Revista de energía - Mayo 2020

1.Editorial
2.Regulación
2.1. Regulación europea
2.2. Regulación nacional
2.3. Regulación autonómica
2.4. Borradores, trámite de consulta pública
3. Decisiones, resoluciones e informes
3.1. Resoluciones y comunicaciones de la Comisión Europea
3.2. Decisiones, resoluciones e informes de la CNMC
3.2.1. Resoluciones de conflictos de acceso destacables
3.2.2. Resoluciones de procedimientos sancionadores
3.2.3. Informes destacados
4. Jurisprudencia y procedimientos
4.1. Jurisprudencia europea
4.2. Jurisprudencia nacional
5. Contratos

1. Editorial

Escenarios post-COVID-19 en el sector eléctrico

Resulta difícil creer hasta qué punto ha cambiado el escenario desde la publicación de nuestro último número. Los efectos del COVID-19 han sido enormes en todos los aspectos, tanto a nivel personal como social, político y económico, y algunos de ellos seguirán marcando nuestra vida en años venideros. El sector energético y el mundo jurídico, que ocupan esta revista, no serán una excepción.

En el capítulo regulatorio resumiremos el alcance que la normativa promulgada en los últimos dos meses, como reacción a la evolución de la situación planteada por la pandemia, ha tenido en el ámbito eléctrico. Más allá de estas intervenciones puntuales dictadas por el Gobierno, también trataremos en otro epígrafe de arrojar algo de luz sobre las herramientas que el Derecho pone a disposición de las partes de un contrato (epc, de mantenimiento, de construcción, etc.) para adaptarse a situaciones excepcionales como la planteada.

Pero, antes de entrar en tales detalles, queremos dedicar estas líneas iniciales para dibujar, con mayor perspectiva, qué *se nos viene encima* a medio plazo. En este sentido, el escenario es, cuanto menos, inquietante. Quizás el punto de partida del análisis debería ser el hundimiento de la demanda, que no tiene precedentes ni aun en los peores tiempos de la crisis financiera del 2008. Ahora bien, más allá de la situación creada por el COVID-19, lo cierto es que el índice de crecimiento de la demanda energética en España ha presentado una tendencia claramente bajista desde 2003, con la única excepción de algunos rebotes coyunturales, como el vivido en 2010. El consumo medio lleva años instalado en torno a los 250 TWh. La progresiva desindustrialización del país y las políticas de eficiencia energética son dos factores importantes a la hora de explicar el proceso.

El horizonte a corto/medio plazo abunda en la misma dirección. Factores como el elevadísimo endeudamiento del país, la previsible contracción de las inversiones públicas o la inevitable reducción del poder adquisitivo de un buen número de españoles apuntan a una permanencia en la contracción de la demanda y a un escenario de precios del *pool* a la baja, incentivado aún más por el hundimiento de los precios de los combustibles y por la entrada en funcionamiento de nuevas instalaciones renovables. En este escenario, dichas instalaciones verán reducida la paridad de red, los PPAs perderán parte de su interés y la financiación de los proyectos se dificultará. Ello haría más necesario que nunca, sin duda, el apoyo del mecanismo de subastas, sobre todo si el Gobierno pretende alcanzar los objetivos del PNIEC recientemente remitido a Bruselas (42% de energías renovables en el uso final de la energía y 74% de presencia de estas en el sector eléctrico en 2030).

Pero, en un escenario económico como el dibujado, ¿estará el Estado como para promover muchas subastas? La contracción de la demanda afectará a los peajes y cargos, generando en los próximos años déficits de tarifa que, si el mercado no admite su dilución mediante un incremento de cargos, sólo podrán enjugarse contra presupuestos (presupuestos de un Estado macroendeudado hasta el punto de: ¿la intervención?).

Más necesario que nunca, sin duda, el apoyo del mecanismo de subastas, sobre todo si el Gobierno pretende alcanzar los objetivos del PNIEC recientemente remitido a Bruselas

Se dibuja pues un horizonte de curvas donde, como dijo Juan Manuel Fangio, *la gestión del freno y el acelerador se convierte en un arte*. Por otra parte, no dejarán de plantearse oportunidades: economías de escala, almacenamiento, eficiencia, electrificación de nuevos ámbitos de la economía… Desde Marimón Abogados seguiremos asesorando a nuestros clientes del sector, ayudándoles a gestionar los aspectos jurídicos de su operación, lo que en tiempos de incertidumbre resultará aún más importante que de ordinario.

2. Regulación

2.1. Regulación europea

*El 10 de marzo pasado venció el plazo para trasponer a la normativa nacional la **Directiva de Eficiencia Energética de Edificios (UE) 2018/844**. Una vez más, el Reino de España ha incumplido el plazo. El retraso en este caso se suma al sufrido en relación a la anterior Directiva (UE) 2010/31. En efecto, el 27.12.2019 se publicó en el BOE el RD 732/2019, que modificó el Código Técnico de la Edificación (CTE) del RD 314/2006 para cumplir la directiva de 2010 en cuanto a los requisitos mínimos de la eficiencia energética y actualizar la definición de Edificio de Consumo de Energía casi Nulo, que será obligatoria para toda la nueva edificación y la que se rehabilite a partir del 31 de diciembre de 2020. Pues bien, la entrada en vigor de dicha modificación del CTE no se producirá hasta el 28 de junio de 2020, momento en el que, de no haber novedades, nacerá ya vieja, pues no estará adaptada a los nuevos requisitos establecidos en la Directiva (UE) 2018/844.

*El 1 de abril de 2020 ha entrado en vigor el **Reglamento (UE) 2019/1782 de la Comisión**, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico para las fuentes de alimentación externas de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) 278/2009 de la Comisión.

