

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D^a VIRGINIA ARAGÓN SEGURA, Procuradora de los Tribunales - colegiada nº 1040 -, Comisionada para interponer este recurso por D. ALFREDO PÉREZ RUBALCABA; D^a M^a SORAYA RODRÍGUEZ RAMOS, D. JOSÉ LUIS ÁBALOS MECO, D^a ROSA AGUILAR RIVERO, D^a PILAR ALEGRÍA CONTINENTE, D. ALEJANDRO ALONSO NUÑEZ, D^a ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. JOSÉ MARÍA BARRERA FONTES, D. JAVIER BARRERO LÓPEZ, D^a MERITXELL BATET LAMAÑA, D. JOSÉ MARIA BENEGAS HADAD, D. JOSÉ BLANCO LÓPEZ, D^a ROSA DELIA BLANCO TERAN, D^a PATRICA BLANQUER ALCARAZ, D. FEDERÍCO BUYOLO GARCÍA, D^a SOLEDAD CABEZÓN RUIZ, D. ANTONIO CAMACHO VIZCAINO, D. HERICK MANUEL CAMPOS ARTESEROS, D^a MARÍA LUISA CARCEDO ROCES, D^a HELENA CASTELLANO RAMÓN, D. MANUEL MARÍA CHAVES GONZÁLEZ, D. CIPRIÁ CISCAR CASABAN, D. CARLOS CORCUERA PLAZA, D. MIGUEL ÁNGEL CORTIZO NIETO, D^a ANGELINA COSTA PALACIOS, D^a TERESA CUNILLERA i MESTRES, D. ODON ELORZA GONZÁLEZ, D^a GRACIA FERNÁNDEZ MOYA, D. SEBASTIÁN FRANQUIS VERA, D^a MARIA DEL PUERTO GALLEGO ARRIOLA, D. GUILLEM GARCÍA GASULLA, D. TOMÁS VALERIANO GÓMEZ SÁNCHEZ, D. FRANCISCO GONZÁLEZ CABAÑA, D. MANUEL GONZÁLEZ RAMOS, D^a MARIA LUISA GONZÁLEZ SANTÍN, D^a MARÍA GONZÁLEZ VERACRUZ, D. JUAN LUIS GORDO PÉREZ, D^a PILAR GRANDE PESQUERO, D. ALFONSO GUERRA GONZÁLEZ, D. VICENTE GUILLEM IZQUIERDO, D^a SOFÍA HERNAZ COSTA, D. ANTONIO HURTADO ZURERA, D^a LEIRE IGLESIAS SANTIAGO, D. RAMÓN JAUREGUI ATONDO, D. FÉLIX LAVILLA MARTÍNEZ, D. DIEGO LÓPEZ

GARRIDO, D^a ISABEL LÓPEZ I CHAMOSA, D^a MARIA PILAR LUCIO CARRASCO, D. CESAR LUENA LÓPEZ, D. EDUARDO MADINA MUÑOZ, D^a MARIA GUDALUPE MARTÍN GONZÁLEZ, D. PABLO MARTÍN PERÉ, D. JOSÉ MARTÍNEZ OLMOS, D. GUILLERMO ANTONIO MEIJÓN COUSELO, D^a M^a VIRTUDES MONTESERÍN RODRÍGUEZ, D. VICTOR MORLÁN GRACIA, D. PEDRO JOSÉ MUÑOZ GONZÁLEZ, D^a SOLEDAD PÉREZ DOMÍNGUEZ, D. MANUEL PEZZI CERETO, D. JOAN RANGEL TARRÉS, D. GERMÁN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, D^a, PALOMA RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, D^a INMACULADA RODRÍGUEZ-PIÑERO FERNÁNDEZ, D. SUSANA ROS MARTÍNEZ, D. JOAN RUIZ I CARBONELL, D. ROMAN RUIZ LLAMAS, D^a CONSUELO RUMÍ IBÁÑEZ, D. ALEX SÁEZ I JUBERO, D. LUIS CARLOS SAHUQUILLO GARCÍA, D^a M^a DEL CARMEN SÁNCHEZ DÍAZ. D. PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN, D. PEDRO SAURA GARCÍA, D^a LAURA CARMEN SEARA SOBRADO, D. JOSÉ SEGURA CLAVELL, D. JOSÉ ENRIQUE SERRANO MARTÍNEZ, D. FELIPE JESÚS SICILIA ALFÉREZ, D^a M^a DEL CARMEN SILVA REGO, D. ALBERT SOLER SICILIA, D^a M^a SUSANA SUMELZO JORDÁN, D. ANTONIO RAMÓN MARÍA TREVÍN LOMBÁN, D. LUIS TUDANCA FERNÁNDEZ, D^a MAGDALENA VALERIO CORDERO, D. FRANCESC VALLÈS VIVES, D. JOSÉ ANTONIO VIERA CHACÓN, D. JULIO VILLARRUBIA MEDIAVILLA, D. JOSÉ ZARAGOZA ALONSO y D. GASPAR CARLOS ZARRÍAS ARÉVALO, **diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Socialista**, cuya representación acredito mediante las copias de escrituras de poder, que en legal forma acompaño como **documento nº 1**, acreditando asimismo la condición de diputado o diputada de cada una de las personas anteriormente relacionadas mediante la certificación del Secretario General del Congreso de los Diputados que se acompaña como **documento nº 2** y aportando las firmas de cada uno de ellos

manifestando su voluntad de interponer este recurso como **documento nº 3**, ante el Tribunal Constitucional comparece y como mejor proceda en Derecho

