

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**631** *Pleno. Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5347-2013. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Límites a los decretos-leyes, principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de los preceptos legales que establecen un nuevo régimen retributivo para los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 5347-2013 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representado por el Letrado de la Comunidad Autónoma, 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, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. El día 20 de septiembre de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional, escrito del Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por el que, en nombre y representación de la misma, interpone recurso de inconstitucionalidad 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, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, por infracción de los arts. 9.1, 9.3 y 86.1 CE.

Alude en primer término el Letrado, al contexto normativo en el que se inserta la disposición recurrida, señalando que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, regula la producción de energía eléctrica en régimen especial, disponiendo que la misma se regirá por sus disposiciones específicas y, en lo no previsto, por las generales sobre producción eléctrica en lo que resulten de aplicación, y atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para otorgar la condición de instalación de producción, acogida a régimen especial.

En desarrollo de esta previsión legislativa se han dictado un gran número de instrumentos normativos y de planificación, reguladores del esquema legal y económico de la producción de energía eléctrica en régimen especial –que en el escrito de demanda se enuncian de forma detallada– y que, considera el Letrado que ponen de relieve la inseguridad jurídica con que trabajan los operadores económicos que se han arriesgado a participar en la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, singularmente aquellos que lo realizan a través de la utilización de energías renovables.

En este contexto, el Real Decreto-ley 9/2013, establece un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, que supone, esencialmente, la desaparición del régimen de tarifas y de las primas, con modificación absoluta del sistema hasta ahora establecido, obligando a todos los operadores económicos del sector afectado a estar y pasar por el sistema de ingresos derivados, exclusivamente, de la participación en el mercado, con abono, en su caso, de una retribución adicional sólo en aquellos supuestos en que sea necesario cubrir los costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. Por este motivo, se afirma que la inseguridad jurídica (desaparición en siete años de un determinado sistema retributivo) y la remisión a conceptos jurídicos indeterminados («empresa eficiente», «bien gestionada»), resultan evidentes.

La demanda procede seguidamente a efectuar una enumeración de los preceptos constitucionales que se consideran infringidos:

a) El art. 9.1, en lo que atañe al principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Se señala, en este ámbito, que España ha ratificado el Tratado sobre la carta de la energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 17 de mayo de 1995. Dicho tratado, que forma parte del ordenamiento interno español, establece en su art. 10 que 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 a esas inversiones un trato justo y equitativo; gozarán, además, de una protección y seguridad completas, y ninguna parte perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas; y en ningún caso podrán concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el Derecho internacional.

Se cita asimismo lo dispuesto en el art. 13 de la carta, conforme al cual, las inversiones de una parte contratante «no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación». Considera el escrito de demanda que la medida de efecto equivalente hace referencia a una expropiación indirecta u oculta, operada de manera continua mediante el establecimiento de disposiciones que, en una u otra forma, priven al inversor de la rentabilidad que podía razonablemente esperar en función del marco legal existente en el momento de realizar la inversión. Y este tipo de expropiación es el que se viene operando, a través de los sucesivos cambios normativos, en los que se modifican las reglas del juego respecto del régimen retributivo de las inversiones realizadas en el sector de la producción de energía eléctrica en régimen especial, haciendo disminuir, constante y apreciablemente, las retribuciones a percibir por los inversores.

Afirma el Letrado que, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, el Estado español ha incumplido las obligaciones contraídas con inversores extranjeros, modificando el régimen retributivo vigente hasta ahora y creando una situación radicalmente diferente de la que existía cuando decidieron invertir en España, por lo que dichos inversores podrán acudir al arbitraje internacional regulado en el Tratado, a fin de obtener los laudos que fijen las indemnizaciones a que tengan derecho, y, por tanto, en cuanto que el Ejecutivo está incumpliendo un tratado internacional, ratificado y publicado oficialmente en España, se están infringiendo los principios constitucionales de jerarquía normativa y de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico.

b) El art. 9.3 CE, que garantiza el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Señala el escrito de demanda que el Real Decreto-ley establece los principios del nuevo régimen retributivo, pero los deriva a un posterior desarrollo reglamentario, si bien dicho régimen será aplicable desde la propia entrada en vigor de la norma, lo que pone de relieve una inconcreción jurídica determinante de la vulneración de la seguridad jurídica y de su consecuencia, que no es otra que la confianza legítima. Los únicos motivos que han llevado a la aprobación del Real Decreto-ley, en los aspectos que son objeto del presente recurso, serían de índole económica, derivada sustancialmente del déficit del sector eléctrico en su conjunto, no sólo en el sector de las energías renovables, no habiéndose tenido en cuenta factores propios de la producción de energía eléctrica en régimen especial; y la nueva regulación discrimina negativamente esta producción eléctrica, al reducir las retribuciones a unas determinadas tecnologías, dejando intocados otros sistemas de producción de energía eléctrica, que también son responsables del déficit del sector. Se afirma que el Real Decreto-ley establece la retroactividad de un régimen retributivo más restrictivo para la producción de energía eléctrica en régimen especial o mediante tecnología solar fotovoltaica, el cual se regía por la normativa anterior y será liquidado en base a la misma, pero con carácter de pago a cuenta hasta la publicación de la nueva normativa, lo que puede generar la obligación por parte del productor de devolver cantidades percibidas en concepto de retribución.

Tras hacer mención a la doctrina de este Tribunal en materia de retroactividad, afirma el Letrado que, en el caso que nos ocupa, en la medida en que la nueva normativa prevé la retroacción de sus efectos una vez que entre en vigor la normativa reglamentaria de desarrollo (que lo hará con la misma fecha en que ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 9/2013), cabe la posibilidad de que los productores de energía eléctrica en régimen especial tengan que devolver cantidades percibidas en base al régimen retributivo existente hasta su derogación por el Real Decreto-ley 9/2013, y aun cuando esta obligación de devolución lo sea desde un punto de vista contable, no es menos cierto que nos encontramos ante un supuesto de retroactividad en su grado máximo, prohibido por el art. 9.3 CE.

c) El art. 86.1 CE, en cuanto, a juicio de los recurrentes, no concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, previsto en dicho precepto constitucional para dictar las normas que son objeto del presente recurso a través del instrumento del decreto-ley.

Tras efectuar una amplia cita de la doctrina constitucional en relación con el art. 86.1 CE, y referirse a lo señalado en la exposición de motivos de la disposición, consideran los recurrentes que en la generalidad con la que el Real Decreto-ley justifica la aplicación de las medidas adoptadas, a fin de poner término al «carácter insostenible del déficit del sector eléctrico», lo que subyace y así lo reconoce la propia exposición de motivos de la norma, es tratar de cumplir los objetivos de déficit fijados para el año 2014. En ningún momento ni el legislador ni el regulador han desconocido las condiciones de producción de la energía eléctrica de las instalaciones que utilizan energías renovables, cogeneración y residuos; por lo tanto, no puede hablarse de situaciones imprevistas, provocadas por el déficit tarifario del sector eléctrico, cuando desde hace años se vienen aprobando disposiciones cuya finalidad es exactamente la misma, por lo que no puede afirmarse que las disposiciones objeto de impugnación en el presente recurso, reúnan las notas requeridas para entenderlas válidamente producidas al amparo de lo dispuesto en el art. 86.1 CE.

2. El Pleno del Tribunal, a propuesta de la Sección Primera, y mediante providencia de 8 de octubre de 2013, admitió a trámite el presente recurso de inconstitucionalidad, acordando dar traslado de las actuaciones, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno de la Nación a través del Ministerio de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes, así como publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Por escrito registrado en este Tribunal el 18 de octubre de 2013, se personó en el procedimiento el Abogado del Estado y solicitó prórroga del plazo concedido para la presentación del escrito de alegaciones; y por providencia de 21 octubre siguiente, el Pleno acordó tenerle por personado y conceder una prórroga de ocho días más, al plazo concedido para formular alegaciones.

4. El Presidente del Senado, mediante escrito recibido el 23 de octubre, comunicó que la Cámara se personaba en el proceso, ofreciendo su colaboración, a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito registrado en este Tribunal el 25 de octubre de 2013, comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara, de personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. En fecha 18 de noviembre de 2013, tuvo entrada en este Tribunal escrito de alegaciones del Abogado del Estado, en el que solicita se tenga por evacuado el trámite conferido y, en su día, se dicte sentencia desestimatoria del presente recurso en todos sus extremos.

Comienza señalando el representante estatal, en relación con la alegada vulneración del art. 9.3 CE, que no puede negarse la intencionalidad clara del legislador en cuanto al principal propósito de las modificaciones que ha ido introduciendo en el ordenamiento jurídico, todas las cuales van dirigidas a acometer el problema del déficit estructural que el sistema eléctrico venía generando, principalmente por el déficit de tarifa a causa de la prima a las renovables o producción en régimen especial; y la corrección de esa desviación tiene por objeto tratar de garantizar la financiación y viabilidad definitiva del sistema. La apreciación de las respectivas circunstancias que motivan la regulación de fondo contenida en el Real Decreto-ley y su condición de norma con rango de ley, disipan la objeción de supuesta falta de seguridad jurídica respecto de la situación regulada, conforme y por comparación con la normativa preexistente que viene a modificar.

