

# Conferencia: La reforma eléctrica

Club Español de la Energía / Unesa

Madrid, 15 de noviembre de 2013

1.- Nos hemos de ocupar de la reforma eléctrica, que en esencia se concreta en el Proyecto de (nueva) LSE, en parte (nueva retribución –a la baja- del régimen especial y sobre todo renovables) ya anticipado mediante el RDL 9/2013, de 12 de julio. Estamos aquí ante un público de iniciados, que seguro conocen su contenido al dedillo. Algo diré, pero antes quiero indicar algunas ideas generales.

El programa no divide las Ponencias por temas o materias, sino por enfoques o perspectivas, así científicos (lo jurídico / empresarial / financiero / sociológico: cuatro en total) como geográficos (lo europeo).

Pero lo cierto es que las cinco Ponencias tienen el mismo objeto. Además, sucede que los confines de cada ciencia son cada vez más porosos. Consecuencia: va a ser inevitable que nos solapemos y repitamos. Yo soy el primero en intervenir y cuento con que voy a “pisar” parte de las intervenciones posteriores. Disculpas por anticipado a todos.

2.- Soy jurista y vengo trabajando en esta materia desde hace aproximadamente 30 años, cuando, en activo como Letrado de las Cortes en la Comisión de Industria del Congreso, participé en la elaboración de la Ley de Explotación unificada del Sistema Eléctrico Nacional (1984): la nacionalización de la red de transporte y la creación de REE, para entendernos.

En estos treinta años han cambiado muchas cosas, pero sobre todo una: la legislación eléctrica “se ha hecho famosa”. De algo casi clandestino (arcano, esotérico, sólo para “gurús”) se ha pasado a la primera página de los periódicos, día sí y día también, mucho más que otros sectores económicos (hidrocarburos o telecomunicaciones, por ejemplo). Motivos: los hay patológicos (déficit de tarifa, sobre cuyas causas –renovables sí o no- tenemos una polémica que constituye una

nueva manifestación de “las dos Españas” de Machado, como Joselito / Belmonte, Real Madrid / Barça o, según Miguel Miura en “Ninette”, fabada / cocido), pero también otros que se deben valorar de manera positiva: sociedad más concienciada de la importancia de la electricidad (ya no sólo “la luz”).

Con un aditamento, típico español: si la regulación se ha hecho célebre lo ha sido para su mal. Todo el mundo la crítica y todos, incluidos los consumidores, afirman sentirse perjudicados por ella. Otro de los Ponentes (Pérez Díaz) disertaré sobre esos aspectos sociológicos con mayor profundidad que yo.

¿Qué otra cosa ha sucedido en estos treinta años? Por supuesto, la europeización de la sociedad española y su economía. Aquí, tenemos no una Directiva, sino dos, ambas de 2009 (la de normas comunes para el mercado interior y la de renovables, tan contradictorias entre sí), pero lo cierto es que, en lo físico, los Pirineos siguen siendo una barrera (casi) infranqueable: a nuestro pecado original de carecer de fuentes de energía primaria se añade la falta de interconexiones, que nos “insulariza”, en el sentido de que, en lo eléctrico, seguimos siendo tan castizos que Unamuno y mi paisano Ganivet se pondrían muy contentos. Pero de Europa va a hablar otro Ponente y yo no quiero decir ahora más.

3.- Me centro en lo jurídico-administrativo.

Intervencionismo / Regulación. Siempre intenso (SIEG, jamás libertad total). El cotejo se tiene que hacer con sectores cercanos (gasolinas, teléfono; también y sobre todo gas).

Pues bien:

\* Permanencia de la fijación de precios por los poderes públicos. Y además en varias etapas: no sólo para consumidor final (TUR, de muy amplio ámbito subjetivo), sino también peajes de acceso. Rasgo insólito (ya no ocurre en gasolina o teléfono).

\* “Caja única” (“sistema”). Y prestadores finales como recaudadores al servicio de ella. Rasgo aún más insólito.

Por supuesto que eso tiene una explicación: el suministro de electricidad es indispensable para la vida (y cada vez más), pero sucede que es algo que no se puede almacenar. De ahí los monopolios (transporte y no sólo) y la figura del “operador del sistema”.

Sector no ya especial, sino literalmente único.

Se suele hablar del trilema: suministro / economía / medio ambiente (EEE).

Problema adicional de España: “politización” del asunto. Las decisiones básicas (sobre todo, la citada fijación de precios y por tanto la determinación de los ingresos del sistema) no es automática ni está en manos de un regulador independiente, sino que las normas lo continúan dejando en manos de políticos (Ministro, CDGAE, Gobierno). La experiencia de los últimos quince años, con tiros y troyanos, demuestra que es una calamidad.

Entremos ya propiamente en el asunto.

4.- En concreto: nueva LSE. Esencialmente continuista en lo formal. División por títulos y capítulos: “Separación de actividades”. Lo (teóricamente) libre y lo regulado.

Más continuista que muchas modificaciones de la actual LSE de 1997 (como la de 2007).

En lo material, también, aunque menos. Carece de sentido, en estos escasos 30 minutos, hacer un listado punto por punto: quien mucho abarca, poco aprieta. Prefiero centrarme en una cosa, ya referida. Nuevo régimen económico de la producción (sobre todo, del hasta ahora llamado “régimen especial”, con las renovables a la cabeza). Tampoco ahí propiamente novedades, porque en efecto vino anticipado por el famosísimo RDL 9/2013, de 12 de julio, cuya fecha de

efectividad real (1 de enero) va a coincidir con la entrada en vigor de la nueva LSE. Para entonces, además, tendremos unos parámetros concretos (vía futuro Real Decreto y sobre todo Orden Ministerial) para hoy todavía seguimos ignorando.

