

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ067361

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 11 de julio de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 787/2015

SUMARIO:

Impuestos para la sostenibilidad energética. Canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica. Esta Sala alberga serias dudas sobre la finalidad medioambiental que predica el preámbulo de la Ley 15/2012 (Medidas fiscales para la sostenibilidad energética), y si resulta respetuoso con la aplicación del principio «quien contamina paga», en su formulación abstracta contemplada en el art. 191 TFUE y con el art. 9 de la Directiva 2000/60/CE marco del agua. Los tributos medioambientales constituyen una de las medidas con las que cuentan los Estados para proteger el medioambiente a los fines de detener, o al menos reducir los efectos derivados de la contaminación. Sin embargo, el canon que nos ocupa no responde a este perfil porque no vela por proteger los supuestos daños medioambientales, no teniendo en cuenta por tanto, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales, ni determina cuáles son esos daños medioambientales y sólo grava unos usos de las aguas continentales, el destinado a la producción de energía eléctrica, a pesar de su origen renovable y el uso no consultivo del agua, con exclusión de los restantes que general un alto consumo de agua, lo que resulta significativo, pues si de verdad se gravara el uso o la utilización del dominio público hidráulico se gravarían todas aquellas actividades que deterioran dicho dominio público y con más incidencia en aquellas que acompaña un uso y consumo del agua. Se trata de un tributo que nada tiene que ver con la ocupación del dominio público, ni con las consecuencias medioambientales derivadas de la actividad, siendo su finalidad, por el contrario, la de establecer un mecanismo de financiación del déficit de tarifa, con lo que el legislador parece ir contra los propios principios que inspiran la política europea en materia energética y ambiental, esos mismos principios que se invocan en la exposición de motivos. Por tanto se considera necesario que el TJUE se pronuncie sobre tres cuestiones: si este canon se opone al principio «quien contamina paga», en su formulación abstracta contemplada en el art. 191 TFUE así como al principio de no discriminación que contempla el art.3.1 de la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad, puesto que dicho canon solo se exige a las empresas de producción de energía hidroeléctrica, lo que provoca una situación de desigualdad respecto a otros productores de energía en general. Finalmente también alberga dudas la Sala sobre la compatibilidad de este canon con la normativa comunitaria de ayudas de Estado contenida en el art. 107.1 TFUE, pues se plantea la duda sobre si el canon hidráulico constituye un tributo asimétrico que perjudica la competencia en el mercado eléctrico creando ayudas de Estado a favor de terceras personas, al producirse, por un lado, la diferenciación entre compañías de producción hidroeléctricas que se encuentran en la misma posición y, por otro, respecto de los productores de energía eléctrica proveniente de otras fuentes.

PRECEPTOS:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 56, 107 y 191.

Ley 15/2012 (Medidas fiscales para la sostenibilidad energética), art. 29.

RDLeg. 1/2001 (TR de la Ley de Aguas), arts. 111 bis y 112 bis

DIRECTIVA 2009/72/CE (normas comunes para el mercado interior de la electricidad), art. 3.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 86, 88 y 89.

PONENTE:*Don. Juan Gonzalo Martínez Micó.*

AUTO

En la Villa de Madrid, a once de julio de dos mil diecisiete.

HECHOS

Primero.

En fecha 25 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo escrito de la procuradora doña Cecilia Díaz Caneja, actuando en nombre y representación de la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA), por el que se interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias.

En el trámite de demanda suplicó sentencia estimatoria del recurso, declarando la disconformidad a derecho de la disposición impugnada.

En el segundo otrosí suplicó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

Segundo.

Conferido traslado al Abogado del Estado para que contestase la demanda, interesó sentencia que declare inadmisibile o, en su defecto, desestime la impugnación del art. 112 bis del TRLA y la del Decreto 198/2015, todo ello con los demás pronunciamientos legales y sin que sea necesario el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Tercero.

Contestada la demanda por el Abogado del Estado se dio traslado a Iberdrola Generación, S.A.U, y a Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A, que se habían personado como partes codemandadas para que procedieran a evacuar dicho trámite, dejando transcurrir sus representaciones el plazo concedido, por lo que se les tuvo por caducado en su derecho.

