



# REGULACIÓN Y RIESGO REGULATORIO DE LAS INVERSIONES EN SECTORES REGULADOS

## REGULATION AND REGULATORY RISK OF INVESTMENTS IN REGULATED SECTORS

DAVID DE LA TORRE<sup>1</sup>

### RESUMEN

El presente trabajo<sup>2</sup> busca responder algunas interrogantes fundamentales relacionadas a la Regulación en su sentido amplio como parte de la función estatal, para luego analizar conceptos relacionados con los sectores regulados, la mejora regulatoria y, finalmente, el riesgo regulatorio.

Para este último punto, el autor analiza uno de los casos más emblemáticos de regulación a nivel mundial, como es el fomento y desarrollo de energías renovables en España, país pionero en lo relativo al impulso de regulación en energías renovables de la Unión Europea. Por ello, se realiza un breve análisis desde la regulación, doctrina, jurisprudencia y la posición de laudos arbitrales sobre la materia.

### PALABRAS CLAVE

Regulación | Riesgo regulatorio | Seguridad jurídica | Energías renovables

### ABSTRACT

This paper responds some base questions about how the regulation must be understood in a broader sense of the state function, and then analyze concepts related to regulated sectors, regulatory improvement and regulatory risk.

Concerning the regulatory risk, the author analyzes one of the most emblematic cases of regulation around the world, the promotion and development of renewable energy in Spain, the pioneer country in this field in the European Union. Therefore, a brief analysis is made from the regulation, doctrine, jurisprudence and arbitration awards on the matter.

### KEY WORDS

Regulation | Regulatory risk | Legal certainty | Renewable energy

- 
- 1 Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado especialista en asociaciones público-privadas, derecho administrativo y en contratación pública. El trabajo elaborado constituye una opinión personal al momento de su realización, dentro del ámbito doctrinario y académico, y no constituye una posición institucional ni consejo legal, ni adelantan posición sobre el mismo. Contacto: [davidjp.delatorre@gmail.com](mailto:davidjp.delatorre@gmail.com)
  - 2 Este trabajo está basado en uno de los Títulos, "La Mejora Regulatoria", del Trabajo de Fin de Máster: "Mejora Regulatoria: Seguridad jurídica y riesgo regulatorio de las inversiones en energías renovables en España. Una visión panorámica de la experiencia española en regulación de energías renovables y los aprendizajes ante una visión comparada con la regulación peruana", elaborado por el autor para optar el grado de Máster Universitario en Derecho de los Sectores Regulados en la Universidad Carlos III de Madrid.

## CONTENIDO

**1.** La Regulación como función estatal y la mejora regulatoria, **1.1.** La Regulación como función estatal, **1.2.** La introducción del concepto de Regulación, **1.3.** Las limitaciones de la Regulación, **1.4.** ¿Es la regulación algo a evitar? Stop regulation, **1.5.** La Mejora Regulatoria; **2.** Riesgo regulatorio, **2.1.** El riesgo regulatorio, **2.2.** El riesgo regulatorio en el ejemplo del caso de las energías renovables en España, **2.3.** El principio de seguridad jurídica y su relación con el riesgo regulatorio, **2.4.** El fuero arbitral internacional: algunas líneas esenciales sobre las demandas de responsabilidad (relacionado al riesgo regulatorio) contra el Reino de España por contravención al contenido de la Carta de la Energía, **2.5.** Lecciones sobre el riesgo de inversión en sectores regulados; **3.** Conclusiones, **3.1.** Respecto de la Regulación como función estatal y la mejora regulatoria, **3.2.** Respecto de la seguridad jurídica y el riesgo regulatorio; **4.** Bibliografía.

## SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de enero de 2021 y aprobado para su publicación el 03 de junio de 2021.

### 1. LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN ESTATAL Y LA MEJORA REGULATORIA

#### 1.1 LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN ESTATAL

Del Diccionario de la Real Academia Española podemos extraer dos significados relevantes del término "regulación", relacionados con el verbo regular: "Ajustar, reglar o poner en orden algo" (s.f., definición 2) y "Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines" (s.f., definición 3). Ambas definiciones suelen ser usadas indistintamente por la población en general, incluidos los profesionales del Derecho<sup>3</sup>, quienes relacionan el término regulación con la actividad normativa del Estado, es decir, homologan el término regular a la actividad de reglar o normar, esto es, producir normas.

Sobre ello, Del Guayo (2017) sostiene lo siguiente:

Los profesionales de la economía y del Derecho, así como los profesores universitarios del Reino Unido y de los Estados Unidos (y otros países cuyo Derecho está influenciado por ellos) convienen en que la expresión pertenece al campo semántico de *la intervención pública en la vida de los ciudadanos* [énfasis agregado] (p. 20).

---

3 Respecto del uso indistinto entre regulación y normación, Del Guayo, I., señala que debido a que "la regulación tiene que ver con reglas jurídicas (...) Actualmente definimos la regla jurídica como como aquella norma aprobada, promulgada y publicada por alguno de los poderes públicos que tiene competencias para hacerlo. La esencia de la norma y de la regla (jurídica) consiste hoy en su imposición por el poder. De aquí deriva la identificación entre regulación y normación". "La regulación y las reglas", en Regulación (pág. 198). Madrid: Marcial Pons.

Entiéndase así, esta nueva función reguladora<sup>4</sup> como producto de la privatización<sup>5</sup> de actividades reservadas al sector público que pasan a ser parte de la actividad empresarial privada. De esta manera, se verá superado un “estado administrador (paternalista y unilateralmente protector), dando paso a un Estado regulador, donde el protagonismo se comparte con las organizaciones de la comunidad” (Baldwin et al., 2006, p. 16).

En ese entendido, la noción de regulación se tratará, como lo propone el profesor Parejo, para designar al “nuevo fenómeno de manejo y arreglo conforme a criterios públicos de determinados sectores de la vida económica-social” (2017, p. 1381) por parte del Estado.

Como definición personal, ya expuesta en otros trabajos, propongo definir la regulación como aquella actividad que realiza el Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos, además de ser una función pública de dirección para el cumplimiento de determinados fines.

## 1.2 LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN

Si bien, como señala el profesor Juli Ponce, el origen del término Regulación proviene de los Estados Unidos de Norteamérica: *regulation* y *rule-making*,

Siendo el término *regulation* empleado tanto para referirse a la intervención administrativa sobre servicios de interés general de titularidad privada (*public utilities* sobre las que se desarrolla una *economic regulation*), desarrollada mediante, Comisiones, *independent regulatory commissions*, como en relación a la misma intervención en búsqueda de objetivos sociales (*social regulation*), desarrollada por Agencias, agencias que carecen del «blindaje» especial que caracteriza a las anteriores *commissions*. En ambos casos, la regulación tiene un sentido amplio que incluye la elaboración de reglamentos (*rule-making*), pero no se agota en ellos, incluyendo también actividades como la inspección o la concesión de licencias, por ejemplo. (2003, p. 95)

En ese escenario, Ponce señala que el término *regulation* llega a Europa, en el contexto de oleadas privatizadoras y liberalizadoras en los años ochenta del siglo anterior. Sobre ello, Del Guayo sostiene lo siguiente:

En los países meridionales europeos las palabras regulación, *regolazione*,

- 
- 4 Como indica el profesor Parejo Alfonso, L. (2017). La nueva función pública de la regulación. En Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, en Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Valencia, Tirant lo Blanch, (pág. 1381): “La introducción de la regulación en Europa suele relacionarse con la asunción y el impulso por la actual Unión Europea de políticas de liberalización y privatización con incidencia de la actividad prestacional directa del Estado”.
  - 5 Siguiendo en este punto la conceptualización del profesor Parejo Alfonso, Regulación representa el “Derecho de las consecuencias de la privatización” por tanto y en este sentido, control estatal de sectores de la economía en los que, tras la pertinente operación de liberalización-privatización, debe funcionar el mercado. En “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Madrid, 2010, IUSTEL pág. 60.

regulacao y régulation han sido tradicionalmente utilizadas para referirse a cualesquiera reglas jurídicas vigentes en cualquier sector, con independencia de la institución que las haya producido y de la finalidad perseguida por esas reglas y, en particular, con independencia de que estén específicamente dirigidas a mitigar los efectos negativos de los monopolios naturales. (2017, p. 52)

Como sostiene Del Guayo, el uso tradicional de vocablos en los distintos idiomas (español, italiano, portugués, francés) que se hablan en la Unión Europea, suelen ser traducciones de la palabra inglesa *regulation*, la cual tiene hasta tres acepciones: función pública, norma jurídica nacional, norma jurídica de la Unión Europea (2017, p. 53). De esta manera, se adoptó en Europa la primera acepción como un nuevo concepto de función pública, conforme lo hemos descrito en la parte introductoria de este trabajo, utilizando la regulación en español, de una manera distinta a su concepción primera de reglamentación normativa.

