

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

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

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

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

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

2. Esta respuesta, al margen de que pueda encontrar precedentes en la jurisprudencia constitucional, creo que, (i) en su primer razonamiento, no responde al planteamiento de la

recurrente y, (ii) en su segundo razonamiento, debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español con el llamado control abstracto de convencionalidad de las leyes y respecto del que este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento.

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

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

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

3. La actual jurisprudencia parece que aboca a que solo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales

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

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

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

5. Mi principal discrepancia con la fundamentación de la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia radica, sin embargo, con el análisis que se efectúa en el FJ 7 en relación con la invocación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. La recurrente plantea en su demanda que dentro del devenir legislativo de la regulación de los incentivos a las energías renovables se han producido inesperados cambios normativos y que el Real Decreto-ley 9/2013 implica una nueva modificación contraria al principio de

confianza legítima que supone *“de facto, la desaparición de las condiciones jurídicas existentes cuando los operadores económicos que participan en el sector de la producción de energía eléctrica de régimen especial tomaron la decisión de invertir en el mismo”*. En concreto, se refiere a la desaparición de las tarifas y las primas a esta forma de generación de la energía y la implantación de un sistema retributivo basado en criterios de rentabilidad de mercado.

La respuesta aportada por la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia ha quedado limitada a afirmar que (i) la elevada intervención administrativa de este concreto del sector económico en virtud de su incidencia en intereses generales hace inviable que los elementos más favorables queden investidos de permanencia o inalterabilidad, pudiendo ser modificados siempre que los cambios sean previsibles y derivados del interés general, y (ii) que las medidas impugnadas no resultaban inesperadas *“pues la evolución de las circunstancias que afectaba a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema”*.

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

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

cambios normativos ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción, precisamente, del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parece especialmente necesaria.

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

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

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

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

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

La relevancia de la cuestión de la confianza legítima, y por tanto, la necesidad de que este Tribunal se hubiera extendido sobre su análisis, no solo se puede hacer radicar, por comparación, en estos pronunciamientos del Tribunal Supremo. También es preciso destacar que fue un objeto de atención prioritaria en los diversos dictámenes que tanto la Comisión Nacional de la Energía como, especialmente, el Consejo de Estado realizaron a los diversos proyectos legislativos que sobre la materia fueron sometidos a su consideración. Así, sin ánimo de exhaustividad, pero ejemplificando la relevancia jurídica de esta cuestión sobre el principio de confianza legítima, pueden citarse los análisis del Consejo del Estado en sus dictámenes 2264/2010, de 4 de noviembre; 937/2013, de 12 de septiembre; y 39/2014, de 6 de febrero, realizados a los anteproyectos que darían lugar posteriormente al Real Decreto 1656/2010, Ley 24/2013 y Real Decreto 413/2014, respectivamente.

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

(ii) En el devenir normativo de la regulación de los incentivos a las energías renovables también han intervenido normas con rango legal que ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción constitucional. Sin embargo, y a pesar de que, como ya se ha

expuesto, las modificaciones del sistema datan desde el 2010, hasta ahora este Tribunal no había tenido de pronunciarse al respecto.

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

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

Igualmente, los Reales Decretos-leyes 1/2012 y 2/2013 también fueron objeto de impugnación invocándose la confianza legítima. De nuevo, en la SSTC 48/2015, 105/2015 y 106/2015, para el primero, y la STC 28/2015, para el segundo, no hubo posibilidad de pronunciarse sobre ello, dejando imprejuzgada esta cuestión sobre el principio de confianza legítima.

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

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

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

7. Una respuesta sólida y fundada a la cuestión controvertida del respeto al principio de confianza legítima hubiera exigido, en el actual estado de evolución de la jurisprudencia constitucional española, al menos, (i) establecer un más amplio desarrollo del significado

constitucional del principio de confianza legítima como elemento integrante de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrados en el artículo 9.3 CE; y (ii) en aplicación de los estándares que hubieran conformado la mencionada actualización y desarrollo del significado constitucional del principio de confianza legítima, hacer un detenido y minucioso análisis del cumplimiento de la concreta normativa impugnada, en el marco del devenir general legislativo en la materia, de los criterios y parámetros configuradores de este principio de confianza legítima, ponderando adecuadamente todos los elementos concurrentes.

