

La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables

A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016

Iñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería

La Carta Internacional de la Energía firmada en 2015

La cumbre de La Haya de 21 y 22 de mayo de 2015

El 21 de mayo de 2015 se firmó en La Haya (Países Bajos) la Carta Internacional de la Energía, un acontecimiento de relevancia para el sector energético mundial porque implicó un nuevo paso en la universalización de los principios sobre los que deben descansar las actividades energéticas en un mundo globalizado.

Los orígenes. La Carta Europea de la Energía de 1991

En diciembre de 1991 se firmó en La Haya la Carta de la Energía. La iniciativa estuvo inspirada por Ruud Lubbers, Primer Ministro holandés, Presidente de turno de las Comunidades Europeas en 1990, a la vista de la desaparición del imperio soviético. Ante el miedo de que los antiguos países soviéticos se colapsaran y pusieran en peligro los suministros de energía hacia Occidente, parecía oportuno garantizar la correcta subrogación de los nuevos Estados independientes en las obligaciones de la

extinta URSS. Era conveniente que se impusiesen en el ámbito de las inversiones, las infraestructuras energéticas y el tránsito de productos energéticos, los principios propios del Estado de Derecho. La Carta nació así como un intento de establecer las bases de una pacífica y segura relación energética entre Occidente (agrupado entonces en las Comunidades Europeas o EE.UU. y Canadá) y Oriente, representado por los países ricos en hidrocarburos (como Rusia o Kazajstán) o estratégicos desde el punto de vista del tránsito (como Ucrania o Bielorrusia).

El Tratado de la Carta de la Energía de 1994

Tres años después de aquella primera Declaración de La Haya se adoptó en Lisboa en 1994 el Tratado de la Carta de la Energía y de su Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales. El primer paso para la ampliación geográfica del ámbito del Tratado fue la supresión del adjetivo «europea», que acompañaba a la Carta desde sus orígenes. Tras la firma por los treinta primeros signatarios, el Tratado y el Protocolo entraron en vigor en abril de 1998, al tiempo que se adopta-

ron algunas modificaciones de sus previsiones, para aproximarlas a las propias de la Organización Mundial de Comercio. En la actualidad hay cincuenta y tres signatarios del Tratado de la Carta de la Energía: a) todos los veintiocho Estados de la UE, menos Italia, que abandonó en 2015; b) diez Estados que en su día pertenecieron a la URSS (además de Rusia, Bielorrusia, Georgia, Kazajstán, Kirguizistán, Moldavia, Tayikistán, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán); c) otros catorce Estados del mundo entero, como Afganistán, Armenia, Australia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Islandia, Japón, Mongolia, Noruega, Suiza o Turquía; y d) son también miembros de pleno derecho la UE y EURATOM. Entre los países miembros hay cuatro (Australia, Bielorrusia, Noruega y Rusia) que deben todavía ratificar el Tratado de la Carta de la Energía. El caso de Rusia es peculiar, porque firmó la Carta de la Energía y estuvo aplicando el Tratado de la Carta de modo provisional, pero dejó de hacerlo el 19 de Octubre de 2009. Existen varios países y organizaciones internacionales que tienen la condición de observadores de la Conferencia, entre los que destacan Canadá y Estados Unidos porque firmaron la original Carta Europea de la Energía.

Las cuatro áreas principales del Tratado de la Carta de la Energía

El Tratado dirige sus provisiones a cuatro áreas principales: a) la protección de inversiones extranjeras, basada en el trato que reciben los nacionales del Estado donde se lleva a cabo esa inversión o basada en el trato derivado de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (el trato que sea más favorable); igualmente, la protección contra riesgos no comerciales; b) el establecimiento de condiciones no discriminatorias para el comercio de materiales y productos energéticos y equipamiento, basadas en las reglas de la Organización Mundial del Comercio, así como provisiones para asegurar unos tránsitos transfronterizos fiables por medio de gasoductos, redes y otros medios de transporte; d) la resolución de disputas entre Estados y, en el caso de inversiones, entre los inversores y los Estados receptores de la inversión; y e) la promoción de la eficiencia energética y el esfuerzo por minimizar el impacto medioambiental del uso y la producción de energía.