A juicio del Abogado del Estado, el paso de un régimen jurídico de tarifas determinadas administrativamente y de primas reguladas, es decir, una transición desde una situación más protegida y regulada, garantizándose por el Estado unos mínimos, a un sistema basado en el juego del mercado, aunque sin dejar de retribuir los costes de empresas eficientes o bien gestionadas, constituye una evolución lógica y previsible del ordenamiento. Como ha establecido el Tribunal Constitucional, el principio de seguridad protege la confianza de los ciudadanos —en este caso de los inversores— pero, además de no poder entenderse como un supuesto derecho al mantenimiento de un determinado régimen jurídico, la confianza que protege este principio es la que puede existir frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. Y no puede resultar previsible el mantenimiento indefinido de un modelo, sin conceder al legislador la posibilidad de innovación de la realidad jurídica, hacia una situación regida por premisas de mercado, en un sector empresarial determinado, como es el de la producción y comercialización de energía eléctrica, que es la dirección en la que se incardina la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013.

En cuanto al supuesto carácter arbitrario o indeterminado del concepto de «empresa eficiente o de empresa bien gestionada», a efectos de la concesión de la retribución adicional por costes de inversión que la norma establece (art. 1, apartados 2 y 3 del Real Decreto-ley), afirma el Abogado del Estado que estas calificaciones no resultan discrecionales o arbitrarias, en cuanto van acompañadas de pautas claras para su reconocimiento objetivo. El art. 1.2, fija parámetros que denomina estándar, lo que implica que la definición se realiza sobre la base de criterios específicos y objetivos, íntimamente conectados con la realidad jurídica empresarial de la industria en la que incide. Las disposiciones adicional primera y transitoria tercera establecen respectivamente la regulación de la rentabilidad razonable de las instalaciones de producción con derecho a régimen económico primado y el efecto transitorio hasta la entrada en vigor del real decreto de desarrollo a que hace referencia la disposición final segunda.

Asimismo y en cuanto a la previsión de un real decreto del Gobierno que modificará el modelo retributivo de las instalaciones existentes, considera el Letrado que dicha expresión no significa sino que el desarrollo, detalle o concreción de ese nuevo régimen retributivo que introduce el Real Decreto-ley se hará a través de la oportuna norma reglamentaria, sin que ello suponga deslegalización o remisión en bloque a la norma reglamentaria; y en tanto se aprueba esa regulación de desarrollo, se efectúa una aplicación pendiente de la completa ejecución de la normativa nueva, dado que se trata de una normativa de retribución de rendimientos, practicando una liquidación a cuenta, en tanto se aprueba la norma reglamentaria, momento a partir del cual se completará la definitiva vigencia de la nueva normativa, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. No se produce –a su juicio– efecto retroactivo, en tanto que el nuevo régimen jurídico se aplica desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y así lo prevé de manera explícita la norma, con independencia de que quepa una normativa de desarrollo.

Por lo que concierne a la vigencia del Real Decreto-ley 9/2013, y las situaciones preexistentes cuyo régimen jurídico se altera, la retroactividad que pudiera apreciarse lo sería sólo de lo que la doctrina denomina de grado mínimo, pues la aplicación de la nueva norma se produce sólo respecto de los efectos de las situaciones que se generen tras la entrada en vigor de la misma. Se señala asimismo, que no nos hallamos ante una norma sancionadora en sentido técnico, a los efectos de lo manifestado en la doctrina constitucional en relación con el art. 9.3 CE, en cuanto la reforma operada recae sobre los efectos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

Como argumento complementario, el Abogado del Estado se remite al informe elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio –que se aporta al expediente–, para afirmar que no es cierto que el Real Decreto-ley contemple la posibilidad de que resulte la obligación de devolver cantidades percibidas por los inversores al extenderse los efectos de esta nueva norma a lo largo de la vida regulatoria de las instalaciones; en ningún momento la norma contempla ninguna devolución de cantidad percibida con anterioridad a su entrada en vigor.

Se rechaza por el Abogado del Estado la supuesta desigualdad de trato entre empresas del sector eléctrico, pues, como se pone de manifiesto en el informe de la Secretaría General Técnica, «la evolución descontrolada e insostenible del déficit de tarifa ha hecho necesaria la adopción de múltiples medidas... que han afectado a todos los agentes del sistema». La modificación que ahora se introduce no constituye pues, una medida aislada sino una norma que se integra dentro del conjunto sistemático del ordenamiento.

En lo que respecta a la pretendida vulneración del Tratado sobre la carta de la energía, se afirma que la variación del ordenamiento jurídico se ha producido en el ámbito del derecho interno, no por lo que al Tratado respecta. En todo caso, como ha declarado también la jurisprudencia constitucional, los tratados internacionales no constituyen en sí mismos parámetros o premisas de comparación para valorar la constitucionalidad de las leyes; y las posibles consecuencias de su vulneración pertenecen más bien al ámbito de la legislación ordinaria, al no formar parte los tratados en sí del bloque de la constitucionalidad. En todo caso –se añade– el Tratado no ha sido vulnerado por el Real Decreto-ley 9/2013, pues las determinaciones contenidas en aquél en orden a la protección de las inversiones se adecúan a la misma justificación sobre la conformidad con la Constitución Española del Real Decreto-ley, en tanto que de esa adecuación constitucional cabe derivar la consideración de un tratamiento justo y equitativo en lo que a la regulación contenida en el Real Decreto-ley se refiere o al tratamiento de las inversiones procedentes de otros Estados miembros, partes contratantes de la Carta, no menos favorable que a las inversiones nacionales en el mismo sector.

El cambio de situaciones objetivas y la regulación general que modifica la materia bajo cuyo marco se efectuaron las inversiones, no supone una expropiación de derechos, pues el inversor materializó su inversión bajo la vigencia de un régimen jurídico concreto, a cuya petrificación o inalterabilidad no tenía derecho. El Real Decreto-ley posee una eficacia *ex nunc*, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no supone afectación desfavorable a los derechos adquiridos desde la perspectiva constitucional, es decir, la reforma no

incide en derechos patrimoniales ya consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas favorables ya agotadas o consumadas.

En cuanto a la alegada vulneración del art. 86.1 CE, el Abogado del Estado se remite de nuevos a los razonamientos expuestos en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el que se manifiesta que: la situación de extraordinaria y urgente necesidad deriva del carácter insostenible del déficit del sector eléctrico y de la necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner término a dicha situación. En los últimos ejercicios, el déficit tarifario ha continuado su crecimiento, hasta situarse, según los últimos datos disponibles de la Comisión Nacional de Energía, en un saldo de deuda acumulada de 26.062,51 millones de euros, a 10 de mayo de 2013. De forma complementaria al cálculo de la deuda del sistema eléctrico, dicha Comisión señala que desde el año 2003 hasta el 10 de mayo de 2013, el importe satisfecho para financiar el déficit del sistema eléctrico a través de anualidades que se incorporan en los peajes de acceso de los consumidores, a precios corrientes de cada año, ascienda a 11.823 millones de euros. Por este motivo se han venido adoptando en los últimos años una serie de medidas de carácter urgente que afectan tanto a la partida de costes como a la de ingresos.

Acaba señalando el citado informe, que es en definitiva la gravísima situación financiera del sistema eléctrico, motivada por la evolución descontrolada e insostenible del déficit de tarifa, la que ha hecho necesario la adopción de múltiples medidas excepcionales y urgentes que han afectado a todos los agentes del sistema, desde los operadores de instalaciones de negación de redes a los consumidores, pasando por los contribuyentes a través de los presupuestos generales del Estado. Todo ello con el objetivo de contener los costes y, a la vez, dar estabilidad al sistema para evitar en lo posible futuras desviaciones con respecto a las estimaciones.

Las anteriores razones se ponen también de relieve en la exposición de motivos del Real Decreto-ley, añadiendo a las mismas el hecho de haber tenido lugar durante el primer semestre del año 2013 una serie de circunstancias que han variado las hipótesis sobre las que se realizaron las estimaciones, lo que podría producir nuevos desajustes al final del ejercicio si no se toman nuevas medidas de urgencia para corregir la situación. Las desviaciones vienen motivadas por la concurrencia de unas condiciones meteorológicas atípicas con índices muy altos de pluviometría y vientos, lo que ha supuesto el hundimiento del precio del mercado diario y un incremento de horas de funcionamiento de determinadas tecnologías y, en particular, la eólica con derecho a régimen primado. A ello se ha añadido también el efecto de la crisis económica sobre las economías domésticas, que ha producido una contracción de la demanda más acusada de lo previsto.

