

**Dictamen jurídico que emite la Defensoría del Pueblo de Navarra sobre la queja presentada, el 12 de enero de 2011, por don Juan Antonio Cabrero, en representación de los productores de energía fotovoltaica de Navarra, en relación al Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.**

**I. Antecedentes.**

**1. La inversión en energía fotovoltaica en la Comunidad Foral de Navarra.**

Según datos de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), en septiembre de 2010, estaban registrados en Navarra 133 MW de los 4.192 MW instalados en España. Navarra cuenta con 8.583 productores, constituidos prácticamente por familias, del total de 53.167 productores que en el territorio nacional han invertido en energía fotovoltaica.

La inversión media de estas familias navarras productoras de energía fotovoltaica ha sido de unos 120.000 euros destinados a la adquisición de 15 kW. De los 120.000 euros del precio de la instalación, 24.000 euros (el 20%) fueron aportados con fondos propios, y 96.000 euros (el 80%) fueron financiados a 8 -15 años por bancos y cajas de ahorros.

Hasta diciembre de 2010, las instalaciones fotovoltaicas generaban unos ingresos medios anuales de 12.000 euros, con los que las familias podían ir devolviendo el préstamo contraído y pagar los costes operativos de las plantas: O&M, seguros, reparaciones, etcétera.

Con el nuevo régimen jurídico y económico derivado del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, se calcula que las familias productoras navarras tendrán una merma de sus ingresos en torno al 28% de media, dejando de ingresar entre 3.500 y 4.000 euros brutos por titular al año. La Tasa Interna de Rentabilidad (TIR) de sus instalaciones, antes del Real Decreto-Ley, era entre

el 7,87% y el 9,94%, y ahora se queda entre el 4,95% y el 5,83%, dejando de ser rentables.

Ante esta situación, afirma el autor de la queja que muchas familias productoras no podrán hacer frente a la devolución de los préstamos contratados para la inversión, con el consiguiente riesgo patrimonial y problema económico familiar, añadido a la precaria situación económica en la que ya se encuentran algunas familias productoras. Señala que, a consecuencia de los recortes establecidos, las familias productoras dejarán de ingresar 35 millones de euros anualmente.

También indica que Navarra, incentivada por el Gobierno de la Comunidad Foral, ha sido pionera en la implantación de la tecnología fotovoltaica y que dicha implantación se ha hecho con arreglo a la legislación aplicable, de manera que la Comunidad Foral puede calificarse de ejemplar dentro del sector fotovoltaico. Y, sin embargo, afirma que será la Comunidad más afectada por las medidas introducidas por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre y por el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, dado el existente modelo atomizado de pequeños inversores.

## **2. El Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.**

Este Real Decreto-Ley contiene sustanciales medidas relacionadas con la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica, que, en lo que aquí interesa, pueden concretarse en la siguiente forma:

- Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas, de forma general para todas las instalaciones, y transitoria entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013 para las acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. La limitación de horas de operación conlleva un recorte de la

retribución con derecho a percibir la prima equivalente.

- Modificación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, extendiendo el periodo de vigencia de la tarifa regulada prevista en la tabla 3 de su artículo 36 de 25 a 28 años. Conforme a este Real Decreto, las plantas fotovoltaicas tenían previsto percibir la retribución incentivada durante toda su vida útil.

- Establecimiento de un peaje de acceso a las redes de distribución o transporte. Así, los productores en régimen especial deberán abonar tales peajes.

Del Real Decreto-Ley 14/2010 de 23 de diciembre, resulta el siguiente régimen para las familias productoras de Navarra:

A) Entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, se aplicará a las instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que suponen el 97 % de la potencia instalada, una tabla de horas equivalentes/año indistintamente para todas las zonas climáticas de España, lo que supone una reducción de ingresos en torno al 30% para los productores navarros. La tabla de horas equivalentes es la siguiente:

<b>Tecnología</b>	<b>Horas equivalentes de referencia/año</b>
Instalación fija	1.250
Instalación con seguimiento a 1 eje	1.644
Instalación con seguimiento a 2 ejes	1.707

La limitación de horas equivalentes/año afectará de manera desigual a los productores, pues el impacto será mayor para las instalaciones ubicadas en zonas de mayor radiación solar, así como para las más eficientes, sea cual sea la razón.