La Carta Internacional de la Energía de 21 de mayo de 2015

Objetivo y naturaleza

Con objeto de responder adecuadamente a la globalización de los principales aspectos de la energía (seguridad, sostenibilidad y eficiencia) y para satisfacer su naturaleza universal, el Secretariado del Tratado de la Carta de la Energía promovió desde 2014 la firma de una Carta Internacional de la Energía, como nueva Declaración Política que actualizara la Declaración de 1991. Los días 20 y 21 de mayo de 2015, representantes de más de 80 países se reunieron en La Haya en una Conferencia Ministerial, para adoptar formalmente esa Carta. Su objetivo es el fortalecimiento de la cooperación energética

entre los Estados signatarios. Por sí misma no implica ninguna obligación jurídicamente vinculante ni ningún compromiso financiero.

Principios de la Carta

En la Carta Internacional de la Energía se contienen principios comunes para la cooperación internacional en el ámbito de la energía. Mediante la firma, los Estados y las organizaciones intergubernamentales muestran su compromiso con los objetivos de la Carta, a través del fortalecimiento y la integración de mercados energéticos regionales. Se comprometen igualmente a esforzarse por un funcionamiento eficiente del mercado mundial de la energía, mediante acciones conjuntas o coordinadas en campos como los siguientes: acceso a las fuentes de energía; libre entrada en los mercados energéticos; liberalización del comercio de la energía; fomento y protección de las inversiones; seguridad, investigación, y desarrollo tecnológico; eficiencia energética, protección del medio ambiente y así otros muchos.

Retos a los que hace frente la Declaración

La nueva Declaración trata de incorporar los retos que el sector de la energía debe afrontar en el siglo XXI. Esos retos son, principalmente, los cuatro siguientes: a) la creciente importancia de los países en vías de desarrollo en la resolución adecuada del trilema seguridad-desarrollo-sostenibilidad, b) el acceso a unos modernos servicios energéticos, c) la lucha contra pobreza energética, d) la inversión en nueva capacidad de generación y en tecnologías limpias.

Reconducción a la unidad de la dispersión normativa

Otro de los retos reconocidos por la nueva Carta consiste en la precisa definición de los

ámbitos donde se ha de proyectar cada uno de los instrumentos internacionales que afectan a las actividades energéticas. Unos hechos acaecidos durante los últimos veinticinco años han traído la energía al centro de una pluralidad heterogénea de normas y tratados internacionales: por ejemplo, a) la intensificación del comercio de energía, b) las inversiones llevadas a cabo por empresas energéticas en países distintos al del domicilio social, c) la constatación de que los potenciales daños medioambientales no se circunscriben al lugar donde se encuentran las instalaciones, y d) el carácter global de las causas y los efectos del cambio climático. Es preciso ahora reconducir hacia la unidad esa variedad normativa, que diluye el sentido de los principios y los hace oscuros y de difícil aplicación práctica.

Del carácter europeo de la Carta de 1991 a la mundialización de la Carta de 2015

La reunión de La Haya-II en mayo de 2015 fue un éxito en su propósito de ampliación al mundo entero de aquello que dio comienzo en un limitado contexto histórico y geográfico, en la Europa que salía de la Guerra Fría. La Carta Internacional de la Energía ha sido firmada (entre otros muchos otros países) por los Estados Unidos, por China, Colombia, la Unión Europea, Níger, Japón... Constituye también un éxito el que se haya reconocido que en el comercio mundial la energía tiene unas características peculiares que exigen un tratamiento diferenciado, distinto del que tienen otros bienes y servicios en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Ya no es de ninguna manera admisible la crítica al carácter europeo u occidental de la Carta de la Energía, como mero expediente para la defensa de las grandes multinacionales energéticas en sus inversiones; si alguna vez esa crítica pudo ser certera, ya no lo

