

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ081885

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 513/2021, de 15 de abril de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 517/2015

SUMARIO:

Impuestos para la sostenibilidad energética. Canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica. Nulidad de las disp. trans segunda y disp. adic. primera, segundo párrafo RD 198/2015 (Desarrolla el art. 112 bis TR Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias). La STJUE de 7 de noviembre de 2019 ha resuelto el procedimiento prejudicial en los asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, que tienen por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al art. 267 TFUE, por ATS de 11 de julio de 2019, recurso n.º 787/2015 (NFJ067361) en el sentido de que el canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica no se opone al Derecho de la Unión Europea ni constituye una ayuda de Estado, lo que hace innecesario volver a plantear nueva cuestión ante mismo Tribunal de Justicia, y porque tal criterio se ha visto reforzado por la STJUE de 3 de marzo de 2021, asunto n.º C-220/19 (NFJ081069) en relación con el IPVEE, que guarda con el canon ahora debatido indudables semejanzas dogmáticas, entre otras, su designio o finalidad medioambiental. Esta Sala ha decidido no plantear cuestión de inconstitucionalidad. Es cierto que la norma cuestionada es extraña y obedece a una técnica normativa que no parece muy depurada. La crítica jurídica que ha recibido el canon hidrológico por diversos organismos públicos, independientes en su criterio, avala que se trata de un canon donde el designio recaudatorio está presente de manera muy notable. La cuestión suscitada se funda, en principio, en la eventual oposición de la regulación legal del mencionado canon con diversos preceptos -en esencia, los contenidos en el art. 31.1 CE, en relación con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los tributos de naturaleza extrafiscal-, toda vez que de la validez de tales preceptos podría depender el fallo de este recurso de casación, en que la norma impugnada es la disposición reglamentaria indicada. A la Sala le surge la cuestión relativa a la verdadera naturaleza del tributo regulado en dicho precepto: o bien se trata, como su propio *nomen iuris* y algunos rasgos de su regulación indican, de una tasa, en cuyo caso surgen a la Sala graves reparos sobre el acomodo de dicha tasa con los preceptos constitucionales; o bien constituye un impuesto de finalidad ambiental, que también nos plantea, así calificado, el dilema de su ajuste a la Constitución. Considera la Sala que el canon hidrológico establecido en el art. 112 bis TRLA es una tasa, aunque escape en cierta buena medida a la dogmática de la tasa, en lo referido a los principios de equivalencia y reparto, el gravamen a las empresas eléctricas no sufre un peso económico, una carga fiscal añadida, por el mero hecho de que determinadas actividades, no equiparables con el uso del agua que se precisa para producir energía eléctrica, queden excluidas del ámbito de su imposición, pues no hay correlación alguna entre esa exclusión y un mayor coste fiscal para las actividades incluidas. Sin embargo, frente a las alegaciones de la recurrente considera el Tribunal que la base imponible no se relega, en puridad, a los organismos de cuenca; no cabe admitir que el canon no guarda, en principio, relación con el aprovechamiento del demanio hidráulico, porque se trata de una afirmación apodíctica la de que el modo de establecer la base imponible sea por completo ajena al uso o la intensidad de uso, en tanto el proceso se presenta con perfiles de gran abstracción, de suerte que no cabe prueba, ni se ha intentado, sobre la falta de correlación -en la ley- entre el gravamen establecido o su cuantía y esa intensidad del uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público. Respecto a la vulneración del principio de recuperación de costes, de internalización, o de reparación del daño de las aguas continentales, estima la Sala que tales principios ambientales están presentes en el art. 112 bis. 8 TRLA. De la denuncia de que la base imponible es más la del impuesto, al afectar a una manifestación directa de capacidad económica, que la de una tasa el Tribunal Supremo estima que resulta plenamente conforme con el art. 31 CE, la regulación contenida en el art. 112 bis TRLA y del reglamento a que éste da cobertura y que la finalidad de sufragar el déficit de tarifa no es incompatible con la tasa ambiental (también lo sería con un impuesto ambiental), pues la finalidad ambiental y la recaudatoria no son antagónicas o incompatibles *per se*. Sobre la falta de justificación de por qué no se extiende la tasa a otros usos del agua que afecten o perjudiquen el medio ambiente en tales usos. Ante la alegada ausencia de estudio o memoria sobre el coste que ha de ser sufragado para la protección del demanio, reparto ni equivalencia, la Sala considera que la Ley 25/1998 (Modificación régimen legal de las tasas estatales y locales) no prevé con carácter imperativo ese documento de la memoria, ni tampoco hace alusión alguna a la memoria como exigencia formal y previa. Por último, no cabe descender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, no puede hablarse, en abstracto, en el ámbito procesal de un recurso directo frente a un reglamento de que unas actividades son más contaminantes que otras y,

sobre todo, que la tributación sobre esas otras tecnologías, que no se mencionan ni detallan en su potencial de daño al medio ambiente, es menos gravosa que la que aquí se controvierte, teniendo en cuenta no sólo esta norma, sino el sistema tributario en su conjunto -incluso en los impuestos creados en la misma Ley 15/2012-, pues la tesis contra la disposición aquí recurrida se basa en la disconformidad con la Constitución de un precepto de la Ley de Aguas, el art. 112 bis de su Texto Refundido, limitado a establecer un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, no por el uso de otros bienes demaniales o por la afectación o daño medioambiental de otro signo o que recaiga sobre bienes distintos. Al margen de la prueba precisa de comparación, no posible frente a la ley, falta el indicio del daño a las aguas continentales que provocarían esas actividades más contaminantes -del agua-. Sobre el hecho de que el canon sólo grave las demarcaciones intercomunitarias, no así las intracomunitarias, quedando fuera de la tributación un 7,1 % de la potencia hidroeléctrica, la ley, formalmente, denomina tasa a una figura que, ya hemos señalado, participa de varias notas dogmáticas del concepto legal de la tasa (así, recae sobre la utilización del dominio público como contraprestación), lo que justifica plenamente la razón por la que se excluye el uso de las aguas que pertenezcan a cuencas intracomunitarias, porque el dominio público no es estatal, sino autonómico, lo que no excluye, que el uso de las aguas continentales de cuencas intracomunitarias pudieran ser objeto de gravamen por las comunidades autónomas titulares de ese demanio. Respecto al Reglamento impugnado, se suscitan en la demanda infracciones del reglamento, por su extralimitación reglamentaria que no es apreciada por el Tribunal Supremo. Sobre la imputada retroactividad en grado máximo sí estima la Sala que el Real Decreto que se recurre entró en vigor el 24 de marzo de 2015, al día siguiente de su publicación en el BOE -disposición final tercera- e impone el deber de autoliquidar, de presentación de modelos y documentos y otros formales, partiendo de la base de que son exigibles las cuotas de los cánones correspondientes a los años 2013 y 2014, periodos consumados en su integridad a la entrada en vigor de la norma. Con ello se incurre en un evidente y clamoroso ultra vires, determinante de la nulidad radical de la disp. trans segunda, no sólo porque impone una obligación fiscal con efecto retroactivo máximo, relativo a periodos íntegramente concluidos a su entrada en vigor, sino que lo hace por su cuenta, desoyendo la previsión del legislador del art. 112 bis.2 TRLA, no sólo en lo atinente al devengo, sino a la *condictio iuris* impuesta, conforme a la cual cabe inferir razonablemente que, como quiera que el establecimiento y cuantificación del canon está vinculado directamente a los «que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización», no puede anticiparse, retroactivamente y por vía meramente reglamentaria la exigencia de un canon aún no perfilado en sus elementos fundamentales de cuantificación. En este caso hay una colisión frontal del reglamento con la ley, además de que aquél no puede, en caso de silencio legal, disponer la aplicación retroactiva, aquí de grado máximo, como sí podría, según los casos y la clase de retroactividad, disponer la ley formal, y al margen también de que la ley, al sujetar los plazos y condiciones del canon concesional a las resultas de la autorización concesional, está reconociendo de un modo evidente y necesario la imposibilidad de percibir el canon hasta tanto la *condictio iuris* de cumpla -o se malogre-. Las obligaciones formales anudadas a tales periodos 2013 y 2014 son nulas también, por derivación o consecuencia, al venir referidas a los mismos periodos, sin que sea necesario, por esa razón, acometer el análisis particular e individualizado de los probables vicios o infracciones de que, autónomamente, pudieran adolecer. Por todo ello, se declara la nulidad de la disposición transitoria segunda, así como de la disposición adicional primera, segundo párrafo del RD 198/2015, por ser ambas contrarias al ordenamiento jurídico.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2001 (TR Ley de Aguas), arts. 112 a 114.

RD 198/2015 (Desarrolla el art. 112 bis TR Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias), arts. 12 a 14 y adic. primera, segundo párrafo y disp. trans. segunda.

Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas), arts. 4, 9 y 11.

Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Normas comunes para el mercado interior de la electricidad), art. 3.

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 107 y 191.

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

Ley 58/2003 (LGT), art. 3.