*El 27.04.2020 se ha publicado en el DOCE una **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/631 de la Comisión**, de 14.04.2016, que establece un código de red sobre requisitos de conexión de generadores a la red.

El 10 de marzo pasado venció el plazo para trasponer a la normativa nacional la Directiva de Eficiencia Energética de Edificios (UE) 2018/844

2.2. Regulación nacional

*Real Decreto-ley 8/2020, de 17.03.2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Art. 4: Prohíbe el corte del suministro eléctrico a consumidores vulnerables durante el mes siguiente a su entrada en vigor, y prorroga hasta el 15.09.2020 el bono social a los beneficiarios del mismo a los que les venciera antes de dicha fecha.

*Orden SND/260/2020, de 19.03.2020, por la que se suspende la activación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad por criterios económicos ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La medida se dicta para mantener la producción de las industrias que prestan en el servicio de interrumpibilidad, a fin de garantizar el abastecimiento de los bienes que producen.

*Orden TED/287/2020, de 23.03.2020, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2020 para las comercializadoras.

*Real Decreto-ley 11/2020, de 31.03.2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Es la norma con mayor trascendencia en el sector, principalmente para comercializadoras y distribuidoras. El contenido referente a esta materia se incluye en los art. 28, 29, 36 (modificado por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21.04.2020, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo), 42, 44 y Disp. Final 5ª. El resumen de las medidas es el siguiente:

1.- Bono social: se reconoce la condición de consumidor vulnerable y, en consecuencia, el acceso al bono social para la vivienda a los trabajadores autónomos que, habiendo cesado su actividad o reducido su facturación como consecuencia del COVID-19, no superen ciertos umbrales de renta. El autónomo mantendrá este beneficio durante el tiempo en que se mantenga en esa situación, con un máximo de 6 meses (sin menoscabo de que pueda a continuación solicitarlo si cumple los requisitos habituales para su disfrute).

2.- **Prohibición del corte de suministro** durante el estado de alarma a los consumidores personas físicas en su vivienda habitual. El periodo durante el que se prolongue el estado de alarma no computará a efectos de los plazos comprendidos entre el requerimiento fehaciente del pago y la suspensión del suministro por impago establecidos en la normativa vigente o en los contratos de suministro en su caso.

3.- **Flexibilización de los contratos de suministro** de electricidad para autónomos y empresas:

- Posibilidad de instar la **suspensión o modificación** del contrato para acogerse a otras ofertas del mismo comercializador, sin penalización

- Libertad para **modificar la potencia o el peaje** de acceso con el distribuidor

Estos cambios se podrán solicitar durante toda la vigencia del estado de alarma. Dentro de los tres meses siguientes a su finalización se podrá solicitar la reactivación del suministro – en caso de suspensión previa - o una nueva modificación del contrato de suministro o de los parámetros técnicos del contrato de acceso - en caso de modificación previa -.

4.- Posibilidad para autónomos y Pymes de solicitar el **aplazamiento del pago de facturas** correspondientes a periodos de tiempo comprendidos en todo o en parte en el estado de alarma, eximiéndose a las comercializadoras afectadas de la obligación de abonar a la empresa distribuidora el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a las facturas aplazadas. Los pagos aplazados se regularizarán una vez finalizado el estado de alarma, prorrateándolos en las facturas correspondientes a los seis meses siguientes. Exención para las comercializadoras afectadas de la liquidación del IVA y del Impuesto Especial de la Electricidad correspondientes a las facturas cuyo pago haya sido suspendido, hasta que el consumidor las haya abonado de forma completa, o hayan transcurrido seis meses desde la finalización del estado de alarma.

Autónomos y empresas podrán flexibilizar sus contratos de suministro. Aplazamiento de pagos

5.- Se prorroga dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma el **plazo de caducidad de los permisos de acceso y conexión** a red otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico, que caducaban el 31/03/2020. Ya el RD 463/2020, que estableció el estado de alarma, dictó en su Disposición Adicional 4ª la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren. El RDL 11/2020 otorga dos meses más.

***Resoluciones del IDAE de 6.04.2020 y 14.04.2020**, relativas al programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial; condiciones y procedimiento para solicitar la concesión de moratorias en el pago de cuotas con vencimiento en 2020 de préstamos formalizados al amparo de los programas de ayudas convocados y gestionados por IDAE; y otros (BOE de 18.04).

2.3. Regulación autonómica

***Decreto-ley 2/2020, de 9.03.2020, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía** (BOJA Extraord. 12.03.2020), convalidado por Resolución de 2 de abril de 2020, del Parlamento de Andalucía (BOJA 20.04.2020). El Decreto-Ley modifica un total de 27 leyes y decretos autonómicos. De entre ellos, cabe destacar por su trascendencia para el sector eléctrico:

1. Modificación de la **Ley 1/1994, de 11.01.1994, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía**, introduciendo un nuevo Anexo II que contempla entre las "Actividades de planificación e intervención singular en el ámbito de la Comunidad Autónoma" la planificación de infraestructuras energéticas.

2. Modificación de la **Ley 7/2002, de 17.12.2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía**:

La implantación de infraestructuras energéticas, entre otras, no requerirán de la aprobación de Plan Especial o Proyecto de Actuación.

Andalucía - La implantación de infraestructuras energéticas, entre otras, no requerirán de la aprobación de Plan Especial o Proyecto de Actuación

En estos supuestos será preceptivo un informe de compatibilidad urbanística en el procedimiento de autorización administrativa de la actuación. El informe será solicitado por el órgano administrativo al que corresponda autorizar la actuación y será emitido en el plazo máximo de un mes por los Ayuntamientos en cuyo término municipal pretenda implantarse la infraestructura.