Cuarto.

Señalado para votación y fallo del recurso la Sala, por providencia de 17 de mayo de 2017 acordó " dejar sin efecto el señalamiento acordado para deliberación y fallo del presente recurso para oír por término de diez días a las partes sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , cuestión prejudicial referida al artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , introducido por el artículo 29 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre , de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, por el que se crea el canon para la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, cuyo Reglamento, aprobado por el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, constituye el objeto del presente recurso.

El planteamiento se apoyaría en las dudas que suscita el mencionado artículo 29 sobre su conformidad con los principios y normas del ordenamiento de la Unión Europea siguientes:

(1.)- El principio comunitario medioambiental "quien contamina paga" recogido en el artículo 191.2 del referido Tratado, en relación con la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 23 de octubre, por la que se establece un marco unitario de actuación sobre el ámbito de la política de aguas.

(2) El principio de no discriminación establecido en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. (3)) Y el Derecho de la competencia en el mercado eléctrico.

Siendo las razones de las dudas anteriores éstas que continúan:

(a) Que el nuevo canon para la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica carece de la finalidad medioambiental que propugna el preámbulo de la ley que lo introduce, como se deduce de la regulación de sus elementos configuradores, pues su razón de ser es exclusivamente financiera al constituir un ingreso del sistema eléctrico.

(b) Que sólo se exige a los productores de energía hidroeléctrica titulares de concesión en cuencas intercomunitarias, favoreciendo además a otros usos consuntivos de las aguas continentales, en cuanto sólo se grava el uso destinado a la producción de energía eléctrica; y

(c) Que podría considerarse que estamos en presencia de una Ayuda de Estado, al establecerse un gravamen que beneficia selectivamente a determinadas empresas a costa de las empresas concesionarias privadas de aprovechamientos hidroeléctricos, lo que pudiera ser incompatible con el Derecho de la competencia en el mercado eléctrico".

Quinto.

Dado traslado a las partes de la Providencia de 17 de mayo de 2017, la representación procesal de A.P.P.A manifestó no tener objeción a que se plantee cuestión prejudicial referida al art. 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sexto.

En cambio, el Abogado del Estado solicitó se dicte sentencia conforme a lo postulado en el escrito de contestación a la demanda sin planteamiento previo de cuestión prejudicial sobre el art. 29 de la Ley 15/2012 .

La representación estatal alega la errónea consideración de que el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica carece de la finalidad medioambiental que propugna el preámbulo de la ley que lo introduce , al ser su razón de ser exclusivamente financiera al constituir un ingreso del sistema eléctrico, porque el canon controvertido tiene una clara finalidad medioambiental en la medida en que su importe se encuentra destinado a la protección y mejora del dominio público hidráulico que se ve afectado por el muy negativo impacto que producen las centrales hidroeléctricas alterando el cauce natural de las masas de aguas superficiales así como la flora y la fauna de las mismas y cerrando el paso a la posible utilización del agua para otros fines más favorables desde el punto de vista medioambiental.

Por otra parte, niega la supuesta discriminación a que alude la providencia de 17 de mayo de 2017 de esta Sala porque el artículo 3 de la directiva 2009/72 autoriza, en su apartado 2 a los Estados miembros a imponer en aras del interés económico general a las compañías que operan en el sector de la electricidad "obligaciones de servicio público", justificando la aplicación del canon sólo en las cuencas intercomunitarias en el respeto a la estructura territorial del Estado y las competencias de cada Administración, sin que tampoco puedan ser equiparados los distintos usos del agua al tener cada uno su propio régimen jurídico.

Finalmente, niega que la imposición pueda constituir una ayuda de estado porque el concepto no comprende las medidas que introducen una diferenciación entre empresas en materia de cargas cuando dicha diferencia resulte de la naturaleza y la estructura del sistema de cargas considerado.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martinez Mico, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.

