

La seguretat jurídica en projectes d'energies renovables i cogeneració

Limitació de primes i Projecte de Llei de mesures fiscals per la sostenibilitat energètica

Barcelona, 9 de novembre de 2012
Salvi Pagès, Associat de DELOITTE
spages@deloitte.es



Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

i) Introducció

- ✓ Amb caràcter previ a l'anàlisi de la possible vulneració de la seguretat jurídica per part del Projecte de Llei de mesures fiscals per la sostenibilitat energètica i de les possibles vies d'impugnació de l'actual règim, hem considerat oportú estudiar la línia jurisprudencial mantinguda fins a la data en relació amb aquells canvis normatius que han afectat a les condicions econòmiques inicialment previstes per les instal·lacions elèctriques sotmeses al règim especial.

- ✓ Per aquest motiu hem estimat procedent estructurar aquesta ponència seguint els següents punts:
 - ✓ Normativa més destacada que ha modificat el règim econòmic inicialment previst per les instal·lacions elèctriques sotmeses al règim especial.
 - ✓ Límits que no poden superar aquest tipus de modificacions per respectar el principi constitucional de la irretroactivitat de les normes restrictives de drets individuals i la seguretat jurídica.
 - ✓ Sentències judicials dictades i recursos d'inconstitucionalitat interposats contra aquests canvis normatius basats en una suposada vulneració de la seguretat jurídica.
 - ✓ Fonamentació jurídica en base a la qual la jurisprudència ha vingut entenent fins a la data que els diferents canvis normatius respecten el principi de seguretat jurídica.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

ii) Quadre resum de l'evolució normativa del règim econòmic de les instal·lacions sotmeses al règim especial

Reial Decret 436/2004, de 12 de març, pel que s'estableix la metodologia per l'actualització i sistematització del règim econòmic de l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

- ✓ Permet que les instal·lacions cedeixin tota la seva producció a la xarxa distribuïdora més pròxima a canvi d'una tarifa regulada per kilowat hora generat o bé, participar en el mercat de producció i percebre a més un incentiu i en el seu cas un prima.

Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel que es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

- ✓ Deroga el RD 436/2004 i preveu un règim de tarifa regulada o bé de mercat més prima; modifica les tarifes i les primes; preveu una prima complementària per les instal·lacions de cogeneració, de co-combustió de biomassa i/o biogàs; disposa que un cop s'arribi al 85% de potència per cada grup d'energia s'establirà un període determinat pel cobrament de tarifa i de primes; s'exclouen determinades instal·lacions de la possibilitat de cobrar via tarifa.

Reial Decret 1578/2008, de 26 de setembre, de retribució de l'activitat de producció d'energia elèctrica mitjançant tecnologia solar fotovoltaica per instal·lacions posteriors a la data límit de manteniment de la retribució del RD 661/2007

- ✓ Es sotmet a les instal·lacions inscrites en el Registre amb posterioritat al 29/09/2008 a la prèvia inscripció en el Registre de pre-assignació de retribució mitjançant convocatòries per tal de percebre tarifes o primes i es limita en tot cas el cobrament de la tarifa per part d'aquestes instal·lacions a 25 anys.

Reial Decret Llei 6/2009, de 30 d'abril, pel que s'adopta determinades mesures en el sector energètic i s'aprova el bonus social

- ✓ Es crea el Registre de pre-assignació de retribució com a condició per acollir-se al règim de tarifes o primes.
- ✓ Preveu la creació del Fons de Titulització del dèficit del sistema elèctric per finançar el dèficit tarifari.
- ✓ Crea el bonus social, segons es motiva a l'exposició de motius, per "*protegir la seguretat jurídica i confiança legítima dels consumidors més desprotegits*".
- ✓ Estableix que a partir de l'01/01/2013 els peatges d'accés seran suficients per satisfer la totalitat dels costos de les activitats regulades.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

ii) Quadre resum de l'evolució normativa del règim econòmic de les instal·lacions sotmeses al règim especial (cont.)

Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel que es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

Reial Decret 1565/2010, de 19 de novembre, pel que es regula i modifica determinats aspectes relatius a l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

✓ Reducció extraordinària de la tarifa fotovoltaica per la primera convocatòria de pre-assignació; estableix uns requisits extraordinaris pel cobrament de les primes i una limitació del cobrament de les tarifes per part de les fotovoltaïques inscrites amb anterioritat al 29/09/2008 a 25 anys (posteriorment ampliat pel RD-Llei 14/10 a 28 anys i per la Llei 2/2011 a 30 anys).

Reial Decret 1614/2010, de 7 de desembre, pel que es regula i modifica determinats aspectes relatius a l'activitat de producció d'energia elèctrica a partir de tecnologies solar termoelèctrica i eòlica

✓ Limita les primes de les instal·lacions de tecnologia solar termoelèctrica i eòlica a un determinat nombre d'hores anuals.

Reial Decret Llei 14/2010, de 23 de desembre, pel que s'estableixen mesures urgents per corregir el dèficit tarifari del sector elèctric

✓ Limita les primes de les instal·lacions solars fotovoltaïques a un determinat nombre d'hores anuals.

Reial Decret Llei 1/2012, de 27 de gener, pel qual es procedeix a la suspensió dels procediments de pre-assignació de retribució i a la suspensió dels incentius econòmics per les noves instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de cogeneració, fonts d'energia renovables i residus

Projecte de Llei de mesures fiscals per la sostenibilitat energètica

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

iii) Límits als canvis normatius – la retroactivitat impròpia i la seguretat jurídica

- ✓ Apuntats els principals canvis normatius que han afectat al règim econòmic de les instal·lacions elèctriques sotmeses al règim especial ens hem de formular les següents preguntes:
 - ✓ i) *Aquests canvis normatius s'ajusten a la legalitat?*
 - ✓ ii) *Existeixen límits a les modificacions de les condicions econòmiques de les instal·lacions en funcionament?*
- ✓ Per respondre a aquestes preguntes cal tenir present en primer terme que la retroactivitat de les normes ve limitada en aquests supòsits pels següents preceptes normatius:
 - ✓ i) Art. 9.3 de la CE: garanteix la irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals (segons la STC 42/1986, de 10 d'abril, aquests últims s'han d'equiparar a la idea de sanció, pel qual el límit d'aquest article s'ha de considerar que es refereix a les limitacions introduïdes en l'àmbit dels drets fonamentals i de les llibertats públiques o en l'esfera de protecció de la persona).
 - ✓ ii) Art. 62.2 de la Llei 30/1992: estableix la sanció de nul·litat per les disposicions generals que estableixin la retroactivitat de disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals.
 - ✓ iii) Art. 2.3 del Codi Civil: estableix la irretroactivitat de les normes, si aquestes no disposen el contrari.
- ✓ Així doncs el nostre ordenament jurídic permet la retroactivitat de les normes amb els límits comentats. Aquesta retroactivitat haurà de ser conforme igualment amb els altres principis constitucionals, com és el cas de la seguretat jurídica (9.3 CE).
- ✓ Sobre la seguretat jurídica la STC 182/1997, de 28 d'octubre, disposa 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, ya que la retroactividad de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad”*.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

iii) Límits als canvis normatius – la retroactivitat impròpia i la seguretat jurídica (cont.)