DICE

Que en la representación que ostenta viene a interponer RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS APARTADOS DOS Y TRES DEL ARTÍCULO 1 Y LAS DISPOSICIONES ADICIONAL PRIMERA, TRANSITORIA TERCERA, DEROGATORIA ÚNICA, APARTADO DOS, Y 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, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 167, de 13 de julio de 2013, con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 12 de julio de 2013, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, cuya publicación tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado del día siguiente.

Segundo. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 17 de julio, acordó la convalidación del Real Decreto-ley 9/2013 por 180 votos a favor y 138 en contra, rechazando asimismo su tramitación como proyecto de ley conforme a lo previsto en el artículo 86.3 de la

Constitución. La convalidación del Real Decreto-ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 173, de 20 de julio de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Jurisdicción y competencia.

La tiene ese Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.1. a) de la Constitución (en adelante, CE) y en el artículo 2.1. a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre de 1979, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), en cuanto se impugna una norma con rango de ley.

La competencia para conocer del recurso corresponde de conformidad con el artículo 10.1.b) LOTC, al Tribunal en Pleno.

2. Admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

El presente recurso es admisible de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 LOTC, toda vez que la disposición que se recurre ha sido publicada íntegramente en el Boletín Oficial del Estado número 167, de 13 de julio de 2013.

3. Legitimación activa de los que ejercitan el recurso.

Los Diputados otorgantes del poder que acompaño a este escrito cuentan con legitimación activa a tenor de los artículos 162.1.a) CE y 32.1. c) LOTC.

4. Representación

Los Diputados que ejercitan el recurso actúan representados por Procurador de los Tribunales, al amparo de lo previsto en el artículo 81 LOTC.

5. Formulación en plazo del recurso.

El presente recurso se formula dentro del plazo legal de 3 meses a contar desde la publicación oficial del Real Decreto-ley, el 13 de julio de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 LOTC.

6. Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso los apartados dos y tres del artículo 1 y las disposiciones adicional primera, transitoria tercera, derogatoria única, apartado dos, y 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.

7. Pretensión que se deduce.

Al amparo de los artículos 27.1 y 2.b) y 39 LOTC se ejercita en este recurso la pretensión de declaración por ese Tribunal Constitucional, con los efectos legalmente predeterminados, de la disconformidad con la Constitución y, por tanto, de la inconstitucionalidad de los preceptos citados 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE MOTIVAN EL RECURSO

MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. INTRODUCCIÓN.

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, en su artículo 1, apartados dos y tres, modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) en los siguientes términos:

“Dos. Se modifica el artículo 30.4 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 posibiliten 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.»

Tres. Se modifica el primer párrafo del artículo 30.5 que queda redactado como sigue:

«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.»

Por su parte, la Disposición adicional primera del referida Real Decreto-ley establece:

“Disposición adicional primera. Rentabilidad razonable de las instalaciones de producción con derecho a régimen económico primado.

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 del mismo Real Decreto-ley dispone lo siguiente:

“Disposición transitoria tercera. Aplicación transitoria del 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, 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.

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 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 V 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 aquellas de régimen ordinario con régimen retributivo primado al amparo de 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 encargado 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.”

Y la Disposición derogatoria única dice:

“Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley.

2. Quedan derogados expresamente:

a) El Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

b) 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.

c) El artículo 4, la disposición adicional primera y el apartado 2 de la disposición transitoria quinta 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.”

Finalmente, la Disposición final segunda de la misma norma establece:

“Disposición final segunda. Nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen económico primado.

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 cuyo valor será el resultante de la oferta económica para las que resultaran adjudicatarias.”

Con los preceptos citados, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, dispone un nuevo régimen de retribución para la producción eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos.

Este nuevo régimen retributivo establece que la producción eléctrica con energías renovables, cogeneración y residuos se financiará con lo que perciba del mercado, y que puede recibir un complemento que permita, a una instalación tipo, eficiente tanto en su coste de inversión como en su funcionamiento, obtener una rentabilidad “razonable”, que se establecerá en base al tipo de interés del bono a diez años más un diferencial.