En ese sentido, la regulación debe entenderse en una proporción que va más allá de la producción normativa, es decir, como una función pública. Esto sería una concepción más cercana al término anglosajón del que proviene, *regulation*.

De acuerdo con el profesor Santiago Muñoz Machado, a partir de las dos últimas décadas del siglo XX, muchas empresas de Europa se privatizaron y la mayor parte de los sectores económicos se liberalizaron, abriéndose a la libre competencia. En esa línea, sostiene que, como consecuencia de ello:

Se elevó la importancia de la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general (2009, p. 18).

Como vemos, si bien la regulación no es propiamente nueva, sino que la acepción del término utilizado como "función del Estado". Se dio en Europa a partir de la liberalización del mercado a finales del siglo XX, y la entrada de empresas privadas a brindar servicios de interés general, por lo cual el Estado modificó su actividad, para intervenir en estos mercados, ahora "regulados", procurando el máximo beneficio para los ciudadanos.

Así, podemos hablar de los sectores regulados, como aquellos productos de la liberalización del mercado por parte de los Estados. Valga decir que Latinoamérica fue adoptando estas nociones conforme sus mercados fueron abriéndose y/o privatizándose, dando paso a la intervención del Estado en estos "sectores regulados".

## **La Regulación en el Perú**

Sobre la regulación y los sectores regulados en el Perú, Danós sostiene lo siguiente:

Como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros, la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de

amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura (2010, p. 60).

En ese contexto, para utilizar una definición difundida de sectores regulados, señalaremos que estos son aquellos sectores de la actividad económica donde existe una actividad en libre mercado o de libre competencia, en la que se tienen que observar y respetar la intervención del Estado mediante exigencias o requisitos legales, que no se tienen en los sectores completamente liberalizados. Véase como ejemplo los sectores electricidad, transporte, agua, banca, telecomunicaciones, etc.

Según el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el Expediente N.º 7339-2006-PA/TC<sup>6</sup>:

La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, cuyo tenor es que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.

De esta manera, señala el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que,

Si bien el principio de subsidiariedad al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora.

Así, según el Tribunal Constitucional, dicha función orientadora, en el país, presenta sustancialmente las siguientes características: **a)** el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; **b)** los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, **c)** el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

De lo anterior, se puede apreciar que, en el Perú, el término regulación todavía es utilizado en el contexto de los sectores regulados y no en su más amplia concepción, que vendría a ser, según nuestra propuesta, aquella actividad que, como función pública, realiza el Estado para la intervención en la vida de los ciudadanos.

### 1.3 LAS LIMITACIONES DE LA REGULACIÓN

Legislar mejor es importante. La legislación no es un fin en sí misma, sino un medio para obtener beneficios tangibles para los ciudadanos (...) Una reglamentación bien orientada, basada en datos y escrita de manera simple es más probable que se aplique correctamente y alcance sus objetivos sobre el terreno, ya sean estos económicos, sociales o medioambientales. Unas normas modernas,

---

6 Acción de Amparo Empresa de Transportes Megabus S.A.C. contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín. Fundamento 14.

proporcionadas y adecuadas a su objetivo son esenciales para el Estado de Derecho y la defensa de nuestros valores comunes, pero también para la eficiencia de las administraciones públicas y de las empresas. (Comisión Europea, 2016, 02)

La Comisión Europea en su comunicación sobre la mejora de la legislación, realiza una introducción sobre la producción de una regulación excesiva, la cual llega a entrometerse en la vida de los ciudadanos o de las empresas, en este caso, con demasiadas normas, demasiado detalladas.

Sobre la calidad regulatoria propiamente, es necesario plantearse la pregunta de ¿qué significa que una regulación sea de calidad? y “si esa calidad es también cuantificable de algún modo, porque sólo si la calidad es mensurable podremos plantearnos mejorarla (...) Siguiendo a Bobbio, se puede hablar de calidad con base en la justicia, la validez y la eficacia de la regulación” (Ponce, 2003, p. 05). En ese contexto, es posible enmarcar la justicia y la validez en las formas de la regulación, sus fines y su inmersión en el contexto regulatorio, respectivamente.

Sobre la eficacia regulatoria, podríamos convenir en que esta consiste en el comportamiento de los individuos respecto de una regulación. En ese sentido, se trataría de los efectos de la regulación sobre los administrados, así como el cumplimiento de las metas perseguidas o el logro de los efectos que se desean.

En ese contexto, para conocer la calidad de la regulación, esto es, sus efectos, es necesario evaluarla, para mejorarla, en caso sea necesario. Así se podrá “calcular los impactos y conocer los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (evaluación ex ante o prospectiva) o su aplicación durante un determinado período de tiempo (evaluación ex post o retrospectiva) generan.” (Ponce, 2016)

Como hemos visto en el desarrollo de este título, la actividad regulatoria se enmarca en varios procesos, ya sean materiales, formales o procedimentales, en los cuales se le aplican varias técnicas para su evaluación. En ese sentido, se entiende que, donde se regula, se aplica una reducción de la autonomía o decisión de los administrados, especialmente de las empresas que actúan en el mercado.

A partir de la idea de la intervención sobre la autonomía o el albedrío de los individuos regulados, surge un sesgo basado en la interrogante de ¿hasta cuánto o qué tanto se debe reducir o reglar esa autonomía o albedrío de los administrados?

A nivel de empresas reguladas, resulta importante señalar que, en la función de regulación están incluidos la supervisión, el control de sus actividades y el efecto sancionador. De hecho, de acuerdo con lo propuesto por el profesor Del Guayo, “la situación óptima es aquella donde una agencia reguladora independiente lleva a cabo esas tres tareas” (2017, p. 24). Así, la regulación representa una actuación pública de intervención en el mercado: supervisa, controla y sanciona. Sin embargo, es importante, también, que se entienda un nuevo sentido de la regulación en el que:

La regla es la libertad económica y la excepción es la limitación o intervención mediante la regulación...La regulación es el instrumento para alcanzar esa libertad, porque incide sobre actividades que, si no estuviesen reguladas, acabarían siendo gestionadas descontroladamente por un monopolio o un oligopolio (Del Guayo, 2017, p. 24).

En ese contexto, la regulación no debe entenderse como una traba para el fomento de la economía o como contraria a la libertad de mercado, dado que, en algunos sectores, o se regula o no existe mercado, del mismo modo la regulación debe enfocarse en crear competencia en monopolios, donde la regulación puede impulsar la economía.

En ese entendido, podemos concluir que, si bien la regulación debe entenderse como una excepción a la libertad económica empresarial o libertad de mercado, esta no es necesariamente enemiga del desarrollo económico. Por el contrario, si no fuera por la regulación, habría sectores donde no existirían mercados o estos terminarían siendo gestionados por un monopolio u oligopolio.

#### **1.4 ¿ES LA REGULACIÓN ALGO A EVITAR? STOP REGULATION**

De acuerdo con Hayek, citado en Sunstein (2014), “en ningún sistema que pueda ser defendido racionalmente el Estado deberá inhibirse por completo. Un eficaz sistema de competencia necesita, tanto como cualquier otro, una estructura legal inteligentemente trazada y ajustada continuamente” (p. 43). Así, en comunión con esta idea, ni lo más liberalistas podrían desconocer la falibilidad del mercado. De hecho, basta ver la crisis bancaria internacional, mundialmente conocida, de hace algunos años para demostrar esta posibilidad que puede existir en el mercado.

En ese entendido, una primera afirmación que podemos hacer es que la regulación es necesaria y no es contraria al fomento de la actividad en el mercado. De esta manera, la regulación no es algo a evitar.

No obstante, tal como señala Cass Sunstein, antiguo jefe de la Oficina de la Casa Blanca de Información y Regulación de EEUU (OIRA), “la objeción real debe realizarse con respecto a determinadas formas de regular. Hay quienes se oponen a la regulación que trasciende lo estrictamente necesario para establecer “un sistema de competencia eficaz” (...) La regulación es a menudo confusa, incoherente, redundante y excesiva” (2014, p. 43).

Como vemos, el problema no sería la regulación, sino la regulación que se realiza mal, por lo cual, en ocasiones, resulta necesario simplificarla, de tal manera que deje de ser confusa e incoherente, incluso reducirla, para que deje de ser redundante o excesiva. Todo ello, sin perder el objetivo que se quiere lograr con la actuación de la regulación.

Este ejercicio de análisis de la regulación, si bien puede darse antes de su emisión (siguiendo por ejemplo el análisis costo-beneficio u otro de los mecanismos de análisis ex ante), debe, además, realizarse luego de la emisión de esta, a fin de analizar y medir el efecto real que tuvo.

#### **1.5 LA MEJORA REGULATORIA**

Con el concepto de regulación y la actividad regulatoria del Estado identificado, se señalará cuál es la función que debería cumplir la regulación y cómo se puede aspirar a una mejora regulatoria.

