

EL CONGRESO CONVALIDA LA NUEVA TASA DE RENTABILIDAD FINANCIERA DE LAS INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE ELECTRICIDAD DE ORIGEN RENOVABLE Y DE LAS COGENERACIONES, ASÍ COMO OTRAS MEDIDAS RELATIVAS AL CIERRE DE LAS CENTRALES DE CARBÓN Y NUCLEARES

El pasado sábado se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación ("**RDL 17/2019**").

El RDL 17/2019 ha sido convalidado en la sesión de hoy de la Comisión Permanente del Congreso de los Diputados y tiene por objeto, esencialmente:

- a) Establecer, para el período regulatorio que se inicia el próximo 1 de enero de 2020 y que termina el 31 de diciembre de 2025, la nueva rentabilidad razonable para las instalaciones renovables y de cogeneración acogidas al régimen retributivo específico (7,09%) y la nueva tasa de retribución financiera de la actividad de producción en los sistemas eléctricos no peninsulares con régimen retributivo adicional (5,58%).
- b) Mantener la tasa de rentabilidad razonable derivada del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico ("**RDL 9/2013**") para las instalaciones anteriores a la entrada en vigor del mismo que tenían derecho a un régimen retributivo específico (7,398%), durante dos períodos regulatorios (2020-2031), siempre que
 - i. no se presente ninguna reclamación judicial o arbitral fundada en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo ("**RD 661/2007**"), incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del RDL 9/2013, y de sus normas de desarrollo, y que
 - ii. si han presentado en el pasado alguna de estas reclamaciones, renuncien expresamente a su continuación o a cobrar cualquier indemnización o compensación a la que tengan derecho, antes del 30 de septiembre de 2020.
- c) Autorizar la posible readjudicación del acceso a la red o de las aguas otorgadas en concesión que queden disponibles tras el cierre de las centrales de carbón o nucleares, en favor de proyectos que cumplan criterios económicos, sociales y ambientales.

1. ¿Es conforme a la ley española que se establezca una regulación asimétrica para las instalaciones que renuncien a presentar nuevas reclamaciones, a continuarlas, o a cobrar las indemnizaciones o compensaciones que hayan ganado?

Esta regulación asimétrica es un incentivo para eliminar la litigiosidad derivada del nuevo régimen retributivo de las instalaciones de producción de electricidad de origen renovable o mediante cogeneraciones de alta eficiencia, y no es la primera norma que recoge incentivos para no recurrir en Derecho Español. En cualquier caso, es cierto que este incentivo puede conducir en numerosas ocasiones a una desalineación de objetivos entre socios pasados, presentes o futuros de proyectos afectados por el RDL 17/2019, puesto que no todos gozan de la misma protección bajo el Derecho internacional de protección de inversiones. El problema fundamental, en Derecho español, sería si la rentabilidad ordinaria (fijada en el

7,09%) para las instalaciones que no puedan o no quieran acogerse a esta regulación asimétrica fuera considerada como no razonable.

2. ¿Es más beneficioso que se mantenga la rentabilidad anterior del 7,398% durante doce años?

Bajo el marco legal actual, la promesa de mantener la rentabilidad del 7,398 hasta el año 2031 resulta más ventajosa, pero debe tenerse en cuenta que esta cifra queda congelada durante doce años, por lo que, si la nueva rentabilidad razonable que se apruebe para el período 2026-2031 fuera superior a 7,398%, va a resultar en perjuicio de las instalaciones acogidas a este régimen, salvo que legalmente se ajuste este tipo.

3. ¿Qué instalaciones tienen derecho al tipo especial del 7,398%?

Pueden recibir este tipo las instalaciones anteriores a la entrada en vigor del RDL 9/2013, que tenían derecho a un régimen retributivo específico, siempre que:

- a) su vida regulatoria útil les permita seguir percibiendo retribuciones con cargo al sistema eléctrico a partir de 2020;
- b) no inicien reclamaciones judiciales o arbitrales (ellas mismas, sus titulares directos o indirectos ni ninguna otra persona o entidad cuyo derecho derive de cualquiera de las anteriores) derivadas de cualquier modificación retributiva posterior al RD 661/2007 o, si las han iniciado, acrediten la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial y la renuncia fehaciente a su reinicio o a su continuación, o la renuncia a la percepción de indemnización o compensación que haya sido reconocida como consecuencia de tales procedimientos, hasta el 29 de septiembre de 2020, y no
- c) renuncien de manera fehaciente ante la Dirección General de Política Energética y Minas antes del 1 de abril de 2020 (en cuyo caso, la renuncia tendrá eficacia retroactiva desde el 1 de enero de 2020).

4. ¿Qué impacto tiene este tipo específico sobre las posibilidades de impugnación de nuevas modificaciones del régimen retributivo que se aprueben en el futuro?

