

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DECRETO-LEY Y LAS TARIFAS ENERGÉTICAS. STC 270/2015, DE 17-12

MARÍA ISABEL JAIME RIVERIEGO

Universidad de Cádiz
mariajaimeriveriego@alum.uca.es

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

REFEG 10/2022

ISSN: 1698-1006

MARÍA ISABEL JAIME RIVERIEGO

Universidad de Cádiz
María.jaimeriveriego@alum.uca.es

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DECRETO-LEY Y LAS TARIFAS ENERGÉTICAS: STC 270/2015, DE 17-12

1

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO TEÓRICO. III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. IV. EL VOTO PARTICULAR. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este comentario jurisprudencial se dirige al estudio de la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra el artículo 1, apartado 2 y 3; la disposición adicional primera; la disposición transitoria tercera y la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en el que se adoptan medidas urgentes con el fin de asegurar la

estabilidad financiera del sistema eléctrico¹.

Sentado este objetivo general, el análisis de los conceptos constitucionales que esta sentencia interpreta y define son los siguientes: el Estado de Derecho; la constitucionalidad de las normas; las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, en este caso un Decreto-ley; y algunos de los principios constitucionales del art. 9.3 CE, como son el principio de jerarquía normativa y el principio de seguridad jurídica, de gran importancia en la

¹ F.J. 1º STC 270/2015, de 17 de diciembre.

configuración constitucional del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución Española de 1978 proclama en su art.1.1. CE. En la STC 270/2015, estos conceptos afectan particularmente al sistema constitucional de producción normativa (decretos-leyes) y a la Constitución económica (energía).

Al analizar estos contenidos, la sentencia resulta de gran interés doctrinal no solo por lo que se contiene en los fundamentos jurídicos sino también en el Voto Particular de Xiol Ríos, particularmente en relación con el sistema constitucional español de producción normativa.

En el cumplimiento del objetivo propuesto, el presente comentario se divide en cinco apartados. Tras esta introducción, y, en segundo lugar, se exponen los antecedentes históricos y el marco teórico que vincula esta sentencia al Estado social, democrático y al Estado de Derecho. En tercer lugar, el análisis de la sentencia entrando a comentar en profundidad los preceptos constitucionales cuestionados y la solución que el Tribunal Constitucional establece en el fallo. En cuarto lugar, las reflexiones del Voto Particular de Xiol Ríos. Y, en quinto lugar, las conclusiones a las que llegamos, incluyendo una opinión y valoración personal sobre la sentencia.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO TEÓRICO

La resolución analiza la constitucionalidad del artículo 1, apartado 2 y 3; la disposición adicional primera; la disposición transitoria tercera y la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en el que se adoptan medidas urgentes con el fin de garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, por la vulneración de los

artículos 86.1, 9.1 y 9.3 CE. Por tanto, se suscitan cuestiones que comprometen directamente el Estado de Derecho y, en particular, el principio de seguridad jurídica o el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que se considera vulnerados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Recordemos que el Estado de Derecho hace referencia a que todos los ciudadanos y poderes públicos de un territorio delimitado por este Estado están sometidos al Derecho. Históricamente, estuvo presente en Inglaterra con el antecedente del Bill of Rights (1689) y también en el caso español en la Constitución de Cádiz (1812), si bien como concepto se atribuye al alemán Robert von Möhl, bajo la expresión *Reichstaat*. Fue el primer atributo asignado a la figura del Estado y se concibe con una triple configuración. Por un lado, hace referencia al Imperio de la Ley (Rule of Law) y esto implica que la ley, legitimada por la Constitución, permite a las autoridades llevar a cabo sus funciones limitando a su vez el campo donde pueden actuar, debiendo llevar a cabo esto mediante mandatos generales. Por otro lado, encontramos el control de los poderes públicos mediante la separación de poderes, el principio de responsabilidad (art.9.3 CE) y mediante órganos jurisdiccionales, en los cuales el poder legislativo está sometido al Tribunal Constitucional y el ejecutivo al poder judicial. Por último, nos referimos a los derechos de la persona los cuales son inalienables y deben ser respetados. Esta triple configuración exige el cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