Asimismo establece que las instalaciones en funcionamiento recibirán un complemento a sus ingresos por el mercado si es necesario para alcanzar una rentabilidad “razonable” en toda la vida de la instalación, que se cuantifica en la media del rendimiento del bono a diez años en los últimos diez años más 300 puntos básicos. Con ello, se acuerda ahora, para instalaciones construidas hace años, a qué coste debiera haberse realizado la inversión, con qué coste debieran haberse operado y mantenido desde que entraron en funcionamiento, y qué rentabilidad “razonable” debieran haber obtenido si sus costes hubieran sido los que ahora considere el Gobierno que debían haber sido con una gestión eficiente, para “rehacer” con esos criterios las cuentas desde su puesta

en funcionamiento para ajustar sus ingresos futuros. Se trata de un ejercicio de retroactividad que pone en cuestión la seguridad jurídica de todas las actividades reguladas. Si ese criterio se mantuviese, se abriría la puerta para revisar, en cualquier momento, la rentabilidad “teórica” “razonable” que debiera haber recibido desde su entrada en funcionamiento cualquier actividad regulada, compararla con la real y solicitar la devolución del exceso, o deducírselo de los ingresos futuros revisando precios, tarifas, peajes o cánones.

Lo que esta decisión conlleva es que se pueda ahora reducir la rentabilidad futura de unas instalaciones, incluso hasta hacerla negativa, no para ajustarla al cambio en las condiciones económicas y financieras del contexto, sino para compensar una rentabilidad superior a lo que ahora se dice que hubiera sido “razonable” obtenida en los años de vida de la instalación, al margen del marco retributivo con el que esas inversiones se realizaron, con grave daño a la seguridad jurídica de las inversiones en actividades reguladas, porque siempre estarán al arbitrio de la revisión de la rentabilidad que desde su puesta en funcionamiento se pueda decidir.

Todo ello comporta la vulneración de diferentes preceptos constitucionales que a continuación se detallan.

II. LA PREVISIÓN DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUEVO RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA ACTIVIDAD DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA A PARTIR DE FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES, PREVISTO EN EL REAL DECRETO-LEY 9/2013, A LAS INSTALACIONES QUE A LA ENTRADA EN

VIGOR DE AQUÉL TENÍAN DERECHO A UN RÉGIMEN ECONÓMICO PRIMADO VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA.

El Real Decreto-ley 9/2013, no sólo establece en los apartados dos y tres del artículo 1 un nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables mediante la modificación del artículo 30.4 LSE, sino que lo extiende a las instalaciones que tenían reconocido el derecho a la percepción de un régimen económico primado con base en la normativa vigente con anterioridad.

Según la disposición adicional primera del Real Decreto-ley, para las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del mismo tuvieran derecho a un régimen económico primado, la rentabilidad razonable ahora prevista en el nuevo artículo 30.4 LSE girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores 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 nuevo artículo 30.4 LSE.

Ciertamente, la disposición transitoria tercera prevé que se siga aplicando a las instalaciones existentes el régimen económico que hasta ahora les era de aplicación y que resulta derogado ahora por aquél (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, Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula

la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre), pero tal “ultraactividad” del régimen retributivo hasta ahora vigente lo es tan sólo con carácter transitorio hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del real decreto que desarrolle el nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables previsto en el artículo 30.4 LSE (en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley), y a excepción, por añadidura, 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 V del Real Decreto 661/2007.

Conforme a lo establecido en el apartado 2 de la citada disposición transitoria, el organismo encargado de la liquidación abonará, con carácter de pago a cuenta, los conceptos liquidables devengados por las instalaciones de régimen especial en aplicación del régimen económico primado hasta ahora vigente. Los derechos de cobro u obligaciones de pago resultantes de la aplicación del nuevo régimen retributivo a la energía producida desde la entrada en vigor del 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 encargado en las seis liquidaciones posteriores a la entrada en vigor de dichas disposiciones.

Lo anterior implica, por tanto, que se dota al nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables de la que tanto en la doctrina como en la

jurisprudencia se ha dado en llamar “retroactividad impropia”. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véanse, por todas, SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 173/1996, 182/19997 y otras), “el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia (...) se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas”, que es exactamente lo que sucede con el nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables introducido en el artículo 30.4 LSE por el Real Decreto-ley, en la medida en que, como se acaba de señalar, dicho régimen no será sólo de aplicación a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la entrada en vigor de esas normas, sino también a las instalaciones existentes de régimen especial, es decir, aquellas que a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley tenían reconocido el derecho a la percepción de un régimen económico primado (más ventajoso) con base en la normativa vigente con anterioridad.

La retroactividad impropia que lleva aparejado el nuevo régimen retributivo introducido en el artículo 30.4 LSE por el Real Decreto-ley es una retroactividad lesiva para los derechos e intereses de los titulares de las instalaciones existentes de régimen especial, toda vez que conlleva una modificación in peius del régimen hasta ahora vigente. Como cabe apreciar en el preámbulo del Real Decreto-ley, el nuevo régimen retributivo persigue expresamente reducir de modo sustancial el coste que para el sistema eléctrico supone en la actualidad el régimen económico primado del régimen especial. Es más, la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley prevé expresamente, como ya hemos señalado, que la aplicación del nuevo régimen retributivo a la

energía producida por las instalaciones existentes de régimen especial desde la entrada en vigor del mismo hasta la entrada en vigor de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo hará necesaria una regularización de los pagos a cuenta percibidos en aplicación transitoria (“ultraactiva”) del régimen retributivo anterior (hoy derogado por el Real Decreto-ley), regularización que podrá implicar obligaciones de pago, es decir, la obligación de devolver al sistema primas percibidas a cuenta por energía producida con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Siendo cierto que, como se ha puesto de manifiesto jurisprudencialmente, la retroactividad impropia in peius no conculca per se el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), no lo es menos que tal retroactividad tampoco resulta siempre y en todo caso conforme con dicho principio; o, lo que es lo mismo, es igualmente cierto que, según las circunstancias concurrentes en cada caso, la retroactividad impropia también puede, como sucede de ordinario con la retroactividad propia, vulnerar el principio de seguridad jurídica.