B) A partir del 1 de enero de 2014, se aplicará la siguiente tabla de horas equivalentes, que diferenciará cinco zonas climáticas y que, siendo menos restrictiva que la anterior, no obstante, impedirá a los productores obtener la remuneración garantizada por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en el que no existía limitación ninguna.

Tecnología	Horas equivalentes de referencia/año				
	Zona I	Zona II	Zona III	Zona IV	Zona V
Instalación fija	1.232	1.362	1.492	1.632	1.753
Instalación con seguimiento a 1 eje	1.602	1.770	1.940	2.122	2.279
Instalación con seguimiento a 2 ejes	1.664	1.838	2.015	2.204	2.367

## **II. Análisis jurídico-constitucional del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.**

Como se ha indicado, del régimen derivado del Real Decreto-Ley resulta para las familias productoras navarras una merma de sus ingresos en torno al 28% de media, dejando de ingresar entre 3.500 y 4.000 euros brutos por titular al año. La Tasa Interna de Rentabilidad (TIR) de sus instalaciones, antes del Real Decreto-Ley, era entre el 7,87% y el 9,94%, y ahora se queda entre el 4,95% y el 5,83%, dejando de ser rentables.

Por tanto, el Real Decreto-Ley producirá un serio perjuicio económico y patrimonial a las familias productoras navarras, pues las limitaciones que introduce amenazan la rentabilidad razonable de sus explotaciones y, por ende, arrastran la posibilidad real de quiebra de algunas familias productoras, las cuales hicieron sus inversiones en la confianza de que se acomodarían permanentemente al régimen previsto en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que estableció un régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Dicho en otros términos,

si las familias productoras navarra hubieran conocido o previsto el nuevo régimen aplicable desde el 1 de enero de 2011, la inmensa mayoría de ellos no habrían invertido en energía fotovoltaica por la falta de una rentabilidad razonable en función de las costosas inversiones.

En cualquier caso, cabe identificar los siguientes derechos afectados: a) el derecho de los productores acogidos al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, a percibir la retribución incentivada durante toda la vida útil de la instalación, y no limitada a 28 años; b) el derecho de las instalaciones fotovoltaicas en funcionamiento acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, a percibir la retribución incentivada por toda la producción generada y no limitada a un número de horas equivalentes de funcionamiento.

Supuesto lo anterior, y a efectos de evitar los efectos negativos e injustos descritos, parece obligado analizar el contenido del Real Decreto-Ley al objeto de valorar si puede incurrir en inconstitucionalidad, especialmente, en lo que se refiere a su disposición adicional primera y a su disposición transitoria segunda. Cabe adelantar que ambas disposiciones suscitan importantes dudas en su adecuación a la Constitución por las razones que se expresan a continuación.

### **1. La urgencia como razón de ser de los Reales Decretos-Leyes.**

Dispone el artículo 86.1 de la Constitución, que en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes.

Pues bien, el Real Decreto-Ley que nos ocupa, establece un régimen transitorio para las instalaciones de energía fotovoltaicas entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, y un régimen jurídico que entrará en vigor el 1 de enero de 2014. Esta posposición de su aplicación a 1 de enero de 2014 (dentro de tres años) quiebra totalmente el criterio de urgencia justificador de la utilización extraordinaria y excepcional de este instrumento normativo. El establecimiento de un régimen a partir del año 2014 es propio de una ley ordinaria, pero no puede, ni debe serlo, de un Real Decreto-Ley que reacciona

frente a una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, esto es, inmediata.