Desde su surgimiento a finales del siglo XVIII y principios del XIX el

“Estado de Derecho” supone la aceptación del principio de subordinación de los poderes públicos no a la voluntad de un rey sino al estricto cumplimiento de las normas (imperio de la ley) por todos los poderes públicos y todos los ciudadanos sin excepción. Entre esas normas se encuentra, en primer lugar, la Constitución, cuyos preceptos reconocen los derechos y libertades fundamentales y los que forman parte del pacto constitucional de convivencia y el principio de separación de poderes, en virtud del cual los poderes se controlan y limitan entre sí. La jurisdicción constitucional controla el poder legislativo y el poder ejecutivo, la jurisdicción ordinaria controla el poder ejecutivo y el poder legislativo controla el poder ejecutivo.

La proclamación del Estado Constitucional de Derecho supone la aceptación de los siguientes contenidos: el principio de soberanía del pueblo como forma de legitimación; la declaración de derechos y garantías efectivas de los derechos de todos los ciudadanos; el principio de separación y colaboración de poderes; el imperio de la ley, es decir, el pleno sometimiento de la Administración a la ley y al Poder Judicial; el principio de representación en el Parlamento con sufragio universal, libre, directo y secreto; principio de participación ciudadana e instituciones de participación directa del pueblo; principio de responsabilidad de los poderes públicos; principio de alternancia o reversibilidad de las opciones políticas; promoción de la igualdad real entre los ciudadanos y por último el respeto y promoción del pacto constitucional de convivencia. Además, uno de los contenidos principales del Estado de Derecho es el reconocimiento y la tutela de los derechos constitucionales.

Atendiendo a estos contenidos materiales, el sistema constitucional de

producción normativa contempla la existencia de una potestad de la que deriva una norma con rango de ley que no ha sido aprobada por el Parlamento. Se define en nuestra Constitución de 1978 como una disposición provisional de carácter general con fuerza de ley dictada por el Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE). Entra en vigor de manera inmediata tras su promulgación y publicación. No se puede regular mediante Decreto-ley el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, ni los derechos, deberes o libertades ciudadanas del Título I CE, ni el régimen de las Comunidades Autónomas ni tampoco el Derecho Electoral General. El supuesto de hecho habilitante ha sido configurado por el Tribunal Constitucional y, entre otros supuestos, admite que se regule una situación imprevista que requiere de una acción normativa inmediata en un plazo más rápido que cuando interviene el legislativo.

En síntesis, a través de esta potestad reconocida constitucionalmente al Gobierno de la Nación y estatutariamente a los gobiernos autonómicos, se autoriza al gobierno para hacer uso de esta potestad normativa sin previa intervención del poder legislativo. No es una solución para supuestos de excepción, los cuales deben ser resueltos por el artículo 155 o 116 CE para estados de alarma, excepción o sitio. Debido a esta flexibilidad en la interpretación del supuesto de hecho habilitantes, su uso se ha generalizado y extendido a supuestos ajenos al supuesto de hecho habilitante.

Una vez convalidado por el Congreso, en los meses siguientes se tramita como proyecto de ley con igual o similar regulación. Así cuando el Tribunal Constitucional lo declara inconstitucional, este ya ha sido derogado por una ley de Cortes perdiendo su objeto el recurso de

inconstitucionalidad. Para su control, una vez promulgado es sometido inmediatamente en un plazo de 30 días a debate y votación en el Congreso. Si es convalidado, la norma sigue en vigor como tal Decreto-ley. Si es derogado los efectos se conservan por razones de seguridad jurídica por lo que la derogación tiene efectos ex nunc (desde ahora). Un régimen similar, pero no igual, se contempla en los distintos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

1. El recurso

El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra el art. 1, apartados 2 y 3; disposición adicional primera; disposición transitoria tercera y disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, con modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, con el fin de establecer un nuevo régimen retributivo de las instalaciones de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos.