En efecto, como admite la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “fuera de las materias respecto de las que el artículo 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política” (SSTC 150/1990, 182/1997 y otras), pero lo anterior, subraya el Alto Tribunal, “no supone de ninguna manera mantener, siempre y en

cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, señaladamente (...) el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional” (SSTC 126/1987, 173/1996, 182/1997 y otras; el subrayado es nuestro).

Según el Tribunal Constitucional, “dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (...), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos (...) frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas (...) no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad” (SSTC 126/1987, 150/1990, 182/1997, 234/2001 y otras; el subrayado es nuestro), siendo así que una ley retroactiva vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela “irrazonable e imprevisible, con quiebra de la confianza legítima (...) en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos” (STC 234/2001).

De ahí que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, determinar cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos sea una cuestión que sólo puede resolverse a la vista del caso concreto, “teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (...)”. Como criterio orientador de ese juicio casuístico, resulta relevante, a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional, “distinguir entre retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado

medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico (...), así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa y otros factores similares” (SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 173/1996, 182/1997 y otras; el subrayado es nuestro).

En definitiva, según la jurisprudencia constitucional la retroactividad impropia no es siempre y en todo caso conforme al principio de seguridad jurídica, ya que la licitud o ilicitud de la misma dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo en cada caso.

Pues bien, es aquí donde procede llamar la atención sobre las diferencias notorias que existen entre los casos de anteriores modificaciones del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica en régimen especial, conocidas y avaladas como conformes a Derecho por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (véanse, entre otras, SSTS de 25 de octubre de 2006, 9 de octubre de 2007, 20 de marzo de 2007, 9 de diciembre de 2009 o 12 de abril de 2012), y el cambio radical

que supone la sustitución del régimen económico primado de la producción de energía eléctrica en régimen especial por el nuevo régimen retributivo de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables previsto en el Real Decreto-ley.

En los casos anteriores los cambios regulatorios dotados de retroactividad impropia y considerados conformes a Derecho por la Sala Tercera del Tribunal Supremo no alteraban de raíz los fundamentos básicos y el mismo marco del sistema retributivo vigente, sino que se limitaban a introducir en él ajustes que no suponían una transformación integral del sistema retributivo en sí mismo considerado (por ejemplo, la reducción de la cuantía de las primas, de las horas de funcionamiento susceptibles de retribución primada o del período de vigencia temporal del régimen económico primado). Ciertamente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido que se dote de retroactividad impropia a tales “ajustes” del régimen económico primado de la producción de energía eléctrica en régimen especial, pero nunca hasta la fecha se ha pronunciado sobre la licitud constitucional (desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica) de dotar de retroactividad impropia, sin elemento de amortiguación o atemperación alguno, a un cambio sistémico en toda regla del régimen retributivo anteriormente vigente, que no se limita a introducir ajustes en dicho régimen sino que afecta a los mismos fundamentos conceptuales y, por tanto, al propio marco del sistema. Una cosa es dotar de retroactividad impropia a unos “ajustes regulatorios”, por sensibles que puedan resultar para los afectados, y otra muy distinta dotar de esa misma retroactividad a un cambio integral del sistema retributivo bajo cuya vigencia se llevaron a cabo unas inversiones. Y ninguna duda puede haber de que la sustitución del

sistema de retribución primada de la producción de energía eléctrica en régimen especial, hasta ahora vigente, por un sistema que sólo garantiza, en caso de resultar necesario, una retribución adicional que cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado, supone un cambio sistémico integral en la regulación del régimen retributivo de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables.

Así lo reconoce el propio Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, que mantiene el régimen establecido en el Real decreto-ley de referencia, donde señala “que esta reforma tiene un calado muy superior a las anteriores modificaciones del sistema retributivo del régimen especial, habida cuenta de que el anteproyecto conlleva la desaparición de éste en cuanto tal, con la posibilidad excepcional de sustituirlo por un régimen retributivo específico basado en parámetros diferentes”. Y también la Comisión Nacional de Energía destaca en su Informe 18/2013 que “no se tiene constancia de que exista un modelo retributivo similar al reflejado en la propuesta en ninguna jurisdicción de la Unión Europea, así como tampoco en otros países de cuyos sistemas de apoyo se tiene conocimiento a través de asociaciones internacionales de organismos reguladores”.

