

**Expediente:** 41/2013

**Objeto:** Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y contra la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera 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.

**Dictamen:** 40/2013, de 28 de octubre

## DICTAMEN

En Pamplona, a 28 de octubre de 2013,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, Consejera-Secretaria accidental, y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, y don José Iruretagoyena Aldaz,

siendo ponente doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### I. ANTECEDENTES

#### I.1ª. Formulación de la consulta

El día 2 de octubre de 2013 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (desde ahora LFCN), se recaba dictamen preceptivo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16.1.d) de la LFCN, sobre la “interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y contra la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera 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”.

## **I.2ª. Expediente remitido**

A efectos de la presente consulta, el Parlamento de Navarra ha remitido a este Consejo de Navarra, el escrito de 30 de septiembre de 2013, en el que se solicita por el Pleno del Parlamento de Navarra a propuesta de la Junta de Portavoces, a través del Presidente del Parlamento, la emisión de informe por este Consejo, en el plazo más breve posible, respecto a la “interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y contra la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera 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”.

A dicha solicitud se acompaña el informe de los Servicios Jurídicos de la Cámara, de fecha 19 de septiembre de 2013, “Acerca de la adecuación a la Constitución 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. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Objeto y carácter del dictamen**

El Presidente del Parlamento de Navarra, como se ha reseñado en los antecedentes, recaba dictamen de este Consejo de Navarra para que se pronuncie sobre la eventual inconstitucionalidad del artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y contra la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera 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. No se explicita en el citado escrito las posibles vicios de inconstitucionalidad en los que pudieran haber incurrido los preceptos reseñados, aunque de su contenido normativo e informe emitido por los Servicios Jurídicos del Parlamento de Navarra se colige que los preceptos constitucionales que efectivamente pueden quedar concernidos son el artículo 9.3 y 86.1 de la Constitución Española. Por tanto, el informe se

centrará en la eventual tacha de inconstitucionalidad del artículo 1, apartado dos, respecto a la disposición final segunda, y de la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera y final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, desde la perspectiva de esos preceptos constitucionales que acogen los principios de irretroactividad de las disposiciones no sancionadoras favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, e irretroactividad (artículo 9.3 CE), así como la posible falta de habilitación del Gobierno para dictar esas normas mediante real decreto-ley en atención a la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 CE).

En cuanto al carácter del dictamen hemos de reseñar que ha sido solicitado al amparo del artículo 16.1.d) de la LFCN, que establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente sobre la interposición de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional. En consecuencia, este Consejo de Navarra emite el dictamen con el carácter de preceptivo.

## **II.2ª. Tramitación del expediente**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 28 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, el escrito de remisión de la consulta, dirigido al Presidente del Consejo de Navarra, se acompañará de la resolución o acuerdo de efectuarla. A la solicitud deberá acompañarse, además, el expediente tramitado en su integridad, con los antecedentes, motivaciones e informes previos que exija la normativa vigente, así como el proyecto de disposición o la propuesta de resolución que constituya el objeto de la consulta.

Confrontando el expediente recibido con este precepto puede llegarse a la conclusión de que se han cumplido con las normas de tramitación previstas por el ordenamiento jurídico.

## **II.3ª. Competencia del Parlamento de Navarra para la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad**

Los artículos 161.1.a) de la CE y 27.2.b) y 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), habilitan la impugnación de las disposiciones del Estado con fuerza de ley ante el Tribunal Constitucional; reconociéndose a “las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto”, en los artículos 162.1.a) de la CE y 32.2 de la LOTC, legitimación para la interposición del citado recurso “contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”.

Es doctrina constitucional reiterada que esa legitimación debe ser entendida desde una perspectiva amplia y no meramente restringida a la defensa de las competencias (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, 28/1991, F. 3; 84/1982, F. 1; 26/1987, F. 1, y 74/1987, F. 1; y 56/1990, F. 2); y dicha legitimación se extiende a la protección de los intereses sobre una materia concreta en la que se posea en el marco autonómico competencias propias y sobre los que incida la legislación estatal. La legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad “no está al servicio de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido, (...) se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente» (STC 48/2003, 12 de enero, con cita de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 1).