Con el fundamento del art. 86 CE, la Comunidad Autónoma de Murcia consideraba que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes con el fin de asegurar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, no era constitucional debido, entre uno de los motivos, a que no existía un supuesto de hecho habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad”.

Sin embargo, el abogado del Estado defiende la coherencia de dicha disposición legislativa con la Constitución de 1978 debido a que no se trataba de una simple situación en concreto imprevista que requiere de una acción normativa inmediata, si no que se trata de un conjunto de circunstancias que llevarían a esta situación y que necesitaban de una actuación urgente por parte del Gobierno para intentar minimizar los efectos negativos que supondrían. No considera una única situación, sino que alega un conjunto de situaciones que, agrupadas y tomadas en conjunto en consideración, constituirían un caso adecuado y habilitado para la aplicación de un Decreto-ley.

El Tribunal Constitucional se posiciona de parte del abogado del Estado tomando válido este último argumento y denegando los motivos que presenta la Comunidad Autónoma de Murcia.

2. El sentido de la sentencia

La STC 270/2015 controla la constitucionalidad de los citados preceptos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que modifican la Ley del sector eléctrico de 1997 a fin de establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado y una habilitación al Gobierno para que apruebe por real decreto el régimen jurídico y económico de dichas instalaciones. Esta norma entró en vigor al día siguiente de su publicación, pero sus efectos relativos a las liquidaciones del régimen retributivo quedaron pendientes del ulterior desarrollo reglamentario.

Pues bien, la STC 270/2015 considera que el Decreto-ley cuenta con una justificación suficiente (el aumento del déficit tarifario, debido sobre todo a las

primas del régimen especial y a las anualidades de déficits acumulados) y las medidas que contiene surten efectos de modo inmediato. Por tanto, se ha respetado el presupuesto habilitante de este tipo de normas.

Asimismo, la STC 270/2015 descarta una posible vulneración de la Carta de la Energía dado que los tratados internacionales no son por sí mismos parámetro de contraste para valorar la constitucionalidad de las leyes, y además ello no implican vulneración del principio de jerarquía normativa, extremo que no aparece argumentado por el recurso.

Además, el Tribunal Constitucional afirma que no han sido vulnerados los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ni el de irretroactividad. En primer lugar, los cambios en el régimen retributivo no eran imprevisibles para un “operador económico prudente y diligente”, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, y, además, no se puede pretender que los elementos más favorables de dicho régimen gocen de permanencia, pues los poderes públicos han de poder actualizar la regulación en aras de los intereses generales. Tampoco se emplearon conceptos jurídicos indeterminados, puesto que la norma determina esos conceptos mediante criterios legales explícitos y objetivos.

² Art. 86.1 CE: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá 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.”

Según el Tribunal Constitucional, ni siquiera cabe alegar incumplimiento de la prohibición de retroactividad se refiere a las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, ya que no quedaron afectados derechos consolidados de los titulares de las instalaciones de producción en régimen primado o situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

3. Preceptos constitucionales comprometidos

Respecto a los artículos de la Constitución de 1978 invocados en la sentencia, encontramos presentes el 86.1², el 9.1³ y el 9.3⁴ CE. Pasaremos a detallar cada uno de ellos.

En primer lugar, el art. 86.1 hace referencia a los Decretos-leyes, pero en concreto en qué casos, determinando aquellos de “extraordinaria y urgente necesidad”; la potestad legislativa que adquiere el Gobierno de dictar los Decretos-leyes y por último cita aquellos casos en los que no se permite aplicar estas disposiciones legislativas provisionales.