Es verdad que, como señala la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su jurisprudencia antes citada, “los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un «derecho inmodificable» a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas”, y 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”. Pero también lo es que en el caso que nos ocupa el cambio regulatorio no se limita a una modificación del régimen económico que regula la percepción de las primas, sino que entraña la sustitución integral del mismo por un nuevo sistema retributivo radicalmente distinto, cuya retroactividad impropia (es decir, aplicación a los titulares de instalaciones existentes) debe ser enjuiciada ex novo con arreglo al canon de constitucionalidad que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se deriva del artículo 9.3 de la Constitución.

Y recordemos, en este sentido, que, según la doctrina del Alto Tribunal, el principio de seguridad jurídica “sí protege (...) la confianza de los ciudadanos (...) frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”, y que en el supuesto de la retroactividad impropia “la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico (...), así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa y otros factores similares”.

Pues bien, juzgada la retroactividad impropia que el Real Decreto-ley confiere al nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de

energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables con base en los criterios que la jurisprudencia constitucional deduce del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), resulta claro que no se la puede reputar constitucionalmente lícita. Así como pueden admitirse la necesidad y previsibilidad de determinados ajustes en el régimen económico de una actividad con derecho a la percepción de un régimen económico primado a largo plazo, no es posible predicar lo mismo de un cambio regulatorio que no se limita, como en anteriores ocasiones, a una modificación del régimen que regula la percepción de las primas, sino que entraña lisa y llanamente la sustitución integral del mismo por un nuevo sistema retributivo radicalmente distinto y desventajoso para los titulares de instalaciones que entraron en funcionamiento bajo la vigencia del régimen económico anterior. A diferencia de ciertos ajustes en el régimen económico primado hasta ahora vigente, un cambio normativo de semejante calado y alcance, y con un impacto tan lesivo, no era razonablemente previsible para los titulares de instalaciones existentes de régimen especial, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (STC 234/2001), se quiebra la confianza legítima de los mismos (y, por ende, se conculca el principio constitucional de seguridad jurídica) si, como en el caso que nos ocupa, se dota a dicho cambio regulatorio de retroactividad impropia.

Y esto es así tanto más cuanto los efectos lesivos que conlleva la retroactividad impropia que se confiere al nuevo sistema retributivo carecen en la norma de cualquier elemento de amortiguación o atemperación mediante un régimen transitorio o algún género de mecanismo compensatorio. En efecto, el nuevo régimen retributivo se aplica a los titulares de las instalaciones existentes de régimen especial,

sin período transitorio alguno, desde la misma fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley. Adviértase en este sentido que aunque la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley prevé la “ultraactividad” transitoria del régimen retributivo hasta ahora vigente hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del real decreto que desarrolle el nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, el nuevo régimen retributivo será de aplicación a la energía producida por las instalaciones existentes de régimen especial desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley, lo que, de acuerdo con el apartado segundo de la disposición transitoria tercera, hará necesaria una regularización de los pagos a cuenta percibidos en aplicación transitoria del régimen retributivo anterior (y ahora derogado), que incluso podrá implicar obligaciones de pago, es decir, la obligación de devolver al sistema primas percibidas a cuenta por energía producida con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Es decir, la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley admite expresamente la hipótesis de que haya instalaciones que se vean obligadas a devolver primas liquidadas a cuenta correspondientes a energía producida desde la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, sin que los titulares de dichas instalaciones dispongan (en ausencia del desarrollo reglamentario, aún pendiente, previsto en la disposición final segunda), de parámetro o elemento de juicio alguno que les permita saber de antemano si esa hipótesis (reintegro de primas liquidadas a cuenta por energía producida desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley) puede llegar a concurrir en su caso, ya que,

de saberlo, podrían preferir u optar razonablemente por renunciar a una liquidación a cuenta con riesgo de generar obligaciones de pago (en la medida en que una devolución de cantidades podría abocarles a un impacto lesivo aún mayor).

Con otras palabras, el régimen transitorio diseñado en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley para las instalaciones con derecho a un régimen económico primado a su entrada en vigor, además de no evitarles la aplicación del nuevo régimen retributivo desde la misma fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, no es transparente para sus destinatarios, pues no les ofrece los mínimos parámetros o elementos de juicio necesarios para adoptar una decisión acerca de cómo pueden o conviene que adapten su conducta al cambio normativo, de modo que éste les genere el menor perjuicio posible. En consecuencia, cabe afirmar que la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley no satisface las exigencias que el principio constitucional de seguridad jurídica impone a un régimen transitorio como elemento de amortiguación o atemperación de los efectos lesivos derivados de la confianza defraudada en supuestos de retroactividad normativa impropia, tal y como se infieren de la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñada.