Constitución Española, arts. 9, 14, 31, 132, 149 y 163.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), art. 35.

Ley 8/1989 (Tasas y Precios Públicos), art. 20.

Ley 25/1998 (Modificación régimen legal de las tasas estatales y locales), art. 64.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 1, 26 y 31.

PONENTE:

Don Francisco José Navarro Sanchís.

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don JOSE DIAZ DELGADO

Don ANGEL AGUALLO AVILÉS

Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS

Don ISAAC MERINO JARA

Doña MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 513/2021

Fecha de sentencia: 15/04/2021

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 517/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Procedencia:

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 517/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 513/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. José Díaz Delgado
D. Ángel Aguillo Avilés
D. Francisco José Navarro Sanchís
D. Isaac Merino Jara
D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 15 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo registrado con el nº 517/2015, interpuesto por la procuradora doña Concepción Villaescusa Sanz, en nombre y representación de la ASOCIACION ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (en adelante UNESA), 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 -TRLA- y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de marzo de 2015. Han intervenido, como partes demandadas, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado; y el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre de la sociedad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Mediante escrito de 8 de mayo de 2015, la procuradora doña María Concepción Villaescusa Sanz, en nombre y representación de UNESA, interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, 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, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 25 de marzo de 2015.

Se admitió a trámite el recurso por diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2015, en el que, al mismo tiempo, se reclamó el expediente administrativo.

Segundo.

Mediante tal diligencia de ordenación, se tuvo también por personada a la procuradora Sra. Villaescusa Sanz, en la representación de UNESA, así como se acordó requerir al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente para que, en el plazo de veinte días, remitiese el expediente administrativo y practicara los emplazamientos a los interesados, del artículo 49 de la Ley de esta Jurisdicción.

El procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, en representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., mediante escrito de 10 de junio de 2015, se personó como codemandado en el presente litigio. La Sala, en diligencia de ordenación de 11 de junio de 2015, le tuvo por personado en concepto de recurrido.

Tercero.

Por diligencia de ordenación de 9 de septiembre de 2015, se tuvo por personada a la Administración demandada y por recibido el expediente administrativo y, comprobados los emplazamientos ordenados en el artículo 49 de la LJCA, se dio traslado del expediente al representante de UNESA para que, en el plazo de veinte días, formalizase la demanda, que fue presentada el 13 de octubre de 2015.

Cuarto.

En su demanda, tras relatar los hechos que se consideran relevantes, la asociación UNESA formula su pretensión en el suplico, interesando de este Tribunal Supremo lo siguiente, transcrito literalmente:

"... Que, previa la tramitación legal que proceda, en mérito de lo expuesto, dicte Sentencia por la que: 1º. Declare nulo, anule y deje sin efecto el Real Decreto impugnado. 2º. Subsidiariamente, y para el caso de no ser atendida la petición anterior: - Declare nulos, anule y deje sin efecto los artículos 12.4, 13 y 14 del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en la letra e) del FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL

SEXTO de esta DEMANDA. - Declare nulos, anule y deje sin efecto el párrafo segundo de la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL NOVENO de esta DEMANDA. - Declare nulo, anule y deje sin efecto el párrafo segundo de la disposición adicional primera del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL DÉCIMO de esta DEMANDA. - Declare nulos, anule y deje sin efecto los artículos del Real Decreto impugnado denunciados en el FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL DECIMOPRIMERO de esta DEMANDA. 3°. Subsidiariamente, y para el caso de no ser atendidas las peticiones anteriores: - Declare nulos, anule y deje sin efecto el párrafo segundo de la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL NOVENO de esta DEMANDA. Declare nulo, anule y deje sin efecto el párrafo segundo de la disposición adicional primera del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL DÉCIMO de esta DEMANDA. 4°. Subsidiariamente, y para el caso de no ser admitidas las peticiones anteriores, declare nulo, anule y deje sin efecto el párrafo segundo de la disposición adicional primera del Real Decreto impugnado, por los motivos y en los términos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL DÉCIMO de esta DEMANDA...".

Por medio de otrosí primero se solicitó a la Sala que plantease cuestión de inconstitucionalidad, en relación con las dudas que suscita:

"...el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en los FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES SEGUNDO, TERCERO, QUINTO y SÉPTIMO de esta DEMANDA, por infracción del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución .

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 1 del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en la letra A) del FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL CUARTO de esta DEMANDA, por infracción del principio de generalidad tributaria proclamado en los artículos 31.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria .

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 4 y 5 del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en la letra B) del FUNDAMENTO JURÍDICO-MATERIAL CUARTO de esta DEMANDA, por infracción del régimen legal de cuantificación de las tasas por el aprovechamiento especial del dominio público estatal contenido en los artículos 19 y 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos .

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL SEXTO de esta DEMANDA, por infracción de la jurisprudencia constitucional en materia de exacciones de finalidad o función ambiental.

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 1 del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en su referencia a la circunstancia de estar el Canon Hidroeléctrico destinado a la "protección y mejora del dominio público hidráulico", en conexión con el párrafo tercero del apartado 8 del mismo artículo 112 bis, con base en los motivos expuestos en la letra b) del FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL SEXTO de esta DEMANDA, por infracción del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución .

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL OCTAVO de esta DEMANDA, por infracción del principio de capacidad económica proclamado en el artículo 31.1 de la Constitución .

- Cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con base en los motivos expuestos en el FUNDAMENTO JURÍDICO- MATERIAL OCTAVO de esta DEMANDA, por infracción del principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 31.1 de la Constitución ...".

Por medio de otrosí segundo, solicitó se acordase el trámite de presentación de conclusiones sucintas.

En el otrosí tercero, se estimó la cuantía como indeterminada.

Por medio de otrosí cuarto, solicitó se admitieran los documentos números 1 y 2 que se adjuntan al escrito de demanda.

Quinto.

Mediante diligencia de ordenación de 15 de octubre de 2015, se tuvo por formalizada la demanda, de la que se mandó dar traslado al Abogado del Estado y al procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia para que, en el plazo de veinte días, la contestasen, lo que efectuó el Abogado del Estado el 18 de noviembre de 2015 mediante escrito en que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del recurso contencioso-administrativo entablado, sin considerar necesario que se plantease cuestión de inconstitucionalidad.

Por diligencia de ordenación de 7 de enero de 2016 se tuvo por caducado el trámite de contestación a la demanda al procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U y no estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se concedió a la representación de la parte demandante el plazo de diez días para la presentación de conclusiones sucintas, lo que efectuó en escrito de 21 de enero de 2016, suplicando a la Sala lo mismo que ya había solicitado en su escrito de demanda.

Sexto.

Presentadas tales conclusiones el 25 de enero de 2016, en diligencia de ordenación se otorgó a las partes demandadas el plazo común de diez días para formular las suyas, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito de 2 de febrero de 2016, remitiéndose a lo alegado al respecto en el escrito de contestación a la demanda, cuya desestimación volvió a solicitar.

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2016 se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones del Abogado del Estado, teniéndose por caducado en el referido trámite al procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, por lo que quedó el litigio pendiente de señalamiento para votación y fallo por su turno correspondiente.

Octavo.

Por providencia de 8 de febrero de 2017 se señaló para deliberación, votación y fallo de este recurso, inicialmente, el 3 de mayo de 2017, y por providencia de 29 de marzo de 2017, se acordó trasladar el señalamiento al día 9 de mayo de 2017.

Noveno.

A través de su representación, IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. presentó ante la Sala, el día 25 de abril de 2017, un escrito de comunicación de hechos de nueva noticia, en el cuál ponía en conocimiento de esta Sala, a efectos de su enjuiciamiento, la conexión del presente recurso con las cuestiones prejudiciales ya suscitadas y tramitadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Décimo.

Esta Sala, a la vista de tales manifestaciones, dictó providencia de 17 de mayo de 2017, en la que dejó sin efecto el señalamiento para deliberación y fallo; y acordó oír por plazo común de diez días a las partes sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial referida al artículo 112 bis del TRLA, trámite que evacuó la procuradora Sra. Villaescusa Sanz en nombre y representación de UNESA mediante escrito de 5 de junio de 2017, en que considera procedente que se solicite elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales sugeridas en el escrito que presenta al efecto; y el Abogado del Estado mediante escrito de 7 de junio de 2017, alegó lo pertinente a su derecho, en escrito en el que se suplica se dicte sentencia desestimatoria conforme a lo previamente postulado en el escrito de contestación a la demanda, sin necesidad de planteamiento previo de cuestión prejudicial.

Por diligencia de ordenación de 12 de junio de 2017 se tuvieron por formuladas ambas alegaciones por UNESA y por la ADMINISTRACIÓN DE ESTADO, sin que por IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. se efectuase alegación alguna al respecto.