Partiendo de que “el núcleo de la regulación consiste en la fijación de las condiciones económicas de funcionamiento de las empresas reguladas y de sus activos, (incluyendo también) las funciones de supervisión y control de las actividades” (Del Guayo, 2017,

p. 72), se entiende que la regulación debe procurar ser adecuada y de calidad. De hecho, deberá ser la mejor posible (*better* o *smart regulation*), de manera que sus decisiones impacten positivamente y beneficien a la sociedad, siendo más concretos, a los beneficiarios o consumidores finales de los servicios que brinden las empresas reguladas.

En ese contexto, podemos decir en líneas generales que, la mejora regulatoria consiste también en perfeccionar el modo en que esta se aprueba. Así, tal como señala Del Guayo, “se persigue también aligerar las cargas regulatorias que se imponen sobre las empresas y aquello que en inglés se denomina red tape (papeleo)” (2017, p. 135).

Por su parte, la *smart regulation*, o regulación inteligente en español, comprende una legislación de calidad, es decir, “que permita que se alcancen los objetivos regulatorios, al tiempo que se incentiva la dinamización de la economía, la simplificación de los procedimientos y la reducción de cargas administrativas” (Del Guayo, 2017, p. 135).

En ese contexto, es posible señalar que, tal como sostiene Álvarez,

La mejora regulatoria es una amalgama de procedimientos y sistemas de funcionamiento que deben aplicarse durante todo el ciclo de intervención de una política pública en las diferentes fases ex ante, de ejecución y *ex post* (planeamiento, elaboración, aprobación, implementación y seguimiento, revisión y evaluación) para garantizar que ésta se realice de la mejor forma posible (2017, p. 27).

Como lo señala el profesor Marcos Vaquer Caballería, cuando habla del principialismo en el derecho público actual, “en una sociedad, una economía y un Estado cada vez más complejos, se hace más evidente la imposibilidad de reglar exhaustivamente el funcionamiento de la Administración” (2017, p. 268). Ante esta complejidad, se opta por ofrecer al menos, principios que orienten como referencias abstractas “para encauzar y limitar la discrecionalidad” (Vaquer, 2017, p. 268). Es decir, en nuestro concepto, antes de regular se debe pasar por un proceso en el cual se analice la finalidad de la intervención estatal y los fines a lograr, evitando la discrecionalidad y respetando al menos los principios de buena regulación.

En esa línea, sobre un fin claramente identificado (qué se busca/ cuál es el fin), se debe analizar si se requiere la emisión de una regulación al respecto (cómo lograr el fin), y si esta tendrá un efecto trascendente y beneficiosos para el interés general (para qué). De esta manera, si la iniciativa no pasa estos tres filtros, será en principio innecesaria y prescindible.

En Perú, según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Política Regulatoria y calidad de la regulación se tiene que, el gobierno central de Perú tiene diversas instituciones que tienen como parte de sus objetivos de política pública incrementar la calidad de la regulación. Esto incluye principalmente a la Presidencia del Consejo de Ministros, quien está a cargo de la política de modernización que incluye la simplificación administrativa (2018, p. 13). Así, de acuerdo con el informe de la OCDE, para llevar a cabo los proyectos regulatorios, las entidades de la administración pública, deben considerar las guías establecidas en la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa. Esta ley “establece el estándar de calidad legal y de homologación para buscar la calidad regulatoria y aborda conceptos como el propósito de la propuesta regulatoria, el análisis costo-beneficio y la

evaluación de impactos en la legislación vigente.” (2018, p. 13).

## **2 RIESGO REGULATORIO**

### **2.1 EL RIESGO REGULATORIO**

Robert Baldwin, uno de los grandes tratadistas sobre el tema del “riesgo”, lo define como una probabilidad, no necesariamente calculable en la práctica, de consecuencias adversas. Así, señala que “la regulación se concibe como cualquier intento de controlar los riesgos, especialmente mediante el establecimiento y la aplicación de criterios de producto o de comportamiento” (2006, p. 19).

Por su parte, Rodríguez Bajón conceptualiza el riesgo regulatorio a partir de las necesidades del mercado. Así, señala que, dado que los mercados regulados se encuentran dentro de contexto muy cambiante, es posible que eventualmente:

Se va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas, prohibiéndose entonces determinados comportamientos de los agentes del mercado o, en caso contrario, promoviendo o premiando otros (2012, p. 197).

Este señalamiento se basa en que el sector regulado viene condicionado de cierta inestabilidad. Esto, debido a que proviene de una situación de paso de un monopolio a un sector regulado de libre mercado en la que intervienen nuevos actores y circunstancias.

De esta manera, debido al cambio real al que están sometidos los sectores regulados, siempre habrá de entenderse que existe en ellos un riesgo regulatorio intrínseco, como consecuencia del propio proceso de regulación, esto es la evolución tanto de un mercado liberalizado como de la propia normativa que la regula. Esta misma idea la desarrolla Carlos Mingorance, cuando señala que la expresión de riesgo regulatorio estará “referida a la situación de incertidumbre asociada a la posibilidad de sufrir la modificación el marco jurídico de estos sectores económicos y que es consecuencia de su evolución hacia la entrega al mercado” (2013, p. 165).

Tomando algunas ideas base del profesor Del Guayo, en su libro Regulación, iniciaremos señalando que, así como el Derecho privado tiene como característica la autonomía de la voluntad de las partes, en el Derecho público la característica es la reducción, cuando no anulación, de tal autonomía en los aspectos regulados. Así las personas naturales o jurídicas cuya actividad está regulada, se encuentran dentro de una “situación regulatoria” (en contraposición de la relación regulatoria del Derecho privado). Ambos conceptos quedan finalmente subsumidos por el concepto de “posición regulatoria”. Siguiendo a Del Guayo, “hay una variedad de técnicas jurídicas que determinan cuál es la posición regulatoria de las empresas reguladas: las normas, las sentencias, las decisiones del regulador, el anuncio de una norma o decisión regulatoria...” (2017, p. 73). De esta manera, en el momento en el que un regulador toma una decisión, debe tener en consideración la posición regulatoria en la que se encuentran las personas reguladas antes y, claro está, después de tal decisión.

Según el profesor peruano Christian Guzmán Napurí, la regulación (económica) es La intervención administrativa en la economía, propia de un régimen de economía social

de mercado, implica un conjunto de actividades que realiza el Estado a fin de generar determinados efectos en el sistema económico. Dado que permite la actuación del Estado para corregir distorsiones y fallos del mercado de tal manera que funcione eficientemente, permitiendo entonces que pueda distribuir de manera adecuada los bienes y servicios en la economía (2020).

## **2.2 EL RIESGO REGULATORIO EN EL EJEMPLO DEL CASO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA**

Para ejemplificar los alcances del riesgo regulatorio, se analizará uno de los casos más emblemáticos de regulación a nivel mundial, es decir, el fomento y desarrollo de energías renovables en España, siendo este país el pionero en lo relativo al impulso de regulación en energías renovables de la Unión Europea. En ese entendido, a continuación, se realizará un breve análisis desde la regulación, doctrina, jurisprudencia y la posición de laudos arbitrales sobre la materia.

Resulta importante señalar la definición que utilizaremos, a efectos de este trabajo y la explicación que continúa, sobre las Energías renovables. Al respecto, daremos cuenta de la definición estipulada en la Directiva 2009/28 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo del 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Esta establece en su Artículo 2, literal a), que se entenderá por «energía procedente de fuentes renovables», la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás. Esta será, entonces, nuestra definición jurídica por utilizar.

Respecto del sector eléctrico en España, es necesario señalar que, este es un sector de una liberalización relativamente nueva. Sobre ello, se tiene lo siguiente:

El sistema eléctrico español se liberalizó de manera gradual desde 1997 con la primera Ley del sector eléctrico del 27 de noviembre de 1997, que tenía como objetivo la liberalización del sector para hacerlo más competitivo en términos de precio y servicio. Más tarde esta misma ley fue sustituida por otras posteriores que actualizaban dicho marco regulatorio. Antes de esto, los grandes grupos empresariales desarrollaban su actividad de manera integral: generación, distribución y comercialización (MIWENERGÍA, s/f)

Así se impulsó en España (como pionero en Europa) una regulación para la generación de energías renovables, que estimuló, a su vez, la elaboración de un nutrido sistema normativo al respecto. En ese contexto, tanto la propia industria de generación, como la regulación en general, fueron adaptándose a los continuos cambios económicos y tecnológicos del sector. Todo ello, de manera tal que la propia regulación no cayera en desfase o se vuelva anticuada en su aplicación.