Continúa señalando el Abogado del Estado que, expuesta la situación de gravedad en relación con la estabilidad financiera del sistema eléctrico en la exposición de motivos, la tardanza en la adopción de medidas legislativas podría haber afectado muy negativamente al mantenimiento mismo de la producción y suministro de energía eléctrica. No es tanto la imprevisibilidad en sí de las circunstancias, cuanto la gravedad de las mismas como efecto derivado de regulaciones anteriores que introdujeron en el sistema patrones de primas y subvención que devienen excesivamente costosos para unos presupuestos en situación de contracción económica y la consiguiente urgencia de adoptar las medidas normativas adecuadas para su solución.

7. Por providencia de 15 de diciembre de 2015, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente proceso constitucional se debe resolver el recurso de inconstitucionalidad 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, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Los preceptos impugnados vienen, en lo sustancial, a modificar la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en orden al establecimiento de un nuevo régimen retributivo para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, y a habilitar al Gobierno para la aprobación por real decreto del régimen jurídico y económico para estas instalaciones con retribución primada, que modificará el régimen retributivo de las instalaciones existentes, y será de aplicación desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley.

El art. 1, apartado dos modifica el art. 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, que queda redactado como sigue:

«4. Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada:

- a) Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.
- b) Los costes estándar de explotación.
- c) El valor estándar de la inversión inicial.

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

Este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permitan obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. No obstante lo anterior, excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en plazo determinado, cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas insulares y extrapeninsulares.

Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Los parámetros del régimen retributivo podrán ser revisados cada seis años.»

El art.1, apartado tres modifica el primer párrafo del art. 30.5 de la Ley 54/1997, disponiendo lo siguiente:

«5. El gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, podrá determinar el derecho a una retribución basada en los principios previstos en el apartado 4 para aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de cogeneración o que utilicen como energía primaria energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios,

aun cuando las instalaciones de producción de energía eléctrica tengan una potencia instalada superior a 50 MW.»

La disposición adicional primera viene a definir la «rentabilidad razonable de las instalaciones de producción con derecho a régimen económico primado», en los siguientes términos:

«A los efectos de lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del presente real decreto ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello sin perjuicio de la revisión prevista en el último párrafo del citado artículo.»

La disposición transitoria tercera lleva por título «Aplicación transitoria del art. 4 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y del 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»; y dispone literalmente lo siguiente:

«1. No obstante lo establecido en la disposición derogatoria única.2, lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y en el 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 se aplicará con carácter transitorio hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del real decreto a que hace referencia la disposición final segunda del presente Real Decreto-ley, a excepción del artículo 28 y del porcentaje de bonificación por cumplimiento en el rango del factor de potencia entre 0.995 inductivo y 0,995 capacitivo recogido en el anexo 5 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

2. El organismo encargado de la liquidación abonará, con carácter de pago a cuenta, los conceptos liquidables devengados por las instalaciones de régimen especial, y aquéllas de régimen ordinario con régimen retributivo primado al amparo del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en aplicación de lo previsto en los referidos reales decretos.

Los derechos de cobro u obligaciones de pago resultantes de la aplicación de la metodología que se establezca en virtud de lo previsto en la disposición final segunda, a la energía producida desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley hasta la entrada en vigor de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, serán liquidados por el organismo encargad de las mismas en las seis liquidaciones posteriores a la entrada en vigor de dichas disposiciones. Dichas liquidaciones corresponderán en todo caso, al mismo ejercicio y las cantidades tendrán la consideración de coste o ingreso liquidable del sistema, según proceda, a los efectos previstos en el procedimiento de liquidación de los costes del sistema eléctrico.»

Por último, la disposición final segunda, intitulada «Nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración, y residuos en régimen económico primado», establece:

«El Gobierno, a propuesta del ministro de Industria, Energía y Turismo, aprobará un real decreto de regulación del régimen jurídico y económico para las instalaciones de

producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada que modificará el modelo retributivo de las instalaciones existentes.

Este nuevo modelo se ajustará a los criterios previstos en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, introducidos por el presente Real Decreto-ley y será de aplicación desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley.

No obstante lo anterior, el régimen retributivo específico que se establezca para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica adjudicatarias del régimen previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, estará compuesto por un único término a la operación cuya valor será el resultante de la oferta económica para las que resultaran adjudicatarias.»

El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia como fundamento de su impugnación alega los siguientes motivos de inconstitucionalidad: en primer término, la infracción de los principios constitucionales de jerarquía normativa y de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en la medida en que los preceptos impugnados son contrarios a lo dispuesto en los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, ratificado por España y que, en consecuencia, forma parte del ordenamiento interno español; en segundo lugar, la vulneración de los principios de seguridad jurídica, de confianza legítima y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o no favorables (art. 9.3 CE), en la medida en que, por un lado los preceptos impugnados resultan arbitrarios al recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, como el de «empresa eficiente y bien gestionada», y, por otro, establecen los principios generales de un nuevo régimen retributivo, cuya concreción se deriva a lo dispuesto en un posterior desarrollo reglamentario, pero que resulta aplicable con carácter retroactivo desde la entrada en vigor de la propia norma que se cuestiona; por último, se alega la infracción del art. 86.1 CE, por no concurrir el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, para la aprobación de estas normas por decreto-ley.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, la constitucionalidad de los preceptos impugnados, rechazando, por los motivos que se resumen en los antecedentes de esta Sentencia, la vulneración de los preceptos constitucionales alegados por el Letrado autonómico.

2. Resulta necesario en primer lugar determinar la pervivencia del proceso, teniendo presente que la norma impugnada ha sido modificada durante su pendencia.

Los preceptos impugnados han resultado directamente afectados por lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, cuya disposición derogatoria única, en su apartado 1.a), deroga expresamente la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, salvo las disposiciones adicionales sexta, séptima, vigésima primera y vigésima tercera, «sin perjuicio de lo previsto en la disposición final tercera». A su vez, la disposición final tercera de la citada Ley 24/2013, contempla el «nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen económico primado», en términos que vienen a reproducir y a remitirse a lo dispuesto en los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad.

Así, en los apartados 1 y 2 de la mencionada disposición final tercera se efectúa una remisión expresa a lo previsto en el Real Decreto-ley 9/2013, reproduciendo lo dispuesto en su disposición final segunda, y reiterando que el nuevo modelo retributivo aplicable a estas actividades de producción, se ajustará a los criterios previstos en el art. 30 de la Ley 54/1997, en la redacción que le fue dada por el citado Real Decreto-ley. Por su parte, el apartado 3 efectúa una definición de «rentabilidad razonable» de las instalaciones, con expresa remisión a los términos previstos en el Real Decreto-ley 9/2013, reproduciendo lo señalado en la disposición adicional primera del mismo. Finalmente, la disposición final quinta de la Ley 24/2013 modifica el apartado 2 de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-

ley 9/2013, introduciendo determinadas precisiones en el régimen de las liquidaciones a cuenta.

A efectos de determinar si las modificaciones introducidas permiten apreciar la pérdida de objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, hemos de recordar los criterios de nuestra doctrina, sintetizados en la STC 96/2014, de 2 de junio, FJ 2. Tras señalar que la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es que la derogación de la norma impugnada extingue su objeto, dicha sentencia indica que, no obstante, no cabe dar una respuesta unívoca a esta cuestión, ya que, citando la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3, señala que «en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevinida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)” (STC 199/1987, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad” (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2). Por idéntica razón, para excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar”, puede resultar útil – conveniente– su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (SSTC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2)».

Aplicando los anteriores criterios al supuesto que se examina, cabe afirmar que las modificaciones operadas en el Real Decreto-ley 9/2013 por la Ley 24/2013 no han dado lugar a una derogación, o, lo que es lo mismo, a la remoción absoluta de las situaciones jurídicas creadas al amparo de la disposición aquí impugnada, sino, más bien al contrario, a una novación actualizada del régimen retributivo que se contempla en los preceptos impugnados para la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen económico primado; régimen jurídico al que expresamente se remite la Ley 24/2013 y que, en consecuencia y en lo sustancial, ha resultado incorporado, en sus propios términos, a una norma con rango formal de ley. Por esta razón, la modificación de las normas impugnadas en el presente proceso no permite apreciar la desaparición del objeto del recurso de inconstitucionalidad formulado, siendo procedente, en consecuencia, el examen de fondo de los preceptos impugnados.

3. Entrando pues en ese examen de fondo, procede analizar, en primer término, la tacha de inconstitucionalidad relativa a la vulneración del art. 86.1 CE, que se imputa a los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 9/2013, y que se fundamenta en la no concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» contemplado en el citado precepto constitucional.

Ello es así porque «la observancia de los requisitos exigidos en el art. 86.1 CE constituye un *prius* respecto de los aspectos sustantivos o materiales, y, en consecuencia, la inobservancia de los requisitos exigidos para la legislación de urgencia se alza como una infracción que sólo puede repararse, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad. Se trata de controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional y, por lo tanto, de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes dentro del marco constitucional» (STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 3). Así pues, debemos iniciar la resolución del recurso examinando las infracciones del art. 86.1 CE, para posteriormente, en caso de resultar procedente, examinar las restantes infracciones constitucionales que se imputan a los preceptos recurridos.

