

ESTÁNDAR DEL INVERSOR PRUDENTE Y CONFIANZA LEGÍTIMA¹

INMACULADA REVUELTA PÉREZ
Universidad de Valencia

Cómo citar/Citation

Revuelta Pérez, I. (2019).

Estándar del inversor prudente y confianza legítima.

Revista de Administración Pública, 208, 403-430.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.14>

Resumen

El trabajo analiza el conflicto planteado por las reformas del régimen retributivo de la electricidad renovable desde la perspectiva del principio de protección de la confianza del derecho de la Unión Europea. Se detiene en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de dicho principio en el ámbito normativo; en especial, en el criterio del «operador económico prudente y diligente». El análisis identifica carencias en la jurisprudencia de los tribunales españoles («riesgo regulatorio»), como la errónea aplicación del estándar del inversor prudente, o la falta de ponderación del interés de la Unión.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La regulación de la energía limpia: desafíos pendientes» (DER2017-83429-C2-1-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Programa Estatal de I+D+I.

Palabras clave

Electricidad renovable; incentivos; principio de protección de la confianza legítima; criterio del operador económico prudente y diligente.

Abstract

This article analyses the conflict raised by reforms of Spanish support scheme of green electricity on the view of European Union Law. It focusses on the case-law of the Court of Justice of the European Union on the principle of the protection of legitimate expectations; specially, on the standard of the «prudent and circumspect operator». The paper shows some deficiencies in the case-law of the Spanish Courts («risk regulatory» case-law) as the erroneous application of prudent investment standard or the lack of weighting of European Union interest.

Keywords

Green electricity; incentives; principle of the protection of legitimate expectations; standard of the «prudent and circumspect operator».

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. APROXIMACIÓN AL CASO «RENOVABLES»: 1. La inestable regulación del precio de la electricidad verde. 2. La solución de los Tribunales españoles. III. ACTOS NORMATIVOS Y CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. Presupuestos. 2. Parámetros de control: 2.1. *Sobre la creación de confianza legítima*. 2.2. *El criterio del operador prudente y diligente*. 2.3. *Sobre el interés público prevalente*. IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: 1. ¿Control global *in concreto*? 2. No se han analizado las expectativas generadas en los inversores. 3. La errónea aplicación del criterio del inversor prudente: ¿«absoluta imprevisibilidad»? 4. No se ha valorado la proporcionalidad ni ponderado el interés de la Unión Europea. V. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

La aplicación de los cambios del sistema retributivo de la electricidad renovable a operadores existentes ha planteado un conflicto sin precedente en litigios e implicaciones jurídicas (legalidad ordinaria y constitucional, derecho de la Unión Europea y hasta derecho internacional²), avivando viejos debates

² El Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), celebrado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, ratificado por España y las Comunidades Europeas, es un tratado multilateral que fomenta y protege las inversiones energéticas foráneas. Su art. 10.1 obliga a dar un trato justo y equitativo a los inversores energéticos de otras partes contratantes, lo que incluye el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los inversores; el art. 13 prohíbe las expropiaciones (directas e indirectas) de las inversiones energéticas y, además, se reconoce la posibilidad de resolver las controversias mediante arbitraje. Véanse I. Del Guayo Castiella (2016), «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables: a propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», *Cuadernos de energía*, 47, págs. 50-56, V. R. Hernández-Mendible (2017), «El Trata-

dogmáticos sobre la potestad normativa, como la prohibición de retroactividad o la eficacia del principio de confianza legítima³.

No debe extrañar. A mediados de la pasada década, el Gobierno de España, mediante los RD 436/2004 y 661/2007, «prometió» a los primeros inversores determinada remuneración por kW/h verde producido (según el tipo de instalación, desde quince años hasta toda su «vida útil») y la inaplicación de las revisiones periódicas⁴, pero, invertido el capital y con las instalaciones plenamente operativas, esas promesas regulatorias se han incumplido. A día de hoy, tras abundantes reformas parciales, se les está aplicando un régimen retributivo menos favorable y completamente diferente al que les indujo a invertir y fundamentó sus planes de negocio.

Los tribunales españoles han rechazado mayoritariamente hasta ahora que estos cambios normativos hayan vulnerado, entre otras reglas y principios (irretroactividad normativa o seguridad jurídica), la confianza legítima de los afectados. El Tribunal Supremo lleva más de una década (antes de la crisis económica) «desactivando» este principio jurídico en el sector de la electricidad renovable mediante la controvertida doctrina del «riesgo regulatorio», esto es, una suerte de regla implícita en los sectores regulados, como el eléctrico, que impide a los operadores confiar en la permanencia de su ordenación⁵. Los cambios normativos en estos sectores regulados, en suma, deben considerarse

do sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías Renovables. Caso «Charanne B. V. y Construction Investment S. A. R. L. vs Reino de España», *RAP*, 202, págs. 223-253 y M. J. Alonso Más (2017), «El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: el caso Eiser contra España», *Actualidad jurídica ambiental*, 69.

³ Véanse, entre otros, F. Castillo Blanco (1998), *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, J. García Luengo (2002), *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas; E. García de Enterría (2002), «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», 159, 200; M. Bacigalupo Saggese (2002), «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?)», *Documentación Administrativa*, 263-264.

⁴ Arts. 40.3 del RD 436/2004 y 44.3 RD 661/2007.

⁵ Véanse, sobre el tema, S. Rodríguez Bajón (2012), «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *RAP*, 188, págs. 189-195; A. Garcés Sanagustín (2014), «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 43-44, págs. 9-70; J. Castro-Gil Amigo y J. García Brea (2015), «Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, págs. 163-190.

previsibles y los afectados tienen el deber jurídico de soportar el daño (por todas, STS de 29 de mayo de 2013)⁶.

El Tribunal Constitucional, por su parte, no ha apreciado motivos de inconstitucionalidad en el cambio más lesivo, formalizado mediante ley de urgencia: la derogación del régimen especial de producción de electricidad, sin medidas transitorias para operadores existentes⁷. La STC 270/2015, tras hacer suya la tesis del riesgo regulatorio del Tribunal Supremo, consideró la medida «previsible» para un operador prudente y diligente y plenamente justificada por el riesgo de quiebra del sector eléctrico.

La decisión del Tribunal Constitucional ha llevado al Tribunal Supremo a descartar la ilegalidad de la medida, pero la controversia sigue abierta. Al margen de las críticas doctrinales a estas decisiones judiciales⁸, el voto particu-

⁶ Rec. 193/2010.

⁷ Real Decreto Ley 9/2013, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

⁸ Véanse, entre otros, I. Ruiz Olmo (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*; E. Arana García (2014), «La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en Alenza García (dir.), págs. 133-149; A. Garcés Sanagustín (2014), «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 43-44, págs. 9-70; L. Parejo Alfonso (2015), «Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi; J. F. Alenza García (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*, 3, págs. 1-19; S. Muñoz Machado (2016), «Regulación y confianza legítima», *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 141-172; A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (2016), «La otra responsabilidad patrimonial de la Administración», en Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid: Iustel, págs. 2807-2836; I. Revuelta Pérez (2016), «Las leyes de Eolo, quince años después», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 33; J. M^a Baño León (2017), «“Cave Legislatorem”. Confianza en el legislador e interés general», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Aranzadi; T. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2017), «Riesgo Regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos», en I. Revuelta Pérez, *¿Riesgo o fallo regulatorio? Los «recortes» a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*; y C. Requeni Rodrigo (2017), «La aplicación retroactiva del régimen retributivo específico establecido en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio»,

lar concurrente a la STC 270/2015 ha puesto de relieve carencias de calado en el enjuiciamiento del principio de protección de la confianza efectuado⁹, y ya no hay unanimidad en el Tribunal Supremo sino que se cuestiona sistemáticamente la legalidad de la nueva regulación¹⁰ o la equiparación entre legitimidad constitucional y ordinaria efectuada¹¹.