En segundo lugar, tomando en cuenta el art. 9.1, tenemos que tanto los ciudadanos como los poderes del Estado deben ser acordes y coherentes tanto con el ordenamiento jurídico propio como con la Constitución de 1978 como norma

³ Art. 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

⁴ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

suprema de dicho ordenamiento jurídico. Por tal motivo, la Comunidad Autónoma de Murcia denunció que dicho Decreto-ley no respetaba este artículo al vulnerar el artículo 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía. El Tribunal Constitucional, como ya se ha indicado, no considera a los Tratados como parámetros para determinar la constitucionalidad de una norma jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente y, en tercer lugar, el art. 9.3 de la Constitución Española de 1978 establece los principios jurídicos que deben seguir y por tanto respetar las disposiciones aprobadas y que formarán parte del ordenamiento jurídico, invocándose al respecto el principio de jerarquía normativa, así como el principio de seguridad jurídica y, por último, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales que la Comunidad Autónoma de Murcia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional toma en consideración la justificación del Abogado del Estado como válida para determinar la constitucionalidad de la norma puesta en cuestión.

4. Problemas jurídicos

El art. 1 apartado dos del Real decreto-ley modifica de la Ley 54/1997⁵, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en su art. 30.4 y establece la percepción de esta retribución específica por parte de unas determinadas empresas que cumplan unos requisitos y cómo calcular dicha retribución específica. El art.1, apartado tres modifica el primer párrafo del art. 30.5 de la Ley 54/1997, estableciendo que el

gobierno podrá otorgar el derecho de recibir esta retribución a aquellas instalaciones previstas en el apartado 4. La disposición adicional primera define la “rentabilidad razonable de las instalaciones de producción con derecho a régimen económico primado”; la disposición transitoria tercera regula el bono social y establece que el organismo encargado de la liquidación abonará, con carácter de pago a cuenta, los conceptos liquidables devengados por las instalaciones de régimen especial; y, por último, la disposición final segunda, dispone un nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción eléctrica a partir de energía renovable, cogeneración y residuos en régimen económico primado.

De todos ellos, el tercer fundamento alegado⁶, hace referencia a la vulneración del art.86.1 CE según el recurso de inconstitucionalidad presentado. Se fundamenta en “la no concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad”. A tal fin, diferencia entre el contenido al que puede acceder el decreto-ley en sí y, por otro lado, desde un punto de vista más formal examina si se han seguido los requisitos establecidos para poder ejercer la potestad normativa de dictar leyes. Materialmente, se alega que, aunque a primera vista no se consideraría un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, es necesario tener en cuenta que comprende un conjunto de factores. Debemos valorar el conjunto de elementos que llevan al Gobierno a dictar el Decreto-ley contenidos en la exposición de motivos de la misma norma. Formalmente, se ha aprobado y ha sido convalidado de forma ajustada a los

⁵ La Ley 54/1997, de 27 de noviembre regula las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, consistentes en su generación, transporte, distribución, comercialización e intercambios

intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico.

⁶ F.J. 3º de la STC 270/2015, de 17 de diciembre.

procedimientos establecidos por lo que en este ámbito no incumpliría ningún requisito.

Respecto al fundamento jurídico 4⁷, se profundiza en la justificación que posee tal Decreto-ley y los motivos por los cuales se hace necesario. Este contenido se encuentra presente en el apartado I del Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013. Entre los principales motivos referidos, podemos destacar unas condiciones meteorológicas no favorables, escasez de lluvias, condiciones de viento adversas... Además, añade que ha ocurrido una reducción de la demanda debido a la crisis económica y la consecuente reducción de la actividad económica. Justificando así el uso de esta potestad normativa como medio para afianzar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, así como el mantenimiento de su sostenibilidad, otorgando especial importancia a la seguridad de suministro eléctrico.

Posteriormente, se analiza la aprobación de un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes en el apartado II del Preámbulo. Respecto a su convalidación⁸, se incluyen tres aspectos: primero, garantizar la estabilidad del sistema eléctrico con carácter definitivo; segundo, reducir los costes de producción mediante regulaciones; y, tercero, reducir el coste al consumidor promoviendo la competencia.