Se sujetan a declaración responsable diversos actos, que dejan de requerir licencia, entre los que se incluyen *"las obras en edificaciones e instalaciones existentes, en suelo urbano consolidado y conformes con la ordenación urbanística, que no alteren los parámetros de ocupación y altura, ni conlleven incrementos en la edificabilidad o el número de viviendas"*.

3. Modificación de la **Ley 7/2007, de 9.07.2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental**. Entre otros extremos, se modifican los apartados 2.15 y 2.17 del Anexo I (Categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental), relativos a líneas aéreas y subterráneas de transporte o distribución de energía eléctrica, de modo que se extienden los supuestos en que basta Calificación Ambiental, limitándose los casos de exigencia de Autorización Ambiental Unificada a aquellos de líneas de más de 15km.

4. Modificación del **Decreto-ley 2/2018, de 26.06.2018, de simplificación de normas en materia de energía y fomento de las energías renovables en Andalucía**, para condicionar en este caso la preferencia y urgencia en la tramitación de proyectos de instalaciones renovables no acogidos a regímenes retributivos específicos a que *"acrediten los elementos necesarios para la efectiva ejecución de las infraestructuras"*.

El Gobierno central ha presentado recurso ante el Tribunal Constitucional contra este Decreto-Ley, el cual ha sido admitido por el pleno del mismo celebrado el 6 de mayo. No obstante, los puntos recurridos no guardan relación con ninguno de los aspectos anteriormente destacados.

*__Resolución de 5.03.2020, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Junta de Andalucía__, por la que se __aprueba el formulario de comunicación de instalaciones existentes de autoconsumo__ de conformidad al Real Decreto 244/2019, de 5.04.2019, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica.

Andalucía – Ampliación de los supuestos en que basta Calificación Ambiental para líneas aéreas y subterráneas

Revista de energía

Cataluña - Nuevo impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente

*** Ley 5/2020, de 29.04.2020, del Parlamento de Cataluña, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente** (DOGC 30.04.2020)

El 24.04.2020 fue aprobada por el Parlamento de Cataluña la Ley 5/2020, de 29.04.2020, de acompañamiento a la Ley de los Presupuestos de la Generalitat de Cataluña, mediante la que se modifican una gran cantidad de normas de ámbito fiscal, financiero, administrativo y del sector público. Incluye varias novedades destacables en materia de Energía:

1. La Ley crea el **nuevo impuesto sobre las instalaciones** que inciden en el medio ambiente, como tributo propio de la Generalidad de Cataluña, el cual no podrá ser repercutido a los consumidores. Dicho impuesto grava la incidencia, alteración o riesgo de deterioro que ocasiona la realización , entre otras, de las **actividades de producción, almacenamiento o transformación de energía eléctrica y las de transporte de energía eléctrica** efectuada por los elementos fijos del suministro de energía eléctrica mediante las instalaciones y otros elementos patrimoniales afectos a las mismas, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad del coste que soporta y frenar el deterioro del entorno natural.

No obstante, la norma prevé una serie de actividades que no quedan sujetas al impuesto, las cuales son las siguientes:

- Las actividades que tienen como finalidad el autoconsumo.
- La producción de energía eléctrica en plantas de tratamiento de purines y en plantas de secado de lodos de depuradora.
- La producción de energía eléctrica en instalaciones que utilicen como energía primaria principal la energía solar, la eólica, la hidráulica, y el resto de renovables.
- La producción de energía eléctrica en centrales que utilizan como combustible principal la biomasa o el biogás.
- La producción de energía eléctrica en instalaciones de cogeneración de alta eficiencia.

Asimismo, la norma enumera otras actividades que, si bien están sujetas, quedan exentas del impuesto, siendo éstas las que se lleven a cabo en alguna de las siguientes instalaciones o estructuras:

- Las de titularidad de las Administraciones Públicas territoriales así como organismos autónomos y otros entes del sector público que sean medio propio, siempre que su explotación no haya sido cedida a una entidad privada por medio de una concesión.
- Las que se destinan a la circulación de ferrocarriles.
- Las estaciones transformadoras de energía eléctrica, las redes de distribución en tensión inferior a 30 kV y las líneas eléctricas de evacuación de instalaciones de generación de energía eléctrica con energías renovables.

Para el cálculo de la cuantía a ingresar por parte de los que desarrollen las actividades sujetas al impuesto, se debe tener en cuenta la base imponible y la cuota tributaria, las cuales varían en función del tipo de actividad sujeta al impuesto:

- Actividades de transporte de energía eléctrica: la cuota a pagar se determina por los kilómetros de cableado aéreo multiplicados por:
400€ en tensión ≥30 kV pero <110 kV;
700€ en tensión ≥110 kV pero <220 kV;
1.200€ en tensión >220 kV.

- Actividades de producción, almacenamiento y transformación de energía eléctrica: la cuota a pagar se determina por la producción bruta de kWh del período impositivo, multiplicado por:
0,0050€/kWh, con carácter general.
0,0010€/kWh, aplicable a instalaciones de ciclo combinado.

Sin perjuicio de la cuantía que resulte de los anteriores cálculos, se contemplan bonificaciones en función de los kilómetros enterrados durante los doce meses anteriores a la fecha de devengo del impuesto.

En cuanto al periodo impositivo de las actividades de producción, almacenamiento y transformación de energía coincide con el año natural, devengándose el impuesto a 31 de diciembre de cada año (salvo en lo referente al año en curso, en el que el periodo impositivo se iniciará el 1 de julio de 2020), debiendo presentar la autoliquidación del impuesto y realizar el ingreso entre los días 1 y 20 de enero del año siguiente.

