

Efectos y alcance del Real Decreto- ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

ALERTA

Febrero 2012

Efectos y alcance del Real Decreto - ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos

Objeto

El Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos publicado en el BOE el pasado 28 de enero de 2012. Veremos en concreto cual ha sido el alcance de dicha suspensión y supresión.

La Exposición de Motivos justifica la necesidad de este Real Decreto-ley en la compleja situación económica y financiera, así como a la situación del sistema eléctrico, siendo la lucha contra el déficit tarifario una de las razones fundamentales alegadas para justificar la necesidad de las medidas.

Medidas y su alcance

- El Real Decreto- ley toma dos medidas con carácter temporal que no afectarán a las instalaciones en marcha ni a aquellas ya

inscritas en el Registro de preasignación. La primera es la **supresión** de los incentivos económicos (tarifas reguladas, primas, límites, complemento por eficiencia, complemento por energía reactiva) para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial y para instalaciones de régimen ordinario de tecnologías asimilables a las incluidas en el régimen especial. La segunda, consecuencia de la primera, es la **suspensión** de los procedimientos de preasignación de retribución de instalaciones en régimen especial.

- Aunque en la Exposición de Motivos se expresa que las medidas adoptadas son de carácter temporal, la supresión, y no mera suspensión, del otorgamiento de incentivos económicos hace pensar lo contrario. Sobre todo, cuando se apunta un método alternativo para la obtención de los objetivos de consumo de energía renovable previstos para el año 2020 (el autoconsumo, mediante el llamado balance neto de electricidad). Cabe suponer que las medidas ahora impuestas se levantarán (o se regularán otras alternativas) en el caso de que se prevea que no van a cumplirse los objetivos citados o cuando deje de producirse nuevo déficit tarifario.

- No obstante lo anterior, se reconoce la posibilidad de establecer regímenes económicos específicos para las instalaciones de cogeneración o que utilicen como energía primaria, energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios.
- El artículo 2 del Real Decreto – Ley tiene el objeto de delimitar su ámbito de aplicación. Sin embargo, incluso en una primera aproximación, plantea muchas incógnitas. De acuerdo con el mencionado artículo 2, las medidas afectan a:
 - a) Aquellas instalaciones de régimen especial que a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley no hubieran resultado inscritas en el Registro de preasignación de retribución,
 - b) Aquellas instalaciones de régimen ordinario que a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley no dispusieran de autorización administrativa otorgada por la Dirección General de Política Energética y Minas.
- Introduce asimismo una regla especial para aquellas instalaciones de régimen especial que no hubieran obtenido la inscripción en el Registro de preasignación por un incumplimiento por parte de la Administración del plazo para resolver, es decir, que hubieran presentado la solicitud de inscripción tres meses antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Esta regla de “silencio positivo” tiene el claro objetivo de evitar reclamaciones de responsabilidad patrimonial, pero tiene un alcance muy limitado.
- En el momento en que entró en vigor el Real Decreto-ley, ya se habían superado los cupos para las instalaciones eólicas y termosolares y no existían convocatorias pendientes de resolver respecto a las instalaciones fotovoltaicas. Pero esta previsión, sí afecta al resto de las tecnologías.
- Además, aquellas instalaciones en trámite que no estuvieran inscritas en el Registro de preasignación en el momento de entrada en vigor de la norma tienen la posibilidad de desistir de su solicitud de inscripción en el plazo de dos meses, en cuyo caso se les devolverán los avales depositados.
- Asimismo, la norma establece que se devolverán los avales a aquellas instalaciones inscritas en el Registro de preasignación que, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la norma, opten por no ejecutar la instalación.
- Por último, la disposición derogatoria única deroga el artículo 4.4. y el artículo 4.bis del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. Estos artículos establecían que las modificaciones no sustanciales realizadas en instalaciones de régimen especial no perderían su régimen económico. Al eliminar esta posibilidad, cualquier modificación de una instalación de régimen especial inscrita en el Registro de preasignación podría perder su régimen económico.

Aspectos problemáticos

- Las medidas recogidas en el Real Decreto – ley dejan sin resolver muchos supuestos de difícil encaje, y plantean numerosas dudas.
- Así, no se explica con facilidad la diferencia de trato entre el régimen ordinario y el especial:
 - Para el régimen ordinario, basta tener autorización administrativa para no sufrir la supresión, siendo este solo uno de los requisitos exigidos para las de régimen especial.
 - A la inversa, no se comprende porqué no juega para las instalaciones de régimen ordinario la regla especial sobre incumplimiento del plazo para resolver por la Administración.
- El asunto podría no tener interés, pero lo cierto es que existen muchas instalaciones de régimen especial que, teniendo ya autorización administrativa, no están inscritas

en el registro. Un caso especialmente relevante es el de las autorizaciones obtenidas por los licitadores seleccionados en los correspondientes concursos convocados por administraciones autonómicas. En este sentido, porque en algunas ocasiones, la legalidad de estos procedimientos de concurrencia ha sido discutida (la Ley del Sector Eléctrico prevé un sistema de autorizaciones que la Comunidad Autónoma ha elevado al rango de concurso).

- El Real Decreto - ley confiere una relevancia considerable a los procedimientos judiciales en curso que tienen por objeto concursos eólicos y autorizaciones, debiendo ponerse especial atención en la determinación de los efectos de una posible sentencia que varíe el régimen establecido.
- Como es sabido, la inscripción en el registro de preasignación requiere del cumplimiento de una serie de requisitos. La regla introducida para aquellos supuestos de “silencio administrativo” que contiene el apartado 2 del artículo 2 plantea igualmente posibles conflictos. Para empezar, habrá que atender especialmente a su interpretación en aquellos casos en los que, presentada la solicitud, se hayan advertido defectos en alguna documentación suministrada, o no se haya llegado a tiempo a su presentación por retrasos imputables a terceros (por ejemplo, en la concesión de la autorización administrativa). El hecho de que concurren varias Administraciones Públicas, determina una mayor complejidad en la asignación de eventuales responsabilidades patrimoniales.
- La devolución de avales, desde luego procedente ante el cambio de régimen económico introducido, dista sin embargo de ser una compensación adecuada de los costes normalmente incurridos. Debe plantearse la conveniencia de hacer una

reserva expresa de acciones al optar por la retirada de avales, a los efectos de disipar cualquier posible duda al respecto.

- Deja también sin respuesta el Real Decreto – ley la cuestión de los avales exigidos por las Comunidades Autónomas y entidades locales.
- Por último, la reforma plantea, al igual que las que recientemente se ha venido introduciendo en la retribución del régimen especial, los conocidos problemas de confianza legítima, seguridad jurídica y responsabilidad patrimonial. El rango de la reforma hace más difícil su impugnación ante los Tribunales, que se deberá intentar, en su caso, de modo oblicuo.

Si está interesado en obtener información adicional sobre el contenido de esta Alerta puede ponerse en contacto con Félix Plasencia, Pablo Dorrnsoro y Javier Torre de Silva en el número de teléfono (34) 91 451 93 00 o bien mediante email felix.plasencia@cms-asl.com, pablo.dorrnsoro@cms-asl.com, javier.torredesilva@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España
T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con aproximadamente 100 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio. Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com | www.cmslegal.com

Los despachos miembros de CMS son: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria), CMS Rui Pena & Arnaut (Lisboa).

Las oficinas CMS son: **Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich**, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Düsseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubliana, Lisboa, Luxemburgo, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovia y Zagreb.