Por su parte, como introducción y contexto del tema, señalaremos resumidamente que el deseo inicial del Estado español a través del Real Decreto 436/2004 fue promover la inversión privada en energías renovables para cumplir con sus cuotas de reducción de CO<sub>2</sub> (según la Directiva 28/2009 UE, hasta 2020 alcanzar como objetivos: un 20% menos de emisiones de gases de efecto invernadero, llegar al 20% la cuota de las renovables en el consumo final de energía). Este deseo resultó, por decir lo menos, mejor de lo que esperaban, pues alentó a inversores en proyectos especialmente de

tecnología fotovoltaica, debido a que se les garantizaba una retribución estable. Esto hizo particularmente atractiva la inversión en ese sector.

Ahora bien, se resumirán los principales cambios en la regulación española que suscitaron los conflictos con los inversionistas en el sector eléctrico, especialmente con aquellos que invirtieron en energías renovables:

- La capacidad de energías renovables instaladas en España, experimentó un incremento de más del 200% entre 1990 y 2014. Ello, debido a la implementación de una política regulatoria pionera en la Unión Europea.
- El fomento principal ha sido ofrecer primas a los inversionistas en el marco retributivo a través de un régimen especial que les daba la opción de vender la energía que producían a una tarifa fija, más una prima por su producción. Ello, a través del Real Decreto 436/2004 del 12 de marzo. Asimismo, en dicho decreto se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Este fomento se reforzó, especialmente para las instalaciones fotovoltaicas, a través del Real Decreto 661/2007 del 25 de mayo, por el cual se incrementaron las primas, garantizándolas por los primeros 25 años de puesta en marcha de los proyectos.
- Posterior a ello, el crecimiento de los proyectos de generación en energías renovables fue exponencial, rebasando el porcentaje esperado de generación de 400 Mw a 2200 Mw. Esto trajo un déficit económico de 2000 millones en el Estado debido a las primas que se tuvieron que pagar. Así, el año 2012, a través del Real Decreto Ley 1/2012 del 27 de enero, se procede a la suspensión de nuevos proyectos.
- Finalmente, en el año 2013, se modificó el modelo de incentivos mediante primas dado a través del Real Decreto Ley 9/2013 del 12 de julio. Esto hizo que se pase a una retribución en función de los costes necesarios de producción que pudiera tener una empresa "eficiente y bien gestionada". De esta manera se cambia el precio de retribución garantizado, a una retribución con un modelo diferente.
- Así, concluir señalando que, lo que se busca en este punto no es resaltar nueva forma de cálculo de la retribución, sino el hecho de que, al parecer, se estaría regulando la forma de retribución de manera retroactiva. Esto es cambiando las reglas iniciales con las que los inversores iniciaron sus proyectos, con lo cual se da inicio al cuestionamiento de la estabilidad regulatoria y seguridad jurídica a las inversiones realizadas.

En conclusión, el impacto alcanzado por las inversiones, debido al pago garantizado de la generación de energías fotovoltaicas, es decir, el pago de primas, creó un sobrecoste para el Estado. Asimismo, las subvenciones en proyectos de energías renovables crecieron exponencialmente, por lo cual se tuvo que dar paso a sucesivos recortes<sup>7</sup> de las

7 Según la data de la Asociación Nacional de Productores de Energías Fotovoltaicas, AMPIER, estos fueron: 1. Limitaciones al cobro de la tarifa regulada establecidas por el RD 1565/2010, que reduce drásticamente los años con derecho prima de manera retroactiva. 2. Limitaciones al cobro de la tarifa regulada establecidas por el RDL 14/2010 y la Ley de Economía Sostenible,

primas garantizadas, las cuales, en principio, parecieron actuar de manera retroactiva, es decir, que se incluyeron las inversiones que se realizaron antes de la emisión de las normas. Lo cual, al margen de sendas demandas hacia el Estado, de las cuales daremos cuenta en un título aparte, ha traído no solo conflictos legales, sino una desconfianza en la regulación estatal debido a constantes cambios regulatorios que se fueron dando, resultando en una desconfianza en la estabilidad regulatoria y seguridad jurídica de las inversiones en energías renovables en ese país, hecho que usaremos de ejemplo en este trabajo.

## **La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, sobre el riesgo regulatorio en el caso de las energías renovables**

En virtud de los conflictos que originan los cambios regulatorios, como ya lo hemos visto en los títulos anteriores, la jurisprudencia se ha visto casi obligada a elaborar un principio que sirva de paliativo ante el reclamo de la confianza legítima y seguridad jurídica de la normativa por parte de aquellos que se vieron afectados por los cambios. Así, por ejemplo, se tiene la Sentencia del Tribunal Supremo español, STS del 16 de diciembre del 2015, la cual establece que “el sistema regulatorio habilita para cambios derivados de la evolución de las propias tecnologías y de las circunstancias económicas, siendo exigible soportar lo que viene a denominarse riesgo regulatorio”.

En ese escenario, debemos incidir y señalar que la primera sentencia que da origen al desarrollo del Principio del riesgo regulatorio fue la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2001, Rec. 117/2000<sup>8</sup>, la cual señala en su Fundamento octavo (8) que las empresas “eran conscientes, o debían serlo, de que existía, al menos desde el 1986 en que el Reino de España se adhirió a las Comunidades Europeas, un cierto “riesgo” regulatorio de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia”. En ese sentido, señala la sentencia que,

A lo largo de once años (1986-1997) la previsibilidad del cambio del régimen jurídico hacia un modelo más competitivo, sobre la base de los principios inspiradores del mercado interior comunitario, no podía ser ignorada por unas empresas que, aun cuando sólo fuera por la calidad de sus servicios internos, y, en todo caso, por sus relaciones con el poder regulador estaban en condiciones idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico.

Estas afirmaciones desactivan la apelación al principio de confianza legítima como fundamento de un hipotético derecho a la indemnización derivada del cambio regulatorio. Además de ello, la sentencia continúa señalando lo siguiente:

Los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación normativa –y menos aún si es de ventaja para ellos -preexistente sin

---

que reduce las horas primadas de manera retroactiva, la mayoría de las plantas alcanzan este límite en el mes de agosto. 3. Imposición de un impuesto del 7% a la producción de energía establecido por la Ley 15/2012, y que este colectivo no puede repercutir como el resto de los sujetos pasivos de esta nueva carga impositiva. 4. No actualización de las retribuciones correspondientes a las tarifas reguladas y el Índice de Precios al Consumo General (RDL 2/2013)

8 El caso versa sobre la interposición de recurso contencioso-administrativo número 117/2000 contra el Real Decreto número 2066/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueban las tarifas eléctricas para el año 2000.

variaciones, máxime cuando estas son previsible, correspondiendo a los poderes públicos en el marco de sus respectivas facultades de apreciación adaptar los modelos

En ese sentido, en anotación de Rodríguez Bajón:

La argumentación sobre el riesgo regulatorio se trae a colación en una posterior sentencia de 25 de octubre de 2006, sobre el caso de la regulación de las energías renovables en España, se precisa (Fundamento 3) que: «Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los “riesgos regulatorios” a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye» (2012, p. 197).

### **2.3 EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL RIESGO REGULATORIO**

A partir del título anterior, se aprecia la existencia de una disyuntiva entre la existencia propia del riesgo regulatorio y el respeto al Principio de Seguridad Jurídica en inversiones en sectores regulados. En ese escenario, veremos a continuación cuál es el vértice y relación entre estos dos conceptos.

Al respecto, debemos manifestar que, desde la aparición de las primeras sociedades, se ha querido siempre tener confianza en las autoridades en quienes confiamos la emisión y el cumplimiento de las normas y en un sentido más amplio, de la regulación. Así, con la aparición de los Estados, esta confianza natural se convierte en la necesidad de que nos encontramos seguros ante la actuación del Estado, incluso se ha llegado a hablar de una relación seguridad individual y seguridad del Estado.

En ese escenario, resulta relevante mencionar a Hobbes, quien señala que la esencia del Estado es la personificación de los pactos realizados por los hombres, con el objeto de que éste “pueda utilizar la fuerza y los medios de todos como lo juzgue oportuno para la seguridad de la paz y la defensa común” (citado en Castillo Blanco, 2017, p. 306).

De esta manera, la seguridad jurídica, pensada como la confianza o certidumbre en la actuación del Estado y plasmada en un nivel normativo (como forma de manifestación del Estado) resulta fundamental para el desarrollo de una sociedad. Asimismo, es preciso señalar que, en materia de inversiones, la seguridad jurídica es una “tarea fundamental y precisa en un sistema económico de libre mercado (...) siendo un valor necesario y preciso para su desenvolvimiento” (Castillo Blanco, 2017, p. 306).

Al respecto, Castillo Blanco, citando al autor Pérez Luño, señala que este utiliza dos acepciones para conceptualizar la Seguridad Jurídica: seguridad jurídica en sentido estricto, como “exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus norma e instituciones” y, la seguridad jurídica en sentido subjetivo, es decir, “como certeza del Derecho y como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva” (2017).