Este Tribunal tiene una doctrina consolidada sobre el presupuesto habilitante que, según el art. 86.1 CE, habilita al Gobierno para dictar la legislación de urgencia que se

manifiesta a través de la figura del decreto-ley, y que se encuentra resumida en la STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3, en los términos siguientes:

«Dicho presupuesto habilitante, “no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”, razón por la cual, este Tribunal puede, “en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante” (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5, entre otras).

La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero “el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-leyes” (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5 y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6), por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es “un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

Este control externo que al Tribunal corresponde realizar se concreta en los siguientes aspectos: en primer lugar, comprobar “que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada”, y, además “que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

En cuanto al primero de estos aspectos –la definición de la situación de urgencia–, nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia –conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan–, nuestra doctrina ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones ‘que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente’ (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).»

4. De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, es preciso comenzar dicho examen con el análisis de los argumentos determinantes de la aprobación de los preceptos impugnados, que se explicitan en la exposición de motivos de la norma y en el debate parlamentario de su convalidación. Importa asimismo advertir que (como señalan las

SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6; 170/2012, de 4 de octubre, FJ 5; 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5, y 29/2015, de 19 de febrero, FJ 3), cuando se denuncia la vulneración del presupuesto de hecho habilitante respecto, no del correspondiente decreto-ley en su conjunto, sino únicamente en relación con uno o alguno de sus preceptos, la necesaria justificación *ad casum* de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de ser apreciada en relación precisamente con los preceptos en concreto impugnados.

El preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013 comienza exponiendo en su apartado I, los argumentos de carácter general que justifican la necesidad de aprobación de la presente norma:

«[C]on objeto de corregir los desajustes producidos por la evolución expansiva de las partidas de costes del sistema eléctrico, se han venido adoptando en los últimos años una serie de medidas de carácter urgente que afectan tanto a la partida de costes como a la de ingresos». Sin embargo –continúa señalando– «en los primeros meses del año 2013 han acontecido unas condiciones meteorológicas atípicas y el nivel de pluviometría y las condiciones de viento han sido muy superiores a las medias históricas. Estas condiciones han provocado un doble efecto. Por un lado, han ocasionado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo de 18,17 euros/MWh previstos para el conjunto del año. Por otro lado, se ha producido un incremento en las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías, y en particular de la eólica con derecho a régimen primado. Todo ello ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios del mercado registrados.

Además, por efecto de la reducción de la actividad económica y la afección de la crisis económica sobre las economías domésticas, se ha producido una contracción de la demanda más acusada de lo previsto.

... Por otra parte, en el procedimiento de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2014 se ha puesto de relieve por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la imposibilidad del completo cumplimiento de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas para el sector energético y se aprueba el bono social. Esta disposición establece que las compensaciones por los extracostes de generación de los sistemas insulares y extrapeninsulares serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El motivo es la difícil situación presupuestaria, la cual no permite dotar, en su totalidad, este extracoste sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit fijados para el ejercicio 2014.

Estas circunstancias hacen patente tanto la necesidad imperiosa de adoptar de forma inmediata una serie de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como, a la par, la pertinencia de acometer una revisión del marco regulatorio que permita su adaptación a los acontecimientos que definen la realidad del sector en cada período determinado en aras del mantenimiento de la sostenibilidad del sistema eléctrico.

A todo ello se une que en el Programa Nacional de Reformas, presentado por el Gobierno de España a la Comisión Europea el pasado 30 de abril de 2013, se contenía el compromiso del Gobierno de presentar, en el primer semestre de este año un paquete de medidas normativas con vistas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Con base a estos principios ... el presente Real Decreto-ley articula, con carácter urgente, una serie de medidas equilibradas, proporcionadas y de amplio alcance, destinadas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como presupuesto ineludible de su sostenibilidad económica y de la seguridad de suministro, dirigidas a todas las actividades del sector eléctrico.»

En segundo término y en lo que se refiere, en concreto, a los preceptos que son objeto de la presente impugnación, esto es, a la aprobación de un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, el apartado II del preámbulo, tras

efectuar una detallada descripción del contenido de dichos preceptos, incluye una justificación específica, afirmando lo siguiente:

«Este nuevo marco regulatorio da una respuesta global al relevante cambio de las circunstancias experimentado en los últimos años, en términos que obedecen a motivos más que justificados. Las inversiones en estas tecnologías siguen estando protegidas y se ven debidamente fomentadas en España por este nuevo marco normativo que, sin duda, es en su conjunto favorable para todas ellas, entre otras razones, por consagrar el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años a fin de mantener el principio de rentabilidad razonable establecido legalmente. De este modo, se trata de consolidar la continua adaptación que la regulación ha experimentado para mantener esta rentabilidad razonable mediante un sistema previsible y sometido a concreción temporal.»

Finalmente, el apartado VII del preámbulo alude al presupuesto habilitante, con un párrafo común aplicable a la totalidad del Real Decreto-ley 9/2013, en el que señala: «[E]n la adopción de conjunto de medidas que a continuación se aprueban concurren las exigencias de extraordinaria y urgente necesidad requeridas por el art. 86 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Extraordinaria y urgente necesidad derivada de las razones ya mencionadas de protección a los consumidores en un contexto de crisis económica y garantía de la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, y cuya vigencia inmediata es imprescindible para que la modificación normativa pueda tener la eficacia que se pretende».

En el debate de convalidación («Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, núm. 130, de 17 de julio de 2013), el Sr. Ministro de Industria, Energía y Turismo pone el acento en la necesidad de establecer un marco normativo que garantice la estabilidad financiera del sistema eléctrico, con carácter definitivo; una reducción significativa de los costes del sistema a través de medidas regulatorias; y el suministro al menor coste posible para el consumidor, fomentando la competencia y la capacidad de elección del mismo. Concluye su exposición afirmando –en relación al conjunto de medidas adoptadas por el Real Decreto-ley–, que «con esta reforma se ataja de forma definitiva un problema que se arrastra desde el año 2004 y se procede a eliminar el déficit de tarifa que actualmente todavía –a pesar de las medidas adoptadas– está en 4.500 millones de euros ... Con esta reforma se impide que pueda volver a repetirse en el futuro una situación de fuerte desequilibrio financiero como el actual, con efectos tan nocivos para la economía... Se consigue también reducir considerablemente los costes de las actividades reguladas del sistema, garantizando una retribución adecuada a las empresas y se consigue establecer un marco regulatorio homogéneo, transparente y estable que introduce certidumbre en el sector y confianza en los inversores».

5. De lo transcrito cabe deducir que la situación de urgencia que la norma impugnada pretende atender cuenta con una justificación general, aplicable al conjunto de reformas introducidas por el Real Decreto-ley 9/2013, conforme a la cual, las razones que motivaron la aprobación de esta norma de urgencia derivan de la evolución expansiva de los costes del sistema eléctrico, unida a las consecuencias de la crisis económica y a la necesidad de cumplimiento de los objetivos de déficit para el año 2014, que determinan la necesidad de adopción de una serie de medidas dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, mediante una revisión de su marco regulatorio. Es pues, la situación de crisis económica que ha repercutido en una caída imprevista de la demanda de energía eléctrica, junto con el incremento general de costes, la que ha provocado un aumento imprevisto del déficit tarifario, lo que justifica la adopción de las medidas contempladas en la norma que se examina.

En relación a esta justificación de carácter general, resultan de aplicación al presente supuesto las consideraciones recogidas en la STC 96/2014, FJ 7, donde afirmamos que «este Tribunal ha reconocido, con la perspectiva del art. 86.1 CE, la relevancia de la ordenación de los procesos que se desarrollan en el sector energético (SSTC 170/2012,

de 2 de octubre, FJ 6; 233/2012, de 13 de diciembre, FJ 2, y 39/2013, de 14 de febrero). Así, en la STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 8, señalábamos con relación a la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de un Real Decreto-ley que la importancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica en general determina que su ordenación, introduciendo reformas en el mismo a fin de mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, sea susceptible de constituir una necesidad cuya valoración entra dentro del ámbito de atribuciones que corresponde al Gobierno, al que corresponde apreciar cuál es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar sus decisiones, en este caso dirigidas a introducir un mayor grado de liberalización ... circunstancia que puede hacer necesaria la aprobación de disposiciones legislativas provisionales y de eficacia inmediata como las contenidas en un decreto-ley, excluyendo que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad» (STC 170/2012, FJ 6).