El marco jurídico nacional: La Ley 15/2012, de 27 de diciembre de medidas fiscales para la sostenibilidad energética

1.- En el preámbulo de la Ley se indica que «tiene por objetivo armonizar nuestro sistema fiscal con un uso más eficiente y respetuoso con el medio ambiente y la sostenibilidad valores que inspiran esta reforma de la finalidad de la fiscalidad, y como tal en la línea con los principios básicos que rigen la política fiscal, energética, y por supuesto

ambiental de la Unión Europea [...]. El fundamento básico de esta Ley se residencia en el artículo 45 de la Constitución [...]. Por ello, uno de los ejes de esta reforma tributaria será la internalización de los costes medioambientales derivados de la producción de la energía eléctrica [...]. De esta forma, la Ley ha de servir de estímulo para mejorar nuestros niveles de eficiencia energética a la vez que permiten asegurar una mejor gestión de los recursos naturales y seguir avanzando en el nuevo modelo de desarrollo sostenible, tanto desde el punto de vista económico y social, como medioambiental. La presente reforma contribuye además a la integración de las políticas medioambientales en nuestro sistema tributario [...]. A tal fin, mediante esta Ley se regulan tres nuevos impuestos; el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación nucleoelectrónica y el impuesto sobre almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas; se crea un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica. [...]» (preámbulo, apartado l).

«Finalmente, en el Título IV de esta Ley se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio.

En particular dicho Título regula el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico. Así, dispone que las Administraciones públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales.

El citado texto refundido de la Ley de Aguas en sus artículos 112 a 114 contempla cuatro exacciones distintas vinculadas al agua: el canon de utilización de bienes de dominio público, el canon de vertido que grava los vertidos al dominio público hidráulico, el canon de regulación que grava el beneficio particular obtenido por obras del Estado distintas de las de regulación

En particular, el artículo 112 del texto refundido de la Ley de Aguas establece que el canon de utilización se aplica sólo a la ocupación, utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico definido en los apartados b) y c) del artículo 2 de la misma ley, es decir a la utilización de los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas y de los hechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. Queda así fuera de la definición de este canon el uso de las aguas continentales a que se refiere el apartado a) del mismo artículo 2 del texto refundido de la Ley de Aguas.

Esta realidad que es una anomalía respecto al régimen común de los bienes de dominio público ha perdurado por razones históricas si bien hoy carece de razonabilidad económica, al menos en cuanto a un uso puramente industrial y en régimen de mercado como es el de producción de energía eléctrica.

Actualmente, la calidad general de las aguas continentales españolas hace necesaria su protección a fin de salvaguardar uno de los recursos naturales necesarios para la sociedad. En este sentido deben reforzarse las políticas de protección del dominio público hidráulico. A tal fin, se hace necesaria la obtención de recursos que deben ser aportados por quienes obtienen un beneficio de su utilización privativa o aprovechamiento especial para la producción de energía eléctrica.

El objeto de esta modificación por tanto, es establecer un nuevo canon a los bienes de dominio público descritos en el apartado a) del artículo 2 de la misma ley, es decir, a la utilización o aprovechamiento de las aguas continentales para su explotación hidroeléctrica. ».

2. La justificación mediambiental se reitera en el Real Decreto de desarrollo señalando la exposición de motivos que « el objetivo de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, es armonizar nuestro sistema fiscal con un uso más eficiente y respetuoso con el medioambiente y la sostenibilidad, valores que inspiran una reforma de la fiscalidad, y como tal en línea con los principios básicos que rigen la política fiscal, energética, y ambiental de la Unión Europea.

Desde la aprobación de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario en el ámbito de la política de aguas, siendo objeto de transposición por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificando, entre otros aspectos, el régimen económico financiero del agua, se introduce el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas en nuestro ordenamiento. En

este sentido, se dispone mediante la inserción del artículo 111 bis del texto refundido de la Ley de Aguas, que las Administraciones Públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales. Por una parte, el 2% de lo recaudado en cada Confederación Hidrográfica irá destinado a satisfacer las necesidades de protección y mejora que en cada caso se entiendan prioritarias por el organismo de cuenca. Por otra parte, el 98 % de las cantidades recaudadas por este canon, previo su ingreso en el Tesoro público, será destinado igualmente a la protección del dominio público hidráulico»

3.- El artículo 29 añade un artículo 112 bis al Texto Refundido de la Ley de Aguas con el siguiente contenido:

« Artículo 112 bis canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica.