La Sala, por auto de 27 de junio de 2017, dispuso lo siguiente:

" 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?-.
Por oficio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2019 se remite copia de las conclusiones del Abogado General y el 7 de noviembre de 2019, copia legalizada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Por providencia de 13 de noviembre de 2019 se alzó la suspensión acordada en su día, ordenando nuevo traslado a las partes personadas por plazo de diez días para que alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la incidencia de dicho pronunciamiento del TJUE para la resolución de este asunto, lo que efectúa el Abogado del Estado en escrito de 19 de noviembre de 2019; la representación procesal de UNESA el 2 de diciembre de 2019; y la de IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. por escrito de la última fecha.

Undécimo.

Al respecto, debe señalarse que la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de la Unión Europea (TJUE) de 7 de noviembre de 2019 ha resuelto el procedimiento prejudicial en los asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, que tienen por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por este Tribunal Supremo del Reino de España, mediante autos de 27 de junio de 2017 (C-105/18, C-106/18, C-108/18, C-110/18 y C-111/18), de 18 de julio de 2017 (C-107/18 y C-113/18), de 4 de julio de 2018 (C-109/18) y de 11 de julio de 2017 (C-112/18), recibidos en el Tribunal de Justicia el 13 de febrero de 2018, en los procedimientos seguidos entre varias asociaciones y empresas, entre las que se encuentra la recurrente, y la Administración General del Estado. En su parte dispositiva, la citada sentencia del TJUE declara, literalmente:

"1) El artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, 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 de actuación en el ámbito de la política de aguas, deben interpretarse en el sentido de que se no oponen a un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía como el controvertido en los litigios principales, que no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y cuya cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daños al dominio público, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores de energía hidroeléctrica.

2) El principio de no discriminación establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un canon como el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica controvertido en los litigios principales, que solo recae sobre los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas situadas en el territorio de más de una comunidad autónoma.

3) El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica controvertido en los litigios principales no recaiga, por una parte, sobre los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas hidrográficas situadas en el territorio de una única comunidad autónoma y, por otra parte, sobre los productores de energía eléctrica procedente de fuentes diferentes de la hidráulica no constituye una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición en favor de esos productores, ya que estos últimos no se encuentran, habida cuenta del marco de referencia pertinente y del objetivo perseguido por el canon, en una situación comparable a la de los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas hidrográficas situadas en el territorio de más de una comunidad autónoma sujetos a dicho canon, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

Duodécimo.

En virtud de nueva providencia de 18 de junio de 2020, el Tribunal acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo común de diez días, sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, trámite que efectuó la representación de UNESA mediante escrito de 3 de julio de 2020; la de IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. en escrito de 6 de julio de 2020 y el Abogado del Estado el 9 de julio de 2020. El Ministerio Fiscal formula su escrito alegatorio el 11 de agosto de 2020. El contenido de la providencia es, ad pedem litterae, el que a continuación se reproduce:

"[...] Por evacuados los anteriores trámites; óigase a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo común de diez días, sobre la procedencia de plantear al Tribunal Constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 112 bis del Texto refundido de la Ley de Aguas, bajo la rúbrica de "canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica", aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio -en la redacción añadida por el artículo 29 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética-, en el presente recurso contencioso-administrativo, en que se impugna directamente 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 intracomunitarias", publicado en el -Boletín Oficial del Estado nº 72, de 25 de marzo de 2015.

La cuestión suscitada se funda, en principio, en la eventual oposición de la regulación legal del mencionado canon con diversos preceptos -en esencia, los contenidos en el artículo 31.1 de la Constitución Española, en relación con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los tributos de naturaleza extrafiscal-, toda vez que de la validez de tales preceptos podría depender el fallo de este recurso de casación, en que la norma impugnada es la disposición reglamentaria indicada.

A la Sala le surge la cuestión, de necesario esclarecimiento para la resolución del recurso judicial, relativa a la verdadera naturaleza del tributo regulado en dicho precepto: o bien se trata, como su propio nomen iuris y algunos rasgos de su regulación indican, de una tasa, en cuyo caso surgen a la Sala graves reparos sobre el acomodo de dicha tasa con los preceptos constitucionales; o bien constituye un impuesto de finalidad ambiental, que también nos plantea, así calificado, el dilema de su ajuste a la Constitución.

La Sala es consciente de que la naturaleza o calificación de un tributo como impuesto o tasa no requiere, en principio, de la colaboración del Tribunal Constitucional a efectos de decisión de los procesos judiciales, por vía de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, a fin de precisar el acomodo del Reglamento aquí impugnado con la Ley que lo habilita y de ésta con el texto constitucional. Pero ese reenvío sí se hace necesario cuando el Tribunal alberga dudas sobre la constitucionalidad tanto en uno como en otro caso, que se pueden resumir de la siguiente manera, a fin de facilitar el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

1) Si el canon tiene naturaleza de tasa, conforme a su denominación legal, el art. 112 bis TRLA no permite per se determinar la base imponible, ya que la relega su fijación por los Organismos de Cuenca, con eventual infracción del principio de reserva de ley (art. 31.3 CE).

- No guarda su establecimiento, en principio, relación con el aprovechamiento del demanio fluvial, a tenor de la lectura conjunta de su regulación con la exposición de motivos de la Ley que introduce el canon (art. 31.1 CE, justicia del sistema tributario y 9.3 CE, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica).

- No toma en cuenta, en su regulación, el principio de recuperación de costes, ni ninguno otro de internalización o de reparación del daño fluvial, ni prevé la forma de recuperación de ese coste o daño ni del reparto de su reparación entre todos los potenciales sujetos de derecho que, mediante la utilización o aprovechamiento de los ríos, ocasionen daños al demanio (art. 31.1 CE). Por ejemplo, se establece a presunción indestructible de que, a más producción, más daño medioambiental, sin prever ni regular la posibilidad que, por eficiencia en el funcionamiento o por otras causas, esa correspondencia no sea absoluta.

- La base imponible es más propia de un impuesto, en tanto se proyecta sobre una directa manifestación de capacidad económica, expresada en el valor de la producción de la energía eléctrica, que la de una tasa.

La finalidad de sufragar el déficit de tarifa que reconoce la ley parece incompatible con la tasa ambiental (aunque también, en principio, con un impuesto ambiental). El preámbulo dice una cosa y la otra, de forma antagónica, de suerte que no puede elegirse indistintamente una naturaleza jurídica o la contraria, a conveniencia, porque en su propia contradicción puede radicar la clave de la inseguridad jurídica (art. 9.3 CE).

- Falta de justificación de por qué no se extiende la tasa a otros usos y aprovechamientos del agua fluvial que también afecten o perjudiquen el medio ambiente mediante su uso.

- No hay estudio o memoria o dato alguno que permita determinar el coste que habría de ser sufragado para la protección o recuperación del dominio público ni reparto ni equivalencia. No se trata de un documento formal, ni de un trámite del procedimiento de elaboración de la ley -de los interna corporis -.

- Las exclusiones o no sujeciones al canon de terceros que también producen energía eléctrica o hacen uso del mismo dominio público afectaría al gravamen a las eléctricas.

2) Si el canon reiterado es, por el contrario, un impuesto con finalidad ambiental, parte del debate anterior se puede reproducir también. Así:

- No se respeta el principio de capacidad económica y el de generalidad (art. 31.1 CE).

- Se incumple el principio de reserva de Ley, pues se relega al reglamento un elemento esencial como la determinación de la base imponible, que no puede ser establecida, ni indiciariamente, mediante la sola la fórmula legal.

- Falta de finalidad ambiental, puesta de manifiesto en la derivación del destino de lo recaudado a fines ajenos a los ambientales, lo que corrobora el hecho de que las leyes de presupuestos posteriores no habilitan previsión alguna sobre el destino de los fondos.

- De tratarse de un impuesto, no estaría constitucionalmente justificada la exclusión de las actividades de aprovechamiento del demanio en cuencas intracomunitarias, provocando una desigualdad injustificada entre empresas eléctricas (art. 31.1 CE) y más que posibles distorsiones en la competencia.

- posible doble imposición para los sujetos pasivos que, además de dedicarse a la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica (art. 4 y concordantes de la Ley 15/2012), lo hagan mediante la utilización de un sistema de producción hidroeléctrica, porque se grava, para tales casos, dos veces la misma capacidad económica.

Debe significarse a las partes que mediante auto de 10 de enero de 2018, esta Sala ya planteó cuestión de inconstitucionalidad, en el recurso de casación nº 2554/2014 , en relación con los artículos 1 , 4,1 , 6,1 , 8 y 9 de la mencionada Ley 15/2012, de 27 de diciembre -reguladores de otra figura tributaria distinta, el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE), por su eventual contradicción con el principio de capacidad económica que proclama el artículo 31.1 de la Constitución , habiendo quedado suspendidos, hasta tanto se resolviera dicha cuestión, los recursos de casación nº 157/2015 y 8/2016, sustancialmente idénticos al mencionado. Aun cuando tal cuestión fue inadmitida a trámite, no lo fue por razón de la falta de fundamento de las razones argumentadas en el auto, que quedaron así imprejuizadas y pueden ser reproducidas, nuevamente, si se parte de la base de que el canon del artículo 112 bis TRLA es, por su regulación y efectos, un impuesto y no una tasa.

