



JONES DAY
COMENTARIO

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS Y TERMOSOLARES

El 8 de diciembre de 2010 se ha publicado en el BOE el Real Decreto 1614/2010 por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica (“**Real Decreto**”) y que contiene, como principales novedades, la modificación del régimen económico de las instalaciones termosolares y eólicas.

1. OBJETO DEL REAL DECRETO

El Real Decreto contiene diversas medidas que vienen a modificar, con efecto retroactivo, el régimen económico de instalaciones eólicas y termosolares acogidas al Real Decreto 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (“**RD 661/2007**”). Estas modificaciones, y que son el objeto de esta nota, se unen a las recientemente introducidas por el Real Decreto 1003/2010 por el que se regula la

liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial y por el Real Decreto 1565/2010 por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (“**RD 1565/2010**”)¹.

2. MEDIDAS RETROACTIVAS PARA REDUCIR EL DÉFICIT TARIFARIO

Por todos es conocido que el objetivo último del Gobierno con las modificaciones introducidas por estos tres últimos reales decretos es reducir el déficit tarifario, en particular la contribución que a este tiene el régimen económico de las instalaciones renovables. Para ello, y acuciado por la cuantía del mismo, no ha sido suficiente reducir la retribución de instalaciones futuras, debiendo recurrir a medidas que, si bien pretenden quedar amparadas

¹ Resulta relevante indicar que algunas de las modificaciones introducidas por el Real Decreto se contenían, aunque con diferente redacción y efecto, en el borrador del RD 1565/2010 que a finales de julio el Gobierno enviara tanto al Consejo de Estado como a la Comisión Nacional de Energía (“**CNE**”). No obstante, estas modificaciones fueron posteriormente eliminadas, dándoles una tramitación independiente. La CNE tuvo oportunidad de analizar dichas modificaciones en su Informe 24/2010, y el Consejo de Estado en su Dictamen 2408/2010.

formalmente por el sistema de revisión previsto en el RD 661/2007, en la práctica vienen a modificar dicho sistema, permitiendo que se desplieguen efectos retroactivos. Estas medidas han contado en términos generales con el visto bueno de la CNE, cuya principal objeción de hecho ha sido el reducido ahorro que suponían para el maltrecho sistema eléctrico, del Consejo de Estado, y bajo el paraguas de la discutible jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el “riesgo regulatorio” al hilo del test de legalidad y que se ejemplifica, entre otras, en su reciente sentencia de 9 de diciembre de 2009.

Sin perjuicio de que pueda defenderse que algunas de las modificaciones introducidas por el Real Decreto no cumplan los criterios exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de lo que no cabe duda es que, más allá de la discusión sobre la legalidad o ilegalidad de los reales decretos, los promotores de instalaciones cuya viabilidad económica se ve comprometida por las modificaciones, y que se analiza a continuación², mantienen indemne su derecho a reclamar una indemnización a la administración por los daños y perjuicios sufridos.

3. INSTALACIONES EÓLICAS

Reducción de primas. En primer lugar, el artículo 5.1 del Real Decreto establece que las primas de las instalaciones eólicas, incluyendo aquellas con potencia superior a 50 MW, acogidas al RD 661/2007 desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2010, se reducen en un 35% sobre las recogidas en la Orden por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial (“Orden 3519”). Esta reducción no se aplica a las tarifas reguladas.

Aunque el Real Decreto dice introducir estas reducciones en las primas bajo el amparo del artículo 44.3 del RD 661/2007, el último párrafo del artículo 44.3 es claro al indicar que las revisiones no afectan a las instalaciones con

acta de puesta en servicio anterior al 1 de enero de 2012, por lo que viene en la práctica a constituir una modificación de este artículo. Frente a este argumento, el Gobierno podría ampararse en una dudosa interpretación del artículo 44.3 del RD 661/2007 por la cual la no revisión del régimen económico de las instalaciones con acta de puesta en servicio de fecha anterior al 1 de enero de 2012 sólo se refiere a la tarifa regulada y límites superior e inferior del precio horario, pero no de las primas³.

En segundo lugar, según indica el artículo 5.2 del Real Decreto, el 1 de enero de 2013 las instalaciones eólicas recuperaran los valores de las primas recogidas en la Orden 3519, con la actualización que les corresponda conforme a la aplicación del mecanismo establecido en el artículo 44.1 del RD 661/2007, lo cual implica, como se confirma tras la lectura de la última frase del artículo 5.1 del Real Decreto, que durante los años 2011 y 2012, las primas, además de sufrir la citada reducción, no se actualizarán.