El abanico de reclamaciones judiciales o arbitrales cuyo planteamiento es incompatible con la percepción de este tipo específico del 7,398% es muy amplio, porque refiere a cualquier modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al RD 661/2007, incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del RDL 9/2013, y de sus normas de desarrollo. Es un listado abierto, que permitiría castigar -con la pérdida del diferencial entre el 7,398% y el general del 7,09%- a cualquier instalación (o sus titulares directos o indirectos o terceros cuyo derecho derive de aquellos) que reclame frente a cualesquiera futuras modificaciones del régimen retributivo.

5. ¿Qué ocurre si se incumple alguna de las condiciones para recibir el tipo especial del 7,398%?

El RDL 17/2019 contempla la pérdida total del derecho a percibir la rentabilidad razonable del 7,398% (para pasar a la rentabilidad ordinaria del 7,09%) cuando sobre la rentabilidad de estas instalaciones se inicie o se haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al RD 661/2007. Si se percibe finalmente una indemnización o compensación derivada de las citadas reclamaciones judiciales o arbitrales, la revocación se producirá con efectos desde el 1 de octubre de 2020, por lo que se mantendrá la aplicación del tipo específico para estas instalaciones desde el 1 de enero hasta el 30 de septiembre de 2020.

La literalidad de la norma deja abierta la respuesta a serias dudas como cuál es la fecha de efectos de la revocación del tipo especial del 7,398% si se inicia una nueva reclamación después del 1 de octubre de 2020.

6. ¿Puede privarse a una instalación del derecho a obtener el tipo específico del 7,398% por el hecho de que un socio haya reclamado o reclame, por sí o a través de un tercero, contra las modificaciones retributivas posteriores al RD 661/2007, con arreglo al Derecho internacional de protección de inversiones?

La medida adoptada en el RDL 17/2019 intenta enervar la eficacia de las compensaciones que puedan acordar tribunales internacionales en supuestos de condena contra España por las modificaciones del régimen retributivo especial operadas con posterioridad al RD 661/2007. Aquellos inversores que tenían derecho a ser compensados por las modificaciones del régimen retributivo, con arreglo al Derecho internacional de protección de inversiones, pueden considerar que esta medida tiene por objeto menoscabar sus derechos. En este sentido, podría suponer un intento de eliminación de los efectos de la condena recaída sobre España por violar el Derecho internacional de protección de inversiones y, por tanto, no podría

considerarse conforme a ese mismo Derecho, en la medida en que igualmente supondría una denegación del trato y protección que merecían las inversiones realizadas bajo el marco regulatorio definido por el RD 661/2007.

7. ¿Tienen los titulares actuales de las centrales de carbón o nucleares el derecho preferente a reutilizar la capacidad a la que tienen acceso para nuevos proyectos de generación de origen renovable, o incluso a reutilizar el agua cuyo uso tienen concedido actualmente, para nuevos proyectos, tras el cierre de las centrales?

No. El RDL 17/2019 contempla que se instrumenten procedimientos para la reutilización tanto de los derechos de acceso a la red como de los derechos de uso del agua que tenían las centrales de carbón y nucleares, que queda disponibles tras su cierre, en favor de aquellos proyectos que satisfagan aspectos sociales, económicos o ambientales. Los titulares de las centrales podrán presentar proyectos que cumplan estos requisitos, pero no tienen derecho preferente a su adjudicación.

8. ¿Es conforme a Derecho que se otorgue el acceso a la red en función de criterios sociales o ambientales?

En nuestra opinión, no, porque la atribución del acceso a la red debe responder a la existencia o no de capacidad disponible, con arreglo al Derecho de la Unión Europea.

9. ¿Cuándo entra en vigor el RDL 17/2019 y por qué está previsto que dé lugar a reliquidaciones?

Entró en vigor el domingo 24 de noviembre (día siguiente a su publicación en el BOE) y hoy ha sido convalidado por la sesión de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados. Para ello se ha convocado a la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados.

Para la aplicación y liquidación de la retribución específica que resulta de este RDL 17/2019 es necesario que, además, se apruebe por el Ministerio para la Transición Ecológica la Orden por la que se revisan los parámetros retributivos del segundo periodo regulatorio y que debía aprobarse antes del 31 de diciembre de 2019. Dadas las circunstancias, no parece probable que pueda llegar a aprobarse en plazo y, por ello, el RDL 17/2019:

- a) amplía el plazo para la aprobación de la Orden hasta el 29 de febrero de 2020; y
- b) establece que hasta que se apruebe, continúe liquidándose la que venían percibiendo durante el primer periodo regulatorio, a cuenta de la retribución que efectivamente les corresponda durante el segundo periodo regulatorio. Una vez aprobada la citada Orden, se liquidarán con cargo a la siguiente liquidación los derechos u obligaciones que correspondan.

CONTACTOS / CONTACTS

Jaime Almenar
Socio / Partner

T +34 91 590 41 48
E Jaime.Almenar
@cliffordchance.com

José Luis Zamorro
Socio / Partner

T +34 91 590 7547
E JoseLuis.Zamarro
@cliffordchance.com

Ignacio Díaz
Socio / Partner

T +34 91 590 9441
E Ignacio.Diaz
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.