No dejan de ser significativas, por último, las primeras condenas de tribunales internacionales de arbitraje por vulneración del Tratado Carta de la Energía. Los laudos *Eiser* (abril de 2017), *Novenergia* (febrero de 2018) o *Masdar* (mayo de 2018) consideran que la aplicación del nuevo régimen retributivo ha lesionado el derecho de los demandantes (fondos de inversión extranjeros) a un trato justo y equitativo (art. 10), al privarles *de facto* del valor de su inversión¹².

en *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*; Aranzadi.

⁹ Voto particular formulado por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al que se adhieren doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Re.

¹⁰ Los votos particulares de los magistrados don Eduardo Calvo Rojas y doña Isabel Perelló Doménech afirman (entre otras, STS 1 de junio de 2016): «[...] resulta claramente vulnerador del principio de confianza legítima el que la regulación reglamentaria finalmente aprobada no estableciese, ni siquiera para ese período intermedio, un régimen jurídico de transición que de alguna manera atenuase el rigor y la falta de seguridad que supone para las empresas el haber tenido que operar durante ese primer año en una situación de total ignorancia sobre la normativa que les iba a resultar de aplicación y, en definitiva, sobre la retribución que iban a percibir».

¹¹ Votos particulares del magistrado don Eduardo Espín Templado, como el formulado a la STS de 13 de marzo de 2017 (rec. casación 430/2014): «[...] el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto ley 9/2013 y la Ley 24/2013 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución —tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones—, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Por todo ello, discrepamos también de que la Sentencia mayoritaria se apoye para justificar su decisión en la posición adoptada por el Tribunal Constitucional».

¹² El laudo *Eiser* fue dictado en abril de 2017 por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), establecido en Washington D.C., y condena a España a indemnizar con 128 millones de euros al fondo de inversión EISER por los daños causados. Véase M. J. Alonso Más (2017). El laudo *Novenergia*, de 28 de febrero de 2018, se ha dictado en el seno del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

A nuestro juicio, las decisiones de los tribunales españoles plantean dudas desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea¹³. La normativa europea de fomento de la electricidad renovable siempre ha apelado al mantenimiento de la confianza del inversor y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre los mecanismos estatales de apoyo a la misma no encajan con la tesis del riesgo regulatorio consagrada en nuestro país.

El Tribunal de Luxemburgo, en efecto, teniendo en cuenta el interés prioritario que constituye el fomento de las energías renovables, por razones de seguridad del abastecimiento y ambientales (en particular, lucha contra el cambio climático)¹⁴, ha afirmado que la finalidad de la Directiva 2001/77, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y de los objetivos de consumo futuro que contempla, es mantener la confianza del inversor y que, en este sentido, los «sistemas de apoyo» económico a la electricidad verde gozan de presunción de estabilidad y permanencia (SSTJUE *Alands Vindkraft*¹⁵ y *Essent II*¹⁶).

Este trabajo profundiza en esta perspectiva. Interesa contrastar las decisiones de los tribunales españoles con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de protección de la confianza frente a normas, habida cuenta de sus clarificadores desarrollos sobre los presupuestos y parámetros de control aplicables; en especial, el criterio del «operador prudente y diligente» introducido novedosamente en la STC 270/2015. La primera parte se centra en el *iter* regulatorio de la retribución de la electricidad renovable y en las soluciones judiciales al conflicto que ha planteado su inestabilidad; la segunda parte analiza ya la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por

(Suecia) y obliga a España a pagar 53,3 millones de euros a la sociedad Novenergia, con sede en Luxemburgo. Por último, el laudo *Masdar*, de 16 de mayo de 2018, obliga a compensar a un fondo de inversión de Abu Dhabi con 64,5 millones de euros.

¹³ Sobre esta cuestión, véanse C. Jiménez Piernas y F. Pascual Vives (2015), «La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, págs. 73-162; I. Revuelta Pérez (2017).

¹⁴ La STJCE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, establece: «[...] la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior, objetivo que, según su segundo considerando, es prioritario para la Comunidad [...]».

¹⁵ STJUE de 1 de julio de 2014, C-573/12.

¹⁶ STJUE de 29 de septiembre de 2016, C-492/14, *Essent II*.

último, tratan de identificarse, a la luz de la misma, las carencias en la fiscalización del caso.

II. APROXIMACIÓN AL CASO «RENOVABLES»

1. LA INESTABLE REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD VERDE

A finales de la década de los noventa, tras el impulso a la liberalización del mercado eléctrico europeo que supuso la Directiva 96/92¹⁷, se aprobaba en nuestro país la, hoy derogada, Ley 54/1997, del Sector eléctrico. El legislador español decidió, en lo que nos importa, impulsar el crecimiento de las fuentes renovables (entonces, poco competitivas), fijando, por vez primera, un objetivo cuantitativo de consumo (mínimo, el 12% de la demanda energética, en 2010) y encargando al Gobierno un plan de fomento¹⁸ y la regulación de su precio, a partir de parámetros abiertos («rentabilidad razonable», beneficio ambiental, etc.). A los productores de esta electricidad, les reconoció, esto es importante, el derecho a percibir la remuneración que estableciera el Gobierno (art. 30.2.a).

El primer desarrollo (RD 2818/1998) apenas movilizó inversiones, por la incertidumbre sobre su recuperación que provocaban las revisiones periódicas (cuatrienales) de los parámetros retributivos, aplicables a operadores existentes, es decir, por el elevado «riesgo regulatorio»¹⁹. De ahí que el Gobierno, viendo

¹⁷ Véase J. Nebreda Pérez (2009), «El régimen especial de producción eléctrica», en Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la Regulación Económica, Sector energético*, vol. I, págs. 381-443.

¹⁸ La disposición transitoria decimosexta de la Ley 54/1997 preveía la elaboración de un «Plan de Fomento del Régimen Especial para las Energías Renovables» a fin de lograr que estas fuentes de energía cubrieran, en 2010, como mínimo, el 12% del total de la demanda energética de España, cuyos objetivos debían tenerse en cuenta en la fijación de las primas.

¹⁹ RD 2818/1998, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. A mediados de 2003, cinco años después de aprobarse, apenas existían 5000 instalaciones generadoras de electricidad verde en todo el país. Esta norma, como el primigenio RD 2366/1994, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, preveía revisiones cuatrienales del precio de la electricidad, aplicables a instalaciones existentes, con la finalidad de atender factores coyunturales (evolución del precio de la electricidad en el mercado, participación, etc.).

peligrar la consecución de los objetivos legales, aprobara una nueva regulación más atractiva y estable y revisara anticipadamente el Plan de fomento de las energías renovables, incrementando los objetivos de potencia a instalar²⁰.

El nuevo RD 436/2004 reconoció el derecho de los operadores que se pusieran en marcha los primeros años a percibir tarifas o primas a largo plazo (según tecnologías, 15, 20, 25 años y hasta la «vida útil» de la instalación) y les exoneró expresamente de revisiones «retroactivas»²¹. El posterior RD 661/2007 introdujo mecanismos correctores, pero seguía garantizando retribuciones a largo plazo además de establecer un régimen transitorio para los operadores existentes²². Durante la vigencia de estas normas, numerosos operadores, nacionales y extranjeros, atraídos por estas inusuales garantías de permanencia, decidieron invertir capital en generación eléctrica renovable, alcanzándose rápidamente los objetivos legales.

La irrupción de la crisis económica y el incremento del déficit tarifario supuso, no obstante, la aprobación, a partir de 2008, de un sinfín de normas, reglamentarias y con rango de ley, que modificaron las condiciones retributivas²³ y, finalmente, el Real Decreto Ley 9/2013, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, estableció un nuevo régimen retributivo, menos favorable y basado en parámetros diferentes, que

²⁰ En 2005 el Gobierno aprobó, anticipadamente, el Plan de Energías Renovables (2005-2010), que incrementó los objetivos de potencia a instalar respecto del Plan anterior (eólica, de 8155 MW a 20155 MW, y fotovoltaica, de 150 MW a 400 MW).