1. La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público a que se refiere el párrafo a) del artículo 2 de la presente Ley, para la producción de energía eléctrica en barras de central, estarán gravadas con una tasa denominada canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico

2. El devengo del canon se producirá con el otorgamiento inicial y el mantenimiento anual de la concesión hidroeléctrica y será exigible en la cuantía que corresponda y en los plazos que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización.

3. Serán contribuyentes del canon los concesionarios o, en su caso, quienes se subroguen en lugar de aquéllos.

4. La base imponible de la exacción se determinará por el Organismo de Cuenca y será el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, y medida en barras de central, en cada periodo impositivo anual por el concesionario mediante la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico .

5. El tipo de gravamen anual será del 22 por ciento del valor de la base imponible y la cuota integra será la cantidad resultante de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen.

6. Estarán exentos del pago de este canon los aprovechamientos hidroeléctricos explotados directamente por la Administración competente para la gestión del dominio público hidráulico.

7. El canon se reducirá en un 90 por ciento para las instalaciones hidroeléctricas de potencia igual o inferior a 50 MW, y para las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología hidráulica de bombeo y potencia superior a 50 MW, y en la forma que reglamentariamente se determine para aquellas producciones o instalaciones que se deban incentivar por motivos de política energética general.

8. La gestión y recaudación del canon corresponderá al Organismo de Cuenca competente o bien a la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél.

En caso de celebrarse el convenio con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ésta recibirá del Organismo de Cuenca los datos y censos pertinentes que faciliten su gestión, e informará periódicamente a éste en la forma que se determine por vía reglamentaria. A estos efectos, la Comisión Nacional de Energía y el Operador del Sistema eléctrico estarán obligados a suministrar al Organismo de Cuenca o a la Administración tributaria cuantos datos, informes sean necesarios de acuerdo con el artículo 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre .

El 2 por ciento del canon recaudado será considerado un ingreso del organismo de Cuenca, y el 98 por ciento restante será ingresado en el Tesoro Público por el organismo recaudador.».

Por su parte, la disposición adicional segunda, sobre costes del sistema eléctrico estableció que:

«En las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en el artículo 16 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , un importe equivalente a la suma de los siguientes: a) la estimación de la recaudación anual correspondiente al Estado derivada de los tributos y cánones incluidos en la presente Ley; b) El ingreso estimado por la subasta de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, con un máximo de 500 millones de euros»

Segundo.

El Derecho de la Unión Europea

1.- El artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala:

«La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quién contamina paga».

2.- La Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, sobre el marco comunitario de política de aguas.

Esta Directiva establece como uno de sus objetivos primordiales (considerando 27) «lograr la eliminación de todas las sustancias peligrosas prioritarias y contribuir a conseguir concentraciones en el medio marino cercanas a los valores básicos para las sustancias de origen natural».

Su artículo 9.1 establece: «Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga».

Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

- que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,

- una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga.

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas».

3.- La Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

Esta Directiva establece normas comunes en materia de generación, transporte, distribución y suministro de electricidad, así como normas relativas a la protección de los consumidores con vistas a mejorar e integrar unos mercados competitivos de la electricidad en la comunidad.

Su artículo 3.1 dispone «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros, de conformidad con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las empresas eléctricas operen con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la consecución de un mercado de electricidad competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental y no ejercerán discriminación entre aquellas en cuanto a derechos y obligaciones».

4.- El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea preceptúa que «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Tercero.

Los presupuestos del reenvío prejudicial.

Esta Sala se enfrenta con un litigio en el que se discute la validez del Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias, cuya solución depende en buena medida de si el tributo resulta o no compatible con los principios

reconocidos en el artículo 191.2 del TFUE y resto de principios orientadores de la política medioambiental y, en particular, con la Directiva Comunitaria 2000/60/CE, de 23 de octubre, sobre el marco comunitario de política de aguas, así como con la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y con las reglas sobre ayudas de estado.

La interpretación del Derecho de la Unión y la conformidad del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas con el mismo repercutirá inevitablemente en la validez de la norma reglamentaria impugnada en cuanto viene a reproducir en determinados artículos el texto de la Ley, por lo que si es contraria al Derecho comunitario la tacha se comunicará a la Disposición reglamentaria que la desarrolla.