En tercer lugar, las instalaciones que contasen con acta de puesta en servicio definitiva anterior al 1 de enero de 2008, es decir aquellas acogidas a la Disposición Transitoria Primera del RD 661/2007, no verán reducidas las primas (artículo 5.1, último párrafo), si bien a estas instalaciones sí se les aplicarán las primas recogidas en la Orden 3519 desde el 1 de enero de 2013 de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del RD 661/2007 (artículo 5.2, último párrafo).

En cuarto lugar, el artículo 5.3 del Real Decreto establece que a aquellas (i) instalaciones que contasen con RAIPRE a fecha 7 de mayo de 2009 y (ii) aquellas preasignadas conforme a la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto-ley 6/2009 por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social (“RDL 6/2009”) siempre que en el plazo de 36 meses desde la notificación de la preasignación obtuvieran el RAIPRE, no les será de aplicación la revisión de las tarifas y primas a la que se refiere el artículo 44.3 del RD 661/2007⁴.

2 Algunas de estas modificaciones requieren de desarrollo y/o aclaración pues su sentido no es claro.

3 Decimos dudosa porque, si bien lo interpreta de manera similar a como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 2408/2010, dicho párrafo se enmarca en el apartado 3 que se refiere a “la revisión de las tarifas, primas y complementos”, apartado que a su vez se enmarca en el artículo 44 cuyo título es “revisión de tarifas, primas y complementos”.

4 Es posible interpretar que con esta previsión el Real Decreto no se está excluyendo a estas instalaciones de la reducción de las primas del 35% prevista en el artículo 5.1 (i.e. el artículo 5.3 del Real Decreto es claro al indicar que “sin perjuicio de lo previsto en el presente Real Decreto”), sino que está previendo que las futuras revisiones cuatrienales no les afecten. No obstante, no está claro que esta garantía sea suficiente para impedir al Gobierno su modificación en el futuro (i.e. que la revisión de las tarifas que tenga lugar en el 2014 sí les aplique), pues la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se apela ahora para justificar las modificaciones que, con efecto retroactivo, introduce el Real Decreto, se arguya en el futuro para defender que la revisión sí les aplique. Así puede inferirse del Dictamen 2408/2010 del Consejo de Estado.

Convocatoria extraordinaria. De conformidad con el artículo 6, se establece una convocatoria de preasignación extraordinaria de 300 MW de potencia, para aquellas instalaciones que contando con acta de puesta en servicio con anterioridad al 1 de mayo de 2010, no hubieran sido preasignadas conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del RDL 6/2009. Las instalaciones que soliciten su preasignación y aporten los documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4.3 del RDL 6/2009, deberán elegir, con anterioridad al 9 de febrero de 2011, entre una de las siguientes opciones de retribución: (i) vender obteniendo el precio de mercado hasta el 31 de diciembre de 2011 y, a partir del 1 de enero de 2012, optar por la opción de tarifa, percibiendo la establecida en el RD 661/2007 o (ii) vender obteniendo el precio de mercado hasta el 31 de diciembre de 2012 y, a partir del 1 de enero de 2013, optar por la opción de mercado completada por las primas a las que se refiere el artículo 5.2 del Real Decreto.

Limitación de horas con derecho a prima. Mediante los párrafos 2 y 4 del artículo 2 del Real Decreto se limitan las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima a 2.589 horas/año, pero sólo para el supuesto en que la media de horas de funcionamiento anual de la totalidad de las instalaciones con RAIPRE definitivo, y sin considerar aquí las instalaciones que hubieran sido objeto de una modificación sustancial con posterioridad al 9 de diciembre de 2010, superen las 2.350 horas/año⁵. Es decir, de no superarse las 2.350 horas/año, la limitación horaria no será de aplicación. A aquellas (i) instalaciones que contasen con RAIPRE a fecha 7 de mayo de 2009 y (ii) aquellas preasignadas conforme a la Disposición Transitoria Cuarta del RDL 6/2009 y siempre que en el plazo de 36 meses desde la notificación de la preasignación obtuvieran el RAIPRE, siempre que no sean objeto de una modificación sustancial, los valores de 2.350 y 2.589 horas/año no serán revisables “durante su vida operativa”⁶. Con

independencia de que por el Gobierno, para defender esta limitación, se pueda alegar que en el RD 661/2007 no se reconoce un derecho de los promotores a un mínimo de horas de producción, no es menos cierto que los artículos 17, letras a) y b) y 24.1 del RD 661/2007, como desarrollo del artículo 30.2.a) de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, reconocen el derecho de los productores en régimen especial a transferir toda la energía eléctrica producida, con el único condicionante de que técnicamente sea posible por su absorción en la red.