Cataluña - En lo referente al año en curso, el periodo impositivo de las actividades de producción, almacenamiento y transformación de energía se iniciará el 1 de julio de 2020

Por lo que se refiere a la actividad de transporte de energía eléctrica, no existe periodo impositivo y se devenga el 30 de diciembre de cada año, siendo el periodo para presentar la autoliquidación y realizar el ingreso entre el 1 y 20 del mes de octubre siguiente a la fecha de devengo.

2. Se añade una **nueva disposición adicional al Decreto Legislativo 1/2010**, de 3.08.2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, titulada "incremento efectivo de la producción de energía mediante energías renovables" por la que establece la **innecesaridad de obtener el informe preceptivo de la comisión de urbanismo durante la tramitación del procedimiento del otorgamiento de licencia urbanística para la instalación de paneles solares** en la cara exterior de la cubierta o en las paredes que rodean las obras implantadas legalmente en suelo no urbanizable, siempre que se trate de construcciones o dependencias propias de una actividad agrícola, ganadera o forestal, viviendas familiares o las construcciones destinadas a vivienda familiar o al alojamiento de personas temporeras que estén asociadas a las mismas.

3. Se añade una letra f al apartado 9.1 del Decreto Ley 16/2019, de 26.11.2019, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables, estableciendo como **nuevo criterio para la elección del emplazamiento de las plantas solares fotovoltaicas** que el mismo no afecte a ámbitos incluidos en proyectos de implantación de nuevos riegos o de transformación de los existentes promovidos por la Administración.

2.4. Borradores, trámite de consulta pública

*Consulta Pública previa para la elaboración de la **Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable.** Plazo abierto durante los 15 días siguientes a la finalización del estado de alarma.

*Consulta Pública previa para la **transposición parcial de la Directiva 2018/2001/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de Noviembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Plazo abierto durante los 15 días siguientes a la finalización del estado de alarma.

Consultas públicas - En materia de Hidrógeno renovable y en relación con el fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables

3. Decisiones, resoluciones e informes
3.1. Resoluciones y comunicaciones de la Comisión Europea

*Comunicaciones de la Comisión de 20.03.2020, Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 91 I/01), y de 4.04.2020, Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 112 I/01). Tienen por objeto establecer el **marco dentro del que los Estados miembros podrán apoyar a las empresas en crisis debido al COVID-19**, habida cuenta la normativa sobre competencia.

*State Aid SA.50199 (2019/N) - Lituania: La República de Lituania ha sido autorizada por la Comisión Europea para implementar a partir del 01.05.2020 un programa de subastas para otorgar prima a proyectos de instalaciones de producción eléctrica de fuentes renovables, de todos los tamaños y tecnologías. El programa tiene una duración de 6 años, y la primera subasta será para 0'3 TWh. Las primas se otorgarán por un plazo de 12 años, y se abonarán cuando la suma de las mismas más el precio spot sea inferior a un máximo establecido. El presupuesto total del programa es de 385mio€.

*State aid SA.47662 (2017/N) - Polonia: La Comisión Europea ha autorizado una ayuda de 36mio€ del gobierno de la República de Polonia para la construcción y puesta en marcha de una fábrica de baterías de ión-litio por la coreana LG, destinada a la producción de baterías para vehículos eléctricos y sistemas de almacenamiento. El proyecto, con un presupuesto total de más de 300mio€, se beneficiará de ayudas directas, precios subvencionados y exenciones fiscales.

*State Aid SA. 54042 (2019/N) Bulgaria: La Comisión Europea ha autorizado el otorgamiento de ayudas públicas por 100mio€ aprox para la construcción de una planta de cogeneración de 55MWt y 19MWe, alimentada por basuras producidas por la ciudad de Sofía. Las ayudas consistirán en subvenciones a fondo perdido y préstamos a interés subvencionado.

*State Aid SA.55761 (2019/N) – **Países Bajos**: Autorización de la Comisión Europea a la extensión por el gobierno de Los Países Bajos del programa de estímulos a la producción eléctrica a partir de fuentes renovables, soporte del sistema de subastas en dicho estado. Esto ha permitido la celebración de una nueva subasta en tres rondas a finales de marzo / primeros de abril, con un presupuesto de ayuda en forma de feed-in-tariff de 4.000mio€.

*State aid SA.56250 (2020/N) – **Rumanía**: Autorización de la Comisión Europea al gobierno rumano para otorgar un préstamo de algo más de 250mio€ a CE Oltenia, segundo generador a nivel nacional, de carácter público, propietario de varias centrales de carbón con una potencia instalada de más de 3.000 MW, a la que diversas circunstancias, entre ellas el incremento que en un pasado reciente experimentaron los precios de los derechos de emisión de CO_2, llevaron a una situación de insolvencia.

*State Aid SA.48556 (2019/C) – **Hungría**: Abierto procedimiento art. 108.2 TUE contra ayuda de 108mio€ otorgada por el gobierno húngaro a Samsung para la ampliación de una fábrica de baterías para vehículos eléctricos.

*State Aid SA.48894 (2019/N) – **Francia**: Autorización de la Comisión Europea al gobierno francés para implementar un programa de ayudas a la energía geotérmica, consistente en la prestación de garantías a través de la sociedad SAS GEODEEP, en cuyo capital participará la entidad pública Caisse des Dépôts et Consignations, contando además con el apoyo financiero de la Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie.

3.2. Decisiones, resoluciones e informes de la CNMC

3.2.1. Resoluciones de conflictos de acceso destacables

*CFT/DE/002/19: Resolución de **conflicto de acceso** dictada nuevamente en el contexto de una actuación abusiva y en provecho propio del IUN. A destacar la doctrina sentada por la CNMC en cuanto a:

(i) A efectos de determinar la fecha en que la solicitud debe entenderse completa basta con remitir justificante de la constitución del aval ante la Administración competente, sin ser exigible la confirmación de esta, si bien dicha confirmación sí determina el inicio de la tramitación de la solicitud por REE.