En ese contexto, la seguridad jurídica representa la actuación del Estado a través de las normas y, a nivel subjetivo, una confianza en la previsibilidad y las consecuencias de esas normas en la vida de las personas. De esta manera, en principio, la seguridad jurídica está íntimamente ligada con la confianza que tenemos en el Estado, siendo esta una confianza legítima.

En ese sentido, daremos un breve repaso a una de las sentencias más representativas de la hoy Unión Europea sobre el tema de la confianza legítima. Así, en la Sentencia del Tribunal de Justicia del 26 de abril del 1988, "Hauptzollamt Hamburg", se establecieron ciertos requisitos para saber cuándo se estaba ante la vulneración de la confianza legítima, los cuales tomando el planteamiento de Lorenzo de Membiela (2006), son los siguientes:

- a) No es suficiente que la Administración Pública realice insinuaciones o promesas, sino que ofrezca seguridades específicas respecto de la regularidad de la conducta que se quiere consolidar.
- b) Las esperanzas en una decisión deben ser debidamente fundadas.
- c) La posición que se espera adquirir debe ser legal, no contraria a Derecho (p. 261)

Es sobre esta sentencia que luego se ha desarrollado en la Unión Europea el contenido de la confianza legítima. Así, explica el profesor Manuel Rebollo Puig, que la doctrina general sobre el principio de la confianza legítima está muy presente en las sentencias del Tribunal Supremo, tal como la 4628/2003 que reitera el razonamiento de la sentencia de 23 de febrero de 2000, respecto a lo siguiente:

El principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se base en signos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar (2010, p. 346).

En esa línea, los cambios regulatorios no son incompatibles con la confianza legítima, cuando estos sean derivados de exigencias claras del interés general. Como ejemplo, de exigencia por el interés general se encuentra la crisis financiera del 2008 y el déficit del Gobierno por el tema de las primas de energías renovables. Este concepto lo desarrolló el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 270/2015, sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 9/2013 de 12 de julio, por el que se adoptaron medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>9</sup>:

la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión

---

9 Sentencia derivada del recurso de inconstitucionalidad núm. 5347-2013 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contra el art. 1, apartados 2 y 3; disposición adicional primera; disposición transitoria tercera y disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho” y tanto este principio, como su corolario la confianza legítima “no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad” sino que dicha estabilidad regulatoria “es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

Asimismo, para reforzar esta idea, se encuentra la Sentencia “Plantanol” del 10 de septiembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>10</sup>, sobre el uso de energía procedente de fuentes renovables, así como sobre los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En este caso, el Tribunal señaló que la protección de la confianza legítima

[...] está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. *No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales* [énfasis agregado] (2009)

Así, finalmente el Tribunal señala que la confianza legítima tiene alcances que no pueden ir más allá de las facultades discrecionales de una autoridad, pero el operador/ inversionista, para los efectos, debe ser lo suficientemente diligente para prever el cambio de una normativa que pueda llegar a afectarlo. Esto implica que cualquier cambio regulatorio, especialmente de corte normativo, puede llegar a perjudicar a algún operador económico, pero no todos podrán invocar la confianza legítima puesta. Será necesario en ese entendido distinguir las situaciones que merezcan la protección de aquellas en las que el cambio regulatorio obedece a la propia evolución del sector o a criterios de interés general que el Estado prevea.

Sobre la estabilidad regulatoria, Muñoz Machado sostiene lo siguiente:

un problema recurrente y grave que suelen plantear las decisiones regulatorias generales, especialmente las de carácter normativo, es el de su sustitución por otras nuevas impredecibles. Los cambios de regulación afectan severamente a los operadores que actúan en sectores regulados, como bien se comprende, porque perjudican los programas de inversión y desarrollo que hayan podido establecer, así como sus estrategias empresariales y de competencia. Mucho más cuando el regulador les ha permitido adquirir la confianza legítima en la estabilidad de la regulación (2015, p. 166).

A esto, señalar que no solo será entonces necesaria la confianza que se tenga en la

---

10 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009. *Plantanol GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Darmstadt*. Petición de decisión prejudicial: Hessisches Finanzgericht - Alemania.

Directiva 2003/30/CE - Promoción de la utilización de biocarburantes o de otros combustibles renovables en los transportes - Directiva 2003/96/CE - Conformidad con las Directivas 2003/30/CE y 2003/96/CE - Principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

estabilidad de la regulación, sino que además es necesario serlo siendo prudente y diligente.

De lo anterior, se concluye que, si bien es posible confiar en que el Estado dentro de sus funciones hará respetar la seguridad jurídica dentro de sus actuaciones, en este caso regulatorias, un inversionista u operador económico diligente, no puede esperar (y confiar) en que una situación regulatoria se mantenga perenne, menos aún en sectores que evolucionan constantemente, especialmente por temas de nuevas tecnologías. En ese contexto, el operador debe prever razonablemente que un cambio regulatorio o de alguna normativa puede llegar a afectarlo. En esa línea, los inversionistas, especialmente en sectores regulados, deberían conocer bien el negocio y vislumbrar escenarios que podrían serle perjudiciales a futuro y prever, razonablemente, este cambio, para maximizar sus ganancias y/o prevenir pérdidas significativas.

### **La inversión y el régimen económico peruano**

En este punto, y con relación a la seguridad jurídica, analizaremos brevemente lo relacionado a la inversión y al régimen económico peruano. De acuerdo con la Constitución Política del Perú y según lo establecido en su Título III sobre el Régimen Económico, la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (1993, Artículo 58). En ese contexto, se establece y garantiza la Libertad de Contratar (1993, Artículo 62), según la cual las partes en un contrato pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Se permite además que mediante contratos-ley, el Estado pueda establecer garantías y otorgar seguridades que no pueden ser modificados legislativamente.

Es en ese sentido que, la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 63). Así, es posible señalar que la seguridad jurídica tiene algunos candados.

En ese contexto, resaltaremos las principales garantías (seguridad jurídica) reconocidas por la legislación peruana a la inversión - nacional y extranjera - para ello utilizaremos la compilación realizada por la profesora María Teresa Quiñones. Al respecto, como principales garantías tenemos las siguientes:

- (i) La libre tenencia y disposición de moneda extranjera, así como el derecho a repatriar capitales y utilidades.
- (ii) La no discriminación entre inversionistas nacionales y extranjeros, así como el derecho a utilizar cualquier forma societaria.
- (iii) El derecho a utilizar la tasa de cambio más favorable
- (iv) El derecho a suscribir convenios de estabilidad jurídica (para las inversiones superiores a US\$ 10 millones, en los sectores de minería e hidrocarburos, y US\$ 5 millones, para los demás sectores). Estos convenios permiten estabilizar, hasta por 10 años, los regímenes del impuesto a la renta y laboral vigentes al momento de celebrarse el convenio; garantizando también por ese plazo los derechos a la libre repatriación de capitales, a la no discriminación frente a los inversionistas nacionales y a utilizar la tasa de cambio más favorable. Su vigencia es mayor en el caso de concesiones de obras públicas de infraestructura o servicios públicos, pues la ley permite que se extienda a todo el plazo de la concesión. En ese supuesto, el convenio puede incluir,

además, el Régimen de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas y el impuesto que grava los activos netos, según las normas vigentes a la fecha de su suscripción. Los convenios de estabilidad jurídica tienen la naturaleza de “contratos ley”, categoría constitucional que impide que puedan ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado; y (v) La posibilidad de someter las controversias patrimoniales y, específicamente aquellas derivadas de los contratos de inversión y de concesión de obra, a arbitraje nacional e internacional (2016, p. 07).

En este punto, sobre el caso peruano, abordaremos el análisis de los “contratos ley”, los cuales, en el sistema de fuentes de derecho peruano, tienen el grado máximo de reconocimiento a nivel constitucional. Así, en el último párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú, sobre Libertad de contratar, se establece que, “mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente” (1993)

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, a través de su sentencia en el Expediente N.º 005-2003-AI/TC (fundamento 16), señala sobre los “contratos-ley” que, son una expresión que “enfatisa la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados unilateralmente”.

En ese escenario, continúa el Tribunal Constitucional señalando (fundamento 34) que,

A tenor del segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución, así como del mismo artículo 1357º del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquél, *deben fundarse en un interés público específico* [énfasis agregado], lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública.

Así, en la sentencia en comentario, se señala en el fundamento 35 que,

No sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

De lo anterior se entiende que, por una parte, el Tribunal Constitucional precisa que el “contrato ley” es inmodificable y, por otra parte, establece que debe fundarse en un interés público específico. En ese contexto, la interrogante que se desprende está relacionada a saber si es que ese interés público específico ¿tendría que ser pético? Al parecer, en el caso peruano, la respuesta sería sí.