²¹ En el RD 436/2004 las revisiones periódicas previstas no se aplicaban a los operadores que se establecieron los primeros años. Su art. 40.3 establecía «[...] Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, *sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores*».

²² El RD 661/2007 introdujo las nuevas revisiones por cumplimiento de objetivos y mantuvo las revisiones periódicas (art. 44.3), pero se aplicaban a las instalaciones existentes (sobre todo, en las tarifas), pues «[...] las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión». Sobre el régimen de revisiones en este reglamento, véase Nebreda Pérez (2009: 397).

²³ Entre otras muchas, el Real Decreto 1565/2010, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; el Real Decreto Ley 14/2010, que impuso un peaje de generación y limitó las horas equivalentes primadas de las instalaciones fotovoltaicas para corregir los desvíos en las previsiones de generación; o, el Real Decreto Ley 2/2013, que suprimió las primas y sustituyó la referencia al IPC para actualizar las retribuciones.

se aplicaba —este es el principal problema— a las instalaciones existentes sin indemnización ni medidas transitorias. Esta ley de urgencia ni siquiera determinó las condiciones retributivas aplicables tras su entrada en vigor, remitiéndose al desarrollo reglamentario.

Meses después, la nueva Ley 24/2013, del Sector eléctrico, concretó el nuevo régimen retributivo, confirmando su aplicación inmediata a las instalaciones existentes, limitándose a prohibir la devolución de las cuantías ya percibidas²⁴.

2. LA SOLUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El Tribunal Supremo ya estableció, antes de la crisis económica y del supuesto riesgo de quiebra del sistema eléctrico, que los inversores en producción de electricidad verde no podían confiar en la estabilidad de la retribución fijada por el Gobierno (entre otras, STS de 9 de octubre de 2007), esgrimiendo la dependencia de esta actividad de los incentivos públicos, el hecho de que la Ley 54/1997, del Sector eléctrico, no prohibiera expresamente estos cambios normativos y el «riesgo regulatorio» inherente en este campo, pero sin un verdadero análisis de la regulación del régimen retributivo (contenido, finalidad o sistemática)²⁵.

²⁴ Sobre el nuevo régimen retributivo, véanse I. Ruiz Olmo y F. Delgado Piqueras (2014), «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», en Alenza (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi; J. A. Martín Pallín y J. Sánchez Corzo (2015), «La cascada legislativa que ahoga las energías renovables», *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, págs. 219-241; M. J. Alonso Más (2017b), «El régimen de apoyo a las energías renovables tras la Ley 24/2013, del Sector eléctrico», en *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, págs. 279-353.

²⁵ La STS 9 de octubre de 2007, sobre la supresión por el RD 661/2007 de un incentivo previsto en el RD 436/2004, establece: «[...] La misma consideración es aplicable al principio de confianza legítima, creciente e indebidamente aducido como argumento descalificador de no pocas modificaciones normativas que algunos agentes económicos reputan más o menos perjudiciales para sus intereses. Aducen las recurrentes que sus inversiones en la actividad de producción de energía eléctrica de régimen especial se hicieron en un determinado momento “confiando en que la Administración no cambiará las condiciones jurídicas que fueron determinantes para que [...] decidieran construir las instalaciones”. *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 éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los “riesgos regulatorios” a que se someten, con el que necesariamente*

El Alto Tribunal siguió sin reconocer eficacia al principio de confianza legítima en este campo, neutralizado por la doctrina del riesgo regulatorio y la fiscalización abstracta que conlleva²⁶, pese a la creciente entidad de las modificaciones (supresión de primas, horas primadas, etc.) o, los nuevos argumentos de los afectados, como la vulneración del derecho de propiedad o del derecho de la Unión Europea. El Tribunal Supremo rechazaba sistemáticamente plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia considerando el conflicto estrictamente «doméstico».

La derogación, en 2013, del anterior régimen retributivo (régimen especial) sin medidas transitorias pudo suponer un cambio. El Tribunal Supremo casi plantea cuestión de inconstitucionalidad²⁷, pero desistió tras la desestimación, en el ínterin, del recurso del Gobierno de Murcia (STC 270/2015), descartando, entre otras alegaciones, la infracción del art. 9.3 CE (irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima). Aparte de considerarse innecesario un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional²⁸, tampoco

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».

²⁶ En algún caso puntual, sin embargo (STS de 20 de abril de 2016), se reconocieron derechos indemnizatorios por los gastos de inscripción en el Registro de preasignación, entendiéndose que la exposición de motivos del RD 1578/2008 y los Planes de energías renovables aprobados por el Gobierno pudieron fundar la confianza legítima de los operadores en seguir accediendo al mismo pese a haberse alcanzado el objetivo legal de potencia.

²⁷ Mediante Providencia de 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo suspendió 30 de los 400 recursos pendientes contra los desarrollos reglamentarios de la Ley del Sector eléctrico de 2013; sometió a las partes el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y anunció posible cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Véase la noticia publicada el 22 de diciembre de 2015 por el Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-pregunta-sobre-una-posible-inconstitucionalidad-de-la-reforma-de-energias-renovables>.), consultado por última vez el 18 de junio de 2018.

²⁸ La STS de 27 de junio de 2017 establece: «[...] Los principios de seguridad y de confianza legítima, cuya interpretación debe integrarse sistemáticamente con el análisis de los principios de irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad, no se habrían vulnerado por el cambio normativo introducido en la regulación del régimen primado de las instalaciones de generación de energía eléctrica acogidos al sistema de fomento de las energías renovables, a juicio del Tribunal Constitucional, que sigue, en esta cuestión, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada en la sentencia de 16 de marzo de 2015. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que no resulta procedente plantear cuestión de

se elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, aduciendo la equivalencia del estándar de protección de la confianza legítima en ambas jurisdicciones²⁹.

Centrándonos en la cuestión prejudicial, parece claro que el Tribunal Supremo, como juez de última instancia, debía haberla planteado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (doctrina *Cilfit* del «acto claro» o «aclarado»)³⁰, pues la regulación derogada pretendía cumplir el objetivo nacional de consumo de electricidad verde fijado en la Directiva 2001/77, y todavía no existía (sigue sin existir) jurisprudencia sobre la compatibilidad de la modificación anticipada de una ventaja económica a la producción de esta electricidad con el derecho de la Unión.

La STJCE *Plantanol* (2009), que descartó que la supresión anticipada del régimen de exención fiscal a los biocarburantes en Alemania vulnerara la Directiva 2003/30, relativa al fomento del uso de combustibles renovables en el transporte, no es extrapolable, pues dicha norma no apelaba al mantenimiento de la confianza del inversor, a diferencia de la Directiva 2001/77 (fomento de la elec-

inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional como solicita el letrado defensor de la parte demandante en este proceso, porque, como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al proveído de esta Sala, en cuanto resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, para la resolución de esta litis, al no apreciarse la existencia de fundamento suficiente para sostener una duda razonable acerca de la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por el legislador de urgencia que modifica el régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, sin perjuicio de que pueda cuestionarse, desde otra perspectiva de la aquí interesada, la eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador».

²⁹ La STS de 19 julio de 2016 afirma: «[...] el estándar de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad prohibida, que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no difiere del aplicado por el Tribunal Constitucional español. En efecto, estimamos que el significado constitucional del principio de confianza legítima, como principio integrador de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha aplicado el Tribunal Constitucional en las sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo, y 61/2016, de 17 de marzo, es plenamente acorde con su configuración como principio general del Derecho Comunitario Europeo, pues integra los elementos de previsibilidad razonable de la modificación de la norma regulatoria, así como el referente a su necesidad, por exigencias claras e inequívocas de interés general, que impide que el legislador o el titular de la potestad reglamentaria adopten medidas que defrauden las legítimas expectativas de los destinatarios de la norma».