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

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

Esta somera formulación, acaso, ha sido históricamente suficiente para la resolución de los asuntos en que era invocado el principio de confianza legítima ante la jurisdicción constitucional. No obstante, debe reconocerse que es una construcción muy poco elaborada si se contrasta con la efectuada por la doctrina y, especialmente, por la jurisprudencia de los

órganos jurisdiccionales que, por la especialidad de la materia en que tiene una especial aplicación este principio -el Derecho administrativo económico-, han tenido que afrontar de manera más constante su invocación y análisis, como son la Sala de la Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

A partir de esa asunción, y en línea con la construcción jurisprudencial del TJUE, expuesta, por ejemplo en las SSTJUE de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08); de 11 de junio de 2015 (asunto C-98/14); o 10 de diciembre de 2015 (C-427/14), considero que hubiera sido necesario establecer una doctrina constitucional que, partiendo del enunciado general de que este principio protege las legítimas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, fijara como parámetro del control del principio de confianza legítima un análisis y ponderación de los siguientes elementos: (a) las legítimas expectativas de los interesados deben haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa

aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas; (b) los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos especialmente en ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior; (c) los cambios normativos en que se fundamenten la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes incluyendo la evolución de la situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas; y (d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o equilibren las legítimas expectativas frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivos que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación.

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

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

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

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

A esos efectos, lo sustancial es que la normativa vigente hasta el momento de la reforma enjuiciada lo que establecía era un sistema retributivo caracterizado por (i) la existencia de un prima complementaria, cuya determinación se remitía a un desarrollo reglamentario; (ii) los supuestos a los que se aplicaba ese régimen primado; y (iii) que los criterios que debían de tomarse en consideración para determinar la prima lo eran “*al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales*” (art. 30.4, último párrafo). Esta regulación era esencialmente la misma que estaba vigente desde la reforma operada por la Ley 17/2007, de 4 de julio.

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

(b) En lo referido a la eventual frustración de la confianza legítima generada respecto del mantenimiento de la citada situación normativa, debe ponerse de manifiesto que la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013 supuso un nuevo régimen de incentivos

caracterizado por (i) la existencia de una retribución adicional a la de participación en el mercado que cubra los costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado; (ii) que este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permitan obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable; y (iii) que la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

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

En ese sentido, si bien no puede dudarse de que ha existido una modificación legislativa en el régimen de incentivos y de que se ha proyectado sobre inversiones decididas, realizadas y consolidadas al amparo de un diferente régimen legal, tampoco puede obviarse que, al margen de cuál era el desarrollo reglamentario de esa normativa legal y las esperanzas de rentabilidad de las inversiones que a su amparo podían albergarse –que por razones de competencia no pueden ser enjuiciadas en un proceso constitucional de estas características–,

la normativa ahora recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. A pesar de ello, se ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Por el contrario, no puede ser calificado como expectativa legítima ni, por tanto, pretenderse amparado por los operadores económicos con fundamento en el principio de confianza legítima, una vez garantizada esa rentabilidad razonable, el mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores.

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

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

A esos efectos, entre los distintos elementos concurrentes que deben tomarse en consideración para concluir que la modificación controvertida no era imprevisible pueden citarse algunos de los que ya fueron ampliamente expuestos en la citada STS de 12 de abril de 2012, en relación con otras modificaciones previas, como serían (i) la singularidad de un sector económico que es de carácter estratégico, lo que implica una amplia densidad normativa, la presencia de intereses públicos subyacente y, en coherencia con ello, la necesidad de modificaciones normativas que vayan adecuando el marco regulatorio a las eventualidades del sector y a las variaciones que puedan darse en los datos económicos; (ii) la naturaleza de los incentivos en forma de tarifa regulada, que supone una situación excepcional

y atípica en un régimen de libre mercado al eliminarse el riesgo empresarial de las inversiones derivados del sistema de libre competencia; y (iii) el condicionamiento implícito a toda medida incentivadora de que no puede quedar asegurada su permanencia inmodificada y el explícito de que está vinculada a la consecución de una serie de objetivos. A ellos habría que añadir, en el caso concreto a que se refiere el presente recurso de inconstitucionalidad, que las sucesivas reformas operadas en la normativa administrativa de desarrollo, ya anticipaban un cambio de régimen en el sistema de incentivos que pudiera afectar, al menos, a la cuantificación de los niveles de rentabilidad.

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

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

proporcionadas con la consecución de los superiores intereses públicos perseguidos por la modificación.

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

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil quince.