es en manera alguna, por cuanto la Carta contiene los elementos constitutivos de una nueva *ecúmene* energética: junto a las preocupaciones más propias del mundo desarrollado, se sitúan en plano de igualdad las dificultades que experimentan las sociedades de los países en vías de desarrollo. Van poniéndose así las bases políticas, jurídicas e institucionales para caminar más decididamente hacia una nueva era de la energía, donde es imprescindible que la política vaya de la mano de la regulación. Esta Carta Internacional de la Energía debe empujar a que miremos la realidad colectivamente y juntos diseñemos soluciones que permitan garantizarnos un crecimiento económico a partir de suministros limpios, eficientes y seguros.

Estado de Derecho, energías renovables y el Tratado de la Carta de la Energía

Breve referencia a la promoción y protección de las inversiones en el Tratado de la Carta de la Energía

El art. 10 del Tratado establece que las partes contratantes han de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes realicen inversiones en su territorio. Entre tales condiciones se cuenta el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras partes *un trato justo y equitativo*. Estas inversiones gozan asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna parte contratante puede perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación. Cada parte contratante ha de conceder en su territorio a las inversiones de los inversores de otras partes, así como a las actividades con ellas relacionadas (como las de gestión,

mantenimiento, uso, disfrute o liquidación), un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones (y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación), de sus propios inversores o de los de cualquier otra parte o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable. Y el art. 13 prohíbe la adopción de medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

La resolución de controversias entre un inversor y un Estado contratante, receptor de la inversión

La Parte V del Tratado se refiere a la solución de controversias. El art. 26 aborda concretamente la resolución de controversias entre un inversor y un Estado contratante, receptor de la inversión. El precepto pide que, en la medida de lo posible, las controversias se resuelvan amigablemente. Si no es posible, el inversor afectado puede optar por someter una controversia para su solución ante los tribunales ordinarios o administrativos de la parte implicada en la controversia o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado. Además, puede solucionarse la controversia por medio de un arbitraje o conciliación internacional. En caso de arbitraje, la controversia se somete al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), o a un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o a un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En virtud de esta previsión, se

crea un tribunal que decide las cuestiones en litigio con arreglo al Tratado de la Carta de la Energía y a las normas del Derecho Internacional aplicables. Los laudos arbitrales son firmes y vinculantes para las partes en litigio.

La modificación a la baja del régimen retributivo de las energías renovables entre 2010 y 2013

España fue uno de los líderes mundiales en la promoción del uso de energías renovables y de la cogeneración para la producción de energía eléctrica, gracias a un generoso programa de primas o subvenciones a favor de la energía generada con las instalaciones correspondientes. Sin embargo, el grave déficit del sistema eléctrico conllevó una progresiva reducción de esas primas, hasta su supresión para nueva potencia instalada mediante el Real Decreto-ley núm. 1/2012 y hasta la aprobación de un nuevo sistema de incentivos entre julio y diciembre de 2013.

La política de reducción de las primas fue no sólo criticada sino que las sucesivas reformas fueron denunciadas ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Constitucional, pues los inversores consideraron se habían violado los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, el principio de irretroactividad de las normas, y el principio de rentabilidad razonable de las primas a las renovables (este último principio estaba establecido en la propia Ley del Sector Eléctrico de 1997).