³⁰ En este sentido, véase C. Jiménez Piernas y F. Pascual Vives (2015: 141).

tricidad renovable), además, se trataba de una exención fiscal y, como señaló el Tribunal de Justicia, la Directiva 2003/96, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, obligaba a los Estados a gravar dicho carburante, admitiendo solo excepciones temporales. Es más, el Tribunal de Justicia siempre ha reconocido un campo de juego muy reducido al principio de confianza legítima frente a normas estatales que se adaptan al derecho fiscal de la Unión, por su previsibilidad³¹. Por último, la citada Directiva preveía expresamente adaptaciones normativas para evitar posibles sobrecompensaciones, a diferencia de la Directiva 2001/77.

Con todo, la STJCE *Plantanol* es muy clarificadora a nuestros efectos, pues considera que la fijación en la normativa alemana de la fecha de expiración de la ventaja fiscal pudo generar en los inversores la esperanza fundada de que se mantendría hasta la misma, por lo que ordenó al juez remitente «[...] teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...] apreciar, de manera global e *in concreto*, si se ha respetado debidamente la confianza legítima de los operadores económicos [...]», examinando, entre otras cosas, la regulación interna. Este aspecto tampoco lo tuvo en cuenta el Tribunal Supremo, puesto que el enjuiciamiento parcial y abstracto del caso que llevó a cabo el Tribunal Constitucional incumplía estas exigencias.

En todo caso, es dudoso que el Tribunal Supremo llegara al convencimiento, como exige la doctrina *Cifit*, de que el Tribunal de Justicia habría alcanzado esa misma solución, pues ya había establecido que la finalidad de la Directiva 2001/77 era mantener la confianza del inversor en generación eléctrica renovable y puesto de relieve, contradiciendo la jurisprudencia española, la vocación de permanencia de los mecanismos estatales de apoyo económico a la misma en aras a favorecer inversiones a largo plazo (STJUE *Alands Vindkraft*, 2014)³². En esta decisión, el Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre el sistema sueco de incentivos a la producción de electricidad renovable, basado en «certificados verdes» (más riesgosos e inestables que los sistemas de primas y tarifas reguladas), afirma:

[...] dicho sistema de apoyo a la energía verde cuyo coste de producción es, como han recordado concretamente el Gobierno sueco y la Comisión, todavía bastante elevado en comparación con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, tiene por objeto, en esencia, favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. De este modo, la efectividad de tal sistema

³¹ Entre otras, STJCE de 29 de abril de 2004, *Gemeente Leusden* C-487/01 y C-7/02.

³² En este sentido, Alenza García (2016: 11).

requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones.

La fiscalización del Tribunal Constitucional, en suma, no pudo despejar las dudas sobre la correcta interpretación del derecho de la Unión aplicable al caso (compatibilidad con la Directiva 2011/77; y, sobre todo, con el principio de protección de la confianza), pues este parámetro, excluido desde siempre del canon de constitucionalidad, no se tuvo en cuenta en modo alguno. Veamos ahora si realmente el estándar de protección de la confianza legítima que ha aplicado el Tribunal Constitucional en este caso es equivalente al que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

III. ACTOS NORMATIVOS Y CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. PRESUPUESTOS

No es novedad alguna afirmar que la protección de la confianza legítima es muy importante en el derecho de la Unión Europea³³. El Tribunal de Justicia tiene establecido que es un «principio general del Derecho comunitario de rango superior destinado a proteger a los particulares» que deben respetar las instituciones y los Estados cuando aplican este derecho y que se proyecta sobre actos ejecutivos y normativos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y ordinaria de nuestro país no ha extraído todas las consecuencias que derivan de dicha doctrina.

Centrándonos en el ámbito normativo, la confianza legítima entra en juego, principalmente, en el derecho económico, debido a su dinamismo (Sanz Rubiales, 2000)³⁴ y su amplio reconocimiento no ha supuesto, en modo alguno, la petrificación del ordenamiento comunitario, pues la innovación normativa o los cambios de políticas son compatibles con la protección de las situaciones jurídicas preexistentes que lo merecen, ya sea respetando plenamente, en su caso, los compromisos de permanencia adquiridos o los derechos

³³ Véanse, entre otros autores, I. Sanz Rubiales (2000), «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, págs. 91-122; P. Craig (2012), *EU Administrative Law (2 ed.)*, Oxford University Press, págs. 549-589.

³⁴ I. Sanz Rubiales (2000: 121).

reconocidos, estableciendo plazos transitorios de adaptación o compensando económicamente a los afectados.

El Tribunal de Justicia, en efecto, tiene establecido que este principio general no impide modificaciones legislativas, pero «[...] requiere que el legislador tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas», que los afectados tienen derecho a impugnar³⁵.

Existen muchos ejemplos, en los sectores regulados, del elevado grado de tutela que ofrece el derecho de la Unión a las situaciones jurídicas preexistentes frente a cambios normativos; sobre todo, cuando inciden en inversiones irreversibles. En el sector eléctrico, especialmente intensivo en capital, la Directiva 96/92, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, permitió a los Estados establecer regímenes transitorios (inaplicación de determinadas medidas liberalizadoras) si era necesario para cumplir los compromisos adquiridos previamente con los operadores históricos (art. 24) y la Directiva 2001/77, relativa a la promoción de la electricidad renovable, ya preveía, en caso de implantarse un sistema armonizado de apoyo económico, la fijación de períodos transitorios suficientes (como mínimo, de siete años) para los operadores existentes³⁶.

La infracción del principio de confianza legítima es una alegación recurrente en la impugnación de las normas europeas, pero se ha apreciado en pocos casos, pues no suelen concurrir los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia (creación de expectativas legítimas de permanencia y cambio imprevisible). Destaca el caso del régimen de primas por cese temporal de la actividad de producción lechera, en la década de los ochenta del siglo pasado, pues, como se verá más adelante, el Tribunal europeo anuló, por vulnerar este principio jurídico, el Reglamento que impidió a los beneficiarios reanudar la actividad (STJCE *Mulder I*)³⁷ y les reconoció derechos indemnizatorios por los daños causados³⁸, pese a su restrictiva doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión frente a actos normativos³⁹.

³⁵ SSTJCE de 7 de junio 2005, *VEMW*, C-17/03; de 29 de abril de 2004, *Gemeente*, C-487/01 y C-7/02; *Plantanol* (2009); de 11 de junio de 2015, C-98/14, *Berlington Hungary*; o de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet*, C-322/16.

³⁶ Considerando 16 y art. 4.2.e) de la Directiva 2001/77.

³⁷ STJCE de 28 de abril de 1988, asuntos C-170/86, *Mulder*; y C-170/86, *Von Deetzen*. En sentido similar, la STJCE *Mulder II*, de 11 de diciembre de 1990, C-189/89, *Spagl y Pastätter*, anuló la reforma que impuso a estos productores un mayor porcentaje de reducción de las ayudas.

³⁸ STJCE de 19 de mayo de 1992, C-104/89 y C-37/90.

³⁹ El Tribunal de Justicia exige una «violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares», como el principio de protec-

Especial interés reviste también el caso planteado en la década siguiente con la reforma del mercado del tabaco (*Crispoltoni I*)⁴⁰. El Tribunal de Justicia anuló el Reglamento que modificó los precios de la campaña de 1988, pues se publicó plantadas las semillas y realizadas las inversiones vulnerando no solo la confianza legítima de los afectados sino la prohibición de retroactividad de las normas, como se analiza más adelante.