En lo que respecta al examen del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, en relación con los concretos preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, el argumento que sustenta las modificaciones introducidas viene a ser coincidente con el de carácter general, si bien se singulariza en el hecho de que, entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida al incremento del déficit tarifario destacan las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, partidas que se han multiplicado por seis y por nueve respectivamente entre 2004 y 2012. En concreto, en el período 2013 se alude a la concurrencia de unas condiciones meteorológicas atípicas que han ocasionado, por un lado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo, y el incremento de las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías con derecho a régimen económico primado, lo que ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios de mercado registrados; a ello se añade que la difícil situación presupuestaria no permite dotar, en su totalidad, este extracoste, sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit para el ejercicio 2014. Sobre esta base, el nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, se basa en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución específica que permita la cobertura de los costes adicionales de estas instalaciones respecto de las del resto de tecnologías en el mercado, y les permita competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías y obtener una rentabilidad razonable.

También en este caso cabe apreciar –acudiendo a los parámetros de nuestra doctrina– la existencia de una justificación suficiente, en los términos señalados en la STC 183/2014, FJ 6 donde consideramos que: «la situación a la que debían hacer frente las medidas aquí impugnadas era la desviación de los costes del sistema eléctrico provocado por diversos factores (sobrecoste de las primas del régimen especial, consignación de costes de los sistemas eléctricos extrapeninsulares e incremento del déficit por el descenso en la demanda de electricidad) que aparecen explicitados en la exposición de motivos o en el debate parlamentario de convalidación. Factores cuya conjunción había llevado a incurrir en un déficit mayor al previsto inicialmente por el Gobierno. Así, podemos considerar que, sin entrar en el juicio político que este Tribunal tiene vedado, se ha cumplido por el Gobierno la exigencia de explicitar y razonar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sin que pueda admitirse la genérica alegación [de la Letrada de la Junta de Andalucía] respecto a que la existencia del déficit tarifario del sector eléctrico no podía, al no ser un hecho nuevo, fundamentar el dictado de los preceptos cuestionados del Real Decreto-ley 2/2013».

Por lo demás –como también señalamos en la citada Sentencia–, «es evidente que las medidas propuestas, en cuanto persiguen un ajuste de los costes en el sector eléctrico, guardan la necesaria conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita, y las medidas adoptadas para hacerle frente». Además, las medidas previstas modifican de modo inmediato la situación jurídica existente, en cuanto que el nuevo

sistema retributivo que la norma inicia, si bien requiere el necesario desarrollo reglamentario, es aplicable desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Efectivamente, éste establece la aplicación transitoria del régimen retributivo anterior, ahora con el carácter de pagos a cuenta, que se liquidarán definitivamente en el momento en que se apruebe el aludido desarrollo reglamentario. Procede, por tanto, desestimar el recurso en este punto.

6. Entrando a continuación en el examen de los argumentos de fondo, los recurrentes alegan en primer término la vulneración del principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 3 CE), en la medida en que los preceptos impugnados contravendrían lo dispuesto en los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y que, una vez ratificado por España y publicado en el Boletín Oficial del Estado, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Los argumentos expuestos no pueden ser aceptados.

En primer lugar, procede advertir que este Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14 *in fine*), sino que como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma, «no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad» (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3).

En ese sentido tampoco la incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico interno, tras su ratificación y publicación oficial, determina –como pretenden los recurrentes–, la supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa, puesto que la «garantía de la jerarquía normativa proscribía que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley» (SSTC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2, y 198/2012, de 26 de noviembre, FJ 2).

Si bien es cierto que la Carta de la energía contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad es una cuestión relacionada con el sistema de fuentes, en particular con el principio de jerarquía normativa. En modo alguno se argumenta sobre el fondo del asunto, esto es, de qué forma las normas que cuestiona contravendrían las reglas del Tratado y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias de dicha contravención, a efectos de su enjuiciamiento en sede constitucional. Por eso no se ha levantado la carga alegatoria que pesa sobre quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, pues el recurso carece en este punto de la mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que el recurrente considera que la norma legal impugnada infringe la Constitución. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, afirmando posteriormente que «el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...», decisión que, a su entender, implica un

incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal.

7. Finalmente, se alega la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE).

Sobre este particular es necesario precisar, en primer lugar, que «los principios constitucionales invocados por los recurrentes (irretroactividad, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad) como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución – legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de derecho (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6).

a) El principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, ni se justifica en el texto de la demanda en qué medida tales preceptos pueden generar confusión o incertidumbre en su aplicación. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados.

El respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún –como sucede en el presente caso–, en un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de 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. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un «operador económico prudente y diligente», atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores.

El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la «sobre-retribución» de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios

invocados por los recurrentes –seguridad jurídica y confianza legítima– puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior. Estamos pues ante una norma clara, que no genera duda sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, por lo que, ni desde una vertiente objetiva ni desde una subjetiva genera incertidumbre sobre su alcance. En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Ello hace particularmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables de su régimen económico estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo, pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias.

En palabras de este Tribunal, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no «permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6). En estos casos, es precisamente la pretertoriedad de la reacción legislativa –cuya concurrencia en este caso ya ha sido examinada– la que abre la puerta a la injerencia del gobierno en la legislación vigente, al amparo del art. 86.1 CE» (STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 8). No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (por todas, STC 183/2014, FJ 3), por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución.

b) El reproche formulado por la Comunidad Autónoma recurrente se extiende asimismo a la utilización, que califica como arbitraria, de conceptos jurídicos indeterminados, en concreto, los de «rentabilidad razonable» y de «empresa eficiente o bien gestionada», que constituyen la premisa para la aplicación de la prevista retribución adicional por costes de inversión. Dicha queja tampoco resulta atendible, pues la propia norma, tanto en el art. 1.2, como en la disposición adicional primera, lleva a cabo una determinación objetiva de dichos conceptos, con arreglo a determinados parámetros, que expresamente se enumeran. El establecimiento de unos criterios legales explícitos y objetivos, que permiten una determinación material suficiente de los criterios utilizados por la norma, hacen que pueda excluirse en este caso la pretendida apelación a los llamados conceptos jurídicos indeterminados (lo que de suyo no es contrario a la Constitución, como ya afirmamos en la STC 292/2000, FJ 2), y que proceda estimar que se ha satisfecho el requisito de certidumbre de la norma que excluye su excesiva indeterminación o apertura, haciendo que sea factible a sus destinatarios conocer en cada caso la interpretación que el legislador hace de tales principios y el significado y las consecuencias que los mismos han de tener en la fase aplicativa, razones todas ellas que determinan que no se haya producido la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad, contemplado en el art. 9.3 CE.

c) Se alega, por último, que la regulación impugnada se limita a establecer los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya concreción se deriva a un ulterior desarrollo reglamentario, disponiéndose expresamente que el real decreto de desarrollo será aplicable desde la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, lo que implicaría el establecimiento de una retroactividad incompatible con lo dispuesto en el art. 9.3 CE.

Conviene precisar a este respecto que, como ya se avanzó, el Real Decreto-ley 9/2013, viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica; deroga expresamente el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, así como el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica. Pero, el nuevo sistema retributivo, iniciado por el Real Decreto-ley 9/2013 y asumido por la Ley 24/2013, requiere el necesario desarrollo reglamentario para la aplicación efectiva de dicho régimen retributivo a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica, y, para resolver la situación de vacío reglamentario provocado por la derogación de los anteriores reglamentos, la disposición transitoria tercera del mismo, dispone que temporalmente serán de aplicación los derogados Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, con carácter transitorio, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo.

El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo, previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y reiterado en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y con ello ha cesado la aplicación del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria tercera. Como ya afirmamos en las SSTC 96/2014, FJ 3 c) y 183/2014, FJ 2, «lo sucedido durante estos meses es que las instalaciones existentes han recibido los pagos procedentes de “liquidaciones a cuenta” del nuevo sistema, emitidas al amparo de ese régimen transitorio. Este fue previsto al objeto de mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubiera causado la demora en el desarrollo reglamentario. Una vez aprobadas las disposiciones normativas necesarias para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, se procederá a practicar una regularización correspondiente por los derechos de cobro o en su caso las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, tal y como establece su disposición final segunda».

En definitiva, el Real Decreto-ley 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (tal y como establece su disposición final décima), pero sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplican a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014, produciéndose una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo.

Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4). Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio

margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar *ex nunc* el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9).

El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE, pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos.

No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación «agotada», consolidada, perfeccionada o patrimonializada –en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia– que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5347-2013, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré*

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica, aunque no con el fallo, referida a las invocaciones, por un lado, a los principios de jerarquía normativa y sometimiento de los poderes públicos a la Constitución analizados en el fundamento jurídico 6, respecto de la posibilidad de que por la vía del recurso de inconstitucionalidad se desarrolle un control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal; y, por otro, a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima analizados en el fundamento jurídico 7, respecto de la modificación del régimen de incentivos a las energías renovables.

I. El control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal.

1. La recurrente alega en su demanda que el Real Decreto-ley 9/2013, al incumplir determinadas obligaciones establecidas en un tratado internacional, ratificado y publicado oficialmente en España, –Tratado sobre la carta de la energía– está infringiendo los principios constitucionales de jerarquía normativa y de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 9.3 CE).