4. INSTALACIONES TERMOSOLARES

Eliminación de la opción de mercado. Con respecto a esta tecnología, en primer lugar el artículo 3 del Real Decreto impide a las instalaciones optar por el régimen económico de mercado durante su primer año de funcionamiento, es decir, se ven obligadas a elegir la opción de tarifa regulada. Aquellas instalaciones cuya acta de puesta en servicio definitiva hubiera sido obtenida con anterioridad al 9 de diciembre de 2010 pasarán a la opción de tarifa a partir del 1 de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2011. No obstante, a estas instalaciones se les permitirá incrementar el uso de combustible del 10 previsto en el artículo 2.2 del RD 661/2007 al 15%.

En segundo lugar, conforme al artículo 4 del Real Decreto, se excluye del sistema de revisión de tarifas y primas previsto en el artículo 44.3 del RD 661/2007 a las instalaciones que (i) contasen con RAIPRE a fecha 7 de mayo de 2009 y (ii) las preasignadas conforme a la Disposición Transitoria Cuarta del RDL 6/2009 siempre que en el plazo de 36 meses desde la notificación de la preasignación obtuvieran el RAIPRE⁷, siendo de aplicación el comentario realizado anteriormente sobre la modificación que ello supone del último párrafo del artículo 44.3 del RD 661/2007⁸.

5 Si bien esta limitación de horas resulta, sobre el papel, una alteración sustancial, ha de notarse que la CNE en su Informe 24/2010 expresó sus dudas sobre su verdadero impacto en la práctica, al afirmar que “*existen datos que indican que en los últimos siete años no se hubiera aplicado la limitación propuesta, y que en 2010, a pesar de ser un año muy ventoso, se estaría en el límite de aplicarla*” (pág. 24).

6 Como se ha indicado anteriormente, no está claro que la afirmación contenida en el Real Decreto y que se refiere al mantenimiento de estos valores durante toda la vida operativa de la instalación sea suficiente para impedir al Gobierno su modificación en el futuro, pues la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se apela ahora para justificar las modificaciones que, con efecto retroactivo, introduce el Real Decreto, se arguya en el futuro para defender una revisión de dichas horas. Así puede inferirse del Dictamen 2408/2010 del Consejo de Estado.

7 No obstante, para las instalaciones preasignadas en la fase 4 prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, el plazo para obtener el RAIPRE se extiende hasta el 31 de diciembre de 2013.

8 No obstante, si bien esta estipulación es similar a la establecida con respecto a las instalaciones eólicas, ha de indicarse que el Real Decreto no contiene ninguna revisión del régimen económico de las instalaciones termosolares de conformidad con el artículo 44.3 del RD 661/2007. Por lo tanto, podría asumirse que el Gobierno, toda vez introducidas las modificaciones del régimen económico previstas en el artículo 3 del Real Decreto, no ha considerado necesario realizar dicha revisión, siendo el objeto del artículo 4 excluir, para las instalaciones identificadas en el mismo, las siguientes revisiones cuatrienales.

Limitación de horas con derecho a prima. Al igual que a la tecnología eólica, a las instalaciones termosolares, en aplicación de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del Real Decreto, se les limita las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima, desde 2.350 a 6.450 horas /año en función de la tecnología utilizada. También para esta tecnología, aquellas (i) instalaciones que contasen con RAIPRE a fecha 7 de mayo de 2009 y (ii) aquellas preasignadas conforme a la Disposición Transitoria Cuarta del RDL 6/2009 y siempre que en el plazo de 36 meses desde la notificación de la preasignación obtuvieran el RAIPRE⁹, las horas no serán revisables “*durante su vida operativa*”, dando aquí por reproducidos los comentarios realizados con anterioridad con respecto a la tecnología eólica.

INFORMACIÓN ADICIONAL

Para más información, rogamos contacte con su abogado habitual en Jones Day, cualquiera de los relacionados más abajo, o bien haga uso del formulario que se encuentra disponible en nuestra página web www.jonesday.com.

Luis Muñoz

+34.915.20.3939

lmunoz@jonesday.com

Raimundo Ortega

+34.915.20.3939

rortega@jonesday.com

⁹ No obstante, para las instalaciones preasignadas en la fase 4 prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, el plazo para obtener el RAIPRE se extiende hasta el 31 de diciembre de 2013.