



KPMG ABOGADOS

## Asociación de la Industria Fotovoltaica

Consideraciones legales en materia de retroactividad regulatoria: Documento de discusión interna

19 de octubre de 2010 – Borrador sujeto a cambios

ENERGIA



- **Consideraciones legales sobre retroactividad regulatoria**

- Introducción
- Análisis de determinadas medidas
- Conclusiones

- **Nota importante sobre este documento:**

- Esta presentación ha sido elaborada a solicitud de ASIF
- El contenido de ésta es de carácter general y no supone un asesoramiento específico ante el caso concreto ni constituye una opinión legal.
- Las diferentes consideraciones aquí expuestas están en todo caso sujetas al estudio en profundidad de este asunto (aspecto que forma parte de los servicios a prestar) así como del contenido de la regulación final que se promulgue.
- En todo caso, la aceptación de cualquier trabajo queda sujeta a la emisión de la correspondiente carta de encargo por cliente y superación de los procedimientos internos de aceptación de asuntos.
- El contenido del presente documento no podrá ser referenciado o citado, total o parcialmente, sin el consentimiento de KPMG.

Se debe proceder a un análisis particularizado de cada una de las medidas reglamentarias a fin de determinar su legalidad a la luz de los principios constitucionales. **No cabe así, una valoración general de toda la revisión regulatoria realizada**

Tal y como se expondrán más adelante, se identifican **argumentos jurídicos que fundamentarían un recurso** y que determinarían el tipo de acción a plantear.

No obstante, de forma paralela/previa a la interposición de un recurso contra la nueva norma, **sería preciso llevar a cabo un estudio legal en profundidad de la norma final**

### Concepto de modificación normativa con carácter retroactivo

- “Modificación del régimen jurídico de unas instalaciones de producción cuya puesta en funcionamiento es previa a la entrada en vigor de la nueva norma”
- **No existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva**, salvo en determinados casos concretos:
  - Normativas sancionadoras
  - Normativas restrictivas de derechos individuales (derechos fundamentales, libertades públicas o protección de la persona)
- Sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones normativas con carácter retroactivo podrían ser cuestionadas a nivel constitucional por lo que se exige un análisis particularizado de cada una de ellas a fin de determinar si infringen otros principios constitucionales, especialmente, el de seguridad jurídica.

### Análisis de legalidad de la retroactividad

- Por tanto, el análisis de la legalidad de una modificación normativa retroactiva debe realizarse a la luz del **principio de seguridad jurídica**:
  - No otorga un derecho a la petrificación del ordenamiento jurídico.
  - Sí protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente en cada momento.
  - Se contempla también en el derecho comunitario (sentencias *Belgocodex*, *Goed Wonen*, entre otras).
- Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que la mera constatación de que la norma tiene carácter retroactivo debe llevar necesariamente a la conclusión de que la seguridad jurídica en alguna manera ha podido quedar afectada, pero ello no implica que deba ser declarada inconstitucional.
- Se debe llevar a cabo un análisis caso por caso que deberá analizar las siguientes cuestiones:

#### 1) Grado de retroactividad

- Según el TC existirían dos grados:
  - Auténtica o de grado máximo:
    - Efectos sobre situaciones consumadas (i.e. retribuciones ya percibidas).
  - Impropia o de grado medio:
    - Efectos sobre situaciones jurídicas actuales pero no consumadas (i.e. venta de energía no realizada para instalaciones existentes, etc.)