El citado caso *Plantanol* (2009), sobre la reforma del «sistema de apoyo» económico a los biocarburantes en Alemania, es un referente sobre su alcance respecto de cambios legislativos en los Estados, por sus aportaciones sobre el control judicial de estos asuntos.

Es claro, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el campo de aplicación por excelencia del principio son las regulaciones incitativas, esto es, las que ofrecen incentivos financieros (precios regulados, ventajas fiscales, etc.) tratando de dirigir la conducta de los operadores económicos (inversiones) hacia actividades de interés general, como desarrollar nuevos mercados, zonas desfavorecidas o infraestructuras energéticas. Máxime si dicha regulación, para generar confianza y atraer inversión, ha establecido garantías de permanencia, como, por ejemplo, plazos de duración.

Pero, antes de analizar los criterios de control desarrollados por el Tribunal de Justicia, conviene recordar los presupuestos de este principio general. Aparte de que el afectado tiene que haber actuado conforme a derecho, el Tribunal de Luxemburgo exige la concurrencia de los requisitos siguientes: 1º) Generación de expectativas legítimas por los poderes públicos; y 2º) Adopción de una medida imprevisible que defraude las expectativas creadas. Además, la concurrencia de un interés imperativo superior puede modular el alcance del principio.

2. PARÁMETROS DE CONTROL

2.1. Sobre la creación de confianza legítima

El Tribunal de Justicia comienza comprobando si las instituciones han asumido algún tipo de compromiso o dado alguna «garantía» de permanencia a los afectados (primer requisito)⁴¹, aunque en el ámbito normativo, por razo-

ción de la confianza legítima, y que la regulación europea haya conferido derechos a los particulares (entre otras, STJCE de 4 de julio de 2000, *Bergaderm*, C 352/98; de 19 de abril de 2007, *Holcim*, C-282/05).

⁴⁰ STCE de 11 de julio de 1991, *Crispoltoni I*.

⁴¹ STG de 7 de octubre de 2015, T-79/13. Mucho más difícil es probar los compromisos o garantías respecto de los actos aplicativos, pues, como señala Craig (2012: 555), *European Administrative Law* (2 ed.), Oxford University Press, debe demostrarse su

nes obvias, alude a la creación de «[...] una situación que pueda infundir una confianza legítima» en los destinatarios⁴².

No suelen reconocerse situaciones de este tipo. La mayoría de los recursos cuestionan medidas expresamente contempladas en el ordenamiento positivo, como las denominadas «cláusulas de revisión», que, por razones de seguridad jurídica (previsibilidad), se incluyen en la normativa agrícola, pesquera, o en la denominada regulación de riesgos (control de emisiones industriales, sustancias químicas, medicamentos o comercio de emisiones, etc.), que, además, suele imponer expresamente la adaptación normativa a los avances técnicos (regla «mejores técnicas disponibles») y donde resulta aplicable el principio de precaución.

El Tribunal de Justicia, no obstante, ha reconocido numerosas situaciones normativas generadoras de confianza legítima, como, por ejemplo, en el campo de las ayudas de Estado, la aplicación de los criterios de compatibilidad que figuran en las comunicaciones de la Comisión durante el período cubierto⁴³; en *Berlington* (2015)⁴⁴ consideró que la normativa de Hungría que exigió a los titulares de autorizaciones de máquinas tragaperras realizar inversiones para seguir funcionando (conectarse a un servidor central y funcionar *on line*) creó la expectativa legítima de continuidad en la actividad o la fiscalizada en el caso *Plantanol* (2009), esto es, la fijación de la fecha de finalización del régimen de exención fiscal a los biocarburantes en Alemania.

En todo caso, como se verá a continuación, la generación de expectativas legítimas de permanencia no es un requisito *sine quan non* para apreciar la lesión del principio, pues lo verdaderamente decisivo es la imprevisibilidad del cambio normativo y su efecto económico en los destinatarios.

2.2. El criterio del operador prudente y diligente

El segundo paso del control de la infracción de la confianza legítima por cambios normativos es el examen de su «previsibilidad». Esta cuestión decisiva

existencia, que proceden de una fuente fiable y autorizada y que es preciso, incondicional y coherente.

⁴² Entre otras, SSTCE de 15 de enero de 2002, C-179/00, *Weidacher*; de 15 de julio de 2004, C-459/04, *Gerekens* (tasa suplementaria sobre la leche).

⁴³ Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que al dictar los criterios de compatibilidad de las ayudas «[...] la Comisión se autolimita en el ejercicio de su amplia facultad de apreciación y no puede apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima» (STJUE de 8 de marzo de 2016, C-431/14).

⁴⁴ STJUE de 11 de junio de 2015, C-98/14, *Berlington*.

se evalúa por el Tribunal de Justicia aplicando el criterio del «operador económico prudente y diligente», esto es, valorando si un empresario medio del sector, prudente y responsable, podía prever la medida adoptada. La propia formulación del estándar conecta la valoración de la prudencia con el margen de apreciación de la institución para alterar la situación. El caso paradigmático de cambio previsible son las ayudas de la política agrícola común, donde los precios y primas se fijan anualmente. Entre otras muchas, la STJCE de 6 de junio de 2000, *ATB*, establece:

53. [...] los agentes económicos no tienen motivos para depositar su confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las Instituciones comunitarias, especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercado, cuyo objetivo implica una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica. Éste es el caso de la determinación de las primas, que pueden reducirse de un año a otro⁴⁵.

Como es habitual cuando se recurre a reglas de conducta, el estándar del operador prudente no es uniforme sino que depende de las circunstancias del caso⁴⁶, esto es, del sector económico (agricultura, energía, pesca, etc.), de la técnica de intervención (precios regulados, ayudas de estatales, autorizaciones, etc.), de su efecto económico en los afectados (inversiones y compromisos adquiridos) y hasta del tipo de operador o tamaño de la empresa, aunque es posible identificar algunos factores determinantes para valorar la prudencia en la jurisprudencia europea.

Es determinante la ordenación jurídica del sector. El Tribunal de Justicia entiende que un operador prudente debe estar bien informado y asesorado, es decir, debe conocer toda la regulación que le resulta aplicable y los riesgos a los que está expuesto según la misma. Ahora bien, los operadores económicos disfrutaban de una presunción de prudencia y diligencia en la gestión de su actividad, correspondiendo al juez la carga de probar la previsibilidad del cambio normativo en el caso concreto. En este sentido, la calificación como previsible se basa siempre en elementos probatorios extraídos del ordenamiento positivo (tenor literal, finalidad y contexto de la regulación)⁴⁷.

⁴⁵ Asunto C-402/98. En la misma línea, rechazando la pretensión de los demandantes del mantenimiento de las ayudas, entre otras, SSTJCE de 11 de julio de 1991, C-368/89, *Crispoltoni I*; de 17 de septiembre de 1998, C-372/96, *Pontillo*; o de 3 de marzo de 2003, C-14/01.

⁴⁶ En este sentido, I. Sanz Rubiales (2002: 114).

⁴⁷ Véase la STG, de 8 de septiembre de 2016, T-472/13, ap. 767, en el ámbito del derecho de la competencia.

El factor temporal es decisivo para valorar la previsibilidad, aunque la fecha de referencia depende de las circunstancias del caso (incidencia económica de la reforma, posibilidad de adaptación). Es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia que cuando los operadores económicos han adoptado una decisión económica irreversible (inversión de capital, suspensión de la actividad, etc.), la referencia es la fecha de la inversión (principio *tempus regit actum*). Máxime cuando han sido incitados a tomar dicha decisión por los poderes públicos.