En relación con el fundamento 5⁹, se centra en justificar la necesidad del Gobierno de actuar ante un momento de inestabilidad y coyuntura económica producido por la crisis económica y el aumento de los costes de producción de energía, causando impacto en la economía y es esto lo que crea la imperante necesidad de establecer dicho Decreto-ley liberalizando en mayor grado este sector.

Por otra parte, en el fundamento jurídico 6¹⁰, el recurso alegó que se vulneraba el principio de jerarquía normativa y el de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin embargo, alega que contradice lo establecido en el Tratado sobre la Carta de la Energía, en concreto en los artículos 10 y 13. Este argumento es rechazado ya que según el Tribunal Constitucional¹¹ los tratados internacionales no son parámetros para determinar si una disposición es constitucional o no. Y aunque el tratado quede incorporado al ordenamiento jurídico interno, la constitucionalidad de la norma no viene determinada tampoco por el principio de jerarquía normativa sino por la coherencia del texto legal con la Constitución.

Por último, el fundamento jurídico número 7¹², se centra en la alegación del recurso sobre la posible vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y también el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. El Tribunal, por

⁷ F.J. 4º STC 270/2015, de 17 de diciembre.

⁸ “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, Pleno y Diputación Permanente, núm. 130, de 17 de julio de 2013.

⁹ F.J. 5º STC 270/2015, de 17 de diciembre.

¹⁰ F.J. 6º de la STC 270/2015, de 17 de diciembre.

¹¹ STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3.

¹² F.J. 7º de la STC 270/2015, de 17 de diciembre.

el contrario, determina una ausencia de confusión o incertidumbre en la aplicación de tal Decreto-ley por lo que sería de aplicación previsible y de efectos determinados, así como materialmente clara y concisa¹³. Esto en lo que respecta a la seguridad jurídica de la norma. Respecto a la presunta arbitrariedad de la norma, la Comunidad Autónoma de Murcia apela a términos imprecisos como “rentabilidad razonable”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechaza esta argumentación debido a que se establecen unos criterios objetivos mediante los cuales se concreta qué destinatarios son aptos para percibir la correspondiente retribución y en las cantidades correctas y preestablecidas. Además, en este fundamento se establece que se requiere de un desarrollo reglamentario para la aplicación del régimen retributivo y hasta que esto suceda se aplicarán con carácter transitorio los derogados Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008.

Por todo ello, el fallo de la sentencia dispone la desestimación del recurso de inconstitucionalidad debido a los motivos anteriormente presentados que el Tribunal Constitucional considera oportunos para justificar la negativa de dicho recurso. En resumen, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en el que se adoptan medidas urgentes con el fin de asegurar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, es considerado de acuerdo con la Constitución.

IV. EL VOTO PARTICULAR

Gran interés presenta, como se ha anticipado en este comentario, el Voto particular concurrente que formula el Magistrado Xiol Ríos reiterando una tesis ya expuesta en anteriores sentencias, a la

que en esta ocasión se adhirieron Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, sobre el control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal y sobre el principio de confianza legítima.

Frente a la alegación del recurso de que el Real Decreto-ley 9/2013, al incumplir determinadas obligaciones establecidas en un tratado internacional, está infringiendo los principios constitucionales de jerarquía normativa y de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 9.3 CE), el Voto Particular discrepa con la tesis mayoritaria de la sentencia, según la cual: a) los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, ya que no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, sino un mero problema de selección del derecho aplicable al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales; y b) la eventual contradicción de una ley con un tratado internacional no 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.

Para Xiol Ríos, 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 este recurso sólo cabe ante el supuesto de infracción del principio de jerarquía normativa por normas con rango legal respecto de la Constitución. Frente a esta respuesta de la sentencia, el Voto Particular afirma que, “tomando en cuenta que los tratados internacionales tienen un

¹³ Apartado a) del F. J 7º de la STC 270/ 2015, de 17 de diciembre.

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 ser otra, replanteándose los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad a través de una construcción semejante a la del control mediato de constitucionalidad por la vía de los arts. 9.1 o 96 CE.