Entre 2007 y 2013 las reformas fueron constantes, y fueron llevadas a cabo en leyes y en normas de rango inferior a la ley. El punto de partida está constituido por el RD núm. 661/2007 (que derogó el RD núm. 436/2004) y el RD núm. 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la ac-

tividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del RD 661/2007. Para las empresas afectadas, la modificación del régimen retributivo y la reducción de las primas tenían carácter retroactivo, vulneraban sus expectativas legítimas y defraudaban la confianza legítima depositada en la estabilidad del marco regulatorio vigente cuando realizaron sus inversiones. Otras reformas impugnadas ante el Tribunal Supremo fueron las cuatro siguientes: a) RD núm. 1003/2010, de 5 de agosto, que reguló la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial; b) RD núm. 1565/2010, de 19 de diciembre, que suprimió la tarifa regulada a favor de las instalaciones fotovoltaicas a partir del año vigésimo sexto (con anterioridad, no existía ese plazo); c) RD núm. 1614/2010, de 8 de diciembre, que revisó a la baja la tarifas a favor de las tecnologías solar termoeléctrica y eólica; y d) RDL núm. 14/2010, de 23 de diciembre que introdujo una nueva limitación en las primas a favor de las instalaciones fotovoltaicas.

Finalmente, el sistema de incentivos a la producción recogido en la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (y legislación de desarrollo), ha sido completamente modificado en 2013, con la adopción de un sistema de ayuda a la inversión, de acuerdo con costes estándares: a) Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico; b) la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, c) el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y d) Orden Ministerial núm. 1045/2014, de 20 de junio de 2014.

Estas normas han sido también objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia y laudos arbitrales sobre las reformas a la baja del régimen retributivo de las renovables en España. Una visión general

A finales de 2015 y principios de 2016 han recaído importantes decisiones a propósito del conflicto que desde el año 2010 mantiene el Gobierno español frente a numerosas empresas que invirtieron en plantas de producción de energía eléctrica mediante fuentes renovables de energía. Desde la presentación de los primeros recursos frente a los cambios normativos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo de modo invariable la inexistencia de violación de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima. En el ámbito internacional, ha recaído el 21 de enero de 2016 el primer laudo arbitral dictado en este asunto por la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que desestima la demanda interpuesta frente a España por esos mismos cambios normativos, con fundamento en el Tratado de la Carta de la Energía. Aun cuando parece que el conflicto está llegando a su término, desde un punto de vista judicial, todavía han de recaer otros pronunciamientos como, por ejemplo, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, institución del Banco Mundial.

La Sentencia núm. 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, del Tribunal Constitucional

La reforma emprendida en 2013 y 2014 ha suscitado dudas de constitucionalidad en el Tribunal Supremo, pues tras los recursos interpuestos ha elevado al Tribunal Constitucional una cuestión prejudicial,

donde parece considerar que las normas continentales de aquella reforma pueden vulnerar el texto constitucional. Sin embargo, la Sentencia núm. 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley núm. 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. El TC afirma que el Real Decreto-ley núm. 9/2013 tuvo en cuenta la extraordinaria y urgente necesidad de detener la expansión de los costes del sector eléctrico. Para el TC, el principio de confianza legítima no protege en un modo absoluto la subsistencia de una determinada regulación. Las reformas eran previsibles por las circunstancias económicas y el déficit tarifario. No hay arbitrariedad y la retroactividad es impropia, no contraria a la Constitución española.

La Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016

Una reciente jurisprudencia niega que los cambios hayan implicado un daño que la Administración deba indemnizar a los interesados. Se trata de cinco sentencias del TS, de 21 de enero de 2016, por las que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los daños y perjuicios causados a las instalaciones de varias empresas de producción de electricidad procedente de energía renovable por la entrada en vigor del Real Decreto núm. 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley núm. 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley núm. 2/2011, de 4 de marzo.

El Laudo de 21 de enero de 2016

El Laudo de 21 de enero de 2016 dictado en el caso *Charanne BV and Construction*

Investments v. Spain – Case 062/2012, por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, desestima las pretensiones del demandante (un inversor en plantas solares en España) contra el Reino de España, por el empeoramiento, una vez realizada la inversión, del régimen general y retributivo de la electricidad generada mediante energía solar. El laudo se contrae a analizar, exclusivamente, las reformas llevadas a cabo en 2010 por el Estado español. A juicio del Tribunal Arbitral, aunque la rentabilidad pudiera haber sido seriamente afectada, como alega la demandante, dicha afectación no sería por sí misma para caracterizar una expropiación.