Lo anterior puede predicarse en términos muy similares (cuando no idénticos) desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, de cuyos principios generales forma parte igualmente el principio de seguridad jurídica. Y este principio general es también de aplicación para juzgar la licitud de la retroactividad impropia que el Real Decreto-ley confiere al nuevo régimen retributivo de la actividad de producción

de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en España, por cuanto dicho régimen retributivo se desenvuelve en el ámbito material de aplicación del artículo 3.3.a) de la Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

El propio Consejo de Estado, en su dictamen sobre el citado anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, reconoce que:

a) “el régimen especial de producción de energía eléctrica ha estado sometido en los últimos años a un riesgo regulatorio muy intenso (superior, se diría, al de cualquier otro sector económico regulado), el cual ha generado una elevada litigiosidad, tanto en el ámbito jurisdiccional español, como consecuencia de la sucesiva impugnación en vía contencioso-administrativa del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, así como de las posteriores modificaciones de éste, como en el orden arbitral internacional. A pesar de la desestimación de tales recursos directos, al no ser apreciada por el Tribunal Supremo la quiebra de los principios estudiados, no cabe desconocer que el riesgo regulatorio manifestado en los continuos cambios del régimen especial produce un efecto desincentivador de las inversiones. Ha de aspirarse, por ende, a una mayor estabilidad de la regulación en este ámbito.

b) “Sin necesidad de descender a calificar el concreto grado de retroactividad, debe constatarse que un modelo de cálculo de la retribución específica basado en datos estándar de ingresos por venta de energía, costes de explotación y valor de la inversión inicial, en función de cómo se aplicasen a una instalación existente, podría suponer la toma en consideración de hechos pretéritos, aunque fuera

para el abono de retribuciones futuras. Considerando tanto las dificultades derivadas de recabar la información sobre los tres parámetros aludidos cuando ha transcurrido largo tiempo desde la apertura de la instalación de que se trate, como las objeciones ligadas a los principios de referencia que podría suscitar la consideración de factores consumados, el Consejo de Estado recomienda la adopción de las máximas cautelas a la hora de ordenar la aplicación temporal del régimen retributivo específico que, en su caso, resulte aplicable a las instalaciones existentes con anterioridad al 14 de julio de 2013”.

Por tanto, cabe concluir afirmando que la retroactividad impropia (carente de régimen transitorio y de cualquier otro elemento de amortiguación o atemperación de su impacto lesivo para los interesados) que las Disposiciones adicional primera y transitoria tercera del Real Decreto-ley, en relación con los apartados dos y tres de su artículo 1, confieren al nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables resulta inconstitucional, por infracción del artículo 9.3 CE, además de incompatible con el Derecho de la Unión Europea, por cuanto vulnera el principio de seguridad jurídica.

III. LA PREVISIÓN DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUEVO RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA ACTIVIDAD DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA A PARTIR DE FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES, PREVISTO EN EL REAL DECRETO-LEY 9/2013, A LAS INSTALACIONES QUE A LA ENTRADA EN VIGOR DE AQUEL TENÍAN DERECHO A UN RÉGIMEN ECONÓMICO PRIMADO VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE

IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES DEL ARTÍCULO 9.3 CE.

Como se ha señalado, la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley procede a la derogación de la normativa anterior reguladora del régimen jurídico-económico de la producción de energía eléctrica en régimen especial que contradiga o se oponga a lo dispuesto en el mismo y, específicamente, los Reales Decretos 661/2007, 1578/2008 y determinados preceptos del Real Decreto-Ley 6/2009.

No obstante, la disposición transitoria tercera, apartado 1, establece la aplicación transitoria de la normativa mencionada en el párrafo precedente a las instalaciones existentes a la sazón, no hasta la fecha de aprobación del Real decreto que desarrolle las nuevas previsiones legales sobre el régimen retributivo de que se trata (art. 1, apartados. 5 y 3 del Real Decreto-ley), sino hasta que se dicten las disposiciones reglamentarias necesarias (órdenes ministeriales) para la aplicación del mencionado Real Decreto de desarrollo de la normativa legal.

Pero además, el nuevo modelo retributivo no regirá a partir de la entrada en vigor del nuevo Real Decreto o de las Órdenes Ministeriales que lo desarrollen, sino desde la vigencia del Real Decreto-ley, es decir, desde el 14 de julio de 2013, tal y como establece el apartado 2 de la disposición transitoria tercera.

De esta forma, se dota de vigencia a 14 de julio de 2013 una normativa reglamentaria que entrará en vigor varios meses después y que, en estos momentos, está pendiente de aprobación. Así, las

liquidaciones efectuadas hasta que se apruebe dicha normativa con arreglo a la que se deroga, tienen la consideración de pagos a cuenta. Pero el devengo real y definitivo de los derechos de cobro por la producción de energía eléctrica renovable durante este período transitorio será el que derive de la nueva normativa reglamentaria pendiente de aprobar, cuyo resultado determinará la presencia de “derechos de cobro u obligaciones de pago” para los productores, que habrán de regularizarse en la forma que la propia disposición transitoria establece.

Esto es, desde el 14 de julio de 2013 regirá realmente una normativa a día de hoy inexistente y pendiente aún de aprobar, siendo la vigencia transitoria de la normativa anterior una mera vigencia virtual y, al cabo, ficticia o irreal, puesta al servicio de la finalidad práctica de realizar los cálculos correspondientes de las liquidaciones de la energía producida, con un mero carácter provisional.