Por su parte, la ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LORAFNA), en su artículo 44, atribuye a la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva sobre “instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte no salga del territorio de Navarra y su aprovechamiento no afecte a otro territorio del Estado, aguas minerales, termales y subterráneas, todo ello sin perjuicio de la legislación básica del Estado sobre el régimen minero y energético”. Conforme al artículo 56. a) LORAFNA, también se ostenta competencia exclusiva sobre la “planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico dentro de Navarra”, de acuerdo a las bases y la ordenación de la actividad económica general; y competencias de desarrollo legislativo y

ejecución sobre “medio ambiente y ecología” (artículo 57. c) LORAFNA). A ello se añade la potestad de Navarra “para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario” sin perjuicio del régimen de convenio y principio de solidaridad (artículo 45.3 LORAFNA). En virtud de dichas competencias, y conforme reconoce el artículo 3.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (en adelante, LSE), Navarra ha venido desarrollando una política activa de fomento de las energías renovables de régimen especial y eficiencia energética, marcándose objetivos concretos que comprometen a este sector en el “III Plan Energético de Navarra horizonte 2020” y “Estrategia frente al Cambio Climático de Navarra 2010-2020”. Las disposiciones contenidas en el artículo 1, apartados dos, la disposición adicional primera, la disposición transitoria tercera y la 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, inciden directamente en esos títulos competenciales y los objetivos reseñados por lo que cabe concluir que concurre el punto de conexión exigido por el artículo 32.2 de la LOTC. En consecuencia, el Parlamento de Navarra cuenta con la legitimación precisa para promover el recurso de inconstitucionalidad frente a las citadas normas.

**II.4ª. Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y contra la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera 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**

***A) El contenido normativo del artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera y final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio***

En línea con la profusa producción legislativa que se ha venido sucediendo en este sector de la electricidad, y en aras de garantizar la estabilidad financiera y el mantenimiento sostenible del sistema eléctrico, el Real Decreto-ley 9/2013 introduce diversas medidas que modifican la Ley 54/1997, de 27 de noviembre; y deroga el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica de

régimen especial, 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, así como 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 (disposición derogatoria única del Decreto-ley 9/2013).

Entre otras previsiones, el Real Decreto-ley 9/2013 articula la habilitación del Gobierno para que apruebe un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica derivadas de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos que se establezcan a partir de la entrada en vigor de la norma; extendiendo el nuevo modelo jurídico-económico a las instalaciones de energía renovables existentes al momento de dictarse ese Real Decreto-ley 9/2013.

Así, su artículo 1 apartado dos modifica el artículo 30.4 y 5 LSE, fijando las directrices generales a las que se sujetará el nuevo sistema de retribución del régimen especial que sustituye al existente hasta la fecha de 13 de julio de 2013, disponiendo literalmente:

*“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 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.»*

La concreción de estos nuevos parámetros, que se introducen por este Real Decreto-ley 9/2013, se encomienda al Gobierno en la disposición final segunda, a fin de que la desarrolle específicamente mediante real decreto y a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. En ella también se indica que este nuevo régimen jurídico-económico de la producción energética de régimen especial operará, “desde la entrada en vigor del presente real decreto ley”, no sólo para las instalaciones futuras sino también para las existentes:

*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.*

El Real Decreto-ley 9/2013 establece, igualmente, en su disposición transitoria tercera –titulada *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*– un régimen transitorio que sólo tendrá virtualidad en cuanto al cálculo de la retribución que corresponda a las instalaciones de régimen especial anteriores al 13 de julio de 2013 mientras no se dicte el nuevo real decreto que fijará concretamente el sistema de retribución. Esta previsión transitoria tiene un carácter meramente provisional, pues el resultado retributivo real devendrá de la aplicación de las disposiciones reglamentarias que fijen el nuevo régimen, disponiéndose en su apartado segundo:

*“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”.*

Además, para las instalaciones de energías renovables con derecho a régimen económico primado existentes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se acota específicamente el concepto de “rentabilidad razonable”, definido con carácter general en el penúltimo párrafo del modificado artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre. Señalándose, en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013, que “*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*” -30.4 LSE-.

