o ya estabilizados. Para ello se tendrá en cuenta el grado y calidad de relaciones y vínculos del operador afectado con la autoridades regulatorias, de modo que no puede alegarse desconocimiento con respecto a un cambio si, por ejemplo, se mantiene una comunicación fluida con el autor o fuente del cambio y se poseen eficientes servicios técnicos (STS de 11 de junio de 2001, 117/2000).

¹⁶ En este sentido, FJ 2.º de la STS de 9 de octubre de 2007 (Rec. 1/13/2006).

iv) La modificación ha de llevarse a cabo al amparo del marco jurídico sectorial previo y conforme a sus principios informadores. En este sentido, no cabría hablar de riesgo regulatorio y sus efectos si el cambio supone una «revolución» absoluta en el sector, alterando los principios básicos y fundadores del mismo.

v) La nueva regulación ha de mirar al futuro, es decir, el riesgo regulatorio no ampara situaciones retroactivas, cuya justificación debe buscarse en otros títulos.

VI. CONCLUSIÓN

El concepto de riesgo regulatorio, obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece una construcción acertada en cuanto a cláusula de exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado por cambios normativos en el seno de los sectores económicos sometidos a una regulación muy intensa. Es acertada por cuanto tiene en cuenta un dato cierto, real, insoslayable: quienes están en el «juego» de una actividad económica muy especializada, recién entrada en el ámbito de la libre competencia, no pueden ignorar que los ajustes para hacer que esa libre competencia funcione van a ser necesarios y recurrentes. Por lo tanto, cuando se produce uno de esos ajustes, los agentes afectados soportan los efectos que los mismos provoquen (no siempre perjudiciales). De este modo, el concepto de riesgo regulatorio actúa como un *plus* o refuerzo de la teoría clásica que tiende a rechazar la responsabilidad del Estado legislador por cambios normativos, salvo en casos de flagrante discriminación o perjuicio, matizando la eficacia de los principios de seguridad jurídica y buena fe en función del necesario «progreso» legal y —conforme al Tribunal de Justicia comunitario— la puesta en marcha de las diferentes opciones políticas.

No obstante, no debe olvidarse que el riesgo regulatorio no puede justificarlo todo. Es decir, debe estar sometido a límites. Unos límites que, al menos de momento, han de deducirse de la formulación que del concepto ha realizado el Tribunal Supremo. A la hora de aplicar esos límites es preciso tener muy en cuenta que el riesgo regulatorio solo tiene presencia en un contexto muy preciso y muy caracterizado, es decir, el del paso del monopolio a una situación de transición en la que impera la incertidumbre (o situaciones análogas), incertidumbre o inestabilidad que a su vez, como se ha dicho anteriormente, es aceptada por quienes actúan en el mercado en cuestión. A medida que esa incertidumbre desaparezca, la virtualidad de la eficacia del riesgo regulatorio deberá igualmente atenuarse hasta, en su caso, diluirse por completo.