Es preciso aclarar que este trámite de audiencia no prejuzga el planteamiento mismo de la cuestión de inconstitucionalidad ni los términos en que, en su caso, quede sustanciada tal cuestión en el auto que, en su caso, pueda proceder.

En relación con los escritos que puedan presentar las partes, únanse una vez recibidos a las actuaciones, debiendo estarse a lo acordado con anterioridad [...]."

Dicho trámite fue evacuado por las partes personadas y por el Ministerio Fiscal, en los términos que figuran en los respectivos escritos presentados, que obran en las actuaciones procesales.

Decimotercero.

Cumplido el expresado trámite, por providencia de 8 de abril de 2021 se señaló para deliberación, votación y fallo de este recurso el 13 de abril de 2021, en que se deliberó, votó y falló, con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto de la impugnación procesal.

Es objeto de impugnación directa, en este proceso jurisdiccional, 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, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de marzo de 2015.

Segundo. Sobre el resultado de la cuestión prejudicial planteada por esta Sala y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es preciso indicar, con carácter previo, que la doctrina establecida en la sentencia de 7 de noviembre de 2019 en los asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, que tuvieron por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por este Tribunal Supremo, mediante autos de 27 de junio de 2017 (C-105/18, C-106/18, C-108/18, C-110/18 y C-111/18), de 18 de julio de 2017 (C-107/18 y C-113/18), de 4 de julio de 2018 (C-109/18) y de 11 de julio de 2017 (C-112/18), doctrina en la que se analizan y despejan las dudas suscitadas a este Tribunal Supremo, hace innecesario volver a plantear nueva cuestión ante mismo Tribunal de Justicia sobre el mismo objeto, incluso sustentada en otros enfoques, motivos o infracciones distintas de las que fundamentaron las cuestiones ya decididas, pues la adecuación del canon hidrológico que dicha ley establece y regula ya ha sido examinada, con extensión y plenitud, por el TJUE, al analizar la cuestión prejudicial que en su día planteamos.

En ello parecen convenir las partes procesales en el trámite ofrecido a propósito de la indicada sentencia, pues sólo UNESA suscita alguna duda o reticencia que, sin embargo, carece de la fuerza necesaria, en su sentir, para incorporar en el suplico de su escrito una iniciativa de tal signo, pues en él lo que se solicita es el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, solicitud que, implícitamente, descarta otras posibles, al margen de que, obviamente, también se interesa la nulidad del reglamento combatido, íntegramente o, de forma subsidiaria, en alguno de sus preceptos, debido a la concurrencia denunciada de vicios propios de éste.

Cabe añadir que tal criterio se ve ratificado y reforzado, a nuestro juicio, en la reciente sentencia de 3 de marzo de 2021, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, recaída en el asunto C-220/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante auto de 22 de febrero de 2019, en el procedimiento entre Promociones Oliva Park, S. L., y el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de la Comunidad Valenciana, pues aunque se refiera a figuras tributarias distintas a la ahora debatida, se pronuncia sobre las dudas expuestas por la Sala de Valencia de este orden jurisdiccional, en relación con el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica -IPVEE-, que guarda con el canon ahora debatido indudables semejanzas dogmáticas, entre otras, su designio o finalidad medioambiental.

Tercero. *Sobre la conformidad a la Constitución Española del reglamento impugnado y del art. 112 bis TRLA que le presta cobertura.*

Hemos de anticipar, ya, que esta Sala, tras examinar en profundidad las amplias alegaciones de las partes y el Ministerio Fiscal, así como la doctrina constitucional sobre otras figuras tributarias de signo medioambiental, ha decidido no plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los preceptos aludidos y con los razonamientos que fueron ofrecidos a las partes y al Ministerio Fiscal en la providencia de 18 de junio de 2020, cuyo texto íntegro ya se ha reproducido en el antecedente duodécimo. Explicamos a continuación las razones de tal decisión:

1) Como argumento preliminar, hemos de recordar, una vez más, que diversas compañías del sector eléctrico, a través de diferentes recursos, bien contencioso-administrativos -llamados usualmente en esta Sala recursos directos- bien por la vía del recurso de casación -atendiendo a la naturaleza y rango del acto o disposición que se haya sometido a impugnación, determinante de la competencia- lanzan su embate, directamente, contra las normas tributarias con rango de ley, normalmente en materia ambiental, respecto de las que carecen de legitimación directa para promover, por sí mismas, la inconstitucionalidad de la ley de que derivan los actos generales o particulares que se recurren. Únicamente pueden suscitar la impugnación, ante esta jurisdicción, de disposiciones generales o de actos de aplicación de la ley (art. 1 de la LJCA), no obstante lo cual, centran la parte sustancial de sus argumentos, en sus escritos rectores alegatorios -y este recurso es buen ejemplo de ese proceder reiterado-, en vicios directamente imputables a la norma de rango legal, en sí misma considerada, con el propósito de que esta Sala, en los términos y con las condiciones y requisitos del artículo 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, plantee cuestión de inconstitucionalidad dirigida frente a la ley, en este caso el art. 112 bis TRLA (al margen de la cuestión prejudicial, a la que ya hemos hecho referencia), o bien suscite cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no siendo infrecuente que se solicite de la Sala que sea el vehículo para el desarrollo de tales iniciativas procesales.

2) Además, una dificultad dogmática que entorpece la viabilidad de tal iniciativa procesal, no impedida en rigor si se cumplen los requisitos legales para ello, deriva de la presencia del denominado juicio de relevancia, por virtud del cual, de la hipotética inconstitucionalidad de la norma sometida a la duda constitucional, aquí el canon hidrológico que crea y regula el art. 112 bis TRLA, dependería, en un relación directa y necesaria, el fallo del proceso en cuyo seno se aborda, afirmación que no sólo supondría el éxito de la pretensión articulada cuando la ley aplicable al caso fuera vulneradora de la Constitución, sino su correlativo fracaso cuando sucediera lo contrario, a menos que hubiera otros motivos en que sustentar la nulidad del acto o disposición objeto del recurso judicial, por causas propias o intrínsecas, como también se suscita en este caso, en que se denuncia que el reglamento incurre en exceso legal. Así, conforme al art. 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone:

"Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley".

3) Ese juicio de relevancia imprescindible no aparece suficientemente caracterizado en este asunto, a nuestro juicio, por dos razones: a) la primera, porque en la demanda se suscita la nulidad íntegra y completa del reglamento -y, en su caso, la de los preceptos transcendentales para la existencia del canon y su exigibilidad, como los que afectan a la base imponible, a los sujetos pasivos o al tipo de gravamen- de suerte que se diluye en cierto modo la importancia de despejar la incógnita constitucional, referida a la norma parlamentaria, cuando se puede alcanzar la misma conclusión, o el mismo efecto invalidatorio, al menos, mediante el examen autónomo de los vicios propios que aquejan al reglamento, por su extralimitación legal; y b) quizás con mayor fuerza, el hecho de que se impugne una norma reglamentaria, por su propia naturaleza general y abstracta, esto es, desvinculada de personas o características comunes, diluye y desdibuja notablemente ese juicio de relevancia. Así, por ejemplo, de nada sirve discurrir por el terreno de los principios rectores de una institución o figura tributaria cuando tales principios quedan al margen de la situación jurídica particular en que quedaría la sociedad o entidad recurrente con respecto al gravamen a que se destinaría su actividad económica singular y concreta.

4) Es cierto que la norma cuestionada es extraña y obedece a una técnica normativa que no parece muy depurada. La crítica jurídica que ha recibido el canon hidrológico por diversos organismos públicos, independientes en su criterio, avala que se trata de un canon donde el designio recaudatorio está presente de manera muy notable. Nosotros mismos hemos aceptado, como dato fáctico, esa finalidad, cuando menos equívoca, del canon en el propio auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, en que hablábamos, de modo literal sobre si "...El artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60/CE ... 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...".

5) Otra dificultad añadida que conviene resaltar a la hora de decidir, en Derecho, si es pertinente o no el planteamiento de la cuestión de inconstitucional es la de la discutible naturaleza del canon conforme a la taxonomía clásica de los tributos y su división en impuestos o tasas -a salvo la figura de las contribuciones especiales, hoy residual-. En particular, la duda que ofrece el proceso es si estamos ante una tasa por la ocupación del dominio público hidráulico, como su propio nomen iuris denota y su regulación, en ciertos aspectos, respalda; o si se trata de un impuesto, atendida la fuerza con que parece gravarse una manifestación directa de capacidad económica, lo que se revela en la propia estructura de la base imponible en el art. 112 bis TRLA.