***B) Los principios de irretroactividad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE): proyección sobre el artículo 1, apartado dos, en conexión con la disposición final segunda, y la disposición transitoria tercera, en conexión con las disposiciones adicional primera y final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio***

Como ya se ha indicado, el Real Decreto-ley 9/2013 introduce para futuro un nuevo régimen jurídico-económico para la producción energética de las renovables, que extiende a las instalaciones ya existentes a su entrada en vigor (disposición final segunda en relación con el artículo 1, apartados dos y tres y la disposición adicional primera). Asimismo, aunque la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013 prevé que se siga aplicando el régimen económico hasta el 13 de julio de 2013, ya hemos señalado la singularidad del régimen; pues, una vez aprobada la nueva normativa, los derechos de cobro u obligaciones de pago devengados quedarán sujetos a revisión conforme a lo que resulte de la aplicación del nuevo modelo.

El contenido de tales previsiones lleva a plantear si la aplicación de ese régimen a las instalaciones de energía renovables anteriores al 13 de julio de 2013 vulneran los principios de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución. Para ello resulta necesario recordar la dimensión ofrecida por el Tribunal Constitucional en cuanto a la aplicación de esos principios.

Reseña con carácter general la doctrina constitucional que “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” (entre otras, SSTC 150/1990, 4 de octubre; y 182/1997, 28 de octubre); aunque lo anterior no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entra en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, señaladamente el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (en tal sentido, entre otras, SSTC 126/1987, 16 de julio; 173/1996, 31 de octubre, 182/1997, 28 de octubre).

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, protege 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, 16 de julio; 150/1990, 4 de octubre; 182/1997, 28 de octubre; y 234/2001, 13 de diciembre). A ello hay que añadir 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, 13 de diciembre).

Por otra parte, como se indica en la sentencia del Tribunal

Constitucional 27/1981, de 20 de julio, tanto los principios de irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 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 a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho”. Ello puede predicarse, en especial, de la seguridad jurídica que “es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente” (STC 27/1981, de 20 de julio).

Respecto a la valoración de la irretroactividad vedada constitucionalmente señala, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 89/2009, de 20 de abril (F. 3) que: “el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso» (STC 126/1987, de 16 de julio, F. 11)”. Hay que tener en cuenta, además, que como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/1988, de 19 de abril, “la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos

consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas” (F. 4).

Cabe advertir que la extensión del nuevo régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables a las instalaciones ya existente a fecha de 13 de julio de 2013 queda incardinado dentro del marco de la llamada “retroactividad media o impropia”. Ello supone, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, que la licitud o ilicitud de esta medida por la posible vulneración del principio de irretroactividad, y consiguiente de seguridad jurídica, deba apreciarse ponderando el conjunto de bienes afectados, pues este tipo de retroactividad no conculca por sí el principio constitucional de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 CE.

Un primer aspecto para valorar esa cuestión es que el artículo 1, apartado dos, en su relación con la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, posee un hondo calado que incide trascendentalmente en el modelo jurídico-económico previsto para el sector productivo de las energías renovables vigente hasta la fecha. Se proyecta hacia el pasado un nuevo sistema que conlleva que se sustituya el régimen operativo hasta ahora de retribución primada de la producción de energía eléctrica por un sistema en el que sólo se 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. Tal regulación entraña un cambio integral del modelo retributivo del sector, como reconoce el Consejo de Estado en su dictamen de 12 de septiembre de 2013 (número 937/2013) sobre el “Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico”, señalando “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”. Dicha apreciación resulta corroborada por el informe 18/2013 de la Comisión Nacional de Energía que destaca, además, que han de diseñarse unos incentivos económicos para el sector que deben basarse en la definición de unos adecuados parámetros de eficacia (consecución de los objetivos establecidos) y de eficiencia (lograr

que dicho cumplimiento se realice al menor coste posible), y advierte 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”.

Ciertamente, no se puede desconocer la abundante jurisprudencia recaída sobre la reforma introducida en este sector por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, que regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; considerada conforme a Derecho. Esa doctrina viene a indicar, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, que "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 sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas". Pues, “la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar)”. Pero hay que tener en cuenta que las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 9/2013 y sus efectos no son equiparables a los acogidos en esa normativa precedente -Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre-; y ello resulta del todo punto relevante para valorar la licitud o ilicitud de la retroacción normativa impropia que dispone el Real Decreto-ley 9/2013.

