

Resumen de la ponencia de Piet Holtrop durante la conferencia ANPIER “Seguridad jurídica y Energías Renovables” del 6 de junio 2013.

En la conferencia estuvimos en el panel Juan Castro-Gil Amigo de ANPIER, Santiago Garrido de Hogan Lovells LLP, Carlos Saíz de Gómez Acebo Pombo, Piet Holtrop de Holtrop S.L.P, Luis Pérez de Ayala de Cuatrecasas, y Ramón Tamames, Catedrático Jean Monet. El presidente de ANPIER, Miguel Ángel Martínez-Aroca hizo la introducción del evento.

Las ponencias fueron todas muy interesantes y útiles, sin excepción. Algunas me llamaron más la atención, por eso hice especial referencia a ellas en mi ponencia. Lamentablemente, en un evento así, el tiempo siempre se agota pronto y en mi ponencia preferí hacer alguna observación a los compañeros, reduciéndola en general para ganar tiempo para el coloquio previsto para cerrar el evento. Para compensar a los asistentes pongo a su disposición en nuestro blog las notas completas que llevaba conmigo, con vínculos a la jurisprudencia citada. El vínculo para llegar está al final de este resumen.

En su introducción Juan se hizo eco del conjunto de las normas que afectan gravemente al sector de las energías renovables y están llevando a la ruina al sector fotovoltaico. Santiago mencionó el efecto de la confianza, no la legítima sino aquella que da asco: “una vez que se ha perdido el respeto ya se puede seguir con ello”.

La seguridad jurídica y la transversalidad del derecho de la UE, por supuesto, tiene que ver con todo esto. El conjunto de normas obviamente tendrá que resistir el test de compatibilidad con el derecho de la UE previamente al análisis de si esta normativa sigue garantizando la rentabilidad razonable, definida según criterios del artículo 30 de la Ley del Sector eléctrico. Dicho de una forma coloquial, el efecto transversal del derecho de la UE consiste en esto: no se puede aplicar en ningún caso ninguna disposición nacional que contravenga el Derecho Europeo, tampoco cuando se trate de una aplicación indirecta en otra causa para calcular una teórica rentabilidad razonable. El resultado práctico, a nuestros efectos, es que en cada impugnación de cada uno de los recortes hasta la fecha se tiene que examinar cada uno de los anteriores recortes a efectos de cumplimiento con el Derecho de la UE.

Hice especial hincapié en el Real Decreto 1565/2010 como cosa juzgada y las tensiones que puede crear esto con el efecto transversal. Mencioné el caso Kühne & Heitz, sobre una interpretación errónea del Derecho Europeo y las consecuencias que puede tener para casos ya cerrados. Hasta la fecha nunca se ha planteado ninguna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los recortes a los renovables en España. En cuanto se haga, “habida cuenta

de que las sentencias prejudiciales tienen un carácter meramente declarativo, y no constitutivo, sus efectos se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada”, cito las conclusiones del Abogado General del TJUE Sr. Philippe Léger en el citado asunto. Él hace referencia al caso Richardson C-137/94. La buena cuestión es que antes o después todo este enredo que se están haciendo los gobiernos sucesivos en materia eléctrica tendrá que someterse al TJUE.

Me referí también cuasi lúdicamente a la defensa favorita del gobierno español ante la amenaza de tener que cumplir sus obligaciones legales adquiridas internacionalmente, que son los mil y uno formalismos que se inventa la Abogacía del Estado para no plantear las cuestiones o para evitar la aplicación del derecho de la UE una vez que no han podido evitar su planteamiento. La referencia en cuestión era del caso C-403/11 de la Comisión contra España, donde en su párrafo 25 dice: “(...) según jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva (...)”.

De forma menos lúdica lo complemento con el caso van Duyn y Marshall: Un Estado no puede beneficiarse de su propio incumplimiento, el denominado principio estoppel. No lo mencioné en el evento, pero después de la debida reflexión pienso que las observaciones que hizo Carlos sobre la prevaricación en los fiscales, abogados de Estado y Jueces también tienen mucha relevancia en este contexto. Una aplicación manifiestamente errónea y a sabiendas del derecho podría encuadrarse en este tipo penal.

Volviendo al hilo: La seguridad jurídica y la confianza legítima. Santiago me introdujo en la ponencia cuando hablaba de varias sentencias europeas, entre ellas Plantanol y Marks & Spencer. Plantanol es interesante porque los hechos del caso se refieren a un cambio de régimen de incentivación de energías renovables, Marks & Spencer lo es por su pronunciamiento sobre la retroactividad. En Plantanol se establece que los productores que sufren un cambio de régimen tienen derecho a ser indemnizados, cuando adaptarse a este cambio les causa daños financieros. Fíjense que el TJUE habla de un cambio de régimen y daños financieros. Cuesta poco extrapolar este razonamiento a nuestra situación y cambiar daño financiero por daño económico, en esta línea, ciertamente indemnizable, con más razón y fundamento aún. La prohibición de retroactividad de Marks & Spencer la expliqué en la conferencia con otro ejemplo, para orientarlo mejor a un caso con costes hundidos como el nuestro. El caso C-631/11 Sardegna contra la Comisión dice que “no se puede exigir un grado de diligencia no alcanzable en la práctica”. Usa la expresión “peculiaridad intertemporal” del caso y dice que en la práctica esta diligencia no es alcanzable si el hecho en cuestión “no podía conocerse en el momento en que se formó la determinación volitiva de la empresa”. Aplicado a nuestro caso: si en el momento de materializarse el coste hundido no eran

conocidos y no se podían conocer en la sucesión de recortes aplicados en la actualidad el principio de la confianza legítima del derecho Europeo no permite estos recortes.

Otras exigencias del derecho europeo a la confianza legítima son la claridad y precisión. Argumenté que la doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo en España, al margen de la jurisprudencia europea sobre la rentabilidad razonable, no cumple ni siquiera mínimamente con estos dos requisitos. Esta doctrina vacía la regulación nacional de expectativas, y razona que la única guía para el productor de energías renovables es el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico. El conjunto dialéctico de “garantizar una rentabilidad razonable en comparación con el coste del capital en el mercado del dinero” y “todo cambio de la regulación es riesgo regulatorio por participar en un mercado regulado” tiene la misma claridad y precisión que tiene intentar coger una mariposa que vuela en la niebla.

Digo al margen del derecho europeo porque nunca se han planteado todas estas cuestiones ante el TJUE, como es debido y obligatorio. De hecho, este no hacer constituye una infracción grave del derecho europeo por parte de España, y en la actualidad está siendo investigado por los servicios legales de la Comisión Europea, porque obviamente esta situación la hemos denunciado ante la Comisión.

La conclusión es que, todos los recortes efectuados hasta la fecha pueden caer con el último recorte, y cada nuevo recorte incrementa las probabilidades para que se caiga todo el conjunto. Esto es el efecto transversal del Derecho europeo. No puede ser de otra manera, ya que esto brindaría una ventaja al Estado Español por su propio incumplimiento.

HOLTROP S.L.P. defiende a un grupo de +1200 productores fotovoltaicos contra los recortes comentados en este resumen. También han recibido encargo de APPA para firmar la impugnación de la orden ministerial IET 221/2013 prestando asistencia a los servicios legales de APPA. HOLTROP S.L.P se encarga de la parte de derecho Europeo de dicha demanda.

[Para leer este artículo con vínculos a las sentencias, y con otros extras pueden pinchar aquí.](#)