(ii) REE debe rectificar los errores en la tramitación causados por el IUN cuando, por haberle dirigido el solicitante copia de la documentación, obran en poder de aquella los elementos suficientes para dicha rectificación. Por tanto, es útil enviar a REE copia de la documentación remitida al IUN.

(iii) "*No puede afectar negativamente a la pretensión de ningún solicitante el hecho de que otra empresa cuya solicitud ha sido coordinada con la suya, sufra subsanaciones, retrasos o problemas referidos al depósito de garantías…*"

*CFT/DE/105/19: Resolución de **conflicto de acceso**. Una solicitud de acceso cursada al IUN en un momento en el que este ya ha presentado ante REE una solicitud de acceso coordinado que está en trámite de subsanación, no tiene derecho a integrarse en esta última.

3.2.2. Resoluciones de procedimientos sancionadores

*SNC/DE/105/18: La CNMC **sanciona a una comercializadora** por tres infracciones graves del art. 65.23 L.24/2013, por llevar a cabo altas sin consentimiento. Las altas se produjeron en el mismo día, como consecuencia de la firma de varios contratos de suministro en los que alguien usurpó la personalidad del consumidor, pues este había fallecido meses antes. La CNMC destaca que el comercializador debe efectuar una "***labor exhaustiva de identificación***", **sin que la misma se satisfaga con el cumplimiento de meros procedimientos formales**. Además, la CNMC considera producidas una infracción por cada contrato, relativo cada uno a inmuebles distintos, aunque se suscribieran el mismo día con el mismo cliente.

*SNC/DE/130/18: La CNMC **sanciona a una comercializadora** por infracción grave del art. 65.23 L.24/2013, por llevar a cabo un alta sin consentimiento (paralelamente, también se considera cometida una infracción grave en cuanto al contrato de suministro de gas suscrito simultáneamente). La firma del contrato no coincidía con la del DNI y en la grabación de verificación el cliente indicó una fecha de nacimiento distinta de la que consta en dicho documento, siendo así que, además, la caligrafía presente en el contrato de suministro eléctrico era distinta que la del contrato de suministro de gas suscrito a la vez.

Sanciones por efectuar altas sin consentimiento del nuevo cliente

3.2.3. Informes destacados

*INF/DE/156/19: Informe sobre el **cierre de la Central Térmica de La Robla** (León), grupos 1 (284,2 MW) y 2 (370,7 MW).

*INF/DE/014/20: Informe sobre el **cierre de la Central Térmica de Compostilla II** (Cubillos del Sil, León) en cuanto a los grupos que aún están en funcionamiento (3, 4 y 5, de 337,2 MW, 358,6 MW y 355,9 MW respectivamente).

4. Jurisprudencia y procedimientos

4.1. Jurisprudencia europea

- El pasado 3.03.2020 se presentaron las CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL en el Asunto C-24/19, petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal belga en relación a la **impugnación de una autorización otorgada para la instalación de un parque eólico en base a una orden y una circular administrativa sin evaluación medioambiental estratégica** (EME). El abogado general estima que, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional considere ilegal una normativa interna (en su caso, por no incluir la EME en relación al proyecto cuya autorización se otorgó), **puede limitar los efectos en el tiempo de su sentencia en el litigio principal, para mantener temporalmente los efectos de las autorizaciones de implantación de turbinas eólicas con objeto de proteger el medioambiente y garantizar el suministro de energía eléctrica**. Esta facultad excepcional está condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia Inter-Environnement Wallonie de 28.02.12, referidos a la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, a saber: (1) la disposición de derecho nacional impugnada debe ser una medida de transposición adecuada del derecho de la Unión en materia de protección del medioambiente; (2) la adopción y la entrada en vigor de una nueva disposición de derecho nacional no evitaría los efectos perjudiciales en el medioambiente derivados de la anulación de la disposición impugnada; (3) la anulación de la norma nacional controvertida ha de tener como consecuencia la creación de un vacío legal respecto a la transposición del derecho de la Unión en materia de protección del medioambiente que resulte más perjudicial, es decir, que dicha anulación supondría una menor

En ciertos casos el juez debe mantener temporalmente las autorizaciones de un parque aun cuando se hayan otorgado sobre la base de una normativa nacional que considere ilegal

protección y vulneraría incluso el objetivo esencial del Derecho de la Unión; y (4) el mantenimiento excepcional de los efectos de la disposición de derecho nacional impugnada solo debe cubrir el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanen la irregularidad declarada. Requisitos que según el abogado general se cumplen en este caso en base a las indicaciones del auto de remisión y las observaciones presentadas.

4.2. Jurisprudencia española

*Red Eléctrica de España, S.A.U. ha interpuesto sendos **recursos contencioso-administrativos contra la Circular 5/2019, de 5.12.2019, de la CNMC, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica, y la Circular 7/2019, de 5.12.2019, de la CNMC**, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica. Ambos se siguen por la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el marco de los procedimientos ordinarios 191/2020 y 193/2020.

*La Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME) ha interpuesto **recurso contencioso-administrativo contra la Circular 6/2019, de 5.12.2019, de la CNMC**, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, recurso que se sigue por la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el marco del procedimiento ordinario 210/2020.

*El 02.03.2020 se dictaron un total de ocho sentencias por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que **desestimaron la totalidad de recursos presentados contra la Orden ETU/258/2017, de 24.03.2017, por la que se establecieron las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética** (FNEE) para el año 2017, así como contra la Orden ETU/257/2018, de 16.03.2018, por la que se establecieron las obligaciones de aportación al FNEE en el año 2018. Los argumentos, reiterados en las sentencias, son fundamentalmente los siguientes:

Recursos presentados contra circulares de la CNMC

- Las órdenes impugnadas no son disposiciones de carácter general sino actos administrativos, por lo que se rechazan como motivos invalidantes la ausencia de una serie de trámites e informes preceptivos, exigibles cuando se trata de la elaboración y aprobación de una disposición general.

