

Modificación del sistema retributivo para la energía fotovoltaica en España. Primeras apreciaciones jurídicas



Antonio Jiménez

Abogado y socio
de Monereo Meyer
Marinel-lo Abogados

El Gobierno Español ha adoptado durante el mes de diciembre de 2010 sendos cambios normativos que han afectado a las instalaciones fotovoltaicas en funcionamiento y a la retribución de la energía producida por las mismas. Dichas modificaciones han sido operadas por el Real Decreto 1565/2010 y por el Real Decreto Ley 14/2010.

En España existen dos sistemas tarifarios vigentes para instalaciones fotovoltaicas; uno para las instalaciones que obtuvieron inscripción definitiva en el Registro de Instalaciones de Régimen Especial antes del 28 de septiembre de 2008 (en adelante Instalaciones del RD 661), y otro para las instalaciones a las que se ha reconocido el derecho a percepción de las tarifas después de 28 de septiembre de 2008 (en adelante Instalaciones del RD 1578).

Para Instalaciones en funcionamiento tanto del RD 661 como del RD 1578, el Real Decreto Ley 14/2010 ha establecido límites en la producción que será retribuida bajo tarifa. Dichos límites van en función de la zona climática en la que se encuentren habiéndose establecido cinco zonas. Durante 3 años (desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013) estas limitaciones son un 30% superiores para las instalaciones del RD 661. Asimismo para las instalaciones del RD 661, el Real Decreto 1565/2010 ha eliminado el derecho a percibir tarifa alguna a partir del vigésimo noveno año desde su puesta en servicio (con anterioridad tenían derecho a una tarifa inferior).

A priori dichas medidas han sido acusadas de violar el principio de irretroactividad de las leyes y seguridad jurídica (artículo 9 de la Constitución Española), En este punto nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que debemos diferenciar varios tipos de retroactividad de las normas,

siendo que han permitido la retroactividad impropia. La retroactividad impropia se produce cuando la ley afecta hacia el futuro a una situación presente, que aún constituye un proceso no concluido. Es decir, aquella en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro, aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la norma anterior. Por lo tanto este argumento, por sí sólo no es suficiente para acusar a la norma de ilegal, pues hay varios tipos de retroactividad y algunos de ellos permitidos.

Existe no obstante y a nuestro entender un argumento de más peso contra esta normativa: la violación del principio de confianza legítima. Con origen en Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, aparece por primera vez en sentencias de los años 60 y 70. La definición que ha dado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español es la siguiente: "cuando la actuación de la Administración y la apariencia de legalidad de su actuación han movido la voluntad del administrado a realizar determinados actos e inversiones de medios personales y económicos que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que finalmente produce la Administración, máxime cuando esa apariencia de legalidad indujo a confusión al interesado, causándole unos daños que no tiene por qué soportar jurídicamente" (STS de 8 de junio de 1990, citada en STS de 17 de febrero de 1997). El Estado Español, al ejercer la potestad reglamentaria que le reconocía la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico para fijar las tarifas aplicables a las energías renovables, estableció y sigue estableciendo la aplicabilidad de determinadas tarifas a la totalidad de la energía producida por un determinado periodo de tiempo (25 años). Los inversores europeos han realizado sus inversiones en la confianza generada por tal norma y ahora deben enfrentarse a un cambio que no era objetivamente esperado ni esperable. La alegación de la infracción de este principio por modificaciones en el sistema tarifario fue alegada sin éxito ante el Tribunal Supre-

mo, pero el motivo de que no se estimara la misma fue que quien la alegaba no había realizado su inversión al amparo de la normativa modificada, por lo que no estaba en condiciones de alegarlo.

En cualquier caso, al haber adoptado la última modificación (Real Decreto Ley 14/2010) la forma de Real Decreto Legislativo (una Ley dictada por el gobierno por razones de urgencia y ratificada con posterioridad por el parlamento) no es posible para los administrados accionar directamente contra la misma por infracción de principios constitucionales, dado que no se alegaría la infracción de ningún derecho fundamental. Por lo tanto sólo podrán hacerlo de forma indirecta, es decir contra los actos de aplicación de la norma, e intentando que el Juez plantee una pregunta al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la norma. El RD 1565/2010, en tanto norma de carácter reglamentario, si puede ser objeto de impugnación directa por cualquier administrado. Ahora bien, dado que lo que ha hecho dicho decreto es eliminar el derecho a percibir una tarifa por tiempo indeterminado (recordemos que se establecía una tarifa a partir del año vigésimo sexto y por periodo indeterminado) no sería de aplicación la infracción del principio de confianza legítima, dado que dicho principio no garantiza situaciones de ventaja económica de manera indefinida.

Por lo tanto en esta primera aproximación jurídica podemos alcanzar las siguientes conclusiones: las nuevas normas de modificación del sistema retributivo pueden encontrarse en el marco de la retroactividad impropia, que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Español; no obstante existen argumentos para impugnar el Real Decreto Ley 14/2010 por quebrar el principio de confianza legítima. Asimismo no es posible accionar directamente contra el Real Decreto Ley 14/2010 sino que habrá que hacerlo por vía indirecta o esperar a que lo hagan otras administraciones públicas o poderes del estado, que sí están legitimados para hacerlo de forma directa.