La STJCE *Mulder I* consideró imprevisible la reforma que impidió a los beneficiarios del régimen de primas por suspensión temporal en la producción de leche reanudar dicha actividad basándose en que la regulación primigenia no contemplaba el cese definitivo (ni en sus disposiciones ni en sus considerandos), es decir, atendiendo exclusivamente a los datos normativos disponibles cuando tomaron la decisión. El Tribunal de Justicia rechazó la noción amplia de previsibilidad mantenida por la Comisión afirmando:

[...] contrariamente a las afirmaciones de la Comisión, tal exclusión total y permanente, en tanto permanezca en aplicación de la normativa en materia de tasa suplementaria, que tiene como efecto impedir a los productores afectados reanudar la comercialización de la leche al término del período de cinco años, *no era previsible para dichos productores en el momento en que asumían, temporalmente, el compromiso de no suministrar leche*. En efecto, *ni las disposiciones ni los considerandos del Reglamento n° 1078/77 ponen de manifiesto que el compromiso de no comercialización contraído en virtud de este Reglamento podría suponer, a su vencimiento, la imposibilidad de reanudar la actividad en cuestión*. Tal efecto vulnera, por consiguiente, la confianza legítima que los productores podían tener en el carácter limitado de los efectos del régimen al cual se sometían.

Especialmente ilustrativa es la STCE, de 11 de julio de 1991, *Crispoltoni I*, sobre la reforma de las ayudas al tabaco en la campaña de 1988, pues anuló parcialmente el Reglamento que fijó las primas introduciendo un techo («cantidad máxima garantizada») para la variedad *Bright*, por haberse publicado tras la plantación de las semillas. La posibilidad de modificar los precios se contemplaba expresamente en la normativa (era objetivamente previsible), pero se infringió la confianza legítima de los recurrentes al incidir sobre inversiones irreversibles en dicha variedad. El Tribunal de Justicia afirma:

[...] la normativa controvertida lesionó la confianza legítima de los operadores económicos afectados. En efecto, si bien éstos debían considerar previsible las medidas destinadas a limitar cualquier aumento de la producción de tabaco en la Comunidad y a desalentar la producción de variedades cuya comercialización

presenta dificultades, podían esperar que a su debido tiempo se les anunciara la adopción de medidas que, en su caso, repercutirían sobre sus inversiones. Ahora bien, no fue éste el caso.

Es más, la apreciación de la lesión de la confianza legítima de estos productores provocó que se considerara también la del principio de prohibición de retroactividad de las normas. La reforma se aplicaba *pro futuro* —tras su publicación— pero el Tribunal de Justicia la consideró materialmente retroactiva (por su contenido), al afectar a *inversiones ya realizadas*, al margen de su dudosa justificación en el fin perseguido (incentivar otras variedades), habiéndose plantado ya las semillas⁴⁸.

Volviendo al principio de confianza legítima, el planteamiento de la Sentencia *Crispoltoni I* es claro: un operador prudente podía prever cambios en el precio del tabaco en esa campaña siempre que se publicaran antes de realizar la inversión. El Tribunal de Justicia no encontró ningún dato que demostrara que los agricultores que eligieron esa variedad cometieron alguna imprudencia o falta de diligencia.

La desestimación de los recursos contra posteriores reformas del precio del tabaco (STJCE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni II*) y del propio mercado (STJCE de 6 de junio de 2000, *ATB*⁴⁹), fundamentada en su publicación y conocimiento tempestivo por los interesados (antes de invertir), demuestra que la apreciación de la previsibilidad debe basarse en la situación del operador cuando toma la decisión con la información disponible en ese momento (en particular, si la inversión ya se ha realizado).

Debe señalarse que estos parámetros de apreciación están muy consolidados ya en el ámbito del control de las ayudas públicas, donde resultan aplicables igualmente estándares de conducta («criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado»)⁵⁰. De la misma manera, en el sector

⁴⁸ El TJUE ha admitido la posibilidad excepcional de dotar a las normas europeas de eficacia retroactiva si lo requiere el fin perseguido y se respeta debidamente la confianza legítima de los interesados (entre otras, SSTJCE de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89; de 22 de noviembre de 2001, *Países Bajos/Consejo*, C-110/97; o de 15 de abril de 2004, *Gefekens*, C-459/02).

⁴⁹ C-402/98. En la misma línea, STJUE de 17 de septiembre de 2009, C-519/07, *Campina*.

⁵⁰ El «criterio del inversor privado» sirve a la Comisión y al Tribunal de Justicia para apreciar la conducta de los Estados al otorgar ayudas a empresas públicas y consiste en apreciar si las mismas habrían podido obtener la misma ventaja de un inversor privado que se encontrara en una situación lo más similar posible en condiciones normales de mercado, en el contexto de la época en que se concedieron las ayudas (por

eléctrico, donde la retribución de las actividades reguladas se basa, en gran medida, en el criterio de prudencia⁵¹, originario del derecho norteamericano de las «public utilities», siempre se ha considerado que la prudencia del prestador respecto de las inversiones en infraestructuras debía valorarse en el momento de la inversión, con los datos disponibles en ese momento y no *a posteriori*⁵². En Estados Unidos corresponde a las agencias la carga de la prueba de que las inversiones en instalaciones energéticas fueron imprudentes.

2.3. Sobre el interés público prevalente

El Tribunal de Justicia afirma que un interés público prevalente puede enervar el principio de confianza legítima y justificar la desprotección de los operadores económicos frente a cambios normativos sorpresivos (STJCE de 22 de junio de 2006, *Forum*).

Un supuesto sería el interés perentorio, como la protección de salud o la seguridad alimentaria. En el caso *Affisch*, el Tribunal de Justicia descartó la lesión de la confianza legítima de los operadores afectados por la prohibición inmediata de comercializar productos pesqueros de Japón proyectándose sobre los lotes en tránsito (STCE de 17 de julio de 1997, C-183/95)⁵³ y en

todas, STJCE de 16 de mayo de 2002, C-482/99, *Stardust*; o STJUE de 24 de enero de 2013, *Frucona*, C-73/11 P).

⁵¹ Como señala M. Gandolfi Caligari (2009), «Retribuciones reguladas: bases de activos y coste de capital», *Tratado de Regulación del Sector eléctrico II. Aspectos económicos*, Thomson-Aranzadi, pág. 667, el primer criterio de definición de la «Base regulatoria de activos» es la prudencia, esto es, deben considerarse todas las inversiones prudentemente incurridas por las empresas reguladas según la información disponible cuando realizaron la inversión pues «[...] se trata de valorar si la empresa realizó una inversión realmente necesaria no tanto sobre la base de la observación *ex post* de cómo evolucionaron las condiciones de mercado, puesto que éstas no podían ser previstas con certidumbre por las empresas, sino teniendo en cuenta el contexto general, y en particular, las previsiones de demanda, en el momento de realización de la inversión».

⁵² El caso de referencia fue *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas* (1944). Sobre la evolución del estándar, véase J. Kahn (2010), «Keep Hope Alive: updating the prudent investment standard for allocating nuclear plant cancellation costs», *Fordham Environmental Law Review*, 43.

⁵³ La Sentencia *Affisch* establece: «[...] aun suponiendo que la Comunidad hubiera creado previamente una situación capaz de dar origen a una confianza legítima, un interés público imperativo puede oponerse a la adopción de medidas transitorias para situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, pero cuya evolución no hubiera llegado a su término [...]. Pues bien, el objetivo de la Decisión controvertida, a saber la protección de la salud pública, constituye un interés público imperativo».

Dieckmann rechazó la responsabilidad de la Comunidad por los daños derivados de la prohibición de importar caviar de Kazajistán (STPI de 23 de octubre de 2001, T-155/99), aunque estos casos no son representativos, pues en ambos el Tribunal de Justicia había descartado previamente que concurrieran los presupuestos de la confianza legítima, esto es, no se habían dado garantías de permanencia y las medidas de seguridad alimentaria eran previsibles, pues se contemplaban en la normativa. A lo que cabe añadir que las instituciones no habían incitado el desarrollo de la actividad (comercialización de productos pesqueros).