Asimismo, citaremos sobre la seguridad jurídica en Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N.º 016-2002-AI/TC, en la cual consideró

que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional

de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos

Así, tendríamos que, cuando se habla del riesgo regulatorio, debemos tener siempre presente el concepto y los bemoles de seguridad jurídica, y claro, el respeto que debe tenerse a este, dentro de un Estado de derecho. Más aun entendiendo que el riesgo regulatorio está relacionado con las actuaciones del Estado sobre los sectores regulados.

A su vez, resulta importante mencionar lo señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente 10-2014-PI/TC (fundamento 17):

La garantía de certeza y predictibilidad del (y en el) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. (...) Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo.

Esto es, tener en consideración que, pese a las garantías estatales, podría verse una ventana desde donde podría entenderse que no puede existir una petrificación del ordenamiento jurídico, quedando suelto el supuesto de los “contratos-ley”.

Es importante señalar que, para poder atraer los capitales privados necesarios para cumplir con las políticas de los gobiernos, se debe procurar a los inversionistas una perspectiva razonable de la obtención de rentabilidad acorde con el riesgo que implique la inversión y que, si esta rentabilidad no es la esperada, simplemente no invertirán.

Del mismo modo, se espera que las condiciones regulatorias que les son ofrecidas, tengan cierta estabilidad en el tiempo, ya no hablemos de pétreas, pero sí que dentro del periodo de recuperación de la inversión programada, si se producen cambios en el marco regulatorio o en los propios objetivos de las políticas de gobierno, será necesario que, como bien lo resume Santiago Martínez Garrido, que “el sistema arbitre los mecanismos adecuados para compensar aquellas pérdidas que se hayan producido como consecuencia de las condiciones fijadas previamente y en base a las cuales se han realizado las inversiones” (2010, p. 185).

Así, en contexto de lo anterior, la seguridad jurídica y estabilidad regulatoria, no solo consiste en la permanencia razonable del marco regulatorio durante el tiempo que duren las inversiones, sino también que exista un mecanismo adecuado de compensación cuando ello no ocurra.

Esta falta de estabilidad regulatoria o cambio de la propia política de un gobierno hace que las inversiones sean menores o que el coste de captación de capitales sea mayor, en perjuicio de la propia política de desarrollo de los gobiernos, y por su puesto de los consumidores.

No obstante lo anterior, no se puede dejar de mencionar que si bien en Perú las inversiones, incluidas las inversiones en sectores regulados, gozan de seguridad jurídica, estas, en atención a la diligencia de los inversionistas, no deben considerar una regulación perenne

o estática, sino que deben, en función de su conocimiento especializado del sector, prever y de preferencia, coordinar, cualquier cambio en la regulación, producto de la evolución del propio sector, con ello, reducir los riesgos regulatorios sobre sus operaciones. No se puede esperar una regulación estática y menos aún en desmedro de los intereses del Estado y claro está, de los usuarios, aunque las líneas al respecto puedan ser grises, un inversionista o un operador económico diligente debería estar preparado y prever, razonablemente un cambio regulatorio, que le pudiera ser perjudicial.

## **2.4 EL FUERO ARBITRAL INTERNACIONAL: ALGUNAS LÍNEAS ESENCIALES SOBRE LAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD (RELACIONADO AL RIESGO REGULATORIO) CONTRA EL REINO DE ESPAÑA POR CONTRAVENCIÓN AL CONTENIDO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA**

Siguiendo con nuestro ejemplo propuesto sobre riesgo regulatorio respecto al desarrollo regulatorio sobre energías renovables en España, a continuación, se analizarán brevemente las demandas en fuero arbitral realizadas por los inversionistas que se vieron afectados por el cambio regulatorio en energías renovables. En principio, partiremos señalando que la Carta de la Energía es un tratado firmado en diciembre de 1994, el cual, según su propio prefacio, involucra a 49 estados, incluidos los países de Antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los países de la Europa Central y del Este, Japón, Australia, y las Comunidades Europeas con todos sus Estados miembros. Asimismo, dicho tratado está basado en los objetivos políticos establecidos en la declaración política de la Carta Europea de la Energía que fue firmada en diciembre de 1991.

Se señala en el documento citado que aquel tiene el objetivo de facilitar la cooperación en materia de energía y el establecimiento de un marco jurídico fiable y estable que contribuya significativamente a la recuperación económica de los países en transición hacia la economía de mercado.

A continuación, analizaremos brevemente el laudo del Arbitraje 062/2012, caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. contra el Reino de España, de fecha 21 de enero de 2016. Este, fue emitido por el Tribunal Arbitral del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que desestimó las pretensiones de los demandantes. No obstante, contó con un voto disidente que nos parece interesante comentar en esta sección del trabajo.

¿Qué solicitaban los demandantes?

- Se declare el incumplimiento del Artículo 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, al expropiar las inversiones de los demandantes sin una compensación, pronta, justa, adecuada y efectiva.
- Se declare el incumplimiento del Artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía que contiene la obligación de garantizar a los inversionistas un trato justo y equitativo. Según el laudo, “los demandantes alegan que España vulneró el estándar de trato justo y equitativo al modificar de modo inesperado el régimen regulatorio y económico que les era aplicable a sus inversiones y por ende las expectativas legítimas. También alegan que las medidas serían violatorias de sus derechos al ser retroactivos” (párrafo 275).
- Se declare el incumplimiento del Artículo 10.12, del Tratado sobre la Carta de

la Energía que contempla la obligación de establecer en el derecho nacional los medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos.

¿Qué alegaba el Reino de España?

- Que se declare inadmisibile la demanda por pérdida sobrevenida del objeto (por modificaciones en la norma)
- Que, en el supuesto negado de existir jurisdicción válida, se desestimen las pretensiones de resarcimiento en virtud de que los demandados no habrían experimentado daño como consecuencia de las decisiones adoptadas.

¿Qué resuelve el laudo?

Sobre la resolución del laudo, utilizaremos el derrotero descrito por Víctor Hernández-Mendible (2017) en el trabajo que desarrolló a los efectos:

- El laudo comienza rechazando el alegato de inadmisibilidad del arbitraje por pérdida sobrevenida del objeto e inmediatamente procede a analizar los argumentos sobre el fondo.
- Sobre el punto que señala la declaración del incumplimiento del Artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía, el cual contiene la obligación de garantizar a los inversionistas un trato justo y equitativo, es importante recordar que dicho artículo establece que:

De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de estas

En atención a ello, el tribunal determinó que “no existen compromisos específicos adoptados personalmente frente a los demandantes, como una cláusula de estabilización o cualquier tipo de declaración que el Estado hubiese efectuado a los inversores” (citado en Hernández-Mendible, 2017, p. 245), por lo cual no existe afectación. Asimismo, señaló que “la expectativa debe ser razonable al caso concreto, siendo relevante las representaciones eventualmente realizadas por el Estado para inducir la inversión” (citado en Hernández-Mendible, 2017, p. 245). Esto es, en nuestro entendimiento, que las inversiones estaban enmarcadas dentro de una regulación general que, si bien generaba expectativas, lo hacía en forma razonable al contexto en el que se encontraba.

Resulta importante resaltar el voto disidente del árbitro Guido Santiago Tawil, quien sostuvo que, “cuando un inversor cumple con todos los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor a un derecho específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión viola una expectativa legítima”

(citado en Hernández-Mendible, 2017, p. 249) En esa línea, según el árbitro, el Estado en este caso tiene responsabilidad y por ende debe compensar al inversor.

Sobre el incumplimiento del Artículo 10.12 del Tratado sobre la Carta de la Energía, que contempla la obligación de establecer en el derecho nacional los medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos, el laudo señala que sí existen métodos idóneos para cuestionar la validez de los actos jurídicos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y que, de ser el caso, se podrá plantear una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Por ello, el Tribunal Arbitral rechazó los alegatos de los demandantes.

Asimismo, es importante señalar que similares argumentos con el mismo derrotero se obtuvieron en el Arbitraje de Isolux Infrastructure Netherlands B.V. contra el Reino de España, ocurrido en julio del 2016, donde se desestimó la pretensión de los demandantes.

Finalmente, dentro de este corto análisis de laudos, se encuentra el fallo del Arbitraje "Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. Contra el reino de España", en el que se falla por primera vez en contra de España. Si bien no se trata de energía fotovoltaica sino termoeléctrica, se cuestionan los cambios normativos en el sector eléctrico español. Según la autora María José Alonso Mas, a quien seguiremos en el desarrollo de este laudo, esta diferencia de sistemas de producción, en este caso termoeléctrico, puede ser lo que inclinó la balanza en contra de España, toda vez que las inversiones en este sector tienen un periodo de recuperación mucho mayor que el de las fotovoltaicas, en la cual dependiendo del tamaño de la planta no es necesaria una inversión de las magnitudes de la termoeléctrica (2017, p. 08).

El planteamiento en esta demanda iba dirigido contra el nuevo sistema implantado primero por el Real Decreto ley 9/2013 y después por la Ley 24/2013, así como contra las normas que la complementan y desarrollan. Señalaban que, en los cambios normativos, se habría producido una expropiación indirecta de las inversiones de la demandante.