En el contexto limitado a las normas aprobadas en 2010, el Tribunal Arbitral no puede llegar a la conclusión de que España violó su obligación de estabilidad regulatoria, pues para apreciarlo tendría que analizar el conjunto de los cambios normativos introducidos hasta la fecha. Para el Tribunal Arbitral, los demandantes no consiguen probar que el Estado Español hubiese generado, a partir de actuaciones concretas, una expectativa legítima a que se mantuviera invariable la situación jurídica que había sido creada por los Reales Decretos núm. 661/2007 y núm. 1578/2008. En el caso, los demandantes no podían tener la expectativa legítima de que el marco regulatorio establecido por esos Reales Decretos permaneciese inmutable durante toda la vida útil de sus plantas.

En definitiva, *«las normas de 2010 han implementado ajustes y adaptaciones que no suprimieron las características fundamentales del marco regulatorio existente, ya que los operadores fotovoltaicos mantuvieron el derecho a percibir una tarifa (FIT), y la posibilidad de vender de manera prioritaria la totalidad de su producción en el sistema, por lo que a juicio del Tribunal no*

puede haberse violado expectativa alguna bajo el derecho internacional». El Tribunal no pretende prejuzgar de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal arbitral con base en el análisis del conjunto de normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo normas de 2013. Para el Tribunal Arbitral, tampoco hay retroactividad. Existe un voto particular de uno de los tres árbitros, donde disiente del Laudo y afirma que España debería indemnizar al inversor por los daños causados al modificar a la baja el régimen retributivo.

Valoración final

La nueva Declaración Política contenida en la Carta Internacional de la Energía de 2015 es relevante para el futuro del sistema energético porque significa un paso más en la instauración de los principios propios del Estado de Derecho en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes. Además, con la Declaración de 2015 se contribuye a universalizar todavía más el ámbito espacial del Tratado de la Carta de la Energía. El Tratado no es ya sólo un instrumento valioso para la protección de las inversiones en actividades e infraestructuras energéticas, sino que da cobertura legal a elementos característicos de la nueva política energética que se debe extender por el mundo: apuesta por las energías renovables, por la eficiencia energética, por el ahorro de energía, en una palabra, por un sistema energético medioambientalmente sostenible. Con fundamento en las previsiones del Tratado ha recaído ya el primero de un conjunto de Laudos que se esperan sobre la materia en los próximos meses.

Tras las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en particular tras las recaídas entre finales de 2015 y comienzos de 2016, y tras el Laudo de 21 de enero de 2016, la situación parece

decantada hacia el reconocimiento de que las modificaciones a la baja de los incentivos a las energías renovables no han violado el principio de irretroactividad de las normas, ni el principio de seguridad jurídica, ni el principio de confianza legítima, ni han frustrado expectativa legítima alguna de los inversores, ni han sido contrarias al principio de rentabilidad razonable, ni, por último, han originado derecho alguno a indemnización por parte del Estado.

De conformidad con nuestro sistema de justicia y con una terminología orsiana, preciso es aceptar que la única posición justa es la derivada de esas decisiones judiciales y arbitrales, como interpretación auténtica y definitiva del ordenamiento jurídico, también del constitucional. Ahora bien, la aceptación de la posición justa que deriva de lo sentenciado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, no exime al jurista de procurar indagar en la razón última subyacente a tales Sentencias, es decir, de procurar insertar esas decisiones en el sistema jurídico, más amplio que el relativo al sistema jurídico propio de las energías renovables. Máxime cuando el Laudo internacional de 21 de enero de 2016 ha venido a decir que en la formación de su juicio deben influir y han influido las sentencias emanadas de los tribunales españoles, insertados en un ordenamiento propio de un Estado de Derecho.