Así, mientras las previsiones del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, establecieron ajustes concretos dentro del sistema general primado, los preceptos que nos ocupan modifican sistémicamente las bases del régimen retributivo y el

marco general jurídico-económico de los productores de energías renovables en régimen especial existente hasta el 13 de julio de 2013.

A ello se suma que el nuevo modelo retributivo diseñado por el Real Decreto-ley 9/2013 se limita a establecer unos parámetros generales y remite su concreción a un desarrollo normativo posterior. En este marco no parece que sea factible conocer con el mínimo rigor y precisión que son exigibles cuál será el régimen retributivo que corresponda a las instalaciones de energía renovables existentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

En ese sentido resulta enormemente significativo que el dictamen de Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico de 12 de septiembre de 2013 (número 937/2013) señale, en relación a la aplicación retroactiva de esos parámetros, 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”; y “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”.

A tenor de lo expuesto, cabe pensar que el artículo 1 apartado dos en conexión con la disposición final segunda, así como la disposición transitoria tercera en relación con la disposición adicional primera y la final segunda del Real Decreto ley 9/2013 tienen visos de inconstitucionalidad.

Esa aplicación retroactiva del nuevo régimen jurídico-económico a las instalaciones existentes, así como su indeterminación, plantea la posible

vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima de la citada normativa del Real Decreto-ley 9/2013. Según recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 90/2009, de 20 abril, la 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, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, F.8; y 182/1997, de 28 de octubre, F.11)”.

La observancia del principio de seguridad jurídica conlleva la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable (STC 104/2000, de 13 de abril). Como explicita la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo “la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas” (F.4); ya que, según señala la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, 15 de marzo: “hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas”.

Por tanto, dado que el Real Decreto-ley 9/2013 no fija con la mínima precisión exigible el régimen retributivo que rige para las instalaciones renovables existentes a su entrada en vigor, y que éste solo podrá conocerse tras la aprobación de las disposiciones reglamentarias –real decreto y orden ministerial- que se efectuará en un futuro, siendo éstas de aplicación a la producción energética verificada con anterioridad a su entrada en vigor, resulta plausible considerar que el artículo 1, apartados dos en relación con la disposición final segunda, así como la disposición transitoria tercera en conexión con la disposición adicional primera y final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, podrían vulnerar el principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 CE.

En cuanto a la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por las normas reseñadas, hay que tener presente que, según se reconoció por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 108/1986, de 29 de julio, la infracción constitucional de este principio supone que los preceptos concernidos generen una discriminación, ya que ésta conlleva siempre la arbitrariedad; o no existiendo discriminación, la norma carezca de toda explicación racional, lo que también supondría aquella. Ciertamente, las normas articuladas en el Real Decreto-ley 9/2013 se han previstos en aras de la eliminación del déficit tarifario y equilibrio presupuestario en el sector energético, como se explica largamente en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013. No carecen, por tanto, de explicación racional que permita entender que no media un fundamento que las sustenten. Además, dichas medidas se han adoptado afectando a los operadores del mercado de la energía renovables; aunque en la rica y procelosa actividad legislativa que se vive en este sector sometido al “riesgo regulatorio”, para la consecución de aquellos objetivos de equilibrio presupuestario, la normativa anterior también ha venido incidiendo sobre otros operadores del mercado, como son los consumidores. La cuestión, en este caso, es que las medidas legislativas adoptadas, respecto a estos operadores del mercado de las energías renovables, no parece que cumplan los principios constitucionales de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima que acoge el artículo 9.3 de la CE, según ya se ha expuesto; ello puede conllevar que quede afectado también este principio, por la interconexión que media entre todos ellos, como se ha reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 27/1981, de 20 de julio).

***C. Posible vulneración de las exigencias de “extraordinaria y urgente necesidad” del artículo 86.1 de la Constitución Española para disponer mediante Real Decreto-ley el artículo 1, apartado dos, la disposición adicional primera, la disposición transitoria tercera y la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio***

Establece el artículo 86.1 de CE que, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno puede “*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*’. En consecuencia, la legitimidad para emplear este instrumento legislativo precisa de la concurrencia de los presupuestos habilitantes reseñados en el precepto constitucional y que exigen, en primera instancia, la concurrencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”.