- La posible irregularidad del Real Decreto-Ley 8/2014 no afecta ni se transmite a la norma posterior tramitada como ley parlamentaria, y las órdenes impugnadas se dictan cuando ya estaba en vigor la Ley 18/2014 y en aplicación de esta norma legal.

- El sistema implantado por la Ley 18/2014 y desarrollado por las órdenes impugnadas es susceptible de alcanzar los objetivos establecidos por la Directiva 2012/27. La STJUE que resuelve la cuestión prejudicial comunitaria planteada en su día al respecto considera que los artículos 7 y 20 de la directiva 2012/27/UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual a un FNEE, siempre que se garantice la obtención de los ahorros de energía del art 7 y que se cumplan los requisitos del art 7.10 y 11. En este sentido, el sistema implantado por las órdenes no puede ser considerado incompatible con la Directiva, ya que la previsión de un objetivo real de ahorro permite considerar que, desde una perspectiva global y a priori, el sistema es idóneo para cumplir con el objetivo de ahorro energético.

- No se infringen los principios de los actos propios y de confianza legítima, pues la comunicación inicial de un sistema a la Comisión no impide a la Administración optar por un sistema distinto al tiempo de transponer a nivel interno la normativa de la Unión.

- No existiendo una regulación reglamentaria que permita objetivar la acreditación y cuantificación de los ahorros energéticos logrados por cada sujeto obligado, no es posible tomar en consideración las iniciativas aisladas adoptadas a nivel individual para reclamar una suerte de compensación individualizada.

- La aportación al FNEE no tiene naturaleza tributaria, y no se infringe el principio de reserva de Ley, pues es una norma de rango legal -la Ley 18/2014- la que define y delimita los elementos configuradores de la obligación de ahorro energético cuestionada.

- No existe irretroactividad.

- La determinación de los sujetos obligados no es discriminatoria, se basa en criterios objetivos de política económica, que, son más o menos acertados, pero, legales. No se conculca el principio de libre competencia, dado que se desarrolla a partir del marco regulador y, en cualquier caso, la opción por los sujetos obligados tiene alguna incidencia, pero no contraría el principio. Se ha traspuesto correctamente la directiva (no existe ayuda de Estado).

- No se ha vulnerado ni el principio de capacidad económica ni la reserva de ley del art. 31.1 y 3 de la Constitución, al estar preestablecidos sus elementos configuradores en la Ley 18/2014, ni el principio de proporcionalidad a que alude el art. 33 de la Constitución.

- No se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica pues no se detecta la falta de previsibilidad alegada, dado que la orden no hace sino dar cumplimiento a lo establecido en el art. 70.2 de la Ley, que encomienda al Ministerio la fijación anual del objetivo del ahorro y los porcentajes de reparto entre los sujetos obligados. Y esta obligación de aportación era conocida por los sujetos obligados desde la aprobación del RDL 8/2014.

5. Contratos

COVID'19 y cumplimiento de los contratos. Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus*

La pandemia COVID-19 ha afectado profundamente el desenvolvimiento de muchos contratos. Tanto si se trata de contratos de cumplimiento puntual (p.e., supuesto de contrato de compraventa en documento privado en que las partes se obligaron a perfeccionarlo dentro de un plazo, otorgando escritura y pagando el precio), como, sobre todo, contratos de tracto sucesivo (p.e. mantenimiento) o de cumplimiento prolongado en el tiempo (p.e. montaje o construcción). ¿Legitima el estado de alarma dictado por el RD 463/2020 el incumplimiento, la suspensión o, incluso, la extinción del contrato afectado?

Ante todo debemos advertir que será necesario atender al caso concreto, si bien en lo que sigue daremos unas orientaciones sobre las herramientas que el Derecho contractual brinda en general para tratar los casos en que el cumplimiento del contrato se ha visto afectado por la situación surgida a raíz de la pandemia.

COVID-19 y cumplimiento de los contratos. Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus*

Lo primero que hay que destacar es que ni el COVID-19 ni la normativa surgida en las últimas semanas en relación a él legitima con carácter general para incumplir o suspender el cumplimiento de los contratos. Sólo en ciertos casos la normativa ha regulado un derecho a incumplir (p.e., el caso del aplazamiento de pagos en los contratos de suministro de electricidad regulado en el RDL 11/2020, de 31.03.2020), y no cabe una interpretación extensiva de los supuestos así regulados.

¿Qué ocurre en aquellos casos respecto a los que ninguna norma ha regulado nada en referencia a la posibilidad de que, en circunstancias extraordinarias, una de las partes imponga a la otra una modificación en el cumplimiento, o directamente la habilite para resolver? Habrá que tomar como punto de partida la regla *pacta sunt seruanda*; esto es, los contratos son para cumplirlos. Se impone pues como primera labor analizar qué han regulado las partes en el contrato, y si de algún modo cabe colegir de sus cláusulas (que son ley para los contratantes) una solución para la situación creada. Así, habrá que ver si en el contrato se regularon –y cómo- los supuestos de fuerza mayor, los casos de suspensión, la distribución de riesgos, las situaciones de *material adverse change* o cambio sustancial adverso… En algunos casos, estas cláusulas estarán en ese capítulo de miscelánea, al que las partes suelen prestar poca atención, y que ahora va a resultar fundamental para discernir el futuro del contrato. Lección importante del Coronavirus en el ámbito contractual: *más vale prevenir que curar*; merece la pena permitir al abogado que trabaje a fondo estas cláusulas que parecía que no se aplicarían nunca, aunque el resultado sea un contrato más voluminoso que lo que las partes hubieran querido.