Ahora bien, la obligación de decidir ante el dilema de si estamos, ante esta figura híbrida y de problemático encasillamiento en su regulación, en presencia de una tasa o de un impuesto, nos corresponde prima facie a nosotros, por ser materia y cuestión de legislación ordinaria o infraconstitucional, que versa sobre la calificación o interpretación de la ley, en tanto desarrolla los elementos esenciales del tributo, no obstante lo cual, es difícil y prolijo determinar la índole o categoría tributaria del canon del que la eventual inconstitucionalidad de la ley dependería, en cierto modo. Esto es, esa calificación como tasa o impuesto no podemos llevarla a un auto de cuestión de inconstitucionalidad sin graves dificultades dogmáticas, pues habría de basarse en esa dicotomía tasa-impuesto para plantear sus dudas de modo alternativo o disyuntivo, en función de los límites estructurales de una y otra figura y su -en principio- distinto grado de intensidad con que juegan los principios del artículo 31.1 CE en el marco de un sistema tributaria justo.

Cuarto. *El canon hidrológico establecido en el artículo 112 bis TRLA es una tasa y como tal debemos abordar la impugnación de la demanda, lo que nos lleva a no plantear cuestión de inconstitucionalidad de la citada norma legal.*

1) Si la figura fiscal cuyo examen nos ocupa ahora, el canon hidrológico establecido en el art. 112 bis TRLA es una tasa, conforme a su nomen iuris y a buena parte de los aspectos de su regulación positiva, de tradicional identificación con la tasa por la utilización u ocupación del dominio público, las denuncias que al respecto se efectúan, sobre las que debemos pronunciarnos a fin de explicar, con la suficiente fuerza motivadora, por qué no vamos a plantear la suscitada cuestión de inconstitucionalidad, pese a que hemos oído a las partes, las denuncias, decimos, cabe resumirlas en las siguientes infracciones: a) el régimen legal no permite per se determinar la base imponible, sino que la relega a los Organismos de cuenca; b) no guarda, en principio, relación con el aprovechamiento del demanio hidráulico; c) no toma en cuenta el principio de recuperación de costes, ni ninguno otro de internalización, reparación del daño de las aguas continentales o reparto entre los sujetos pasivos; d) la base imponible es más la de un impuesto, en tanto se proyecta sobre una manifestación directa de capacidad económica,

que la de una tasa; e) la finalidad de sufragar el déficit de tarifa parece incompatible con la tasa ambiental (aunque también, en principio, con un impuesto ambiental). A tal efecto, el preámbulo de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, parece contradecirse, en el sentido de que sostiene una cosa y su contraria, siendo así que en su propia contradicción puede estar la clave de la inseguridad jurídica; f) falta de justificación de por qué no se extiende la tasa a otros usos del agua que también afecten o perjudiquen el medio ambiente mediante el uso del agua; g) no hay estudio o memoria sobre el coste que ha de ser sufragado para la protección del demanio ni reparto ni equivalencia. No se trata de un documento formal, ni de un trámite del procedimiento de elaboración de la ley -de los interna corporis-; h) las exclusiones del gravamen a otros usos o las no sujeciones afectarían al gravamen a las eléctricas.

En respuesta a tales argumentos, cabe indicar lo siguiente:

a) La base imponible no se relega, en puridad, a los organismos de cuenca, toda vez que el apartado 4 del art. 112 bis de la Ley indica:

"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 período impositivo anual por el concesionario mediante la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico".

No se difiere, pues, al arbitrio de los organismos de cuenca la definición de la base imponible, que será "el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, y medida en barras de central", lo que no priva al gestor del demanio de la concreción o cuantificación del valor de su producción por cada usuario, que es lo que se asigna a los organismos de cuenca.

b) El alegato de que el canon no guarda, en principio, relación con el aprovechamiento del demanio hidráulico, no es atendible, de modo inconcuso, como para plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 112 bis del TRLA.

- De un lado, porque se trata de una afirmación apodíctica la de que el modo de establecer la base imponible sea por completo ajena al uso o la intensidad de uso, en tanto el proceso se presenta, como ya hemos dicho, con perfiles de gran abstracción, de suerte que no cabe prueba, ni se ha intentado, sobre la falta de correlación -en la ley- entre el gravamen establecido o su cuantía y esa intensidad de la que hablábamos, referida, oportuno es recordarlo, solo a los bienes de dominio público a que se refiere el párrafo a) del artículo 2 de la ley, esto es, "...a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación", con correlativa exclusión legal de otras aguas que podrían ser, a otros efectos, ser reputadas continentales, como las de las letras b) y c) del artículo 2 que se cita: "b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.... o c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos".

- De otro lado, porque el legislador ha tasado en el valor de la producción de energía eléctrica el grado no ya de utilización, sino de afectación del dominio público de esta particular clase de bienes, las aguas continentales, que considera más sensibles a los daños medioambientales y, al tiempo, las considerada más amenazadas o perturbadas por la actividad que desarrollan las empresas hidroeléctricas. Tratándose, como decimos, de un juicio meramente abstracto el que habría de hacerse a la ley reguladora, no podemos establecer, ni aún como duda que incorpore el juicio de relevancia, pues se parte de la base de un hecho meramente presumido, no establecido, la conjetura de que el gravamen no guarda la proporción debida con el aprovechamiento, utilización o consunción del demanio de las aguas continentales.

c) En relación con el principio de recuperación de costes, de internalización, o de reparación del daño de las aguas continentales.

Cabe decir, sobre las dudas de constitucionalidad que se plantearon aquí, que hemos de seguir la doctrina que, si bien ceñida a la adecuación de la Ley al Derecho de la Unión Europea, estimamos válida en el juicio de sometimiento a la Constitución Española, que tales principios ambientales están presentes en el apartado 8 del art. 112 bis TRLA tan reiterado, en tanto sostiene que "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" a lo que añade, en el último párrafo del propio apartado 8, que "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". En tal previsión, modificada por el Real Decreto 198/2015 en un sentido favorable, en principio, a la tesis actora, pretende ver la demanda una despreocupación o abandono del designio medioambiental que, siguiendo la doctrina comunitaria, puede perseguirse o mantenerse por otros medios.

En otras palabras, una vez recaudado el importe global del canon e ingresado en su 98 por 100 en el Tesoro Público, no se puede inferir, de un modo ineluctable, salvo por sospechas o conjeturas, inválidas por sí solas a los efectos de suscitar la inconstitucionalidad del precepto, que una vez integrados los fondos recaudados en el Tesoro, no cabría aplicarlos a las atenciones de recuperar los costes o su internalización, tesis requerida de prueba, al margen de lo que vamos a indicar respecto del cambio reglamentario in bonam partem respecto de la inicial previsión legal.

Es verdad que la técnica normativa no resulta excesivamente pulcra, puesto que el Real Decreto impugnado corrige a la Ley -lo que no cabe negar, dada su evidencia- para prever que "los Presupuestos Generales del Estado destinarán a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico y las masas de agua afectadas por los aprovechamientos hidroeléctricos, al menos un importe igual a la cantidad prevista en el apartado 4 del artículo 12 anterior, de acuerdo con lo definido en el artículo 14". Esto significa que el reparto que el artículo 112 bis.8 TRLA regula se ve complementado con una previsión reglamentaria que satisface el principio de recuperación de costes, al destinarse al menos un importe igual a lo recaudado a tal atención. Que tal previsión presupuestaria se cumpla o no es cuestión ajena al enjuiciamiento del Real Decreto.

d) De la denuncia de que la base imponible es más la del impuesto, al afectar a una manifestación directa de capacidad económica, que la de una tasa.

En numerosas ocasiones distintas, esta Sala ha podido ponderar la gran dificultad conceptual de valorar el importe de las tasas que las Administraciones públicas pueden obtener y recaudar a cambio del uso o aprovechamiento del dominio público. Uno de los obstáculos estructurales para justipreciar el valor del aprovechamiento privativo o el uso especial del dominio público radica, justamente, en medir el valor del bien sobre el que recae su uso especial que, no debemos olvidar, está fuera del comercio de los hombres (art. 132 CE, en relación con sus concordantes del Código Civil). Si esa dificultad es notable para determinadas clases de bienes materialmente semejantes a los que sí son objeto de comercio o transmisión -como las aceras en las tasas que graven su ocupación mediante vados-, lo es más aún para justipreciar el valor del agua continental o, más precisamente aún, la traducción económica de ese valor medioambiental que tales aguas poseen, como bienes escasos y merecedores de la máxima protección, lo que les confiere una dificultad añadida de precisión.

Por lo demás, el principio de capacidad económica no es ajeno por completo a la tasa, ni en su configuración abstracta, ni en su cuantificación. Baste para ello con considerar lo que al respecto que el artículo 8 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, sobre el principio de capacidad económica, dispone que "En la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas", lo cual no sólo sirve para su fijación legal, esto es, para modular el rigor del principio retributivo, sino para erigirla en parámetro de determinación de la intensidad del uso de los bienes demaniales cuando esa intensidad guarde relación o concordancia con la afectación, deterioro o necesidad de reposición o recuperación de tales bienes, en este caso las aguas continentales, tal como las define el art. 2.a) del TRLA. De ahí que sea fácil confundir la tasa con un impuesto, máxime en presencia de una regulación legal como la que nos ocupa, en que sin embargo cabe una interpretación, por este Tribunal Supremo, que resulta plenamente conforme con el art. 31 CE, del art. 112 bis TRLA y del reglamento a que éste da cobertura, el efectivamente impugnado en este proceso.

e) Sobre el alegato de que la finalidad de sufragar el déficit de tarifa es incompatible con la tasa ambiental (también lo sería con un impuesto ambiental).