Mucho más ilustrativo a nuestros efectos es el mencionado caso *Mulder II*, al tratarse de una norma incitativa. El Tribunal de Justicia primó la tutela de los agricultores que se acogieron al régimen de primas sobre el interés meramente presupuestario (equilibrio del mercado de la leche) esgrimido para reducir a estos productores las cuantías de las ayudas una vez reanudaron la actividad.

El Tribunal de Justicia siempre sopesa el interés privado de los afectados (inversiones, etc.) y el interés de la Unión Europea, exigiendo a las instituciones o Estados demostrar la imposibilidad de establecer medidas transitorias (STJCE de 22 de junio de 2006, *Forum*).

Un caso que pone de manifiesto la eficacia limitada del interés presupuestario para desactivar el principio de confianza legítima en el derecho de la Unión Europea lo encontramos en la STG de 22 de abril de 2015 (*Polonia contra Consejo*), sobre la reducción de las ayudas europeas a la creación de «agrupaciones de productores» de frutas y hortalizas. La Comisión adujo principalmente razones presupuestarias para modificar la cuantía, pero estableció un régimen transitorio pese a que la normativa aplicable advertía de posibles cambios normativos y no contenía ningún compromiso de permanencia. Así, a los operadores que ya habían realizado las inversiones previstas en el «Plan de reconocimiento» aceptado por la Administración se les aplicarían las condiciones financieras originarias y las nuevas reglas únicamente se aplicarían a los que todavía no tenían el Plan aceptado o no habían realizado la inversión. Estos últimos podían renunciar a agruparse, pero se les reconoció el derecho a recuperar el coste de elaboración del Plan. Resulta comprensible que el Tribunal General rechazara la lesión del principio de confianza legítima y considerara que el régimen transitorio establecido protegía adecuadamente tanto los intereses de los operadores como los intereses financieros de la Unión.

Este caso no es más que un ejemplo del elevado estándar de protección de los operadores económicos que han sido inducidos a realizar inversiones por las instituciones europeas frente al cambio normativo que se deriva del principio de protección de la confianza en el derecho de la Unión Europea.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. ¿CONTROL GLOBAL *IN CONCRETO*?

El Tribunal de Justicia ha entendido que el juez nacional que analiza la conformidad de la supresión anticipada de una ventaja económica a las renovables con el principio de protección de la confianza debía analizar globalmente e *in concreto* si se había respetado la confianza legítima de los afectados (STJCE *Plantanol*), pero el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional incumple estas exigencias.

El Alto Tribunal no ha realizado un análisis global del conflicto, pues ha obviado factores capitales como la regulación del régimen retributivo y las posibles expectativas de permanencia creadas en los inversores, el efecto de la reforma en la situación de los operadores o el derecho de la Unión. En cuanto a lo segundo (apreciación *in concreto*), se ha pronunciado en un recurso de inconstitucionalidad, caracterizado por el enjuiciamiento abstracto del caso y planteado por el Gobierno de una comunidad autónoma y no por los afectados.

Pero veamos con más detalle estas carencias a la luz de los criterios de control desarrollados por el Tribunal de Justicia.

2. NO SE HAN ANALIZADO LAS EXPECTATIVAS GENERADAS EN LOS INVERSORES

La STC 270/2015 no examina si concurre el primer requisito, esto es, si el Gobierno español creó una situación susceptible de generar algún tipo de confianza en los inversores en la permanencia del régimen retributivo (RD 436/2004 y 601/2007). En los escasos siete párrafos dedicados al análisis conjunto de la eventual infracción de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza no se menciona ninguna norma del sector eléctrico, aunque ello no ha impedido al Tribunal Constitucional poner de relieve una supuesta vocación cambiante de esta regulación. Dice la sentencia:

[...] un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

El voto particular reconoce esta deficiencia tratando de justificarla en el tipo de proceso⁵⁴, aunque sorprendentemente afirma que se mantienen las expectativas generadas, al seguir existiendo incentivos. Y añade:

[...] la confianza legítima no puede fundamentar, garantizada la rentabilidad razonable de las actividades, el mantenimiento de una situación que implica elevadísimos niveles de rentabilidad al margen del mercado y que pueden resultar contraria a intereses públicos superiores.

La jurisprudencia constitucional, en suma, no se basa en hechos sino en opiniones o presunciones («obligación de adaptación regulatoria»), al igual que el voto particular (queda garantizada la «rentabilidad razonable», obtención de elevadísimos niveles de rentabilidad al margen del mercado).

3. LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL CRITERIO DEL INVERSOR PRUDENTE: ¿ABSOLUTA IMPREVISIBILIDAD?

La previsibilidad de la reforma constituye, como se ha visto, un factor decisivo en el control de la infracción de la confianza legítima por el Tribunal de Justicia, que valora aplicando el criterio del «operador prudente y diligente», esto es, determinando si un operador medio del correspondiente sector, prudente y diligente, podía esperarlo cuando tomó la correspondiente decisión económica (en nuestro caso, invertir capital) de conformidad con la normativa entonces vigente⁵⁵.

El Tribunal Constitucional ha introducido el criterio del operador prudente y diligente por vez primera en el control del principio de protección de la confianza, pero no aplica los factores pertinentes según el Tribunal de

⁵⁴ El voto particular afirma «[...] no puede dudarse de que ha existido una modificación legislativa en el régimen de incentivos y de que se ha proyectado sobre inversiones decididas, realizadas y consolidadas al amparo de un diferente régimen legal, tampoco puede obviarse que, al margen de cuál era el desarrollo reglamentario de esa normativa legal y las esperanzas de rentabilidad de las inversiones que a su amparo podían albergarse —que por razones de competencia no pueden ser enjuiciadas en un proceso constitucional de estas características—, la normativa ahora recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. *A pesar de ello, se ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales*».

⁵⁵ Véanse los casos *Mulder I*, *Crispoltoni I* o la reciente STJUE, de 21 de junio de 2018, C-5/16 (comercio de emisiones).

Justicia. La STC 270/2015 considera previsible la derogación anticipada, pero no aporta ni un solo dato normativo que indique que un inversor prudente podía esperarla cuando se aprobaron los citados reglamentos y solo esgrime circunstancias coyunturales que, además, son posteriores a la realización de la inversión, como la necesidad de reformar el sistema retributivo por la evolución económica e insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir el déficit tarifario. Dice el Tribunal Constitucional:

[...] No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. *No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un —operador económico prudente y diligente—, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores.*

El voto particular llega a la misma conclusión (cambio previsible), aunque al menos reconoce la inaplicación del criterio del «operador prudente y diligente». El magistrado considera imposible establecer «[...] un operador económico estándar a partir del cual hacer una ponderación sobre su nivel de diligencia o prudencia inversora», dada la diversidad de afectados (pequeños inversionistas incluidos) y el carácter abstracto del proceso, solventando la carencia con una remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las reformas previas (en concreto, reproduce los argumentos de la STS de 12 de abril de 2012 —entre otros, densidad regulatoria, subordinación de la actividad al interés general o «riesgo regulatorio» implícito de cualquier medida incentivadora—) y añade el dato de que dichas reformas ya anticipaban el cambio de régimen retributivo⁵⁶.