La pertinencia del dialogo prejudicial depende además de que haya dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea. En el caso de autos, la existencia de esas dudas resulta patente, como confirma el examen de las posturas enfrentadas en el litigio, que como argumentos jurídicos mas o menos consistentes divergen sobre la incidencia del derecho de la Unión Europea en relación con una regulación española, como lo es el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas.

Cuarto.

Las cuestiones prejudiciales.

1.- Lo primero que debe examinarse es si la creación de una tasa como la creada por la Ley 15/2012 se opone al principio medioambiental "quien contamina paga" contemplado en su formulación abstracta en el artículo 191.2 del Tratado Funcionamiento Unión Europea y, en particular, a las exigencias del artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE marco del agua.

Dicha Directiva, en su artículo 9 establece unos principios generales que deben seguir los Estados miembros en materia de régimen económico financiero de la gestión de las aguas; a saber, principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua; principio de utilización eficiente de los recursos hídricos a través de los incentivos adecuados vía política de precio de agua; principio de contribución adecuada de los diversos usos del agua desglosados y reconocimiento de los principios y objetivos medioambientales y de orden social, geográficos y climáticos de la región de que se trate.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2012, el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas pretende justificarse por razones medioambientales, dado que su destino es la protección y mejora del dominio público hidráulico.

Sin embargo, esta motivación se ve contradicha por la configuración del tributo, en cuanto si bien tiene la intención de gravar la utilización del agua para generar energía eléctrica, se fija una base según el valor de la energía producida que, a su vez, se calcula según la retribución total que se obtenga por la energía incorporada al sistema eléctrico estableciéndose, además, un tipo del 22% frente al 5% que prevé el artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Aguas para los supuestos de ocupación, utilización y aprovechamiento de los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, y los lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauce públicos que requieran concesión o autorización administrativa.

Por otra parte, resulta insignificante la cantidad que se destina a las actuaciones del Organismo de Cuenca, un 2 por ciento del canon recaudado, frente al 98% que será ingresado en el Tesoro Público, por lo que viene a constituir un ingreso más del sistema eléctrico, al no preverse el destino integro de la recaudación a la protección y mejora del dominio público, como hubiera sido preciso, pues según la Ley de Aguas todos los ingresos deben ponerse a disposición de los organismos de cuenca para recuperar los costes soportados en la gestión del agua, incluidos los daños medioambientales.

El propio Consejo de Estado, al dictaminar el proyecto del Real Decreto que desarrollaba la Ley, puso de manifiesto esta incoherencia, que intenta salvar el texto reglamentario, luego aprobado, a través de los artículos 12, 13 y 14. El artículo 12.4 precisa, tras reproducir el texto de la Ley, que el 98% del importe de la recaudación neta se ingresará en el Tesoro y que " los presupuestos generales del Estado destinarán a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico, según lo previsto en el art. 14, al menos un importe igual a dicha cantidad prevista. A tal efecto, anualmente en las leyes de presupuestos generales se determinarán los proyectos de inversión que permitan garantizar la protección y mejora del dominio público hidráulico"

Este mandado no aparece cumplido en los presupuestos generales del Estado para el año 2016, aprobados por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, al destinar los ingresos del canon a financiar el déficit del sistema eléctrico.

Ante esta realidad, esta Sala alberga serias dudas sobre la finalidad medioambiental que predica el preámbulo de la Ley y si resulta respetuoso con la aplicación del principio "quien contamina paga", en su formulación abstracta contemplada en el artículo 191 del Tratado Funcionamiento Unión Europea y con lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE marco del agua.

Los Tributos mediambientales constituyen una de las medidas con las que cuentan los Estados para proteger el medioambiente a los fines de detener, o al menos reducir los efectos derivados de la contaminación.

Sin embargo, el canon que nos ocupa no responde a este perfil porque no vela por proteger los supuestos daños mediambientales, no teniendo en cuenta por tanto, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales, ni determina cuáles son esos daños medioambientales y sólo grava de los usos de las aguas continentales, el destinado a la producción de energía eléctrica, a pesar de su origen renovable y el uso no consultivo del agua, con exclusión de los restantes que general un alto consumo de agua, lo que resulta significativo, pues si de verdad se gravara el uso o la utilización del dominio público hidráulico se gravarían todas aquellas actividades que deterioran dicho dominio público y con más incidencia en aquellas que acompaña un uso y consumo del agua.