A tal efecto, el preámbulo de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, no contiene afirmación alguna en relación con la finalidad del canon, ni de las demás figuras impositivas que establece, todas unidas bajo el designio ambiental común que el propio preámbulo destaca, en relación con el objetivo, que se supone antagónico de este, de sufragar o contener el denominado déficit de tarifa, en relación con el cual hay abundante jurisprudencia constitucional.

Es cierto e incontrovertido que en los trabajos preparatorios del proyecto de ley se aludía a esa intención económica, pero tales trabajos, que pueden servir de pauta interpretativa del tenor literal de la ley, incluyendo su preámbulo, como muestra o signo de la denominada mens legislatoris, carecen de significado cuando el proyecto se desarrolla y, en su tramitación y aprobación parlamentaria, se suprimen o no constan expresamente las intenciones del legislador contradictorias con la finalidad ambiental.

A ello cabe añadir que, en esencia, la finalidad ambiental y la recaudatoria no son antagónicas o incompatibles per se, vistas desde el ángulo de su presencia común en una misma regulación -cosa distinta y más problemática es que tal antinomia sea signo de doble imposición prohibida cuando así lo disponga la ley, normalmente en las relaciones entre la ley estatal y autonómica, en los términos del art. 6 LOFCA, aquí ajena al debate trabado-. Tal duplicidad, al menos aparente, de fines, más propia de los impuestos que de las tasas, ya está reconocida en el art. 2.1 LGT, segundo párrafo, así como en la doctrina constitucional que lo interpreta (STC 37/1987, de 26 de marzo). En todo tributo está, en esencia, el objetivo recaudatorio, que no es incompatible con la persecución de fines económicos o sociales amparados en la Constitución. En este esquema clásico, además, interfieren nuevos principios medioambientales que aportan una nueva visión, en la medida en que no se trata tanto

de disuadir de determinadas prácticas o conductas (como sucede, en particular, en los impuestos especiales), como de hacer recaer las consecuencias de la actividad potencialmente lesiva del medio ambiente a quienes crean el daño o el peligro para éste mediante el ejercicio de una actividad empresarial de la que se obtienen beneficios. Así, los principios de recuperación de costes, de internalización o el de que "quien contamina paga".

Dicho lo cual, nos remitimos a lo expresado más arriba, en las letras b) y c) del presente fundamento jurídico.

f) Sobre la falta de justificación de por qué no se extiende la tasa a otros usos del agua que afecten o perjudiquen el medio ambiente en tales usos.

Esta infracción, en que se viene a incorporar, de un lado, el principio de igualdad o no discriminación (art. 14 CE y, en la medida propia, el art. 31.1 CE) y, de otro, el desequilibrio financiero de la tasa cuando varios potenciales realizadores del hecho imponible quedan fuera de su alcance, adolece de un defecto argumental de partida, el de que correspondería a la ley justificar el sentido último de su regulación.

Este motivo parece, pues, lastrado por la difícil conciliación entre el proceso contencioso-administrativo y el juicio constitucional, aunque indirecto, pues el primero sirve para impugnar actos y disposiciones y, en tal tarea, fijar los presupuestos de hecho de que deriva su aplicación mediante la prueba procesal, pero no para reclamar a la ley parlamentaria que explique a sus finales destinatarios singulares o concretos, que la propia ley no conoce ni identifica, sus determinaciones, obligaciones y prohibiciones.

Para empezar, no cabe desconocer que el art. 112 del TRLA, ya en su originaria versión, preveía el canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico, en que se gravaba la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico incluidos en los párrafos b) y c) del artículo 2 de la presente Ley, que requieran concesión o autorización administrativa. El nuevo canon entronizado por la Ley 15/2012, en su artículo 112 bis, excluye de la anterior figura, en función de la clase de bienes, aquí las aguas continentales, fijando ahora un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica.

Cabe inferir de la regulación legal que los usos, o más bien sus titulares, de estos bienes demaniales, distintos del que nos ocupa, no afectan o lesionan los bienes medioambientales como lo hacen quienes utilicen esas aguas para la producción de energía eléctrica, actividad que la ley considera más dañosa, gravosa o lesiva para el medio ambiente en las aguas continentales -y no en otras-. Es de recordar que el designio medioambiental que preside la creación del canon y su exigencia a determinados agentes económicos guarda relación directa con esa afectación, daño, consunción o reparación del dominio público, sin que quepa prueba de lo contrario frente a la configuración legal, atendido, es de repetir, el que la tasa no menoscaba la exigencia prevista en el art. 112 TRLA en otra clase de bienes del demanio hidráulico.

g) La alegada ausencia de estudio o memoria sobre el coste que ha de ser sufragado para la protección del demanio, reparto ni equivalencia. No es un documento formal, ni un trámite del procedimiento normativo - interna corporis-.

Sucede que el apoyo en la exigencia legal prevista en el artículo 19 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (Ley 8/1989), incluyendo lo atinente a la memoria económico-financiera exigida por el artículo 20 del mismo texto legal, no puede servir de canon o parámetro para la exigencia de los requisitos formales en una ley posterior y más especial, como el TRLA.

Tal es así porque lo establecido con carácter general en la Ley de Tasas y Precios Públicos no sirve para determinar la infracción que se imputa a la nueva regulación, precisamente por razón del idéntico rango que ostenta la disposición legal denunciada aquí respecto de la norma que se dice infringida.

Además de ello, tal tesis sería solo admisible en el caso de que estimáramos que estamos ante una tasa, no un impuesto, pues solo para ellas prevé la ley general la exigencia de memoria económico-financiera. Tal carencia, imputada al precepto legal, no solo parte de la denuncia de infracción de un documento esencial a la ley misma, como creadora del tributo, sino que sugiere que se desdibuja la justificación del porqué de la cuantía y de su reparto entre los distintos sujetos pasivos.

Ahora bien, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, que es la norma de cabecera de las tasas estatales, no prevé con carácter imperativo ese documento de la memoria -más propio, debe decirse, de las tasas remunerativas, en todo o en parte, de la prestación de los servicios públicos, que de la ocupación del dominio público, pues solo en las primeras juegan con toda su extensión los conceptos de equivalencia y reparto-, ni tampoco hace alusión alguna a la memoria como exigencia formal y previa en su articulado, salvo para referirse, en varios casos, a las órdenes ministeriales que modifiquen el importe de la tasa, previsión que no se contiene en los artículos 61 a 65 de la mencionada Ley, en el Título I, Capítulo VII.

h) Las exclusiones del gravamen a otros usos o las no sujeciones afectarían al gravamen a las eléctricas.

En relación con otros usos del dominio público en aguas continentales ya nos hemos pronunciado en la anterior letra f), pero la queja se extiende igualmente, no solo a otros usos del agua liberados de tributación alguna

por este concepto, en el sentido de que el canon del artículo 112 bis TRLA solo grava el uso de las aguas continentales necesario para la generación de energía eléctrica, no a otros diferentes, sugiriéndose al respecto que sus titulares deberían contribuir a la internalización de los supuestos daños medioambientales, por lo que se citan a título de ejemplo las actividades de navegación y transporte fluviales, las actividades recreativas (se supone que dentro de las zonas tipificadas como aguas continentales, que expresamente excluyen los cursos de agua), y muy especialmente de aquellas que constituyen usos consuntivos del recurso natural, que no menciona, ni como ejemplo, cuáles serían y los datos esenciales de la discriminación que implícitamente se recrimina a la ley.

Pues bien, precisamente porque el canon escapa en cierta buena medida a la dogmática de la tasa, en lo referido a los principios de equivalencia y reparto, el gravamen a las empresas eléctricas no sufre un peso económico, una carga fiscal añadida, por el mero hecho de que determinadas actividades, no equiparables con el uso del agua que se precisa para producir energía eléctrica, queden excluidas del ámbito de su imposición, pues no hay correlación alguna entre esa exclusión y un mayor coste fiscal para las actividades incluidas. La variedad de utilizaciones distintas excluye de suyo la existencia de discriminación, por no existir una situación equiparable.

Además del alegato anterior, se aduce también, dentro del campo estricto de la producción de electricidad, que las centrales hidroeléctricas sufren discriminación frente a otras tecnologías de producción de energía eléctrica mucho más contaminantes. Así, se afirma que el tributo incrementa considerablemente la presión fiscal de una de las fuentes de energía que UNESA considera menos contaminantes, lo que supondría favorecer a las más contaminantes -que se abstiene de indicar, a título de ejemplo-.