- ✓ Determinar, en conseqüència, quan una norma de caràcter retroactiu vulnera la seguretat jurídica dels ciutadans és una qüestió que només es pot resoldre cas per cas. A aquests efectes caldrà tenir en compte:
 - ✓ i) El grau de retroactivitat de la norma.
 - ✓ ii) Les circumstàncies específiques que concorren en cada supòsit.
- ✓ El Tribunal Constitucional ha vingut distingint la retroactivitat autèntica o de grau màxim i la retroactivitat impròpia o de grau mitjà.
 - ✓ El primer supòsit es produeix quan la disposició pretén anul·lar els seus efectes a situacions de fet produïdes amb anterioritat a la pròpia llei i ja consumades. En aquest cas només exigències qualificades d'interès general podran imposar el sacrifici del principi de seguretat jurídica, en la resta de supòsits NO es permetrà la retroactivitat de la norma.
 - ✓ El segon supòsit es produeix quan una norma influeix sobre els efectes presents de relacions jurídiques nascudes en el passat però encara no concloues. Aquesta retroactivitat pel contrari és constitucionalment legítima a no ser que la protecció de la confiança dipositada pel ciutadà en la normativa anterior prevalgui sobre l'interès públic que justifica la reforma normativa.
- ✓ Pel que respecte a “les circumstàncies específiques que concorren en cada supòsit” el Tribunal Constitucional (STC 182/1997, de 28 d'octubre) ha vingut entenent que cal atendre a:
 - ✓ La previsibilitat de la mesura adoptada.
 - ✓ La finalitat de la mesura – existència d'un interès públic que motivi l'adopció d'aquesta mesura.
 - ✓ Els drets adquirits i la discrecionalitat en l'activitat de foment.
- ✓ **Així doncs, d'acord amb tot allò exposat, segons la normativa vigent i la jurisprudència dels nostres Tribunals de Justícia, actualment és possible la retroactivitat d'aquelles normes que canvien les condicions econòmiques de les energies renovables si afecten a situacions de futur (energia pendent de produir-se i vendre's), si l'adopció de la mesura resulta justificable després d'haver-se ponderat les circumstàncies específiques que concorren en el cas específic i si la confiança legítima de l'interessat no preval sobre l'interès públic.**

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

iv) Quadre resum de la normativa citada i que ha estat impugnada en base a una suposada vulneració de la seguretat jurídica

Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel que es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

- ✓ Sentències del Tribunal Suprem dictades en recursos contenciosos-administratius interposats contra la citada norma per considerar-se que la mateixa vulnera el principi de confiança legítima dels productors.

Reial Decret Llei 6/2009, de 30 d'abril, pel que s'adopta determinades mesures en el sector energètic i s'aprova el bonus social

- ✓ Sentències desestimàtores del Tribunal Suprem dictades en recursos contenciosos-administratius interposats contra l'acord del Consell de Ministres de 13/11/2009 pel que es procedia a l'ordenació dels projectes o instal·lacions presentats al registre administratiu de pre-assignació de retribució per les instal·lacions de producció d'energia elèctrica, previst en el Reial Decret Llei 6/2009.

Reial Decret 1565/2010, de 19 de novembre, pel que es regula i modifica determinats aspectes relatius a l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

- ✓ Més de 50 Sentències desestimàtores del Tribunal Suprem dictades en recursos contenciosos-administratius interposats contra la citada norma per considerar-se que la mateixa és retroactiva i que vulnera la seguretat jurídica i la confiança legítima.

Reial Decret Llei 14/2010, de 23 de desembre, pel que s'estableixen mesures urgents per corregir el dèficit tarifari del sector elèctric

- ✓ Recursos d'inconstitucionalitat interposats pels Consells de la Generalitat Valenciana, de la Junta d'Extremadura i de la Regió de Múrcia.

Reial Decret Llei 1/2012, de 27 de gener, pel qual es procedeix a la suspensió dels procediments de pre-assignació de retribució i a la suspensió dels incentius econòmics per les noves instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de cogeneració, fonts d'energia renovables i residus

- ✓ Recursos d'inconstitucionalitat interposats pels Consells de la Junta d'Extremadura, de Galícia i de la Comunitat Autònoma de Canàries.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

v) Fonamentació jurídica en base a la qual els Tribunals de Justícia han entès que es respecta la seguretat jurídica