⁵⁶ El voto particular a la STC 270/2015 afirma: «[...] los operadores económicos que, al amparo del sistema regulatorio de los incentivos a las energías renovables, desarrollaron actividades de inversión han sido muy variados y, por la propia naturaleza de las inversiones y el objeto de las instalaciones incentivadas, entre ellos hay también pequeños inversionistas. Por tanto, si bien no puede establecerse un operador económico estándar a partir del cual hacer una ponderación sobre su nivel de diligencia o prudencia inversora, el carácter abstracto del control de constitucionalidad a desarrollar en este proceso constitucional tampoco permite atender en esta valoración sobre el nivel de diligencia a otros aspectos objetivos que no sean los propios del sector eléctrico y la naturaleza de las medidas que fueron objeto de modificación. A esos efectos, entre los distintos elementos concurrentes que deben tomarse en consideración para

Ni la STC 270/2015 ni el voto particular han aplicado el criterio del operador prudente según los parámetros materiales y temporales del Tribunal de Justicia, aunque tampoco parece haberlo hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha inspirado estas decisiones al recurrir al argumento del «riesgo regulatorio» implícito en el sector y no entrar a analizar el régimen de modificación de las primas y tarifas en la regulación de 2004 y 2007.

Una aplicación correcta del criterio del operador prudente del Tribunal de Justicia exigía determinar si un hipotético inversor diligente que decidió invertir en el sector en tiempos de los RD de 2004 y 2007 y que, como todo inversor, pretendía obtener el mayor beneficio para su capital al menor riesgo podía esperar, conforme a dichos reglamentos y resto de normativa aplicable (derecho de la Unión incluido) que, pocos años después, se le aplicaría inmediatamente, sin medidas transitorias de adaptación, un nuevo régimen económico menos beneficioso y completamente diferente al que se acogió.

La conclusión tendría que haberse fundamentado en la regulación, esto es, en su contenido (grado de concreción del importe de las primas y tarifas, plazos temporales, régimen de revisiones, períodos regulatorios, etc.), finalidad (según el preámbulo del RD 661/2007 generar seguridad jurídica para atraer inversiones y cumplir los objetivos legales de consumo de electricidad verde) y sistemática. El análisis debería haberse proyectado sobre la Ley 54/1997, del Sector eléctrico, siendo pertinente comprobar el margen de apreciación que tenía el Gobierno para fijar y modificar el régimen retributivo de la electricidad verde o si, por el contrario, contemplaba mecanismos de adaptación a

concluir que la modificación controvertida no era imprevisible pueden citarse algunos de los que ya fueron ampliamente expuestos en la citada STS de 12 de abril de 2012, en relación con otras modificaciones previas, como serían (i) la singularidad de un sector económico que es de carácter estratégico, lo que implica una amplia densidad normativa, la presencia de intereses públicos subyacente y, en coherencia con ello, la necesidad de modificaciones normativas que vayan adecuando el marco regulatorio a las eventualidades del sector y a las variaciones que puedan darse en los datos económicos; (ii) la naturaleza de los incentivos en forma de tarifa regulada, que supone una situación excepcional y atípica en un régimen de libre mercado al eliminarse el riesgo empresarial de las inversiones derivados del sistema de libre competencia; y (iii) el condicionamiento implícito a toda medida incentivadora de que no puede quedar asegurada su permanencia inmodificada y el explícito de que está vinculada a la consecución de una serie de objetivos. A ellos habría que añadir, en el caso concreto a que se refiere el presente recurso de inconstitucionalidad, que las sucesivas reformas operadas en la normativa administrativa de desarrollo, ya anticipaban un cambio de régimen en el sistema de incentivos que pudiera afectar, al menos, a la cuantificación de los niveles de rentabilidad».

la situación económica como los que figuraban en las regulaciones de 1994 y 1998 o en la vigente Ley 24/2013 (principio de sostenibilidad económica; períodos regulatorios sexenales, etc.). Por último, debería haberse proyectado sobre el derecho de la Unión aplicable al caso, esto es, la Directiva 2001/77 y el principio de confianza legítima.

Es evidente que al excluir los factores pertinentes (regulación del régimen primado) e incluir circunstancias posteriores a la inversión, el inversor real y el inversor prudente del Tribunal Constitucional quedaron situados en posiciones distintas, incomparables. Seguramente, el inversor de 2013 —con la información disponible en dicha fecha— habría tomado una decisión diferente al inversor de 2007.

4. NO SE HA VALORADO LA PROPORCIONALIDAD NI PONDERADO EL INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal Constitucional ha entendido que el riesgo de quiebra del sistema eléctrico y la difícil situación económica justificaban aplicar inmediatamente el nuevo régimen retributivo a los productores de electricidad verde existentes, pero en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la mera invocación de un interés presupuestario no justifica desproteger a operadores que han tomado decisiones económicas confiando en normas incitativas (*Mulder II*). En estos casos, entra en juego el principio de proporcionalidad, que, entre otras cosas, exige demostrar la imposibilidad de establecer medidas protectoras para los afectados, lo que, en nuestro caso, no se ha hecho⁵⁷. Además, la ponderación de los intereses en juego es insuficiente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pues no se ha considerado, junto a los intereses privados de los inversores, el interés (prioritario) de la Unión Europea en incrementar el consumo de electricidad renovable y mantener su confianza.

V. CONCLUSIÓN

Las decisiones de los tribunales españoles en el contencioso «renovables» resultan contradictorias con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de protección de la confianza legítima.

El Tribunal Constitucional ha utilizado en este caso los mismos parámetros de control al incorporar el criterio del «operador prudente y diligente» del Tribunal de Justicia (STC 270/2015), pero su jurisprudencia destaca más por los factores pertinentes que omite que por lo que centra su atención.

⁵⁷ Véase S. Muñoz Machado (2016).

En primer lugar, el Alto Tribunal ni siquiera ha comprobado el presupuesto del principio de protección de la confianza, esto es, si la regulación a la que se acogieron los inversores contenía alguna garantía de permanencia del régimen retributivo o, por el contrario, les advertía de posibles modificaciones o revisiones.

Por otra parte, el concepto de cambio «imprevisible» (segundo presupuesto) y el estándar del «operador prudente y diligente» que lo determina difieren claramente en ambas jurisdicciones. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la prudencia se presume y es el Tribunal el que debe probar que un hipotético inversor medio del sector podía prever «razonablemente» el cambio, esto es, según la letra y finalidad de la normativa vigente y de los elementos fácticos existentes al *tempus* de la inversión, pero el Tribunal Constitucional ha considerado la derogación previsible basándose en meras opiniones sobre la regulación («riesgo regulatorio» implícito) e introduciendo hechos surgidos *a posteriori*, es decir, realizadas las inversiones (insuficiencia de las medidas para atajar el déficit tarifario).

A la luz de estas carencias, es discutible que la jurisdicción ordinaria justifique en la doctrina constitucional la negativa a plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo y rechace la lesión del principio de protección de la confianza legítima del derecho de la Unión. El fondo del cambio más gravoso se ha enjuiciado únicamente en un recurso de inconstitucionalidad que ha incumplido la exigencia de «apreciación global e *in concreto*» de la situación de los inversores exigida por el Tribunal de Justicia en este ámbito (casos *Plantanol*, *Alands* o *Essent*), lo que plantea dudas desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de los inversores afectados (art. 47 CDFUE).

Los tribunales españoles deberían abandonar la doctrina del «riesgo regulatorio» (implícito y total) en la regulación de la retribución de la electricidad verde, pues, al margen contradecir el derecho europeo, nunca ha tenido base en el derecho positivo interno y sigue sin tenerla, como lo prueba que la exposición de motivos de la vigente Ley 24/2013 reconozca que: «[...] el sistema retributivo establecido en 1997 no tenía la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios del sector y la evolución de la economía» y, que «[...] los continuos cambios normativos han supuesto una importante distorsión en el normal funcionamiento del sistema eléctrico, y que es necesario corregir con una actuación del legislador que aporte la estabilidad regulatoria que la actividad eléctrica necesita».

Es necesario aclarar el alcance del principio de protección de confianza legítima frente a normas incitativas de inversiones privadas, pues no parece, a la luz de la jurisprudencia analizada, que se cumplan los estándares del derecho europeo.