El sentido y alcance de esos primeros presupuestos legitimadores ha sido objeto de atención constante por parte de la doctrina constitucional, acogándose sus principales parámetros en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 39/2013, de 14 de marzo (F 5). En ella se indicará, tras valorar el peso que ha de concederse «al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado» en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad, que “la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, 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». De ahí que sea función propia del Tribunal Constitucional “el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que «el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002, de 17 de enero, F.4; y 137/2003, de 3 de julio, F.3)”.

En ese sentido acota el Tribunal Constitucional que: “el ejercicio de la potestad de control que compete a este Tribunal implica que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de

31 de mayo, F.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, F.3). Ello quiere decir que la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad no ha de contenerse siempre en el propio real decreto-Ley, sino que tal presupuesto puede ser deducido igualmente de una pluralidad de elementos (...) la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional, 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, F.4; 182/1997, de 28 de octubre, F.4; 11/2002, de 17 de enero, F.4; y 137/2003, de 3 de julio, F.3), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-Leyes enjuiciados» SSTC 6/193, de 4 de febrero , F. 5; 182/1997, de 28 de octubre, F.3; 11/2002, de 17 de enero, F.4; y 137/2003, de 3 de julio, F.3)” (STC 39/2013, de 14 de marzo; F.5).

Asimismo, se advierte que “la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación» (STC 1/2012, de 13 de enero, F. 6), pues «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, F. 6; y 68/2007, de 28 de marzo, F. 8); y se recuerda “que 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, sino que ha de apoyarse en una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso” (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, F. 5; y 31/2011, de 17 de marzo, F. 3). Además, como se reconoce por la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012, de 13 enero (F. 6), “la perspectiva desde la que ha de examinarse la concurrencia del presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE es la del momento en que se aprueba el correspondiente decreto-ley, de manera que el presupuesto de la

validez de dicha norma no queda alterado por datos o circunstancias posteriores que pudieran cuestionar la apreciación de la urgencia o de la necesidad afirmadas en aquel momento”.

Debe destacarse que esa exigencia de urgencia, que se conforma como presupuesto habilitante del real decreto-ley, requiere que exista la necesidad de *“una acción normativa inmediata”*, que no puede esperar ni siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia (STC 29/1982, de 31 de mayo, F. 3); esto es, ha de darse el «requisito de la imposibilidad de obtener el mismo resultado mediante la aprobación de una disposición que siga la tramitación ordinaria o urgente en las cámaras legislativas” (STC 137/2011, de 14 de septiembre, F. 7).

Por otra parte, ha de tenerse presente que esta competencia del Gobierno (y del Congreso después) para decidir con una cierta discrecionalidad cuando resulta preciso utilizar el instrumento legislativo del real decreto-ley, no autoriza para incluir en la norma cualquier género de disposiciones. No cabe introducir a través de ella ni 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, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad»* (STC 29/ 1982, de 31 de mayo; F. 3). Tampoco se entiende que sean admisibles regulaciones que tengan una vocación de alcance mayor que la de una disposición provisional dimanante de la naturaleza del real decreto-ley. De forma tal que *«las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del ordenamiento. No es imposible que en algún caso esta necesidad urgente y extraordinaria haya de ser resuelta mediante una modificación de estructura, pero siendo esto excepcional, habrá de demostrarse en cada caso que ello es indispensable»* (STC 29/1982, de 31 de mayo; F. 6).

Desde estos parámetros debe valorarse si concurren los presupuestos habilitantes de “urgente y extraordinaria necesidad”, exigidos en el artículo 86.1 de la CE, en cuanto a la regulación que introduce en el ordenamiento jurídico el Real Decreto-ley 9/2013: su artículo 1, apartado dos, la disposición adicional primera, la disposición transitoria tercera y la disposición final segunda.