La respuesta aportada por la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia es doble, argumentándose que (i) es jurisprudencia constitucional reiterada que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, ya que no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, sino un mero problema de selección del derecho aplicable al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales; y (ii) tampoco la eventual contradicción de una ley con un tratado internacional determina una supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa que corresponda resolver a la jurisdicción constitucional, que queda limitada a los casos en que una norma con rango legal resulte contradictoria con la Constitución.

2. Esta respuesta, al margen de que pueda encontrar precedentes en la jurisprudencia constitucional, creo que, (i) en su primer razonamiento, no responde al planteamiento de la recurrente y (ii) en su segundo razonamiento, debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español con el llamado control abstracto de convencionalidad de las leyes y respecto del que este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento.

(i) La recurrente no se limita a afirmar que la norma impugnada vulnera el art. 10 y 13 de la Carta de la energía; sino que esa vulneración implica una lesión de los arts. 9.1 y 9.3 CE. Esto es, realiza una construcción de inconstitucionalidad mediata de la ley por ser contraria a un tratado. De ese modo, la respuesta más adecuada podrá ser que ni dichos preceptos constitucionales ni el art. 96 CE pueden invocarse como una vía para desarrollar el control abstracto de convencionalidad de una norma con rango legal, pero no que los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad porque ni eso es lo alegado ni lo pretendido por el recurrente.

(ii) Resulta reduccionista afirmar que el control abstracto de convencionalidad de las normas con rango legal queda excluido del objeto de recurso de inconstitucionalidad, fundándose en que dicho recurso sólo cabe ante el supuesto de infracción del principio de jerarquía normativa por normas con rango legal respecto de la Constitución. Es obvio que este Tribunal viene desarrollando a través del recurso de inconstitucionalidad el control [mediato] de constitucionalidad de leyes autonómicas cuando, no en virtud del principio de jerarquía normativa pero sí de distribución constitucional de competencias, hay una extralimitación de la normativa autonómica en relación con normas estatales formal y materialmente básicas.

En ese contexto, tomando en cuenta que los tratados internacionales tienen un reconocimiento constitucional como fuente del ordenamiento interno español (art. 96.1 CE), aun con un peculiar encaje y son normas susceptibles de un control de constitucionalidad directo [art. 27.2 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], la jurisprudencia constitucional debería, a mi juicio, replantearse los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad a través de una construcción semejante a la del control [mediato] de constitucionalidad por la vía de los arts. 9.1 o 96 CE.

3. La actual jurisprudencia parece que aboca a que sólo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del art. 24.1 CE en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad. Ahora bien, no deja de resultar paradójico que en el contexto de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los arts. 9.1 o 96 CE.

4. Al margen de estas reflexiones y de mi convencimiento sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional aborde de una manera definitiva los problemas derivados del control abstracto de convencionalidad de normas de rango legal, no creo que en el presente caso resultara relevante ni necesaria la invocación de los arts. 9.1 y 9.3 CE, en su conexión con los arts. 10 y 13 de la Carta de la energía, que se hace en la demanda. Más allá de otras consideraciones, el fondo de estas invocaciones plantea, en esencia, que la norma impugnada también infringe el principio de confianza legítima recogido en la mencionada Carta de la energía, que, como tal principio, tiene un reconocimiento constitucional autónomo en el art. 9.3 CE como una de las dimensiones del principio constitucional de seguridad jurídica. En ese sentido, no resultaría necesario un control mediato como el planteado en la demanda por la recurrente y basta una confrontación directa de la normativa impugnada con la Constitución española sin ningún tipo de intermediación.

II. El principio de confianza legítima y la modificación del régimen de incentivos a las energías renovables.

5. Mi principal discrepancia con la fundamentación de la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia radica, sin embargo, con el análisis que se efectúa en el fundamento jurídico 7 en relación con la invocación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. La recurrente plantea en su demanda que dentro del devenir legislativo de la regulación de los incentivos a las energías renovables se han producido inesperados cambios normativos y que el Real Decreto-ley 9/2013 implica una nueva modificación contraria al principio de confianza legítima que supone «*de facto*, la desaparición de las condiciones jurídicas existentes cuando los operadores económicos que participan en el sector de la producción de energía eléctrica de régimen especial tomaron la decisión de invertir en el mismo». En concreto, se refiere a la desaparición de las tarifas y las primas a esta forma de generación de la energía y la implantación de un sistema retributivo basado en criterios de rentabilidad de mercado.

La respuesta aportada por la opinión mayoritaria en que la se sustenta la sentencia ha quedado limitada a afirmar que (i) la elevada intervención administrativa de este concreto sector económico en virtud de su incidencia en intereses generales hace inviable que los elementos más favorables queden investidos de permanencia o inalterabilidad, pudiendo ser modificados siempre que los cambios sean previsibles y derivados del interés general, y (ii) que las medidas impugnadas no resultaban inesperadas «pues la evolución de las

circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema».

6. Considero que estos argumentos y el análisis desarrollado para resolver la invocación del principio de confianza legítima, aun cuando sean producto de un loable esfuerzo de síntesis, resultan insuficientes para dar una respuesta fundada a la cuestión planteada. Las muy singulares circunstancias que concurren en la materia objeto de análisis debían haber llevado a la opinión mayoritaria a afrontar de una manera más sistemática y amplia una resolución que es de gran relevancia social por su alcance jurídico y económico.

En efecto, hay, al menos, tres elementos importantes confluente en esta materia que hubieran debido llevar al ánimo de la opinión mayoritaria a no analizar de una manera tan somera la cuestión de la confianza legítima, como son (i) el devenir normativo en que se ha visto inmersa la regulación de las energías renovables y la controversia que ha suscitado entre los diferentes operadores jurídicos el respeto al principio de confianza legítima; (ii) que hasta este momento el Tribunal Constitucional, a pesar de las diferentes ocasiones en que le ha sido planteado, no había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, existiendo unas expectativas razonables en los operadores jurídicos y económicos en que se aportaría una sólida respuesta constitucional a esta cuestión; y (iii) la existencia de numerosos litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros contra estos cambios normativos ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción, precisamente, del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parece especialmente necesaria.

(i) El devenir legislativo del régimen retributivo y de primas de la generación eléctrica a partir de las energías renovables pone de manifiesto una rápida evolución que se ha desarrollado a través de diversos hitos normativos que han suscitado serias dudas sobre el cumplimiento del principio de confianza legítima.

El origen normativo del sistema de incentivos a las energías renovables, con el telón de fondo de la entonces vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, está en los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008. Ambos textos, atendiendo al plan de energías renovables 2005-2010, junto con la determinación de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que para España derivan del Protocolo de Kioto y de la normativa de la Unión Europea en la materia, establecieron un nuevo marco retributivo que debía aplicarse a las instalaciones de energías renovables y de cogeneración. El objetivo era la consecución de un significativo crecimiento y desarrollo de este régimen especial de generación eléctrica y uno de los instrumentos para su consecución fue un sistema de incentivos, conforme al cual el titular de la instalación podía optar por vender su energía a una tarifa regulada o bien vender dicha energía directamente en el mercado, percibiendo el precio negociado en el mercado más una prima.

A partir del año 2010, este régimen de incentivos sufrió diversas modificaciones legislativas que incidían directamente en la rentabilidad de los titulares de este tipo de instalaciones de generación eléctrica y que fueron objeto de impugnación. Así, el Real Decreto 1565/2010, que afectó tanto a la cuantía de las tarifas reguladas como a los periodos de percepción, fue recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, haciéndose cuestión de la infracción del principio de confianza legítima. Las diversas impugnaciones dieron lugar a una primera sentencia de cabecera de 12 de abril de 2012, recaída en el recurso de casación 40-2011, en que el Tribunal Supremo hizo un extenso análisis de esta invocación en sus fundamentos jurídicos cuarto a sexto. A esos efectos, hay que destacar el esfuerzo argumental y la minuciosa ponderación realizada respecto de los elementos implicados en la controversia sobre la infracción de la confianza legítima en que se pone de manifiesto como elementos esenciales del razonamiento para concluir la previsibilidad de los cambios entonces realizados que (a) es necesario valorar

todo el sistema de incentivos en su conjunto, ya que las tarifas reguladas solo son un elemento de mismo; (b) las ventajas de la exclusión de los riesgos del mercado que supone el sistema de tarifas reguladas se ve contrarrestado con el riesgo regulatorio propiciado por la necesidad de dar respuesta sobrevenida a la satisfacción de intereses generales superiores; (c) la diligencia de los inversores al hacer un análisis de los condicionamientos implícitos de este tipo de medidas de fomento estatal; y (d) la influencia que sobre el sistema de incentivos debía tener el cumplimiento de los objetivos pretendidos con los mismos.