Tal afirmación es impropia, por indemostrada, frente a una norma reglamentaria de suyo abstracta y general, máxime cuando la impugnación descansa, de modo preponderante, en la censura a la ley habilitante. Justamente porque no cabe descender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, no puede hablarse, en abstracto, en el ámbito procesal de un recurso directo frente a un reglamento (arts. 1.1; 26.1 y 31.1 de la LJCA), de que unas actividades son más contaminantes que otras y, sobre todo, que la tributación sobre esas otras tecnologías, que no se mencionan ni detallan en su potencial de daño al medio ambiente, es menos gravosa que la que aquí se controvierte, teniendo en cuenta no sólo esta norma, sino el sistema tributario en su conjunto -incluso en los impuestos creados en la misma Ley 15/2012-, pues la tesis contra la disposición aquí recurrida se basa en la disconformidad con la Constitución de un precepto de la Ley de Aguas, el art. 112 bis de su Texto Refundido, limitado a establecer un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, no por el uso de otros bienes demaniales o por la afectación o daño medioambiental de otro signo o que recaiga sobre bienes distintos. Al margen de la prueba precisa de comparación, no posible frente a la ley, falta el indicio del daño a las aguas continentales que provocarían esas actividades más contaminantes -del agua-.

Así lo afirma el preámbulo de la mencionada Ley 15/2012:

"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 lechos 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".

i)Sobre el hecho de que el canon sólo grave las demarcaciones intercomunitarias, no así las intracomunitarias, quedando fuera de la tributación un 7,1 % de la potencia hidroeléctrica.

Con fundamento en que analizamos una tasa cuyo hecho imponible es la producción de energía eléctrica en aguas continentales, sólo es posible el ejercicio de la procedente potestad tributaria por el titular del demanio que se pretende proteger.

La ley, formalmente, denomina tasa a una figura que, ya hemos señalado, participa de varias notas dogmáticas del concepto legal de la tasa (así, recae sobre la utilización del dominio público como contraprestación), lo que justifica plenamente la razón por la que se excluye el uso de las aguas que pertenezcan a cuencas intracomunitarias, porque el dominio público no es estatal, sino autonómico, lo que no excluye, que el uso de las aguas continentales de cuencas intracomunitarias pudieran ser objeto de gravamen por las comunidades autónomas titulares de ese demanio.

No en vano, la Ley 15/2012 se dicta al amparo -disposición final segunda- de la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda General prevista en el artículo 149.1.14.^a de la Constitución Española "salvo lo dispuesto en el título IV que se dicta al amparo del artículo 149.1.22.^a de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma".

Quinto. *Sobre los vicios de nulidad intrínsecos que se imputan al Real Decreto 198/2015.*

Descartada, pues, la procedencia y necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 112 bis TRLA, por las razones ampliamente expuestas, debemos ahora centrarnos en el reglamento, en sí mismo considerado.

Un último bloque argumental se dirige, de modo específico, a impugnar el Real Decreto objeto de este recurso sobre la base de sus propias infracciones a la Ley, al margen de los pretendidos defectos de que adoleciera ésta misma, a los que hemos dado respuesta.

a) Se suscitan en la demanda infracciones del reglamento, por su extralimitación, afirmando en primer lugar, que en él se modifica el concepto de "instalación" legal.

El Reglamento utiliza un concepto diferente de "instalación" ("suma de las potencias de los grupos" de una central de producción -art. 4 del RD-, frente al concepto recogido en la normativa eléctrica ("instalación es cada grupo, no su suma, de una central de producción"). Ese concepto normativo despliega sus efectos en la reducción del canon en un porcentaje alto para determinadas instalaciones.

Hemos de decir que el art. 112 bis, 7 TRLA dispone lo siguiente:

"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".

La demanda considera que ese concepto o referencia a la instalación establecido en la ley resulta contradicho, con infracción o exceso de aquella, en el art. 4, en sus dos primeros párrafos:

"A efectos de determinación de los umbrales a partir de los que opera la reducción prevista en el artículo 112 bis.7 del texto refundido de la Ley de Aguas, se entiende por "instalación" la central hidroeléctrica y por "potencia de la instalación" la suma de las potencias de los grupos en ella instalados, sin que pueda subdividirse la potencia total de cada central incluida en la concesión de aguas a los efectos del canon en grupos de potencia individual inferior.

Se entenderá por "potencia de los grupos", a efectos de lo previsto en este real decreto, la potencia instalada o la potencia nominal que figure inscrita en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, establecido por Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica".

Se denuncia al respecto que los términos que utiliza el reglamento son "instalación" y "potencia", que aluden a conceptos o realidades ya definidos en las normas que rigen el sistema eléctrico, a cuya definición se remite la demanda como canon interpretativo. Se afirma al respecto que el artículo 21 de la Ley 24/2013, reguladora del Sector Eléctrico, define la "instalación" de producción como unidad de producción sobre la que se aplican todas las normas eléctricas.

Consideramos que el reglamento no incurre en la contravención de la Ley que se propugna, que aquél debe desarrollar, pues ésta se limita a reconocer una reducción del canon 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.

La previsión del artículo 4 del Real Decreto se atiene a los conceptos de que la ley parte, sin alterarlos ni variar su definición o sus efectos. Cabe señalar, a este propósito, que no necesariamente han de coincidir las nociones o definiciones propias de las normas del sector eléctrico con las que contenga la ley fiscal, y menos aún suponer que las primeras se erigen en referencia o parámetro conceptual para establecer qué sea, a efectos de la reducción del canon en determinados casos, la instalación hidroeléctrica. No cabe olvidar que el artículo 12.2 LGT, invocado al respecto, dispone que "[e]n tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda", siendo así que no sólo es posible y válida la noción usual del término de que se trate, sino que tan jurídico es el establecido en la norma fiscal como el derivado de la legislación del sector eléctrico, sin jerarquía entre sectores, sino entre normas en función de su rango y, cabe aún, de su condición de norma especial.

Por ello, la reducción de la base imponible prevista en el apartado 7 del art. 112 bis TRLA sería impensable sin atender al sentido y finalidad fiscal y, a un tiempo, ambiental, de la norma, por lo que procede partir de un

concepto no necesariamente suministrado por la norma eléctrica, atendidos, precisamente, el concepto de valor de la producción a fin de determinación de la base imponible -y a la vez, de la afectación o daño ambiental al dominio hidráulico-, de la que la palabra instalación se usa para obtener la reducción del 90 por 100 de esa base en función de la potencia.

Cabe añadir que la tesis de la actora, debido al carácter puramente abstracto de la norma, ni siquiera nos permite aseverar que la interpretación del reglamento, conforme a la ley, suponga para UNESA, incluso para sus asociados o integrantes, globalmente considerados, un perjuicio o trato desfavorable respecto del que reputa correcto, de suerte que el reglamento, en esa eventual extralimitación que se le atribuye, haya supuesto un empeoramiento de la posición jurídica de UNESA, en tanto organización que comprende la defensa de los intereses de sus asociados, que se pueden encontrar, eventualmente, en una multiplicidad de situaciones jurídicas distintas, e incluso antagónicas.

2. El Reglamento establece una desagregación de la base imponible del canon, en el caso de las instalaciones hidráulicas de bombeo mixto, que supone una extralimitación legal.

Para el análisis de esta concreta extralimitación que se predica del reglamento, es preciso señalar que el artículo 112 bis TRLA, tras definir la base imponible del canon, prevé en su apartado 7 una reducción de un 90 por ciento de dicha base para aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología hidráulica de bombeo y potencia superior a 50 MW:

"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".

Partiendo, pues, de que como se ha señalado, el artículo 112 bis.4 TRLA dispone que la base imponible del canon será el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, duda la recurrente de que el desarrollo reglamentario se atempere a tal previsión, en lo que se refiere a "las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología hidráulica de bombeo y potencia superior a 50 MW".

De este modo, se afirma que pese a que el artículo 3 del R.D. 198/2015, objeto de la impugnación, llamado a desarrollar el precepto legal, coincide con el TRLA habilitante en lo que concierne al establecimiento de la base imponible del canon como el valor económico de la energía producida, se aleja del régimen de la reducción definida en el apartado 7 del art. 112 bis, transcrito antes, pues el artículo 6 del Real Decreto establece una desagregación de la base imponible del canon para las centrales hidráulicas de bombeo mixto, esto es, aquellas que pueden producir energía eléctrica, a la vez, utilizando el agua tomada de un cauce o embalse y, a un tiempo, utilizando el agua previamente bombeada, caso que, según asevera la recurrente, no está expresamente previsto en la Ley, lo que supone una extralimitación de ésta.

El preconizado ultra vires de la disposición reglamentaria se concreta en el citado artículo 6, al señalar que: "...cuando la instalación eléctrica sujeta tenga la consideración de instalación de bombeo mixto, esta base imponible se desagregará en dos valores que determinen qué parte de la base imponible corresponde al valor económico de la energía originada por la fuerza electromotriz directamente generada por el agua embalsada o derivada procedente de corrientes, escorrentías, sugerencias o alumbramientos y qué parte de dicha base imponible corresponde al valor económico de la energía originada por la fuerza electromotriz del agua previamente bombeada..."