Para centrarme en lo mío (lo jurídico), quiero dedicar cierta atención a una palabra que se usa con frecuencia en estos tiempos de recortes y con ánimo de descalificar: “retroactividad”. Quien la invoca suele estar pensando en que tal cosa significa además necesariamente “ilicitud” o “invalidez”.

Los juristas sabemos que las cosas son mucho más complicadas. Es esta una ocasión idónea para poner los puntos sobre las íes.

Origen: Dº penal. Nadie puede ser castigado si los hechos no estaban tipificados como delito en el momento de producirse. Y la sanción (y su manera de aplicarse) es sólo la establecida entonces: principio de irretroactividad (Art. 25.1 CE). Sentencia del TEDH sobre la doctrina Parot.

Con su contrapartida: retroactividad “in bonus”. No sólo es posible, sino que constituye un auténtico derecho subjetivo.

Pero la cosa se complica cuando nos salimos del Derecho penal y vamos a otros sectores del ordenamiento, donde, lejos de las perspectivas instantáneas, nos hemos de fijar en relaciones jurídicas de largo aliento en las que, además, hay cosas que son al tiempo buenas para unos y malas para otros.

Ejemplo, Derecho Civil, y en singular Derecho de familia: matrimonio. Hasta 1981, no divorcio. Luego (2005), modalidad “express”.

¿Aplicable a matrimonios celebrados con anterioridad? Hay un consenso en entender que sí, pero podría discutirse: lo cierto es que en el momento de celebración las reglas eran otras (menos flexibles). Eso puede ser malo para uno (el que se quiere divorciar y por tanto pretende aprovechar las nuevas normas), pero bueno para el otro (el que no quiere).

Dos conceptos:

- SAVIGNY: reglas de adquisición de un derecho se deben extender a lo largo de toda su vigencia. Ejemplo de las renovables: son 25 años –aunque se trate de liquidaciones mensuales-, pero todo quedó dicho el primer día. Si se modifican (a la baja) en el años 24 y para el período que queda, eso es retroactividad.

- ROUBIER (1920/1930): “Eficacia inmediata”. Las normas se aprueban y tienen vocación de aplicarse desde entonces. Eso no es retroactividad.

Dicho de otra manera: Savigny se fija en lo que se dijo en el primer momento (foto fija) y Roubier tiene la perspectiva de las liquidaciones (mes a mes).

Esta segunda perspectiva es la que ha triunfado y la que en España aplican el TC (en aplicación del Art. 9.3) y el TS. En los siguientes concretos términos:

a) Se deben distinguir grados: hay retroactividad máxima o auténtica (la que afecta a situaciones ya consolidadas: la Ley de Memoria Histórica como ejemplo de “reescritura”). Que te obliguen a devolver dinero ya percibido.

b) Lo otro (que el famoso año 24 a 25 tenga un nuevo régimen económico) no es retroactividad “propia”.

c) En cualquier caso, retroactividad no significa necesariamente ilicitud. En el primer caso (la auténtica), lo será como regla general, pero pueden caber excepciones en función de las circunstancias. En el segundo escenario sucede lo contrario: presunción de licitud, salvo excepciones (las cubiertas por principio de confianza legítima).

Dicho de otra manera: la noción de “retroactividad” se elaboró para proteger el “statu quo” (la seguridad jurídica) frente a las innovaciones del ordenamiento. A comienzos del siglo XX (sociedad urbana e industrial, y por ende con normativa cambiante), el

concepto tuvo que encogerse. Pero eso no significa que la gente quedara desguarnecida: siguiendo una conocida, ley física relativa a los gases, el espacio así liberado ha venido a ser ocupado por otras figuras (confianza legítima como paradigma, aunque con un alcance menor: la sanción suele ser la indemnización, más que la invalidez).

Volviendo a lo que ahora nos concierne: los productores de renovables y sus financiadores (y también la Comisión Europea –no el Tribunal-) tienen en la cabeza el concepto de SAVIGNY, no el de ROUBIER (cierto “retorno al pasado”). Y además presuponen que tal cosa implica siempre ilicitud. No correcto. Problemas de lenguaje (“Diálogo de Ohlendorf”).

5.- Que se obligara a devolver lo que (con los nuevos parámetros) se hubiera percibido de más: retroactividad auténtica e ilícita. El arquetipo.

Que se tenga en cuenta esa “sobrerretribución” para descontarla en lo sucesivo puede ser calificado de dos maneras:

- Medida de efecto equivalente. Igualmente retroactividad auténtica e ilícita.

- Retroactividad impropia, pero (por excepción) igualmente ilícita, por ir contra la confianza ilícita. Tesis sostenida por exjefe de la Asesoría Jurídica de la CNE.

6.- Síntesis: el debate estabilidad normativa / adaptación a las circunstancias cambiantes es eterno. Las soluciones que valen son las equilibradas. En España (el país del péndulo) nos cuesta mucho dar con el punto. Pasamos de la fijación que es propia de la “edad de piedra” (RD 661/2007) al hiperactivismo postmoderno. Es natural que se produzcan conflictos y debates.

7.- A vuestra disposición.

Antonio Jiménez-Blanco