Hay que partir de los claros pronunciamientos judiciales y que parece oportuno ahora resumir: al bajar las primas a las renovables y variar (hacia peor) las condiciones bajo las cuales se llevaron a cabo las inversiones de muchas empresas, no ha habido ninguna ilegalidad, ni ninguna inconstitucionalidad. Aceptado lo anterior, es necesario buscar otra explicación a ese juicio negativo, una explicación ulterior que vaya más allá de aceptar que lo resuelto es justo porque ha

sido así sentenciado por unos tribunales legítimos. Este esfuerzo adicional es necesario porque desde variados puntos de vista, una amplia mayoría de juristas españoles y de ciudadanos parecen sentirse naturalmente inclinados a pensar que la forma en que se modificó el régimen retributivo de las renovables entre 2008 y 2013 constituye un ejemplo de una actuación administrativa de carácter ilegítimamente retroactiva, vulneradora de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima y que, al menos, debió haber sido objeto de indemnización.

Una primera hipótesis de trabajo es que algunas exigencias del Estado de Derecho quedan moduladas cuando se trata de sectores regulados, como es el sector eléctrico. A pesar de que las leyes eléctricas parecen reducir el ámbito de las actividades reguladas al transporte y la distribución, y a determinado suministro regulado (a favor de pequeños consumidores), lo cierto es que la regulación tiene numerosas e intensas réplicas. Este es el caso del llamado régimen especial de producción eléctrica, que en la Ley de 1997 constituyó el abrigo que facilitó el espectacular crecimiento de la producción eléctrica mediante fuentes renovables. En realidad, las renovables, a pesar de implicaba una forma de producción (y la producción no es una actividad regulada), como implicaba un régimen especial de producción, era una actividad tan regulada, al menos, como el transporte y la distribución. Dado que los sectores regulados en la actualidad tienen sus antecedentes en antiguos servicios públicos, habría que aceptar que algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales que acompañaban a los servicios públicos deben ser aplicadas a los sectores regulados. Por ejemplo, en el ámbito de los servicios públicos se reconocía un poder interno de modalización de la actividad a favor de la Administración

Pública titular del servicio, lo cual implicaba la relajación del principio de legalidad en determinados casos y temas. El *riesgo regulatorio* a que se refieren las sentencias no sería sino la versión moderna del inveterado (y misterioso) principio del *riesgo y ventura* concesional. Esta hipótesis parece rechazable, pues entonces la moderna regulación de actividades no habría implicado ningún cambio sustantivo de esas actividades, sino tan sólo un cambio terminológico.

En esta primera hipótesis resulta que las empresas operadoras en determinados servicios públicos estarían mejor protegidas frente a cambios normativos en las condiciones de operación, porque al operar mediante concesiones de servicio público, les asiste el derecho a mantener el equilibrio económico-financiero inicial de la concesión. Esta protección adicional es el reverso del poder interno de modalización y de la exposición a modificaciones impuestas por la Administración. Esta es otra razón por la cual parece que esta primera hipótesis ha de ser rechazada, porque su aceptación dejaría a las empresas del sector de las renovables (entre 1997 y 2013) en una situación donde habrían convivido lo peor de dos mundos posibles: como empresas operadoras en un sector regulado quedarían sujetas a las decisiones administrativas, sin el despliegue pleno de las exigencias del Estado de Derecho (*rectius*, con una exigencias moduladas a su situación), pero al operar fuera del marco de una concesión administrativa, la Administración Pública no estaría obligada a indemnizar a las empresas productoras por el desequilibrio económico en que esas decisiones pudieran dejarles. De la lectura de algunas sentencias parece desprenderse a veces que esta segunda hipótesis ha tenido alguna virtualidad, porque el lector se queda con la impresión que el tribunal no ha venido en realidad a decir que no haya habido retroactividad, o que no se hayan violado los

principios de seguridad jurídica o confianza legítima, sino que al proyectarse las decisiones enjuiciadas sobre un sector intensamente regulado (como es la producción de energía eléctrica mediante fuentes renovables), esos principios no rigen de la misma manera, ni la retroactividad puede ser examinada con los mismos parámetros, que en aquellos sectores que no están sujetos a regulación. Por tanto, el riesgo regulatorio operaría sólo en los sectores regulados, con el resultado que aquellas decisiones que en otros ámbitos serían claramente retroactivas (ilegítimamente retroactivas) o claramente violadoras de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, en el caso de las energías renovables no se han de reputar como tales.