Pues bien, esta aplicación retroactiva del nuevo régimen retributivo de las energías renovables, que se concretará en las normas reglamentarias que corresponde dictar al Gobierno y que aún no han sido aprobadas, menoscaba los derechos de los productores de energías renovables con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de ejercicio de la actividad.

La fijación de esa rentabilidad en el artículo 30.4 LSE no es por lo demás taxativa y precisa, por cuanto la redacción que le da el Real Decreto-ley la postula como un objetivo que gire sobre esa tasa de rendimiento, lo que significa que se ha de acercar a un determinado punto, no que sea

coincidente, sin perjuicio, además, de que se carece de parámetros mínimamente precisos que puedan avalar dicho cálculo.

En efecto, la nueva redacción del art. 30.4 de la LSE establece simplemente, de forma genérica, las directrices que han de servir para la determinación del nuevo modelo retributivo de las energías renovables, con arreglo a conceptos jurídicos indeterminados, cuales son la “rentabilidad razonable” en relación a “una empresa eficiente y bien gestionada”, calculada en virtud de valores estándar respecto a ingresos, costes e inversiones, que deben determinarse en vía reglamentaria.

En definitiva, los productores de energía renovable, a resultas de lo establecido en el Real Decreto-ley, desconocen el régimen retributivo que les corresponde con el mínimo de rigor y precisión exigibles. Así lo hace constar la Comisión Nacional de la Energía en su informe sobre la propuesta del Real Decreto de desarrollo, recientemente emitido. En dicho informe se concluye que la metodología del cálculo de la retribución de las renovables prevista en la propuesta “... *presenta, asimismo, grandes incertidumbres para su aplicación a las aproximadamente 60.000 instalaciones existentes, ya que la aplicación depende de una serie de parámetros estándar que serán definidos en la orden de desarrollo del Real Decreto*”.

Pues bien, si en la propuesta reglamentaria de desarrollo del RDL 9/2013, la metodología del cálculo presenta todavía “grandes incertidumbres”, mucho mayores son las recogidas en el Real Decreto-ley. En consecuencia, el Real Decreto-ley no fija con la mínima precisión exigible el régimen retributivo que rige para las instalaciones

renovables existentes, a su entrada en vigor, que solo podrá conocerse tras la aprobación de las disposiciones reglamentarias –Real Decreto y Orden Ministerial- que serán de aplicación a la producción verificada con anterioridad a su entrada en vigor.

De esta forma, el Real Decreto-ley establece una aplicación retroactiva a las instalaciones renovables existentes de un régimen retributivo todavía no establecido a su entrada en vigor, por lo que menoscaba gravemente los derechos adquiridos y consolidados por la producción anterior a la aprobación de las normas reglamentarias que lo establezcan.

Y por ello, la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley, en conexión con la disposición derogatoria única y las disposiciones adicional primera y final segunda infringen el art. 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

IV. EL NUEVO RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA ACTIVIDAD DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA A PARTIR DE FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES PREVISTO EN EL REAL DECRETO-LEY VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESERVA DE LEY.

El artículo 53.1 de la Constitución establece que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución.

Entre dichos derechos y libertades se halla la libertad de empresa. Según el artículo 38 CE, “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

La actividad de producción de energía eléctrica (incluida la generación a partir de fuentes de energía renovables) es una actividad liberalizada que se desenvuelve en el marco de la libertad de empresa. Así lo dispone la vigente LSE en su artículo 2.1, que garantiza la “libre iniciativa empresarial” para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica.

Ninguna duda puede caber entonces acerca de que el régimen retributivo de dicha actividad forma parte de las más elementales y sensibles condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en el ámbito del sector eléctrico, condiciones éstas que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.1 CE, sólo por ley pueden regularse.

La regulación del régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, defiere la propia existencia de dicho “régimen retributivo específico” y la determinación precisa de sus elementos configuradores, aun de los fundamentales, a la potestad reglamentaria del Gobierno.

En efecto, la Disposición final segunda del Real Decreto-ley establece que 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.

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase, por todas, la temprana STC 83/1984) admite que el principio de reserva de ley “no excluye (...) la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador”. Esto se traduce, prosigue el Alto Tribunal, “en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este principio aparece contradicho evidentemente por cláusulas legales (...) en virtud de las cuales se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” (el subrayado es nuestro).

Pues bien, si examinamos la regulación contenida en la Disposición final segunda a la luz de tales criterios constitucionales sobre los límites a

los que el principio de reserva de ley sujeta las remisiones al desarrollo reglamentario, no parece que ofrezca ninguna duda que la misma no satisface las exigencias constitucionales. Como se ha dicho, la densidad normativa de dicha regulación es tan escasa y abierta, y se agota en una serie de conceptos jurídicos indeterminados tan imprecisos, vagos e indeterminados, que difícilmente cabe afirmar que la regulación legal proyectada contiene, como exige la jurisprudencia constitucional sobre el principio de reserva de ley, reglas limitativas efectivas para el titular de la potestad reglamentaria, o que ésta queda efectivamente restringida en el presente caso a un complemento indispensable por motivos técnicos. Empezando, como ya se ha puesto de manifiesto, por el hecho de que la misma existencia del desarrollo reglamentario queda deferida a la voluntad del titular de la potestad reglamentaria. Así las cosas, cabe afirmar que, más allá de la apariencia formal que pudiera desprenderse de un texto normativo carente de toda concreción, la referida disposición final deslegaliza materialmente el régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos.