En lo que es el enjuiciamiento del Real Decreto-Ley falla, de entrada, su presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad”. Como se ha razonado, no es urgente, y, además, no se motiva la “extraordinaria necesidad” explícita y razonadamente. Por ello, se vulnera el artículo 86.1 de la Constitución, sin que se corrijan los defectos ni por la convalidación por el Congreso de los Diputados del Real Decreto-Ley, ni por su tramitación como proyecto de ley que luego se convierte en Ley, como declaran las Sentencias del Tribunal Constitucional 155/2005, de 9 de junio, 189/2005, de 7 de junio, y 68/2008, de 28 de marzo, entre otras.

Cabe recordar, además, que el Tribunal Constitucional rechaza el uso abusivo o arbitrario que haga el Gobierno del Real Decreto-Ley, pues las medidas para hacer frente a la situación extraordinaria y urgente necesidad a la que se enfrenta, deben ser concretas y de eficacia inmediata y no pueden, si no es indispensable, modificar la estructura del ordenamiento, ni bajo ningún punto de vista incluir preceptos exclusivamente deslegalizadores (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, y 155/2005, de 9 de junio).

Todo esto deja de cumplir este Real Decreto-Ley: ni se enfrenta a una situación extraordinaria, ni urgente (menos si su aplicación se posterga al 1 de enero de 2014); ni sus medidas tienen eficacia inmediata en la parte relativa a 1 de enero de 2014; además, modifica el ordenamiento jurídico, al alternar Reales Decretos preexistentes (como lo reconoce su disposición final quinta); y sus medidas son más propias de un reglamento que de una Ley, hasta el punto de que lo que debía haberse hecho, si es que debía hacerse algo, es modificar los Reales Decretos anteriores con un Real Decreto.

## **2. Vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.**

El Real Decreto-Ley sustrae al sector fotovoltaico unas legítimas expectativas de ingresos que el Gobierno de la Nación estipuló y garantizó en su día para

atraer la inversión. Las inversiones efectuadas por los productores en el pasado, amparadas por la normativa entonces vigente, lo fueron en función de los costes existentes en aquel momento. Una modificación ahora de la retribución fijada en su momento, sobre la que se efectuaron los cálculos de rentabilidad, compromete gravemente la viabilidad económica o una rentabilidad razonable de los proyectos realizados, conduciendo a la ruina o poniendo en serias y reales dificultades económicas a muchos inversores. Tal cambio normativo del régimen jurídico y económico establecido supone una evidente quiebra del principio de seguridad jurídica, en virtud del cual tanto los poderes públicos como los ciudadanos deben saber a qué atenerse en sus relaciones jurídicas.

Sobre el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 182/1997, de 28 de octubre (f. j. 11), dijo que:

*“dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”.*

Pues bien, el régimen establecido en el Real Decreto-Ley no puede tildarse de previsible, ya que el Gobierno de la Nación, mediante el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, garantizó la permanencia del régimen de retribuciones, permanencia que reiteró mediante el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía fotovoltaica. Además, como reconoce el Real Decreto-Ley, quien erró en sus previsiones al fomentar la energía fotovoltaica fue el Ministerio de Industria y Energía. En efecto, se ha producido un desvío en las previsiones de generación de energía fotovoltaica por parte del Gobierno, y ahora, intempestivamente, este pretende resolverlo castigando a los productores que se acogieron al régimen que diseñó, ofreció y garantizó, creando entonces un clima de seguridad jurídica que ahora deshace.

A lo anterior no obsta la pretendida razón utilizada en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley de que se asegura una “retribución suficiente y razonable”. Aparte de que se vulnera la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos, no solo cuando se perjudican sus derechos adquiridos, sino también las legítimas expectativas que el normal desarrollo y aplicación de las normas crean y a las que el ciudadano aspira como un interés jurídicamente protegido (por lo que se convierten en “derecho subjetivo”), y más aun cuando, como en el caso que nos ocupa, los ciudadanos realizan inversiones económicas por adelantado, junto a otros actos materiales y jurídicos al amparo de las normas, lo cierto es que tal “rentabilidad” ni se asegura, ni resulta suficiente, ni es razonable, para hacer frente a las inversiones acometidas y a su financiación.