- ✓ Es resumeixen a continuació alguns dels arguments jurídics més destacats en base als quals, fins a la data, els nostres Tribunals de Justícia han vingut entenent que els successius canvis del règim econòmic de les instal·lacions d'energia sotmeses al règim especial no han vulnerat el principi de seguretat jurídica protegit per la CE.
- ✓ Sentència del TS de l'11/10/2011 (transcrita en nombroses sentències a posteriori) que conforme la base de les sentències dictades en els recursos interposats contra l'acord del Consell de Ministres del 13/11/2009, de desenvolupament del Reial Decret Llei 6/2009:
 - ✓ El principi constitucional de la seguretat jurídica no garanteix la perpetuïtat del règim econòmic de les instal·lacions sotmeses al règim especial.
 - ✓ El principi de confiança legítima el qual comporta que l'autoritat pública no pugui adoptar mesures que resultin contràries a l'esperança induïda per la raonable estabilitat en les decisions d'aquella, i en funció de les quals els particulars han adoptat determinades decisions, no impedeix que els poders públics imposin noves regulacions apreciand les necessitats d'interès general.
 - ✓ La restricció de la llibertat econòmica de posar en funcionament les instal·lacions de producció d'energia eòlica, que es deriva del desenvolupament del Real Decret Llei 6/2009, no pot qualificar-se d'arbitrària i capritxosa, encara que es frustrin en cert grau les expectatives empresarials.
 - ✓ El legislador conserva àmplies facultats per establir els criteris reguladors d'aquells aspectes relacionats amb la planificació de l'activitat elèctrica i amb la gestió econòmica i tècnica del sistema elèctric.
 - ✓ El desenvolupament normatiu del dret de la Unió Europea regulador del mercat comú de l'electricitat i les constants modificacions del dret intern espanyol evidencien la mutabilitat del règim jurídic del sector energètic per causes econòmiques, tecnològiques, mediambientals i de protecció dels consumidors i usuaris.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

v) Fonamentació jurídica en base a la qual els Tribunals de Justícia han entès que es respecta la seguretat jurídica (cont.)

- ✓ Sentència del TS de 12/04/2012 (transcrita en nombroses sentències a posteriori) que conforme la base de les sentències dictades en els recursos interposats contra el RD 1565/2010:
 - ✓ La tarifa regulada va ser una de les mesures de foment de les energies fotovoltaïques, per la qual cosa la seva afectació ha de ser vista com una afectació a un marc jurídic-regulatori i no com una mesura separada.
 - ✓ Els titulars de les instal·lacions no tenen un dret immodificable, i menys quan ells mateixos han optat per no recórrer al mercat si no per beneficiar-se d'un sistema públic de fixació de les retribucions.
 - ✓ L'eliminació del risc empresarial suposa un avantatge respecte els operadors del sector elèctric subjectes a la lliure competència, avantatge llur revers el constitueix precisament, entre altres, la possibilitat d'alterar les mesures administratives davant de canvis de circumstàncies ulteriors (*amb el respecte a uns mínims de rendibilitat per les inversions*).
 - ✓ Els agents saben o havien de saber que la retribució generosa no podia ser aliena a les modificacions rellevants de les dades econòmiques de base, enfront de les quals és lògica la reacció dels poders públics per compassar-ho a les noves circumstàncies.
 - ✓ Els ajustos en altres sectors fa més raonable que aquests s'estenguin al sector de l'energia a on existeix un greu dèficit tarifari.
 - ✓ Les mesures de foment no es poden considerar perpètuas o il·limitades en el temps, i no és raonable pensar que el RD 661/2007 garantia la percepció de les tarifes sense límit temporal.
 - ✓ La tarifa prevista en el RD 661/2007 responia a un objectiu de potència elèctrica derivada d'energies renovables precisada en el Pla d'energies renovables 2005-2010. En la mesura en que a l'agost del 2007 s'havia superat el 85% de l'objectiu de la potència instal·lada fotovoltaica per 2010, el sector no podia desconèixer que la retribució no podia ser aplicable a totes i cada una de les instal·lacions fotovoltaïques que, en el seu conjunt, havien incorregut en aquell excés.
 - ✓ La concepció de la seguretat jurídica com a fre a les modificacions normatives és especialment inapropiat en un sector com el de les energies renovables, que degut a la seva novetat, requereix d'ajustaments successius, no només per les circumstàncies econòmiques sinó també per les pròpies característiques de l'activitat (evolució tecnològica).
 - ✓ La limitació de les tarifes regulades era previsible donades les ulteriors circumstàncies econòmiques i tècniques, per la qual cosa es desvirtua el principi de confiança legítima.
 - ✓ Si els operadors sotmesos al règim general han vistes reduïdes les seves retribucions donada la caiguda de la demanda i la reducció de les seves hores de funcionament, no existeix cap raó per la qual els productors sotmesos al règim especial quedin immunes al canvi de les circumstàncies.
 - ✓ No es descarta que abans de 30 anys la rendibilitat de la inversió en instal·lacions fotovoltaïques pugui ser satisfeta pel preu de mercat, en paritat amb altres sistemes de generació d'energia elèctrica.