El análisis de legalidad se realiza, principalmente, a partir de una **serie de criterios desarrollados por la doctrina y jurisprudencia**

### **Análisis de legalidad de la retroactividad (cont.)**

#### **2) Análisis de circunstancias concretas en casos de “retroactividad impropia”**

- En el presente caso, nos encontraríamos ante un supuesto de “retroactividad impropia” y, por ende, es preciso analizar las circunstancias concretas de la modificación.
- Este análisis de las circunstancias concretas se llevaría a cabo sobre la base de los siguientes criterios:
  - 1) Previsibilidad** de la medida:
    - Tiene como finalidad hacer frente a eventuales imprevisiones o poner remedio a situaciones
    - En lo que respecta a este criterio, la jurisprudencia del TS ha expuesto:
      - En mercados regulados existe un riesgo de cambio de regulación que debe ser asumido por el inversor. Los explotadores no tienen un derecho “inmodificable” a la tarifa.
      - El límite en los cambios regulatorios en materia de incentivos a las renovables estaría en la ley del sector eléctrico y su principio de rentabilidad razonable
    - No obstante, tal y como ya analizado en documento específico elaborador para ASIF, en gran número de casos la jurisprudencia del TS se podría considerar que ha resuelto sobre supuestos que no serían equiparables a la situación actual y, por ende, su aplicabilidad de forma general al presente caso podría ser puesta en discusión.
    - Asimismo, cabe resaltar que podría entenderse que no existe, en términos generales, un principio general de rentabilidad razonable a post-inversión.
  - 2) Interés general** que justifique la medida (interés público prevalente).
    - Según el TC, se trataría de “claras exigencias de interés general”
  - 2) Alcance** de la medida (criterio de sustancialidad)
    - Valoración del impacto negativo en términos de sustancialidad
    - Se valora, asimismo, la existencia de medidas compensatorias o transitorias

- A continuación, llevamos a cabo un análisis preliminar de la justificación de diferentes medidas adoptadas a la luz de los criterios de análisis de legalidad de medidas retroactivas dispuestos anteriormente. La clasificación a nivel de “justificación de la medida retroactiva” en Baja, Media o Alta no tiene carácter jurídico y se realiza única y exclusivamente para mayor claridad en el análisis por parte del Comité de Dirección de ASIF, pues se trata de una valoración jurídica compleja cuyo desarrollo tiene matices muy relevantes y sujeta a cualquier otro mejor criterio fundado en derecho.

Nuevas medidas	Justificación de la medida retroactiva		
	Previsibilidad de la medida	Interés General	Alcance o Sustancialidad limitada (o existencia de medidas compensatorias o transitorias)
Limitación de horas de funcionamiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Baja</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Media</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Baja</li> </ul>
Limitación de las tarifas a 25 años	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Baja</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Media</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Media</li> </ul>
Comentarios	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Previsibilidad:</b> Los siguientes ejemplos, entre otros, se podrían considerar que indican la falta de previsibilidad de estas medidas: <ul style="list-style-type: none"> <li>- El RD 661 contiene previsiones expresas en contra del cambio regulatorio de tarifas de forma retroactiva (si bien hace referencia a la tarifa regulada así como a los límites inferior y superior de la retribución con prima; debemos entender, en principio, que una limitación de horas en tanto que afecta a la rentabilidad también estaría cubierta por esta previsión). <ul style="list-style-type: none"> <li>- Artículo 44.3. segundo párrafo y artículo 36: Hasta 25 años y posteriormente.</li> </ul> </li> <li>- La aprobación del RD 1578 se realiza con la finalidad de revisar el régimen económico a la baja y, por ende, se puede entender que esta sería la normativa revisora del sector después del RD 661.</li> <li>- Directiva de Energías Renovables: Entre otras cuestiones, difícilmente se puede pretender elaborar una normativa con mecanismos de cooperación entre Estados Miembros a nivel de incentivos si los otorgados por el estado español pueden ser objeto de revisión retroactiva.</li> <li>- Proyecto de Ley de Economía Sostenible: Artículo 4: Principios de Buena regulación – seguridad jurídica: <i>A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y la adopción de sus decisiones económicas.</i></li> </ul> </li> <li>● <b>Interés general:</b> Se entiende que pretende racionalizar retribuciones en beneficio de los consumidores con el fin de atajar el déficit tarifario. No obstante, cabe analizar si existen otras medidas posibles para conseguir este fin (p.ej. actuar sobre la totalidad del parque generador) así como si el interés general puede considerarse justificado en la medida en que el objetivo a nivel energético es también la sostenibilidad ambiental del parque generador y económica, a largo plazo (con inclusión de todos los costes de generación del régimen ordinario).</li> <li>● <b>Alcance de la medida:</b> El alcance/sustancialidad de estas medidas es notable ya que afecta a todas las instalaciones y podría representar una reducción considerable de la retribución: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Por ejemplo, a sensu contrario y como medida con alcance limitado, en la revisión del RD 436/2004 por el RD 661/2007 se consideró que el alcance de la introducción de un <i>cap &amp; floor</i> en la retribución era limitado. Las presentes medidas tienen alcances sustancialmente diferentes y más extensos.</li> <li>● Además, en este tipo de alcances más extensos cabe valorar si existen medidas compensatorias o transitorias, para considerar la legalidad de la revisión. En principio, no se prevén tales medidas o las medidas transitorias son totalmente irrelevantes.</li> </ul> </li> </ul>		