Al respecto, Alonso Mas sostiene lo siguiente:

El tribunal entiende que el derecho a un trato justo y equitativo comporta entre otras consideraciones que exista una cierta estabilidad, aunque ésta no sea absoluta, en el régimen jurídico de las inversiones. Es decir, sin negar la potestad estatal de modificación del régimen jurídico aplicable para adaptarlo a las nuevas circunstancias y necesidades, hay que garantizar unas condiciones estables y transparentes para las inversiones (2017, p. 11).

Si bien el objetivo de este trabajo no es el análisis concreto de los fundamentos de los laudos arbitrales sobre la problemática del entorno regulatorio en el sector energético español, no dejaremos de mencionar, a modo de término, cuál fue la conclusión del arbitraje. Así, el fallo en el caso Eiser estableció que

El Demandado violó el Artículo 10(1) del Tratado de la Carta de la Energía, al no otorgar un trato justo y equitativo a las Demandantes. En vista de esta decisión, el Tribunal no necesita resolver las otras reclamaciones de las Demandantes por violación del Tratado de la Carta de la Energía.

En ese contexto, se otorgó a las Demandantes la suma de 128 millones de euros por

concepto de daños que el Reino de España, como Demandado, debe pagar.

A la fecha, se tiene conocimiento de que existen una treintena de arbitrajes pendientes por los que se reclama a España más de 8 000 millones de euros, por la supresión de las primas a las renovables.

No obstante, una actualización que consideramos importante señalar es que, en el año 2020, entró en vigor el Real Decreto ley 17/2019, emitido por el Consejo de Ministros español “para dar certidumbre al marco retributivo de las energías renovables e impulsar una transición energética justa” (MITECO, 2019). Así, entre las medidas estipuladas, se establece que, “para dar certidumbre y visibilidad a las instalaciones renovables, de cogeneración y residuos para el próximo periodo regulatorio y activar una respuesta para las instalaciones que vieron modificado su régimen retributivo con la normativa de 2013, y para reforzar la credibilidad de la apuesta española por el cambio de modelo energético y movilizar las inversiones” (MITECO, 2019), se garantiza y establece una retribución razonable en un periodo que comprende hasta el 2031.

De acuerdo con el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la medida

No será de aplicación cuando exista el derecho a percibir una indemnización como consecuencia de una sentencia firme o un laudo arbitral definitivo, o se mantengan abiertos los procesos arbitrales o judiciales en curso, salvo que se acredite renuncia fehaciente a la percepción de dicha compensación, continuación o reinicio de dichos procesos (2019).

En esa línea, se otorga la posibilidad de gozar de un marco regulatorio especial a las empresas que habrían sido perjudicadas por el cambio de regulación debido a la crisis financiera de la década pasada, siempre y cuando renuncien a los procesos o compensaciones producto de controversias sobre el cambio regulatorio ocurrido. A la fecha, según detalla el Centro Iberoamericano de Arbitraje, hay algunas empresas que han optado por el régimen especial, renunciando a los fueros arbitrales (2020).

## **2.5 LECCIONES SOBRE EL RIESGO DE INVERSIÓN EN SECTORES REGULADOS**

A partir de lo analizado, se entiende que las empresas que libremente se instalan en un sector regulado deben ser conscientes y prever que los incentivos como parámetro normativo están destinados a ser cambiados con el tiempo. Así, las empresas en régimen especial regulado, no tienen un “derecho inmodificable” a que la regulación se mantenga inalterada, especialmente en lo que respecta a la percepción de sus retribuciones, sino que, al estar en un mercado regulado, siempre existirá la posibilidad de que el régimen en el que se encuentran sea modificado.

Sobre ello, en el fundamento cuarto de la sentencia de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español se sostiene que

Los agentes u operadores privados que “renuncian” al mercado, aunque lo hagan más o menos “inducidos” por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, saben o deberían saber que dicho marco regulatorio, aprobado en un determinado momento, coherente con las condiciones del escenario económico vigente,

ulteriormente no podrá ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias (Rec. 40/2011).

En ese sentido, es posible apreciar que los marcos regulatorios se adoptan con base en ciertas circunstancias y condiciones. Así, si estas varían, la regulación no será ajena a esta variación.

La seguridad jurídica no puede tomarse como un freno a las modificaciones normativas, más aún en mercados donde las nuevas tecnologías tienen gran implicancia. Esto, pues se podrían requerir ajustes sucesivos en atención a la evolución y la curva de aprendizaje y madurez del sector. De tal modo, una modificatoria en la regulación podría considerarse previsible a la vista de las circunstancias económicas, por lo cual un operador económico “prudente y diligente”<sup>11</sup> no debería sorprenderse por un marco regulatorio evolutivo (STS Rec. 118/2013).

Sobre la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima y en base al caso de las energías renovables en España, el Tribunal Constitucional español<sup>12</sup> señaló que, el principio de seguridad jurídica debe entenderse como “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho” y, tanto este principio, como el de la confianza legítima, “no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad”, sino que dicha estabilidad regulatoria “es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general” (STC 182/1997).

A este punto, resulta importante añadir lo señalado por el profesor Luciano Parejo, quien, a partir de lo propuesto por Muñoz Machado, sostiene que, respecto de las características del riesgo regulatorio:

Pueden darse en todas las actividades económicas sometidas a intensa regulación (sectores regulados), generalmente como consecuencia de un proceso de liberalización.

- i) Las empresas y entidades que desplieguen su actividad en tales sectores económicos tienen el deber de conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad; grado derivado del sometimiento de la regulación a cambios en función de las circunstancias y de los objetivos del marco regulador.
- ii) Se traduce en un cambio sobrevenido y significativo de las reglas previamente establecidas capaz de afectar a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

---

11 Sobre este tema, se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS de 16 de marzo de 2015 (Rec. 118/2013), y señala que una modificatoria de la normativa podía considerarse previsible a la vista de las difíciles circunstancias económicas del sector eléctrico, por lo cual un operador económico “prudente y diligente” no podía sorprenderse por aquel cambio normativo.

12 Véase la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13; la STC 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3; la STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6 y la STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 8.

- iii) Y, por lo dicho, se asimila, una vez que se ha actualizado, al concepto de «deber jurídico de soportar [el daño] de acuerdo con la Ley», toda vez que su concurrencia excluye la responsabilidad patrimonial derivada de la modificación normativa sobrevenida (2017: 229)

En ese entendido, concluimos que, en las actividades económicas sometidas a intensa regulación, los operadores económicos deben conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad. Por ello, deben prever de manera prudente y diligente posibles cambios en la regulación del sector, que acompañen al propio desarrollo o evolución de este.

### **3 CONCLUSIONES**

Del análisis desarrollado en el presente artículo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

#### **3.1 RESPECTO DE LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN ESTATAL Y LA MEJORA REGULATORIA**

- La noción de regulación, como lo propone el profesor Luciano Parejo, debe entenderse como el nuevo fenómeno de manejo y arreglo conforme a criterios públicos de determinados sectores de la vida económico-social por parte del Estado. De esta manera, a través de la regulación, se busca imponer obligaciones a los operadores de un mercado regulado, para que su natural afán de beneficio sea compatible con las exigencias del interés general de la sociedad.
- En ese contexto, la regulación debe entenderse en una proporción que va más allá de la producción normativa, siendo más cercana al término anglosajón del que proviene, *regulation*, es decir, que representa una función pública.
- En esa línea, desde nuestro concepto, la regulación se define como aquella actividad que el Estado realiza como función pública para la intervención en la vida de los ciudadanos.
- Para el caso de la Mejora Regulatoria, esta debe entenderse como la adopción de buenas decisiones regulatorias, de manera que estas impacten positivamente y beneficien a la sociedad, particularmente a los beneficiarios o consumidores finales de los servicios que brinden las empresas reguladas.
- Siguiendo los principios de la Mejora Regulatoria, las decisiones que se adopten deben ser tomadas de acuerdo con tres exigencias base: una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.
- De esta manera, sobre un fin claramente identificado (qué se busca/ cuál es el fin), se debe analizar si se requiere la emisión de una regulación al respecto (cómo lograr el fin) y si esta tendrá un efecto trascendente, así como beneficioso para el interés general (para qué). En ese sentido, si la regulación propuesta no pasa estos tres filtros, será, en principio, innecesaria y prescindible.
- En ese entendido, el problema no sería la regulación propiamente, sino la

regulación que se realiza mal. Por ello, resulta necesario simplificarla, para que deje de ser confusa e incoherente, incluso reducirla, para que deje de ser redundante o excesiva o, al menos, hacerla previsible. Todo ello, sin perder el objetivo que se quiere lograr con la aplicación de la regulación.