En consecuencia, procede concluir afirmando que la regulación del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, que contiene la Disposición final segunda del Real Decreto-ley, no satisface las exigencias constitucionales a las que el principio de reserva de ley sujeta las remisiones al desarrollo reglamentario de la ley, por lo que, al tratarse de una regulación que afecta a las condiciones de ejercicio de un derecho constitucional (la libertad de

empresa, reconocida en el artículo 38 CE), vulnera el artículo 53.1 de la Constitución.

V. EL REAL DECRETO-LEY VULNERA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 86.1 CE PARA DICTAR DECRETOS-LEYES.

El artículo 86.1 de la Constitución prevé que, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno pueda “dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.

Pues bien, la modificación del art. 30.4 de la LSE por los apartados dos y tres del artículo 1 del Real decreto-ley, establece un nuevo régimen jurídico-económico de la producción de energía renovable, que puede calificarse de estructural, por cuanto se fundamenta en unos principios y paradigmas completamente dispares a los establecidos en la anterior redacción del correspondiente precepto de la LSE y en la normativa reglamentaria de desarrollo que el RDL 9/2013 deroga. No obstante, sabemos que esta modificación estructural puede hacerse excepcionalmente mediante Real Decreto-ley pero siempre, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 29/1982, F 3, STC 60/1986 y STC 39/2013, F 9)., que se demuestre “en cada caso que ello es indispensable”.

Pues bien, ni la exposición de motivos del Real decreto-ley ni la presentación que del mismo realizó en el Pleno del Congreso de los Diputados el Ministro de Industria, Energía y Turismo ofrecen luz alguna para justificar ésta modificación estructural, en forma tan urgente, del régimen económico-retributivo de las instalaciones renovables que en el futuro se instalen.

Todo lo contrario, desde el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energías renovables y residuos, se procedió a la supresión de los regímenes incentivadores y a la supresión del procedimiento de preasignación de retribución para las mismas, además de diferir a futuro el diseño de un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías. En consecuencia con todo ello, se suprimieron los incentivos económicos para las instalaciones de régimen especial que se implantaran a partir de su entrada en vigor, suspendiéndose asimismo el procedimiento de preasignación de retribuciones para el otorgamiento del régimen económico privado. En definitiva, a partir del 28 de enero de 2012 no existen incentivos económicos que primen la producción de energía eléctrica en régimen especial respecto a instalaciones implantadas desde dicha fecha.

El Real Decreto-ley 1/2012 continua en vigor, razón por la que ni durante once meses del año 2012 ni a lo largo del año 2013 han podido habilitarse instalaciones de régimen especial con derecho a prima. Así las cosas, a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 las

únicas instalaciones de régimen especial susceptibles de contribuir a la generación de déficit tarifario eran las implantadas con anterioridad al 28 de enero de 2012. En esta tesitura, el establecimiento de un nuevo régimen retributivo pro futuro, más allá del que recaiga sobre las instalaciones existentes a la fecha de supresión del régimen primado, resulta completamente inane a los efectos de paliar el déficit tarifario de 2013 e imposibilitan su generación en 2014, que era la situación extraordinaria que pretendidamente se trataba de afrontar con el nuevo Real Decreto-ley.

En consecuencia, la reforma del régimen retributivo de producción de energía eléctrica renovable –más allá de su aplicación a las instalaciones existentes de régimen primado-, en la forma que se establece en el art. 1, apartado 2, del RDL 9/2013, es una medida superflua para el fin pretendido, carece de eficacia inmediata alguna al efecto y constituye una modificación estructural en modo alguno indispensable.

En definitiva, la inanidad de la medida era detectable en el momento de dictar el Real Decreto-ley y lo seguirá siendo en tanto se mantenga en vigor la supresión del disfrute del régimen especial primado dispuesto por el Real Decreto-ley 1/2012. La medida de reforma podía perfectamente articularse a través de una ley formal, tramitada por el procedimiento ordinario o de urgencia.

En conclusión, la modificación operada por los apartados dos y tres del artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 y, por conexión, su disposición final segunda, incurre en inconstitucionalidad por implicar una medida

legislativa en la que no concurre el requisito de extraordinaria y urgente necesidad establecido en el art. 86.1 CE.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que habiendo por presentado este escrito y los que con él se acompañan, tenga por presentado, en la representación que ostento, en tiempo y forma **recurso de inconstitucionalidad** contra **los apartados dos y tres del artículo 1 y las disposiciones adicional primera, transitoria tercera, derogatoria única, apartado dos, y 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**, se sirva admitirlo a trámite y, previos los trámites preceptivos en Derecho, dicte, en definitiva y con estimación del recurso, sentencia por la que se declare la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de las disposiciones recurridas.

Es justicia que pide en Madrid, a catorce de octubre de 2013

Abogado

Procurador