Como se ha dicho, el Decreto-Ley supone un recorte medio del 30% en los ingresos de los propietarios de placas españolas, mayor en las zonas donde hay más exposición solar; y ello trae consigo la rebaja de la tasa de rentabilidad interna del 7,87-9,94% al 4-95%-5,83%, por lo que las instalaciones dejan de ser, en la realidad, rentables, ya que las inversiones se hicieron en el 80% de los casos mediante préstamos, con lo que la financiación de los intereses y la devolución del capital absorbe cualquier rentabilidad.

La vulneración del principio de seguridad jurídica también se ha producido al aprobarse el Real Decreto-Ley sin la preceptiva audiencia de los destinatarios de la norma y sin la consulta a las asociaciones que los representan. Todas ellas coinciden en que se han enterado del nuevo régimen económico a través de la lectura del Boletín Oficial del Estado.

En un acto legislativo que establece un régimen jurídico-administrativo más restrictivo que el precedente, se hace necesario, en un Estado que recibe la trascendente calificación de “democrático” (artículo 1.1 de la Constitución), asegurar la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones que les representan, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, como dispone el artículo 105.a) de la Constitución, y, entre estas disposiciones “administrativas”, están los reglamentos y las leyes y demás normas que nacen o provienen de la



Administración o que regulan las relaciones jurídicas entre estas y los ciudadanos, y este Real Decreto tiene un contenido administrativo claro, modifica reglamentos y emana del Ministerio de Industria y Energía.

Por tanto, cabe concluir afirmando, que el cambio normativo ahora operado no era razonablemente previsible por los productores afectados, vulnerando los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

### **3. Vulneración del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos.**

Respecto a la retroactividad de las normas, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 182/1997, de 28 de octubre (f. j. 11), sentó la siguiente doctrina:

*“Finalmente, como criterio orientador de este juicio casuístico, resulta relevante a tenor de la doctrina de este Tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares (STC 126/1987 fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992, fundamento jurídico 4.º y STC 173/1996, fundamento jurídico 3.º).”*

En el presente caso, estamos ante una retroactividad impropia o de grado medio. A tenor de la transcrita doctrina del Tribunal Constitucional, para

dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma, deben analizarse las restricciones que impone el Real Decreto-Ley al régimen jurídico y económico establecido con anterioridad al mismo, a la luz del principio de seguridad jurídica, de los imperativos que conducen a la modificación de dicho régimen, de su finalidad, del grado de previsibilidad, de su importancia cuantitativa y otros factores similares.

Como se ha razonado anteriormente, las restricciones introducidas por el Real Decreto-Ley vulneran abiertamente los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

No concurren razones de urgencia que justifiquen el instrumento normativo utilizado.

No puede razonablemente afirmarse que el régimen impuesto por el Real Decreto-Ley era previsible en los años 2007, 2008, 2009, e incluso en el 2010.

El interés general subyacente en el nuevo régimen parece ser el de reducir el coste de la electricidad en beneficio último del consumidor. Sin embargo, el nuevo régimen no resuelve el déficit de tarifa y no evitará futuras subidas del recibo de la luz. El déficit de tarifa existía con anterioridad a la implantación de las energías renovables, ya que el modelo energético español se basa en energías fósiles caras y con una fuerte dependencia del exterior, por lo que el déficit de tarifa y las subidas de la luz vendrán determinados por la evolución del precio de los hidrocarburos y por las ayudas al carbón. Mientras no se modifique el modelo energético, el déficit de tarifa seguirá incrementándose y repercutiéndose a los consumidores en el recibo de la luz.

Genera desigualdades o discriminación entre los productores, como se razonará seguidamente.