### 3.2 RESPECTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL RIESGO REGULATORIO

- En el contexto anterior, la estabilidad regulatoria, no solo consiste en la permanencia razonable del marco regulatorio durante el tiempo que duren las inversiones, sino también que exista un mecanismo adecuado de compensación cuando ello no ocurra. La constante mutación y alteración dista de cumplir con los principios de buena regulación y redundante en incertidumbre regulatoria para los inversores.
- Se debe tener en cuenta la experiencia internacional sobre el denominado riesgo regulatorio, mediante el cual se dice que los inversionistas o agentes de mercados regulados, por el hecho de estar en un mercado especial, deben siempre prever que existe la posibilidad de que se produzcan cambios o correcciones en el mercado, sobre todo condicionados por los cambios económicos y tecnológicos y que, si estos son de alguna manera previsible, no habría una vulneración a la seguridad jurídica o estabilidad regulatoria.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M. (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, 8-25. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/06/2017\\_06\\_12\\_Alonso-Mas\\_Regimen-apoyo-economico-energias-renovables.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/06/2017_06_12_Alonso-Mas_Regimen-apoyo-economico-energias-renovables.pdf)
- Álvarez, M. (2017). La mejora de la regulación en España como política pública: Análisis y evolución. *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas*, (17), 26-39. <http://www.redalyc.org/articulo.oa>
- Castillo Blanco, F. (2017). Capítulo III. Seguridad jurídica y manifestaciones conexas. En Fernández, S., Valero, J. y Gamero, E. (Coord.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. (pp. 305-374). Tirant lo blanch.
- Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. contra el Reino de España, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. 062/2012. (2012).
- Centro Iberoamericano de Arbitraje (22 de octubre de 2020). Nuevos inversores de renovables abandonan arbitrajes contra España. <https://ciarglobal.com/nuevos-inversores-abandonan-las-demandas-de-arbitraje-contra-espana/>
- Comisión Europea. (2016). Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0615&from=NL>

- Constitución Política del Perú [Const.]. (29 de diciembre de 1993).
- Danós, J. (2010). Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 59-94. <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>
- Del Guayo, I. (2017). Regulación (Monografías jurídicas). Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491232629.pdf>
- Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.à r.l. contra el reino de España, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [CIADI], Caso No. ARB/13/36. (2017).
- Expediente N° 7339-2006-PA/TC (2007, 13 de abril). Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda (Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>
- Expediente N° 005-2003-AI/TC (2003, 03 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú, Pleno Jurisdiccional (Alva Orlandini). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>
- Guzmán, C. (2020). Intervención administrativa en la economía peruana. Blog Escuela de Postgrado de la Universidad Continental. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/intervencion-administrativa-en-la-economia-peruana>
- Hernández-Mendible, V. (2017). El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne b.v. y Construction Investments s. A. R. L. Vs. Reino de España. *Revista de Administración Pública*, 202, 223-253. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.08>
- Hood, C., Rothstein, H., & Baldwin, R. (2006). El gobierno del riesgo: Aproximación a los regímenes de regulación de riesgos. Ariel.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (2015). Boletín Oficial del Estado, 236, de 2 de octubre de 2015, 89343 a 89410. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/dof/spa/pdf>
- Ley 54/1997, de 7 de noviembre, del sector eléctrico. (1997). Boletín Oficial del Estado, 285, de 28 de noviembre de 1997, 35097 a 35126. <https://www.boe.es/boe/dias/1997/11/28/pdfs/A35097-35126.pdf>
- Lorenzo De Membiela, J. El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública. *Revista de Administración Pública*, 171, 249-263.
- Martínez, S., López-Ibor, V., García, M. y Sala, P. (2010). La estabilidad regulatoria ¿qué límites a la innovación de los marcos regulatorios?: mesa redonda. En Serrano,

M. y Bacigalupo, M. (Coord.), Cuestiones actuales del derecho a la energía: regulación, competencia y control judicial. (pp. 183-240). IUSTEL

Mingorance, C. (2013). Energías renovables y riesgo regulatorio: Los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales. Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, 87, (137-185). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4793950>

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico – MITECO. (22 de noviembre de 2019). El Consejo de Ministros aprueba un Real Decreto-ley para dar certidumbre al marco retributivo de las energías renovables e impulsar una transición energética justa. <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-consejo-de-ministros-aprueba-un-real-decreto--ley-para-dar-certidumbre-al-marco-retributivo-de-las-energ%C3%ADas-renovables-e-impulsar-una-transic/tcm:30-504399>

MIWENERGÍA. (s.f). El Sistema Eléctrico en España. <https://www.miwenergia.com/sistema-electrico-espana-2/>

Muñoz, S. (2009). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En Muñoz, S. (Dir.), Derecho de la regulación económica (Vol. I) (pp. 15-244). IUSTEL.

Muñoz, S. (2015). Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración (4º ed.). Boletín Oficial del Estado.

OCDE. (2018). Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria (Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria). Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264279001-es>

Parejo, L. (2017). La nueva función pública de la regulación. En L. Parejo y J. Vida (Coords.), Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (pp. 1379-1412). Tirant lo Blanch.

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (27 de setiembre de 2001). Relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad. [Directiva 2001/77/CE]. Eur-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=ES>

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (08 de mayo de 2003). Relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte. [Directiva 2003/30/CE]. Eur-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0030&from=ES>

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (27 de octubre de 2003). Por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. [Directiva 2003/96/CE]. Eur-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0096&from=es>

- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (23 de abril de 2009). Relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. [Directiva 2009/28/CE]. Eur-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=SK>
- Ponce, J. (2003). La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones. *Revista de administración pública*, (162), 89-144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784925>
- Ponce, J. (2016). La innovación al servicio del buen gobierno y la buena administración. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/41CF59ADD490573D052581BC00759ED9/\\$FILE/poncesol.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/41CF59ADD490573D052581BC00759ED9/$FILE/poncesol.pdf)
- Ponce, J. (2018). La doctrina de la mejora regulatoria (better regulation) y los principios de buena administración. [cátedra]. Máster en Sectores Regulados de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Quiñones, M. (2016). Inversiones Extranjeras en el Sector Energético en el Perú. En Esplugues, C. (Coord.), *Inversiones Extranjeras en el Sector Energético en Latinoamérica* (pp. 576-613). Tirant lo Blanch [https://qalegal.pe/documentos/INVERSIONES\\_EXTRANJERAS.pdf](https://qalegal.pe/documentos/INVERSIONES_EXTRANJERAS.pdf)
- Real Academia Española. (s.f.). Regular. En *Diccionario de la lengua española*.
- Rebollo, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. Lex Nova.
- Rodríguez, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencia. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*. 188, 189-205. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40502>
- Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, Real Decreto por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (2004). *Boletín Oficial del Estado*, 75, de 27 de marzo de 2004, 13217 a 13238. <https://www.boe.es/boe/dias/2004/03/27/pdfs/A13217-13238.pdf>
- Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (2007). *Boletín Oficial del Estado*, 126, de 26 de mayo de 2007. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>
- Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. (2008). *Boletín Oficial del Estado*, 234, de 27 de septiembre de 2008, 39117 a 39125. <https://www.boe.es/boe/dias/2008/09/27/pdfs/A39117-39125.pdf>

- Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. (2012). Boletín Oficial del Estado, 24, de 28 de enero de 2012, 8068 a 8072. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/01/28/pdfs/BOE-A-2012-1310.pdf>
- Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. (2013). Boletín Oficial del Estado, 167, de 13 de julio de 2013, 52106 a 52147. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/07/13/pdfs/BOE-A-2013-7705.pdf>
- 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. (2014). Boletín Oficial del Estado, 140, de 10 de junio de 2014, 43876 a 43978. <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/10/pdfs/BOE-A-2014-6123.pdf>
- Sentencia del 10 de septiembre de 2009. Plantanol, C-201/08,EU:C:2009:539 Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Tercera. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0201:ES:HTML>
- Sentencia 117/2000 (2001,11 de junio). Tribunal Supremo español -Sala Tercera (Campos Sanchez-Bordona). <https://supremo.vlex.es/vid/energia-electrica-tarifas-an-as-15209082>
- Sentencia 270/2015 (2015,17 de diciembre) Tribunal Constitucional español (Pleno). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-631>
- Sentencia 966/2015 (16 de marzo 2015), Recurso de Casación 118/2013, Tribunal Supremo Español (Campos Sanchez-Bordona). <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/8c81ac8bedc40fb5/20150326>
- Sentencia 2320/2012 (12 de abril 2012), Recurso Contencioso Administrativo 40/2011, Tribunal Supremo español (Campos Sanchez-Bordona) <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6347999/Energia%20electrica/20120427>
- Sunstein, C. (2014). (Más) simple: El futuro del Gobierno. Marcial Pons.
- Vaquer, M. (2017). Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones públicas. En Fernández, S., Valero, J. y Gamero, E. (Coord.), Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público. (pp. 265-303). Tirant lo blanch.