En pronunciamientos posteriores, vinculados a la impugnación de otras normas infralegales y del recorte o anulación de otro tipo de incentivos, el Tribunal Supremo ha tenido que volver a analizar de manera cuidadosa esta cuestión de la confianza legítima. Se ha pronunciado incluso en la STS de 16 de marzo de 2015, recaída en el recurso de casación 118-2013, sobre la improcedencia tanto del planteamiento de una cuestión prejudicial como de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de si las modificaciones introducidas en el sistema de incentivos por el Real Decreto-ley 2/2013 resultaban contrarias al principio de confianza legítima.

La relevancia de la cuestión de la confianza legítima, y por tanto, la necesidad de que este Tribunal se hubiera extendido sobre su análisis, no sólo se puede hacer radicar, por comparación, en estos pronunciamientos del Tribunal Supremo. También es preciso destacar que fue un objeto de atención prioritaria en los diversos dictámenes que tanto la Comisión Nacional de Energía como, especialmente, el Consejo de Estado realizaron a los diversos proyectos legislativos que sobre la materia fueron sometidos a su consideración. Así, sin ánimo de exhaustividad, pero ejemplificando la relevancia jurídica de esta cuestión sobre el principio de confianza legítima, pueden citarse los análisis del Consejo del Estado en sus dictámenes 2264/2010, de 4 de noviembre; 937/2013, de 12 de septiembre; y 39/2014, de 6 de febrero, realizados a los anteproyectos que darían lugar posteriormente al Real Decreto 1565/2010, Ley 24/2013 y Real Decreto 413/2014, respectivamente.

Tampoco creo que pueda dejar de citarse el muy destacado y amplio tratamiento que la doctrina científica ha dedicado a esta cuestión como indicador de su relevancia jurídica y económica.

(ii) En el devenir normativo de la regulación de los incentivos a las energías renovables también han intervenido normas con rango legal que ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción constitucional. Sin embargo, y a pesar de que, como ya se ha expuesto, las modificaciones del sistema datan desde el 2010, hasta ahora este Tribunal no había tenido que pronunciarse al respecto.

La primera norma de rango legal que incidió en el régimen especial fue el Real Decreto-ley 14/2010 que, si bien no modificó el sistema, moduló los incentivos al establecer un peaje de acceso a las redes de transporte y distribución eléctrica que debían pagar los productores del régimen de las renovables y limitar las horas de funcionamiento. Por su parte, el Real Decreto-ley 1/2012 suspendió los procedimientos de preasignación de retribución y determinados incentivos; el Real Decreto-ley 2/2013 también introdujo nuevas modificaciones para recortar el sistema de incentivos y primas; y el Real Decreto-ley 9/2013, ahora impugnado, estableció un nuevo sistema de retribuciones que ha sido posteriormente consolidado por la Ley 24/2013.

Todas estas normas han sido sucesivamente impugnadas ante el Tribunal Constitucional alegando, entre otras razones, la vulneración del principio de confianza legítima. Sin embargo, no ha habido todavía posibilidad de pronunciarse sobre ellas. En efecto, el recurso formulado contra el Real Decreto-ley 14/2010 –también interpuesto, entre otras, por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y en que ya se invocaba la confianza legítima–, dio lugar a la STC 96/2014, pero al haber sido ya derogado en su totalidad el Real Decreto-ley impugnado sólo hubo un pronunciamiento sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia (lo mismo sucedió con las SSTC 109/2014 y 183/2014).

Igualmente, los Reales Decretos-leyes 1/2012 y 2/2013 también fueron objeto de impugnación invocándose la confianza legítima. De nuevo, en las SSTC 48/2015, 105/2015

y 106/2015, para el primero, y la STC 28/2015, para el segundo, no hubo posibilidad de pronunciarse sobre ello, dejando imprejuizada esta cuestión sobre el principio de confianza legítima.

Por tanto, hasta este momento el Tribunal Constitucional no había hecho ningún pronunciamiento sobre la influencia de este devenir regulatorio desde la perspectiva de la confianza legítima y no parece la mejor de las soluciones, teniendo en cuenta la alta litigiosidad y las dudas generadas por cada uno de los recortes en el régimen de incentivos, tal como ya se ha expuesto, que se haya perdido la oportunidad que se presentaba con el presente recurso de inconstitucionalidad.

(iii) La firma y ratificación del Tratado de la carta de la energía por parte de España ha supuesto la posibilidad de que, en virtud de su art. 26, los inversores extranjeros pudieran someter las disputas que surgieran con el Reino de España al arbitraje internacional. Esta posibilidad se ha hecho efectiva en un número no despreciable de casos y en la actualidad hay muy diversos asuntos pendientes de resolución arbitral internacional bien ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En todos ellos, las reclamaciones de los inversores internacionales traen fundamento, en la misma línea que planteaba la recurrente en su demanda, en la vulneración de las protecciones establecidas en los arts. 10 y 13 de la Carta de la energía, referidas a un trato justo y equitativo, desde la perspectiva de que las sucesivas modificaciones del régimen especial ha supuesto un cambio de la normativa que ha generado una frustración de las legítimas expectativas generadas del mantenimiento de las garantías de sus inversiones (principio de confianza legítima); y, correlativamente, en que las pérdidas producidas en las inversiones realizadas con motivo del cambio regulatorio suponen una expropiación indirecta que exige una compensación adecuada y efectiva.

En ese contexto, la existencia de litigios en que se reclama el pago por el Reino de España de cuantiosas indemnizaciones a los inversores extranjeros derivadas de las sucesivas modificaciones normativas –a pesar del parcialmente diferente significado que puede asumir el principio de confianza legítima dentro del Derecho internacional económico y de las inversiones, aplicable por las diferentes cortes internacionales de arbitraje, respecto del que asume su consagración como principio en la Constitución española, que es el aplicable en el marco del presente recurso de inconstitucionalidad– hacía a mi juicio deseable que este Tribunal Constitucional, como un órgano más conformador del entramado institucional del Reino de España, aunque no considere, como así es, no infringido el expresado principio, hubiera aportado un estudio más amplio y reflexivo sobre la cuestión, asumiendo también la responsabilidad, como ya hiciera el Tribunal Supremo, de desentrañar las particularidades del ordenamiento jurídico español en relación con la materia.

7. Una respuesta sólida y fundada a la cuestión controvertida del respeto al principio de confianza legítima hubiera exigido, en el actual estado de evolución de la jurisprudencia constitucional española, al menos, (i) establecer un más amplio desarrollo del significado constitucional del principio de confianza legítima como elemento integrante de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrados en el art. 9.3 CE; y (ii) en aplicación de los estándares que hubieran conformado la mencionada actualización y desarrollo del significado constitucional del principio de confianza legítima, hacer un detenido y minucioso análisis del cumplimiento de la concreta normativa impugnada, en el marco del devenir general legislativo en la materia, de los criterios y parámetros configuradores de este principio de confianza legítima, ponderando adecuadamente todos los elementos concurrentes.

(i) He puesto de manifiesto en el Voto particular formulado a la STC 216/2015, el olvido que en muchas ocasiones se hace del principio de confianza legítima, como concreta dimensión del principio de seguridad jurídica, y la confusión que también en frecuentes ocasiones se hace de este principio con el del irretroactividad. Ese olvido y esa confusión son tributarios de la deficitaria construcción que tiene el principio de confianza legítima en la jurisprudencia constitucional española y que este recurso de inconstitucionalidad hubiera sido un momento propicio para remediar.

Ya mencioné en aquel Voto particular que la doctrina constitucional hasta este momento se había limitado a establecer que el principio de seguridad jurídica «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles» (entre otras muchas, STC 82/2009) y según esta doctrina para determinar cuándo una norma puede vulnerar este principio ha de estarse a las circunstancias específicas que concurren en cada caso, tomando en consideración especialmente «la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma», pues «[s]olo después de una ponderación de los distintos elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13).

Esta somera formulación, acaso, ha sido históricamente suficiente para la resolución de los asuntos en que era invocado el principio de confianza legítima ante la jurisdicción constitucional. No obstante, debe reconocerse que es una construcción muy poco elaborada si se contrasta con la efectuada por la doctrina y, especialmente, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que, por la especialidad de la materia en que tiene una especial aplicación este principio –el Derecho administrativo económico–, han tenido que afrontar de manera más constante su invocación y análisis, como son la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si hay un momento en que el tan citado, como quizá menos practicado, diálogo de Tribunales hubiera tenido un sentido es precisamente éste. Nadie puede dudar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), desde la entrada en vigor de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ha tenido que incorporar a su acervo jurisprudencial muchas de las elaboraciones realizadas por los órganos de control de los derechos fundamentales, singularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales europeos con jurisdicción en esa materia, que le llevaban una amplia ventaja. Tampoco puede dudarse que en la aplicación de determinados principios generales del derecho, posteriormente constitucionalizados, como es el principio de confianza legítima, nacidos en el contexto del Derecho administrativo económico, también el Tribunal Constitucional asume la obligación y la responsabilidad de apoyarse en las elaboraciones jurisprudenciales más avanzadas de otros órganos más acostumbrados a trabajar –y, por tanto, a reflexionar– con esos principios. En ese sentido, tanto las mencionadas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia citadas anteriormente como la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina de los autores, hubiera debido servir de base en este caso para desarrollar una incipiente jurisprudencia constitucional sobre el principio de confianza legítima proyectada al entorno de las inversiones económicas en el marco de los ámbitos económicos de una alta densidad normativa en que la satisfacción de las legítimas expectativas de los operadores económicos quedan vinculadas a los riesgos regulatorios y no del mercado.