Anàlisi de la jurisprudència relativa al canvi normatiu del règim econòmic de les instal·lacions elèctriques en règim especial

vi) Conclusions

- ✓ De la present ponència entenem que es poden extreure les següents conclusions:
 - ✓ L'evolució normativa que ha sofert el règim econòmic de les instal·lacions elèctriques subjectes al règim especial ha suposat un greu perjudici econòmic pels seus titulars.
 - ✓ S'ha recorregut judicialment en nombroses ocasions aquesta normativa.
 - ✓ Els Tribunals de Justícia, fins a la data, han vingut entenent que la retroactivitat impròpia de les normes aprovades no han vulnerat el principi de seguretat jurídica perquè:
 - ✓ PREVISIBILITAT - Era previsible pels productors una modificació del règim econòmic de les instal·lacions del règim especial.
 - ✓ INTERÈS PÚBLIC DE LA MESURA - L'interès públic de reduir el dèficit tarifari justifiquen les mesures adoptades que no es poden considerar arbitràries.
 - ✓ DRET ADQUIRITS - No es reconeix un dret immodificable als titulars de les instal·lacions quan la previsió de les tarifes i primes respon a una activitat de foment per part dels poders públics que no garanteix la seva perpetuïtat.
- ✓ En qualsevol cas cal tenir present que el Tribunal Suprem ha efectuat aquests pronunciaments judicials partint de la premissa que l'actual règim especial cobreix les inversions efectuades (esmenta que cal respectar uns mínims de rendibilitat per les inversions), per la qual cosa no s'ha de descartar la conveniència d'emprendre accions judicials en aquells casos en que les inversions no siguin rendibles econòmicament degut als successius canvis normatius.



Deloitte se refiere a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, (*private company limited by guarantee*, de acuerdo con la legislación del Reino Unido) y a su red de firmas miembro, cada una de las cuales es una entidad independiente. En www.deloitte.com/about se ofrece una descripción detallada de la estructura legal de Deloitte Touche Tohmatsu Limited y sus firmas miembro.

Deloitte presta servicios de auditoría, asesoramiento fiscal y legal, consultoría y asesoramiento en transacciones corporativas a entidades que operan en un elevado número de sectores de actividad. La firma aporta su experiencia y alto nivel profesional ayudando a sus clientes a alcanzar sus objetivos empresariales en cualquier lugar del mundo. Para ello cuenta con el apoyo de una red global de firmas miembro presentes en más de 140 países y con aproximadamente 170.000 profesionales que han asumido el compromiso de ser modelo de excelencia.

Esta publicación contiene exclusivamente información de carácter general, y Deloitte Touche Tohmatsu Limited, Deloitte Global Services Limited, Deloitte Global Services Holdings Limited, la Verein Deloitte Touche Tohmatsu, así como sus firmas miembro y las empresas asociadas de las firmas mencionadas (conjuntamente, la "Red Deloitte"), no pretenden, por medio de esta publicación, prestar servicios o asesoramiento en materia contable, de negocios, financiera, de inversiones, legal, fiscal u otro tipo de servicio o asesoramiento profesional. Esta publicación no podrá sustituir a dicho asesoramiento o servicios profesionales, ni será utilizada como base para tomar decisiones o adoptar medidas que puedan afectar a su situación financiera o a su negocio. Antes de tomar cualquier decisión o adoptar cualquier medida que pueda afectar a su situación financiera o a su negocio, debe consultar con un asesor profesional cualificado. Ninguna entidad de la Red Deloitte se hace responsable de las pérdidas sufridas por cualquier persona que actúe basándose en esta publicación.