Si el objeto de la modificación del artículo 112 del Texto Refundido de la Ley de Aguas era establecer un nuevo canon a los bienes de dominio público descritos en el apartado a) del artículo 2 de la misma Ley, que hasta entonces estaban excluidos, deberían quedar sujetas todas las personas que, en virtud de la correspondiente concesión u otro título, utilizasen las aguas continentales, lo que no es así y sirve para confirmar que el objetivo principal de la Ley, en este punto, era albergar recursos para que el Estado pudiera hacer frente al déficit tarifario.

Por tanto, los productores que obtengan energía eléctrica a partir del uso y aprovechamiento de aguas continentales ven grabado el montante económico que resulta de la energía hidroeléctrica producida, con independencia del mayor o menor consumo o utilización que hayan hecho de estos recursos para su producción, al no existir modulación alguna en razón del mayor o menor perjuicio producido, ni criterios de graduación en función de la reparación necesaria.

En realidad, se trata de un tributo que nada tiene que ver con la ocupación del dominio público, ni con las consecuencias medioambientales derivadas de la actividad, siendo su finalidad, por el contrario, la de establecer un mecanismo de financiación del déficit de tarifa, con lo que el legislador parece ir contra los propios principios que inspiran la política europea en materia energética y ambiental, esos mismos principios que se invocan en la exposición de motivos.

En base a lo anterior, se considera necesario que el TJUE se pronuncie en primer lugar sobre si:

¿El principio medioambiental "quien contamina paga" contemplado en el artículo 191.2 del TFUE y el artículo 9.1 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que consagra el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, así como la adecuada ponderación económica de los usos del agua, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la creación de un canon, por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, como el controvertido en las actuaciones, que no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y que su cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daño al dominio público hidráulico, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores?.

2.- Una segunda pregunta ha de formularse también sobre la interpretación del principio de no discriminación que contempla el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad

Debe significarse, por un lado, que el Real Decreto 198/2015 impugnado en el recurso realiza una precisión, que no tiene reflejo en su Ley de ley de cobertura, al añadir, en su artículo 1, que « el presente canon sólo sera de aplicación en las cuencas intercomunitarias ».

La justificación que se ofrece es que el Estado carece de competencias para imponer tasas sobre el uso de cuencas intracomunitarias, lo que no parece procedente, provocando esta circunstancia que el canon únicamente pueda exigirse a titulares de aprovechamientos hidroeléctricos situados en cuencas intercomunitarias. Se aduce

que según la Memoria del análisis del impacto normativo, un 7,2% de la potencia instalada en España no estará sometido a este gravamen.

Por otro lado, ha de señalarse que la exigencia de este canon sólo tiene lugar en relación con las empresas de producción de energía hidroeléctrica.

Todo lo anterior provoca una situación de desigualdad entre productores de energía en general, así como entre los titulares de las centrales hidroeléctricas en particular, con clara incidencia en la competencia dentro del mercado eléctrico, surgiendo la duda sobre la falta de conformidad del canon hidráulico con la interdicción del principio de discriminación, que da lugar a una segunda pregunta relativa a si:

¿ Es compatible con el principio de no discriminación de los operadores contemplado en el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE una tasa como el canon hidráulico que es objeto del procedimiento, que afecta exclusivamente a los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, frente a los productores titulares de concesiones en cuencas intracomunitarias, y a los productores con tecnología hidroeléctrica frente a productores de energía con otras tecnologías?.

3.- Finalmente, la Sala también alberga dudas sobre la compatibilidad del canon con la normativa sobre ayudas de Estado.

Conforme a la consolidada jurisprudencia del TJUE, para que una medida nacional pueda calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado primero, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario, y en cuarto lugar es preciso que falsee o amenace falsear la competencia (sentencia, entre otras de 9/10/2014, Ministerio de Defensa y Navantía. c522/13. ECLI: EU:C:2014:2261).