¿Y qué ocurre si el contrato no regula nada al respecto? Pues básicamente, que nuestro ordenamiento nos brinda dos instituciones en la teoría general de los contratos para intentar dar solución a la situación creada: la fuerza mayor y la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

¿Qué ocurre en aquellos casos respecto a los que ninguna norma ha regulado nada en referencia a la posibilidad de que, en circunstancias extraordinarias, una de las partes imponga a la otra una modificación en el cumplimiento, o directamente la habilite para resolver?

La fuerza mayor, regulada en el art. 1.105 del Código Civil está pensada para casos de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Un suceso independiente y ajeno a la voluntad de una de las partes, que no podría haber previsto (o que, en caso de haberlo previsto, habría sido igualmente inevitable) le imposibilita cumplir su obligación conforme a lo previsto en el contrato. Hablamos de imposibilidad radical de cumplimiento, lo que obliga a hacer una interpretación restrictiva de la misma (en ese sentido, STS 597/2012 de 8 de octubre), sobre todo si una de las partes pretende basarse en ella para declarar la resolución del contrato. Pongamos dos ejemplos: Contraté una instalación de autoconsumo en mi hotel, el cual he tenido que cerrar y mantengo cerrado; uno de los plazos me vence ahora. Me resulta *imposible* pagar, pues no tengo ingresos ni sé cuándo los voy a tener. Pues no, este no es un supuesto de imposibilidad. Pagar siempre se puede (por más que me duela), salvo que una norma hubiera prohibido efectuar pagos (*quod non*). Por tanto, no podré ampararme en la fuerza mayor (he tenido que cerrar mi hotel) para no pagar la instalación que me han construido. Otro ejemplo: me obligué a entregar una máquina el 5 de abril de 2020; no me fue posible, por estar en pleno periodo de *permiso retribuido recuperable*, durante el que no pude disponer del personal necesario para la entrega. Este último caso sí sería, claramente, un supuesto de fuerza mayor (salvo que, habida cuenta la naturaleza y destino de la máquina, su entrega hubiera sido uno de los supuestos excepcionales de actividad permitida conforme al Anexo del RDL 10/2020, de 29.03.2020). Por tanto, la imposibilidad tiene que ser objetiva y absoluta.

Salvo aquellos casos que se hayan producido durante el periodo de *permiso retribuido recuperable* citado, serán pocos los supuestos en los que quepa hablar de fuerza mayor, sobre todo si se pretende resolver el contrato con base en ella. Esto es así en tanto prima el *principio de conservación del negocio*; por tanto, aun cuando como consecuencia de un auténtico caso de fuerza mayor se produzca un retraso, y salvo que el plazo se haya establecido como esencial, ninguna de las partes (y, en concreto, el comprador en una compraventa) podrá pretender la resolución del contrato por motivo del retraso, salvo que este alcance una magnitud tal que haga inútil la entrega (vid. en este sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980).

La fuerza mayor, regulada en el art. 1.105 del Código Civil está pensada para casos de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento

Por tanto, si ya será complicado apreciar un caso real de fuerza mayor derivado del COVID-19, más extraordinario será que el acaecimiento de la fuerza mayor legitime para resolver; generalmente, será una causa de suspensión de la prestación y de exoneración de la obligación de indemnizar por cumplimiento tardío.

La institución estrella en estos momentos es, sin embargo, la cláusula *rebus sic stantibus*. No me extrañaría que, cuando por fin pueda cortarme el pelo, mi peluquero, a falta de fútbol, me hable de ella mientras ejecuta su trabajo. La llamada cláusula *rebus sic stantibus* no es una cláusula escrita en el contrato; es una construcción jurisprudencial que pretende dar solución a aquellos casos en que, como consecuencia de una circunstancia sobrevenida extraordinaria, se produce una ruptura radical del equilibrio entre las mutuas obligaciones de las partes. Por supuesto que las partes pueden haber regulado por escrito en una cláusula contractual qué ocurre en tales casos; eso sería lo deseable. En tal supuesto, es el propio contrato quien proporciona herramientas para resolver la situación, que se aplicarán con preferencia. Cuando hablamos de cláusula *rebus sic stantibus* nos referimos a aquellos casos en que, a falta de una regulación contractual, se aplica esta construcción jurisprudencial.

¿Y cuál es el contenido de dicha construcción? Lo hemos definido en parte: en aquellos supuestos en que se produce una alteración extraordinaria de las circunstancias concurrentes en el momento de cumplimiento del contrato, de forma que *las cosas ya no son como eran* (el sentido de la expresión latina *rebus sic stantibus* es “en tanto las cosas sigan como están”), la parte afectada queda legitimada para que se modifique el contrato de forma que se reconstruya el equilibrio perdido o, en caso de que ello no sea posible, para resolver. Debe tratarse pues de una circunstancia extraordinaria, sobrevenida e imprevisible, cuyo acaecimiento sea la causa de una ruptura esencial del equilibrio de prestaciones del contrato, de forma que se produzca una desproporción exorbitante entre las obligaciones de las partes. Es importante señalar que la parte afectada debe encontrarse en situación de cumplimiento; esto es, no puede pretender la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* quien tiene un historial de incumplimientos contractuales ajenos a la incidencia de las circunstancias extraordinarias de que hablamos.