Según el apartado 3 del Voto Particular, a la jurisprudencia constitucional le corresponde abordar de una manera definitiva los problemas derivados del control abstracto de convencionalidad de normas de rango legal, sin que sea relevante ni necesaria la invocación de los arts. 9.1 y 9.3 CE, en su conexión un tratado internacional (la Carta de la energía, en el caso enjuiciado).

En el supuesto de hecho de la STC 270/2015, la norma impugnada también infringe el principio de confianza legítima invocado en la Carta de la energía, “que, como tal principio, tiene un reconocimiento constitucional autónomo en el art. 9.3 CE como una de las dimensiones del principio constitucional de seguridad jurídica”. Por consiguiente, según el Voto Particular, no resultaría necesario un control mediato como el planteado en la demanda por la recurrente, siendo suficiente “una confrontación directa de la normativa impugnada con la Constitución española sin ningún tipo de intermediación”. En este punto, destaca que su “principal discrepancia con la fundamentación de la opinión mayoritaria” se sustenta en la invocación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, y que concurren, 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: 1º) el devenir normativo en que se ha visto inmersa la regulación de las energías renovables y la controversia que ha suscitado entre los diferentes operadores jurídicos el respeto al principio de confianza legítima; 2º) que el Tribunal Constitucional 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 3º) la existencia de numerosos litigios multimillonarios contra 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”.

Sobre la primera cuestión, la relevancia de la cuestión de la confianza legítima y, por tanto, la necesidad de que el Tribunal Constitucional se hubiera extendido sobre su análisis, no sólo se puede hacer radicar, por comparación, en estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, sino también en dictámenes que tanto la Comisión Nacional de Energía como, especialmente, el Consejo de Estado realizaron a los diversos proyectos legislativos que sobre la materia fueron sometidos a su consideración.

Sobre el devenir normativo de la regulación de los incentivos a las energías renovables, según Xiol Ríos, también han intervenido normas con rango legal que ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción constitucional, sin que el

Tribunal haya podido pronunciarse al respecto.

En tercer lugar, la firma y ratificación del Tratado de la Carta de la energía por parte de España ha supuesto la posibilidad de que, en virtud de su art. 26, los inversores extranjeros pudieran someter las disputas que surgieran con el Reino de España al arbitraje internacional.

En conclusión, para Xiol Ríos, 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: a) establecer un más amplio desarrollo del significado constitucional del principio de confianza legítima como elemento integrante de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrados en el art. 9.3 CE; y b) 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.

Xiol Ríos denuncia el olvido que en muchas ocasiones se hace del principio de confianza legítima, como concreta dimensión del principio de seguridad jurídica, y la confusión de este principio con el de irretroactividad, todo ello como consecuencia “de la deficitaria construcción que tiene el principio de

confianza legítima en la jurisprudencia constitucional española”.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el Voto Particular, 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; (c) los cambios normativos en que se fundamente la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes; y (d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o requilibren las legítimas expectativas frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivas que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación.

Según el Voto Particular, lo relevante a efectos del control de constitucionalidad es que la normativa vigente hasta el momento de la reforma enjuiciada lo que establecía era un sistema retributivo caracterizado por (a) la existencia de un prima complementaria, cuya determinación se remitía a un desarrollo reglamentario; (b) los supuestos a los que se aplicaba ese régimen primado; y (c) 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”. Una regulación que “era esencialmente la misma que estaba vigente desde la reforma operada por la Ley 17/2007, de 4 de julio”.

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

Pues bien, según Xiol, “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”, la normativa recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. Si bien la nueva normativa modificaba el sistema de incentivos a las renovables, no sólo se mantenían los aspectos esenciales vinculados a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para este tipo de producción de la energía eléctrica y se garantizaba que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable, 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.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar con el trabajo jurisprudencial pasaremos a comentar algunas conclusiones obtenidas que expresan una consideración propia de la materia y de los problemas jurídicos

tratados en la sentencia que resuelve este recurso de inconstitucionalidad.