Asimismo en la sentencia de 4 de junio de 2015 , Kernkraftwerke Lippe-Ems , C-5/14 , ECLI: EU:C:2015:354 , el TJUE recuerda que:

«71. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones de Estado que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones, en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse las sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99 , EU:C:2001:598 , apartado 38; Paint Graphos y otros , C-78/08 a C-80/08 , EU:C:2011:550 , apartado 45, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732 , apartado 71).

72. De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 107 TFUE (sentencias Banco Exterior de España , C-387/92 , EU:C:1994:100 , apartado 14, y Paint Graphos y otros , C-78/08 a C-80/08 , EU:C:2011:550 , apartado 46 y jurisprudencia citada).

73. El artículo 107 TFUE , apartado 1, prohíbe las ayudas «[que favorezcan] a determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas.

74. En lo que atañe a la apreciación del criterio de selectividad, resulta de reiterada jurisprudencia que el artículo 107 TFUE, apartado 1, requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99 , EU:C:2001:598 , apartado 41; British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, EU:C:2008:757 , apartado 82, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C- 107/09 P, EU:C:2011:732 , apartado 75).

75. Es preciso recordar además que el artículo 107 TFUE , apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que define a éstas en función de sus efectos y, por lo tanto,

independientemente de las técnicas utilizadas (sentencias British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, EU:C:2008:757 , apartados 85 y 89, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732 , apartado 87)».

Ante esta doctrina surge la duda sobre si el canon hidráulico constituye un tributo asimétrico que perjudica la competencia en el mercado eléctrico creando ayudas de Estado a favor de terceras personas, al producirse, por un lado, la diferenciación entre compañías de producción hidroeléctricas que se encuentran en la misma posición y, por otro, respecto de los productores de energía eléctrica proveniente de otras fuentes.

En el presente caso la diferenciación entre producciones hidroeléctricas en el seno de cuencas intracomunitarias respecto de las cuencas intercomunitarias supone una discriminación entre operadores en el mismo sector, pudiendo darse el caso de que dos plantas de producción que aplican una tecnología idéntica resulten gravadas en diferentes formas en función de su distinta ubicación en el territorio, lo que podría entenderse como una distorsión en el funcionamiento del mercado eléctrico, pero además podría entenderse asimismo que se distorsionan las condiciones de competencia desde el momento en que el canon no se exige a los productores de energía proveniente de otras fuentes.

Por ello se formula la tercera cuestión en los siguientes términos:

¿ El artículo 107 TFUE , apartado 1, debe interpretarse en el sentido que constituye ayuda de Estado prohibida la exacción de un canon hidráulico como el controvertido en perjuicio de los productores de generación hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, al introducir un régimen de tributación asimétrica en el ámbito de una misma tecnología, en función de donde se ubique la central, y al no exigirse a los productores de energía provenientes de otras fuentes?.

En virtud de lo expuesto

LA SALA ACUERDA:

Primero.

Suspender el procedimiento hasta la resolución de este incidente prejudicial .

Segundo.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) El principio medioambiental "quien contamina paga", contemplado en el artículo 191.2 del TFUE , y el artículo 9.1 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 23 de octubre, que consagra el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, así como la adecuada ponderación económica de los usos del agua, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la creación de un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía , como el controvertido en las actuaciones, que no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y que su cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daño al dominio público hidráulico, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores?.

2ª) ¿Es compatible con el principio de no discriminación de los operadores contemplado en el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE , de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad, una tasa como el canon hidráulico que es objeto del procedimiento, que afecta exclusivamente a los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, frente a los productores titulares de concesiones en cuencas intracomunitarias, y a los productores con tecnología hidroeléctrica frente a productores de energía con otras tecnologías?.

3ª) ¿El artículo 107 TFUE , apartado 1, debe interpretarse en el sentido que constituye ayuda de Estado prohibida la exacción de un canon hidráulico como el controvertido en perjuicio de los productores de generación hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, al introducir un régimen de tributación asimétrica en el

ámbito de una misma tecnología, en función de donde se ubique la central, y al no exigirse a los productores de energía provenientes de otras fuentes?.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.