Rechazada la primera, una segunda hipótesis podría dejarse aquí apuntada. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE), el verbo *regular* tiene varios sentidos. De ellos, el segundo es particularmente relevante para el derecho, en cuanto que *regular* es «ajustar, reglar o poner en orden algo». Al mismo tiempo, nada tan próximo a la idea de regulación como la idea de pauta. El verbo *pautar* es definido por la RAE como «dar reglas o determinar el modo de ejecutar una acción». Algo *pautado* es algo *regular*, un adjetivo que tiene la misma raíz que el sustantivo *regulación*. La actividad de *regulación* persigue que los cambios sean regulares, es decir, que estén previstos en la norma, tanto el momento en que se producen, como la causa que los origina y el procedimiento que debe orientar el cambio. La *regulación* trata de *pautar* los fenómenos sociales. A la luz de lo anterior, si lo *pautado* es lo regulado, resulta que un antónimo de la *regulación* es la *crisis*, definida por la RAE como «*aquel cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados*».

En esta segunda hipótesis habría que aceptar que todas las actuaciones administrativas españolas en materia de energías renovables entre 2008 y 2013 habrían sido reputadas claramente inconstitucionales e ilegales si las condiciones del sistema jurídico y económico español fuese normales, pero el juicio ha sido distinto porque estamos en una crisis grave (por ejemplo, el sistema eléctrico se encontraba en quiebra, por culpa del déficit). Habría entonces que entender que cuando el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo señalan que el Gobierno justificó suficientemente las medidas reductoras de las primas en la necesidad de combatir el déficit eléctrico, tal justificación no implica que el Gobierno hubiese actuado legal y constitucionalmente, sino que la crisis (el déficit eléctrico) permitió que se adoptasen unas medidas excepcionales y extraordinarias que, en otras circunstancias habrían sido reputadas como ilegales e inconstitucionales. Todo esto enlaza con el

estado de excepción o de emergencia (en sentido amplio), con algunas de las tesis de Carl Schmidt y con algunos ejemplos que nos proporciona la historia (por ejemplo, el principio de mutabilidad de los contratos administrativos, un principio asentado hoy en nuestro ordenamiento, se consolidó en un período de crisis económica similar a la actual). Ocurre algo parecido con la llamada *paraconcursalidad* (salvamento público de empresas) que, por lo general, no puede ser ahormada ni prevista con antelación: cuando estalla la crisis, muchas previsiones ordinarias del ordenamiento deben quedar desplazadas.

Desde luego, no es ese el razonamiento expreso de las sentencias recaídas entre 2012 en adelante, pero la hipótesis se traza como un intento de comprender cómo la jurisprudencia ha avalado un proceder que, para muchos, constituye evidentemente una actuación contraria a las reglas del Es-

tado de Derecho. En otras palabras, es una hipótesis para tratar de comprender aquello que de otra manera se presenta para muchas personas como incomprensible. Se trata de una mera hipótesis de trabajo que no puede ser analizada ni contrastada en estas condensadas líneas. Si esta hipótesis fuese cierta, se debería generar una inquietud entre los operadores jurídicos, pues de una Constitución cabe esperar también que determine (o *paute*) cómo puede el poder proceder cuando las circunstancias impiden que se sigan los procedimientos normales, y cuando la actuación pública no puede acomodarse a los principios vigentes en situaciones regulares. Si fuese cierta, debería generar inquietud por el riesgo de que el juicio emitido en circunstancias excepcionales se convierta en parámetro de enjuiciamiento en situaciones normales, y porque cabría haber esperado que la excepcionalidad hubiese aflorado como argumento principal. ■