Nuevas medidas	Justificación de la medida retroactiva		
	Nota: Dado el carácter técnico de estas medidas, sería precisa la opinión de un experto técnico en la materia		
	Previsibilidad de la medida	Interés General	Alcance o Sustancialidad limitada (o existencia de medidas compensatorias o transitorias)
<b>Nuevo procedimiento de operación ante huecos de tensión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Alta</li> </ul>	Alta (necesidad de gestión técnica del sistema en régimen de seguridad)	Baja Medidas transitorias muy limitadas (avalado por la CNE) y sin medidas compensatorias
<b>Requisitos régimen de energía reactiva</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Media</li> </ul>	Media (limitar incremento de las tarifas de acceso; no obstante podrían existir otras medidas posibles)	Media (impacto relevante en la rentabilidad de las instalaciones) Sin medidas compensatorias o transitorias
<b>Obligación de adscripción a Centros de Control (10MWs en agrupaciones)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Alta</li> </ul>	Alta (necesidad de gestión técnica del sistema en régimen de seguridad)	Baja Con medidas transitorias muy limitadas (urgencia de la medida para la operación del sistema) y sin medidas compensatorias

Si bien existen fundamentos sólidos para defender la infracción del principio de seguridad jurídica por determinadas medidas económicas de la nueva regulación, **sería preciso un informe jurídico detallado** que analice y sustente estas argumentaciones preliminares

### Conclusiones

- De acuerdo con lo expuesto, el análisis de legalidad y conformidad con el principio de seguridad jurídica de una medida retroactiva se fundamenta en el caso concreto.
- Existen, de forma general, diferentes criterios que deben ser analizados:
  - **Previsibilidad**
  - **Interés general**
  - **Sustancialidad/alcance de la medida – existencia de medidas transitorias o compensatorias**
- En base a dicho análisis, se podría llegar a justificar o bien declarar contrarias al principio de seguridad jurídica determinadas regulaciones.
- Así, determinadas de las medidas que podrían contenerse en la nueva regulación económica y técnica de la tecnología fotovoltaica podrían considerarse que infringirían el citado principio. En particular, la medidas de carácter económico.
- No obstante lo anterior, sería preciso un análisis legal en detalle mediante un informe jurídico al respecto con el fin de poder determinar los diferentes argumentos que pudieran existir en esta línea.
- Dicho informe jurídico se podría utilizar como base para una eventual acción judicial.
- Las principales acciones judiciales, tal y como ya expuesto en otra ocasión, se plantearían ante el Tribunal Supremo y podrían interponerse tanto por parte de ASIF como colectivo, en forma de impugnación general de la norma, como por parte de los particulares afectados.
- Según solicitado, les informamos que los honorarios por la preparación del informe antes citado ascenderían a aproximadamente 55.000 euros. No obstante, dichos honorarios se descontarían de los honorarios por acciones judiciales en caso de llevarse a cabo.