1) En primer lugar, con respecto al uso de los Decretos-ley, en mi opinión, estas disposiciones normativas se usan en demasiadas ocasiones para problemas que no requieren realmente de una rápida acción política. En este caso en concreto, considero que no es necesaria su utilización y por tanto no concurre el supuesto de hecho habilitante, aunque finalmente el Tribunal Constitucional sí lo percibe así posicionándose de parte del Abogado del Estado. Es cierto que se usa para problemas económicos que necesitan de solución urgente, pero sin aclarar definitivamente los parámetros para considerar que una circunstancia requiera de una solución “urgente”.

2) Por otro lado, en lo que respecta al principio de jerarquía normativa, una consideración particular merece los tratados internacionales. Aunque en las relaciones Constitución-tratado, la doctrina jurídica alega el principio de supremacía de la Constitución y no de jerarquía normativa, en la práctica cuando algún tratado internacional contradice a la Constitución siempre acaba aplicándose el tratado. Por lo que realmente, en la realidad, lo que ocurre es que el tratado se superpone funcionalmente a la norma suprema, cuya apertura internacional facilita esta integración normativa.

3) Respecto al Estado de Derecho y en referencia al sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pienso que en muchas ocasiones esto no se cumple en el ámbito de la utilización de las normas con fuerza de ley por parte del Gobierno de la Nación y, más concretamente, en el caso de los poderes públicos por falta de control e instrumentos para ello.

4) Por otra parte, cuestión que considero primordial en estos asuntos es el planteamiento de si realmente existe una verdadera separación de poderes en España y, si como en otros casos sometidos al Tribunal Constitucional, se ha permitido la aprobación de un Decreto-ley más allá del supuesto habilitado por la Constitución, no siendo realmente necesaria bajo mi punto de vista al no considerarlo un asunto de “extraordinaria y urgente necesidad”. Los poderes deben ser completamente independientes uno del otro: el poder legislativo del ejecutivo, el Parlamento del Gobierno. En España, esto no ocurre siempre y no sólo en el amplio y generalizado uso de los Decretos-leyes para asuntos no urgentes, sino también en la articulación del procedimiento legislativo. Cuando para aprobar o no una ley el líder del partido levanta uno o dos dedos para indicar a los miembros de su grupo qué deben votar siendo, si no obedecen en la mayoría de los casos, echados del partido político más tarde por no ser acorde a la ideología de este. No considero una separación real de poderes por esto y por otras razones.

5) Por último, propondría una solución entre otras muchas que existen para estos problemas complejos ya que al realizar una crítica a una realidad considero primordial aportar una nueva visión al problema en cuestión. Tomando como punto de partida que en España encontramos una democracia muy formal, sería necesario establecer ya una democracia real, garantizando como su propio nombre indica que el poder esté en el pueblo y no en los poderes públicos. A tal fin, debe establecerse un sistema que reduzca problemas como la generalización del uso de los Decretos-leyes incluso para supuestos de hechos ajenos para lo que se establecieron, siendo necesaria la articulación de instrumentos que permitan

un control de los poderes parlamentarios y que el pueblo participe en la vida política. Si los ciudadanos no están de acuerdo con alguna disposición deben tener un poder real de modificar la situación. En la realidad, vemos en numerosas ocasiones como el pueblo descontento con las decisiones tomadas no puede hacer nada para cambiar la situación, por ejemplo, en materia de impuestos y cómo se distribuyen los gastos públicos dejando muy poco presupuesto para sanidad, o por ejemplo en asuntos como campañas políticas o publicitarias para garantizar una democracia social, olvidándonos del verdadero significado de la democracia como “el poder del pueblo”.

Si, conforme al pensamiento de Tocqueville, un sistema político bueno será aquel en el que exista libertad, igualdad e imperio de la ley, la sociedad solo avanzará si busca y logra la igualdad (democracia social) y el control del Gobierno.