A partir de esa asunción, y en línea con la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta, por ejemplo en las SSTJUE de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08); de 11 de junio de 2015 (asunto C-98/14); o 10 de diciembre de 2015 (asunto C-427/14), considero que hubiera sido necesario establecer una doctrina constitucional que, partiendo del enunciado general de que este principio protege las legítimas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles,

fijara como parámetro del control del principio de confianza legítima un análisis y ponderación de los siguientes elementos: (a) las legítimas expectativas de los interesados deben haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas; (b) 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 los poderes públicos especialmente en ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior; (c) los cambios normativos en que se fundamente la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes incluyendo la evolución de la situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas; y (d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o requilibren las legítimas expectativas frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivas que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación.

(ii) Un análisis y ponderación de los diversos elementos anteriormente citados considero que también hubiera llevado a la conclusión sustentada por el Tribunal en el sentido de que en el caso examinado no ha existido una infracción del principio de confianza legítima.

En primer lugar, debe tomarse en consideración la naturaleza y el objeto de este proceso constitucional y las limitaciones y condicionantes que ello impone al análisis de la invocación de la confianza legítima. En cuanto al objeto, porque el análisis que puede efectuarse, por un lado, queda limitado a las concretas medidas adoptadas en la Real Decreto-ley 9/2013 y en el contexto normativo y económico en que se adoptaron, sin que, más allá de una necesaria perspectiva diacrónica, pueda retrotraerse a otros hitos normativos que han incidido de manera relevante en el sistema de incentivos; y, por otro, queda condicionado, precisamente, por la circunstancia de ser un elemento más en el marco de un proceso normativo que, como ya se ha expuesto anteriormente, tiene su arranque en el año 2007. En cuanto a su naturaleza, porque el carácter abstracto de la impugnación, a diferencia de lo que hubiera sucedido en caso de enjuiciamiento y planteamiento de situaciones concretas, impide ponderar situaciones singularizadas que hayan podido generarse con la aplicación de la normativa recurrida.

A partir de ello, si bien no parece razonable que en el marco de un voto particular me extienda sobre todos aquellos aspectos que considero debían haber sido objeto de atención en la Sentencia, sí me parece relevante incidir en algunos elementos esenciales que deberían haberse proyectado en la resolución del caso.

(a) Así, por lo que se refiere a la determinación de cuáles eran las expectativas legítimas creadas en los operadores económicos por la normativa reformada, hay que tomar en consideración que el objeto de impugnación es el Real Decreto-ley 9/2013, en la medida en que modificó determinados preceptos del art. 30 de la entonces vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre del sector eléctrico, en lo que se refiere al régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Por tanto, en este caso y para este concreto procedimiento constitucional, lo enjuiciado no puede ser todo el devenir de modificaciones legislativas sufridas por la Ley 54/1997 en esa particular materia ni los avatares producidos en la normativa infralegal de desarrollo de las previsiones legales.

A esos efectos, lo sustancial es que la normativa vigente hasta el momento de la reforma enjuiciada lo que establecía era un sistema retributivo caracterizado por (i) la existencia de un prima complementaria, cuya determinación se remitía a un desarrollo reglamentario; (ii) los supuestos a los que se aplicaba ese régimen primado; y (iii) que los

criterios que debían de tomarse en consideración para determinar la prima lo eran «al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales» (art. 30.4, último párrafo). Esta regulación era esencialmente la misma que estaba vigente desde la reforma operada por la Ley 17/2007, de 4 de julio.

En ese sentido, las legítimas expectativas de los interesados a las que en este concreto caso daba protección el principio de confianza legítima aparecen vinculadas a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para este tipo de producción de la energía eléctrica, cuya concreción queda al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.

(b) En lo referido a la eventual frustración de la confianza legítima generada respecto del mantenimiento de la citada situación normativa, debe ponerse de manifiesto que la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013 supuso un nuevo régimen de incentivos caracterizado por (i) la existencia de una retribución adicional a la de participación en el mercado que cubra los costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado; (ii) que este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable; y (iii) que la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Por otra parte, además, y tal como se justificó extensamente en la exposición de motivos del propio Real Decreto-ley 9/2013, esta modificación normativa traía causa de la necesidad de satisfacer perentorios y superiores intereses públicos que se concretaban en la necesidad de reducir un déficit tarifario que, con el paso del tiempo, se había convertido en estructural, debido a que los costes reales asociados, entre otras, a las actividades reguladas resultan superiores a la recaudación por los peajes que fija la Administración y que pagan los consumidores. Así, se cuantificaba que entre los años 2004 y 2012 los ingresos del sistema eléctrico por peajes de los consumidores se habían incrementado en un 122 por 100, mientras que el aumento de los costes regulados del sistema en dicho periodo había sido de un 197 por 100 y que de entre las partidas de costes que habían contribuido en mayor medida a dicho incremento destacaban las primas del régimen especial que se habían multiplicado por seis en dicho periodo. Igualmente, se afirmaba la necesidad de la implantación de un nuevo sistema de incentivos, una vez que las sucesivas modificaciones operadas en el sistema entonces vigente resultarían insuficientes y advinieran nuevas circunstancias que aumentarían el desajuste del sector como eran, por un lado, una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios del mercado registrados; y, por otro, una contracción de la demanda más acusada de lo prevista por efecto de la reducción de la actividad económica y la afección de la crisis económica sobre las economías domésticas.

En ese sentido, si bien no puede dudarse de que ha existido una modificación legislativa en el régimen de incentivos y de que se ha proyectado sobre inversiones decididas, realizadas y consolidadas al amparo de un diferente régimen legal, tampoco puede obviarse que, al margen de cuál era el desarrollo reglamentario de esa normativa legal y las esperanzas de rentabilidad de las inversiones que a su amparo podían albergarse –que por razones de competencia no pueden ser enjuiciadas en un proceso constitucional de estas características–, la normativa ahora recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. A pesar de ello, se ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Por el contrario, no puede ser calificado como expectativa legítima ni, por tanto, pretenderse amparado por los operadores económicos con

fundamento en el principio de confianza legítima, una vez garantizada esa rentabilidad razonable, el mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores.

(c) Este cambio normativo, además, tampoco cabe ser considerado de imprevisible para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes, incluyendo la evolución de la situación económica general y la del sector eléctrico en particular.

Los operadores económicos que, al amparo del sistema regulatorio de los incentivos a las energías renovables, desarrollaron actividades de inversión han sido muy variados y, por la propia naturaleza de las inversiones y el objeto de las instalaciones incentivadas, entre ellos hay también pequeños inversionistas. Por tanto, si bien no puede establecerse un operador económico estándar a partir del cual hacer una ponderación sobre su nivel de diligencia o prudencia inversora, el carácter abstracto del control de constitucionalidad a desarrollar en este proceso constitucional tampoco permite atender en esta valoración sobre el nivel de diligencia a otros aspectos objetivos que no sean los propios del sector eléctrico y la naturaleza de las medidas que fueron objeto de modificación.

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

(d) Por último, además, en lo referente a la necesidad de que los cambios normativos controvertidos tomen en consideración las situaciones específicas de los operadores económicos cuyas expectativas pudieran verse afectadas, también hay que concluir que el Real Decreto-ley, a pesar de los superiores intereses públicos subyacentes en la modificación legislativa impugnada, no ha desatendido las expectativas de los operadores económicos que pudieron resultar afectadas.

De ese modo, tal como ya se ha afirmado, si bien la nueva normativa modificaba el sistema de incentivos a las renovables, no sólo se mantenían los aspectos esenciales vinculados a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para este tipo de producción de la energía eléctrica y se garantizaba que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales –en este caso, el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando un diferencial adecuado–. Además, se incluyó específicamente una disposición en relación con las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, en que se concretaba que esa rentabilidad giraba «antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley de las obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de la revisión prevista en el último párrafo del citado artículo» (disposición adicional primera). Por tanto, tampoco se dejaban desatendidas las expectativas de los operadores económicos, al articularse

medidas transitorias para garantizar un determinado nivel de rentabilidad en las inversiones que, cumpliendo la finalidad de minimizar el impacto de la modificación legislativa sobre las expectativas de los afectados, resultaban proporcionadas con la consecución de los superiores intereses públicos perseguidos por la modificación.

En conclusión, aunque comparto el fallo desestimatorio de esta Sentencia, considero que, por las razones expuestas, hubiera sido necesario un esfuerzo argumental muy superior al desarrollado en la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.