Como se ha indicado con anterioridad, el artículo 1 apartados dos del Real Decreto-ley 9/13 modifica el artículo 30.4 de la LSE, fija un nuevo régimen jurídico-económico para la producción de energía renovable que varía estructuralmente el sistema, pues introduce criterios y principios que resultan completamente dispares a los que se recogían en la redacción anterior del precepto reseñado de la LSE y sus normas de desarrollo reglamentario -derogadas en la disposición derogatoria única por el Real Decreto-Ley 9/2013-. En la extensa exposición de motivos de esta norma, que detalla la abundante regulación que se ha sucedido en este sector de la energía y las medidas adoptadas en aras de atajar el déficit financiero en el sector eléctrico para el año 2013, se justifica que la adopción de ese nuevo modelo deviene de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que han comprometido los objetivos de la estabilidad financiera del sector. Sin embargo, como se desprende del contenido de las disposiciones adoptadas, se deja en manos del Gobierno su concreción específica para un momento posterior, sin acotar temporalmente cuándo se llevará a cabo ese desarrollo, por lo que su aplicación real inmediata queda pendiente para futuro. Por ello, resulta plausible pensar que dichas normas carecen de una virtualidad inmediata que permita colegir de forma indubitada la existencia de una situación urgente y de extraordinaria necesidad en la adopción de tales previsiones mediante real decreto-ley.

A ello se suma la duda sobre si esa regulación resulta “indispensable” para lograr “inmediatamente” el objetivo que se describe en la exposición de motivos de dicho Real Decreto-ley, como justificativo de éste, cuando la delimitación de los parámetros y directrices generales de ese nuevo modelo jurídico-económico del sector de las energías renovables son contenido del “Proyecto de Ley del Sector Eléctrico”121/000064 (BOCG de 4 de octubre de 2013), que se encuentra en estos momentos en fase de tramitación

parlamentaria. Esta coincidencia legislativa lleva a cuestionar la propia imprescindibilidad de aquella norma. En esta línea pone de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen sobre el “Anteproyecto de ley del sector eléctrico” (número 937/2013), de fecha de 12 de octubre de 2013, al hilo de la apreciación de la claridad normativa que debe lograrse en este sector, que “sorprende que no se haya procedido a una depuración explícita 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” -lo cual evidencia la coincidencia legislativa y prescindibilidad del real decreto-ley que nos ocupa-; admitiendo significativamente, que “el ejercicio de la iniciativa legislativa en la materia sobre la que recae el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico resulta a todas luces oportuno”.

Además, hay algunas cuestiones que inducen a pensar que las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 9/2013 no van a satisfacer los objetivos en los que se justifica este instrumento legislativo. De un lado, se advierte que sigue en vigor 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 las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energías renovables y residuos, con el que se suprimió los regímenes incentivadores y de preasignación de retribución para éstas. De otro, las posibles instalaciones que pueden contribuir a la generación de déficit tarifario son las implantadas con anterioridad a la fecha de ese Real Decreto-ley 1/2012; y, en cuanto a éstas, el régimen que se les aplicará será el que se determine posteriormente por el Gobierno conforme a los nuevos parámetros del Real Decreto-ley 9/2013, que no han sido desarrollados en toda su extensión ni siquiera en el régimen transitorio. Por tanto, no parece que el contenido de las disposiciones articuladas a través del Real Decreto-ley 9/2013 ofrezcan una solución rápida e inmediata que palíe el déficit tarifario del 2013 e imposibilite su generación en 2014, siendo ésta la situación extraordinaria y urgente que justificaba la adopción de esas medidas mediante ese instrumento normativo. A ello hay que añadir que tales normas introducen dentro del sector energético un nuevo modelo

jurídico-económico que modifica completamente el sistema marco previsto para las energías renovables hasta el 13 de julio de 2013.

En conclusión, la modificación operada por el apartado dos del artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 y, por conexión, su disposición final segunda, así como la transitoria tercera en relación con las disposiciones adicionales primera u final segunda podría pensarse que incurren en vicio de inconstitucionalidad por implicar una medida legislativa en la que cabe cuestionar que se den las exigencias habilitantes del artículo 86.1 CE.

### **III. CONCLUSIÓN**

Por las razones expuestas y en los términos expresados en este dictamen, el Consejo de Navarra considera que el artículo 1 apartado dos en conexión con la disposición final segunda, y la disposición transitoria tercera en relación con la disposición adicional primera 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, pueden incurrir en tacha de inconstitucionalidad por contravenir los artículos 9.3 y 86.1 de la Constitución Española.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.