La institución estrella en estos momentos es, sin embargo, la cláusula rebus sic stantibus

Hay que advertir que ha habido ciertos vaivenes en el Tribunal Supremo a la hora de definir el grado de extraordinariedad de las circunstancias que deben concurrir para aplicar esta doctrina. La interpretación fue tradicionalmente muy restrictiva, si bien ciertas sentencias dictadas en los años 2014 y 2015 – en casos cuya patología tuvo su origen en la crisis financiera surgida en el 2008 - contemplaron un uso más extensivo de la doctrina *rebus sic stantibus*. Las últimas sentencias (vid. STS 455/2019, de 18.07.2019) parecen volver a la *vieja escuela* y pretender un uso más restrictivo de esta institución.

En cualquier caso, parece claro que la pandemia COVID-19, con las consecuencias que ha traído (confinamiento, cierre de actividades, limitaciones al transporte, modificación de los procesos productivos para cumplir con las normas de distanciamiento, etc.), es potencialmente apta para convertirse en un detonante de la aplicación de esta doctrina. Tendrá que haber, eso sí, un nexo causal con la ruptura del equilibrio contractual. Un ejemplo servirá para aclarar este punto: si la normativa de distanciamiento obliga a cierto epecista a reducir el número de trabajadores en cada uno de los turnos y a multiplicar estos, y como consecuencia de ello (relación de causalidad) el precio del contrato deviene insuficiente (al haber cambiado radicalmente las bases sobre las que el epecista hizo su presupuesto económico), hasta el punto de condenar al epecista al concurso si sigue adelante con la ejecución, está claro que el COVID-19 – circunstancia extraordinaria, sobrevenida e imprevisible - habrá roto el equilibrio económico del contrato de forma radical, pues el cumplimiento en sus propios términos abocaría a una parte necesariamente al concurso.

COVID-19 es potencialmente apta para convertirse en un detonante de la aplicación de esta doctrina

Y, ¿cuándo estamos ante una *ruptura esencial, un desequilibrio exorbitante* (son expresiones utilizadas por la jurisprudencia) en la economía del contrato? Pues habrá que analizar caso a caso. La STS 333/2014 citada más arriba consideró que se producía esta circunstancia cuando "*por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación)*". Insisto en que habrá que analizar caso a caso, sobre todo porque la tendencia jurisprudencial última se revela más exigente que la que encontramos en la sentencia citada.

Habrá que analizar, por ejemplo, si en la distribución de riesgos implícita al contrato cabe o no incluir los efectos derivados de la circunstancia concreta que afecte a una de las partes, o si el diseño de la remuneración, incluyendo tal vez una parte variable, sirve o no para amortiguar tales efectos.

Y, en caso de que se den todas las condiciones que cualifiquen para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* ¿a qué legitima dicha aplicación? Pues también dependerá de las circunstancias. En la mayoría de los casos, legitimará para exigir a la contraparte que se siente y negocie de buena fe una modificación del contrato que restablezca su equilibrio; hasta tanto no se alcance un acuerdo, las partes seguirán obligadas a cumplir sus obligaciones originales, si es que ello resulta posible. Si en un caso concreto el reequilibrio se muestra objetivamente imposible, porque la finalidad económica buscada por las partes con el contrato no puede reconstruirse en modo alguno, la cláusula *rebus sic stantibus* podría llegar a legitimar la resolución del contrato, aunque en una interpretación restrictiva de la cláusula y a la vista del principio de conservación del negocio más arriba citado cabe pensar que estos supuestos serán escasos.

A la vista de lo anterior puede concluirse que, cuando como consecuencia de la pandemia COVID-19 resulte imposible el cumplimiento en sus propios términos de ciertas obligaciones contractuales, o se produzca una situación de radical desequilibrio entre dichas obligaciones si fueran cumplidas tal como se previó en el contrato, habrá que analizar detalladamente el caso, siendo así que el propio contrato puede incluir cláusulas que permitan reinterpretar tales obligaciones, adaptándolas al nuevo contexto; en otras ocasiones, y a falta de previsión contractual, habrá que analizar hasta qué punto instituciones como la fuerza mayor y la cláusula *rebus sic stantibus* puedan servir para encontrar una solución, ya sea a través de la modificación de las obligaciones, la suspensión de su cumplimiento o, en casos extremos, la resolución anticipada sin indemnización.

En la mayoría de los casos, legitimará para exigir a la contraparte que se siente y negocie de buena fe una modificación del contrato que restablezca su equilibrio

MARIMÓN
ABOGADOS

Revista de energía

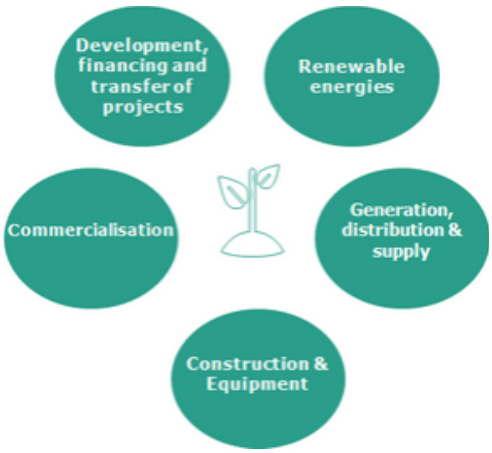
MAYO 2020

Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. El departamento de Energía presta servicios en aspectos regulatorios, de compraventa y *due diligence* de proyectos, financiación, contratos EPC y de construcción, entre otros.

Para cualquier información sobre el contenido de esta publicación:

José Antonio Rodríguez |
jarodriguez@marimon-abogados.com

Antonio Alcolea |
aalcolea@marimon-abogados.com



Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extractada, sin previa autorización.

Barcelona -
Aribau, 185
08021
Tel.:+34 934 157 575

Madrid -
Paseo de Recoletos, 16
28001
Tel.: +34 913 100 456

Sevilla -
Balbino Marrón, 3
Planta 5ª-17
(Edificio Viapol)
41018
Tel.: +34 954 657 896

www.marimon-abogados.com