Existe una desproporción en la medida, que no se justifica por sí sola. Basta con comparar el régimen anterior vigente hasta ahora, el régimen que se establece a partir del año 2014, y el draconiano régimen transitorio que se impone para el periodo 2011-2013, y sus respectivas tasas de rentabilidad

interna para observar la desproporción de la medida en cada etapa y en comparación con la precedente, agravada por zonificaciones territoriales.

En consecuencia, resulta plausible afirmar que, en este caso, la retroactividad impropia que establece el Real Decreto-Ley es inconstitucional.

#### **4. Vulneración de los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación.**

El artículo 28 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, establece que *“Las instalaciones autorizadas para este tipo de producción de energía eléctrica gozarán de un trato diferenciado según sus particulares condiciones, pero sin que quepa discriminación o privilegio alguno entre ellas”*. El precepto legal establece, por tanto, el criterio de no discriminación entre tecnologías.

Pues bien, el Real Decreto-Ley genera una discriminación negativa de la tecnología fotovoltaica en relación con el resto de tecnologías de régimen especial, al fijar una limitación de la duración del plazo de los incentivos, inexistente en otras tecnologías, y al tener esas otras tecnologías una regulación menos gravosa de la limitación de horas.

Por otra parte, el Real Decreto-Ley establece cuatro zonas solares climáticas con el fin de limitar la entrada de energía a la red y, así, reducir las subvenciones del Estado. Y parece evidente que el establecimiento de estas cuatro zonas, establecidas normativamente a efectos de edificación y no de producción de energía fotovoltaica, afectará a las instalaciones de manera desigual, siendo el impacto mayor para las instalaciones ubicadas en áreas de mayor radiación solar, y también para las instalaciones más eficientes, sea cual sea la causa. En suma, el Real Decreto-Ley introduce un criterio discriminatorio en razón, paradójicamente, de un mayor aprovechamiento del recurso solar, utilizando para ello, insistimos, una división del territorio que opera a efectos de la edificación, pero que es ajena al aprovechamiento energético solar, pues ambas realidades y finalidades son distintas y ajenas. Se produce, por tanto, una desviación de fines, pues lo que vale para la edificación no vale para la

energía fotovoltaica.

Con ello, se trata de desigual manera, sin justificación objetiva y técnica razonable (que no se explicita en el Real Decreto-Ley), a los promotores según su situación territorial, con vulneración de los artículos 14, 138 y 139 de la Constitución. El primero prohíbe la desigualdad ante la ley; el segundo vela por un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español que la zonificación fotovoltaica rompe con su desigualdad carente de justificación formal y sustantiva; y el tercero garantiza que todos los españoles tengan “los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”, lo que es más exigible a un Real Decreto-Ley que introduce, donde no las había, diferencias de derechos entre productores españoles dedicados a la misma actividad.

##### **5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.**

Se ha utilizado un instrumento normativo extraordinario, con fuerza de ley, para el establecimiento de un régimen jurídico que, anteriormente, venía siendo regulado mediante reales decretos, esto es, mediante normas con valor reglamentario. Y no cabe duda de que todo el contenido del Real Decreto-Ley pudo haberse regulado y establecido mediante una norma con rango reglamentario, no con rango de ley. Incluso el propio Real Decreto-Ley dispone que la parte de su contenido que afecte a normas reglamentarias pueda ser modificado por el Gobierno de la Nación mediante nuevas normas reglamentarias (disposición final quinta).

Por tanto, la elección de este extraordinario instrumento normativo, que se incorpora al ordenamiento jurídico con fuerza y rango de ley, tiene por efecto impedir que los productores afectados puedan impugnarlo ante los tribunales de justicia ordinarios, lo que, de facto, les genera una situación de indefensión, ya que, a lo sumo, con ocasión de concretos actos de aplicación del mismo, podrán plantear al juez que eleve una cuestión de inconstitucionalidad del precepto legal del que traen causa dichos actos, pero ello es tanto como reconocer que no pueden impugnarlo directamente ante los tribunales de justicia cuando son ellos sus destinatarios principales y los más afectados en

sus derechos.

El derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución reclama la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria para la defensa de los derechos e intereses legítimos. Sin embargo, el Real Decreto-Ley, con su regulación “legal”, cierra toda posibilidad de acceso al juez ordinario, cuando, hasta ahora, la regulación reglamentaria de la misma materia lo permitía.

## **6. Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.**

Este principio constitucional recogido en el artículo 9.3 de la Constitución también resulta vulnerado por dos motivos:

A) La verdadera finalidad del Real Decreto-Ley no es tanto corregir el déficit tarifario del sector eléctrico, como reducir las “retribuciones” o subvenciones que hasta ahora se daban a los productores en régimen especial, lo que conlleva la reducción de la rentabilidad. Esto se comprueba con la simple observación de los efectos que produce la nueva regulación.

Es decir, primero, el Gobierno fomenta, en 2007 y 2008, la energía fotovoltaica, que se presenta como energía renovable, medioambientalmente deseable, etcétera, etcétera, subvenciona su producción, y establece un régimen jurídico que garantiza una razonable seguridad para los años venideros en que los ciudadanos deben obtener rendimientos y hacer frente con ellos a la financiación de las inversiones en que se han embarcado, para, unos pocos años después, a finales de 2010, mediante el Real Decreto-Ley, cambiar estas reglas, y sin justificación alguna de carácter técnico (solo por motivos económicos y por haber realizado unas “previsiones de generación de esta fuente energética” que se les han desviado), modificar la esencia del régimen preestablecido y proceder a limitar artificialmente las horas de funcionamiento “con derecho al régimen económico primado”, primero, para 2011-2013 y luego para más adelante.

Lo que primero era válido y deseable, ahora hay que limitarlo; lo que antes era

bueno para todos y a todos se invitaba, ahora hay que recortar y reducir, por no ser deseable. Y el cambio obedece a un error o desvío en las previsiones de generación de esta fuente de energía, error que solo proviene del mismo que ha aprobado el Real Decreto-Ley: el Gobierno.

La arbitrariedad es evidente en esta conducta jurídico-administrativa del Gobierno: antes, sí; ahora, no; antes, entrar; ahora, salir o producir menos en los primeros tres años y luego algo más.

B) La arbitrariedad se manifiesta también en la desproporción del efecto del Real Decreto-ley.

Primeramente, los productores disponían de un régimen de horas establecido por dos Reales Decretos (2007 y 2008); ahora el Real Decreto-Ley les establece otros regímenes basados en un número de horas equivalentes de referencia por año; el primero, del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2013, sin zonificación y con un número de horas excesivamente bajo (con el afán de reducir el gasto de su retribución); el segundo, del 1 de enero de 2014 en adelante, con un número de horas más elevada de media que las anteriores y con zonificación.

Hay, pues, una desproporción evidente en el tratamiento jurídico dado al promotor de energía fotovoltaica según el tiempo de vigencia de las normas. Frente al régimen anterior al Real Decreto-Ley, este impone durante tres años un régimen excesivamente bajo, para, a los tres años, incrementarlo, pero siempre por debajo de la media anterior al 24 de diciembre de 2010.

Como se ha señalado y necesariamente ha de reiterarse, las horas de equivalencia y las rentabilidades basculan de un lado a otro con las notables e injustificadas oscilaciones que la desproporción de la medida produce: una reducción media del 30% de los ingresos de los promotores, mayor en las zonas con más exposición solar.

### **III. Conclusión.**

Recapitulando todo lo razonado en este dictamen, cabe concluir afirmando que existen argumentos jurídico-constitucionales suficientes para promover ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

Pamplona, 25 de enero de 2011.

**El Defensor del Pueblo de Navarra**  
**Nafarroako Arartekoa**

**Francisco Javier Enériz Olaechea**