Esta previsión del artículo 6 del Reglamento, según sostiene la parte recurrente, en tanto desagrega la base imponible del canon y establece una diferencia entre la energía "directamente generada por el agua" y la "originada por la fuerza electromotriz del agua previamente bombeada", no tiene fundamento legal en el artículo 112 bis.4 de la Ley de Aguas y rebasa la habilitación de esta Ley.

En tal sentido, el exceso de la Ley descrita afecta, según se afirma, de manera muy relevante a los derechos e intereses de los contribuyentes del canon que utilizan en sus procesos productivos centrales de bombeo mixto.

La tesis argumentada por la parte demandante se sustenta en la falta de distinción, en la disciplina legal creadora del canon, de la figura de las instalaciones de bombeo mixto, que generan electricidad mediante las dos modalidades, la toma de agua y el bombeo de ésta.

A juicio de este Tribunal Supremo, no hay exceso legal por el hecho de que el reglamento, conforme a su función constitucional, asignada al Gobierno, desarrolle, ejecute y complemente las leyes (art. 97 CE), mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. En lo que respecta a este caso, lo que hace la norma del ejecutivo es precisar o concretar lo que queda en el aire en la definición legal de un elemento, que no resulta precisado en toda su extensión en la norma legal. Esta contempla una reducción para determinadas instalaciones hidroeléctricas de potencia igual o inferior a 50 MW -que no es objeto de controversia en la demanda- y también para las que, superando en potencia ese umbral, produzcan la energía eléctrica mediante tecnología hidráulica de bombeo, sin prever el caso del empleo de tecnologías mixtas o parciales.

Es cierto que la ley no especifica qué sucede con aquellas instalaciones que, figurando dentro del ámbito subjetivo de la norma y para las que hay que medir y calcular la base imponible, dentro de cuya actividad está la de excluir las reducciones previstas, utilizan no sólo la tecnología de bombeo en toda su producción, sino que distribuyen esta producción, una parte por bombeo y otra por turbinado, conforme especifica el artículo 8 del Reglamento, también puesto en cuestión por conexidad.

Consideramos que lo que efectúa el reglamento es una regla proporcional de cálculo, conforme a la cual, sólo será objeto de reducción de la base imponible la parte producida mediante bombeo, que ha de calcularse separadamente, no así la que utilice otra tecnología alternativa. Esa regla no contradice la ley ni se extralimita de las funciones del Gobierno al desarrollarla, pues la solución adoptada, aun no teniendo una cobertura formal inequívoca -como sucede con muchas normas reglamentarias, particularmente en el terreno fiscal que constituye la competencia de esta Sección- es necesaria para evitar una interpretación ilógica, maximalista e injusta de la ley, contraria a su espíritu.

En otras palabras, lo que propugna la recurrente, interpretando en un sentido literalista la norma legal -como justificación del exceso reglamentario que denuncia- llevaría a la conclusión absurda de que una instalación en que sólo un 1 por ciento, o menos, de su producción, lo fuera mediante bombeo, se beneficiaría de un 90 por ciento de la base imponible para la totalidad de la instalación, previsión que, si afluyera de forma expresa al texto de la ley, resultaría arbitraria, discriminatoria y, cabe pensar, eventualmente contraria a la Constitución. La otra alternativa posible, que no parece estar en la mente ni en el ánimo de la demandante sería, excluir por completo todo beneficio reductor a las instalaciones que utilizaran el bombeo mixto, es decir, solo para una parte de su actividad productiva, a que nos conduciría una recta exégesis del precepto, según lo que sostiene al efecto la demandante.

Cabe añadir una reflexión que no consideramos de menor entidad, habida cuenta del carácter, que debemos reafirmar, necesariamente abstracto de un proceso jurisdiccional dirigido frente a una disposición general que, a su vez, centra el núcleo de la impugnación en la alegación de numerosos vicios que se imputan, no tanto a éste, como a la ley que lo sustenta, cual es que desconocemos a qué extensión alcanzaría la legitimación activa de la demandante, en relación con las variadas situaciones de funcionamiento en que, cabe pensar, se encuentran la totalidad de las instalaciones de que son titulares, a su vez, cada uno de los asociados, integrantes de la asociación demandante.

Expresado con otras palabras, no es posible determinar el carácter beneficioso o perjudicial para la asociación UNESA de esta desagregación y precisión de la base imponible sobre la base de la fijación de una regla de cálculo que no conocemos si perjudica o beneficia a sus asociados y en qué medida. Cabe pensar que, dada la tesis principal sostenida, la de que la falta de distinción de la ley solo podría interpretarse como el derecho a la reducción del 90 por 100 de la totalidad de la base imponible en cualquier instalación que utilizase el bombeo como medio o técnica de producción, la norma es en conjunto perjudicial, al fijar una regla proporcional, pero eso solo sucedería si las asociadas de UNESA utilizasen únicamente el bombeo mixto, pues de lo contrario, quedarían beneficiadas como competidoras unas de otras o, cuando menos, estaríamos en presencia de una norma indiferente en relación con los derechos e intereses de una asociación como la demandante.

3. Sobre la imputada retroactividad en grado máximo y extralimitación reglamentaria al respecto.

Aduce la recurrente que la disposición transitoria segunda del Real Decreto 198/2015 vulnera la Ley de Aguas, al establecer un régimen transitorio por el que se obliga a los contribuyentes a abonar las autoliquidaciones desde 1 de enero de 2013, esto es, para las anualidades de 2013 y 2014.

Esta previsión -afirma la demanda- carece de base legal evidente, antes al contrario, parece contradictoria con el contenido de la Ley 15/2012, que no alude de forma explícita ni implícita a que el canon deba recaudarse desde 1 de enero de 2013, pues ordena, en principio que dicho canon se aplique a los titulares de las instalaciones de producción que a su entrada en vigor sean titulares de una concesión hidroeléctrica (disposición transitoria primera de la Ley 15/2012).

Es fundamental para despejar esta incógnita que el art. 112 bis, 2 del TRLA dispone, a propósito del devengo, que:

"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".

En realidad, el precepto no se reduce a fijar una regla de mero devengo, esto es, la previsión del momento en que acaece el hecho imponible, sino que también incorpora el sometimiento a la condición legal o *condictio iuris*, expresada en lo que resulte de los plazos que se señalen en las condiciones de la concesión o autorización. De esta declaración cabe inferir que no es exigible el canon hasta la revisión de las concesiones previas o el otorgamiento de las nuevas. La propia estructura de la tasa, basada en el valor de la producción, que ha de cuantificarse de conformidad con los usos e intensidades de uso permitidas por la concesión, como título habilitante, así lo impone

de manera inexorable. En cualquier caso, el sentido de la norma está claro y no admite interpretaciones extensivas como la que propicia el reglamento. En particular, la ley no establece el devengo en una fecha fija o determinada.

Es de recordar que, si bien no es ilícito, según los casos, que las leyes posean efectos retroactivos, incluso las leyes tributarias -dentro de la retroactividad de grado medio o mínimo- esta previsión debe figurar expresamente en ellas, pues de lo contrario, no lo tendrán (art. 2.3 del Código Civil, conforme al cual "3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario").

Tal disposición contiene su correlato en el artículo 10 de la Ley General Tributaria establece los parámetros de aplicación de las normas tributarias:

"1. Las normas tributarias entrarán en vigor a los veinte días naturales de su completa publicación en el boletín oficial que corresponda, si en ellas no se dispone otra cosa, y se aplicarán por plazo indefinido, salvo que se fije un plazo determinado.

2. Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento".

Como argumenta la demanda, esta carencia de base legal para la aplicación ex post facto del canon, permite sostener la existencia de una doble infracción:

- I. La del principio de interdicción de la retroactividad de grado máximo; y
- II. La del principio de jerarquía normativa, por extralimitación reglamentaria.

A ello hay que añadir, se afirma, la falta de regulación legal para poder exigir la autoliquidación del canon por previsión reglamentaria, lo que vulneraría también la reserva de ley tributaria exigida en el artículo 81 de la LGT para la imposición de la obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones.

La citada disposición transitoria segunda del Real Decreto 198/2015 -no la transitoria primera, como erróneamente se menciona-, bajo la rúbrica de Pagos correspondientes a la producción de los años 2013 y 2014, señala lo siguiente:

"Disposición transitoria segunda.

1. Lo dispuesto en este real decreto será de aplicación desde el 1 de enero de 2013. A estos efectos, la autoliquidación correspondiente al ejercicio 2013 deberá presentarse en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto.

2. Asimismo, la autoliquidación correspondiente al ejercicio 2014 deberá presentarse en el plazo máximo de veinte días desde que finalice el plazo previsto en el apartado anterior.

3. De conformidad con el artículo 12, en el mes siguiente al que se efectúe la recaudación el organismo de cuenca liquidará el saldo de la cuenta resultante, ingresando su importe en el Tesoro Público, dando cuenta de los ingresos y gastos que han motivado dicho saldo a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

4. Las obligaciones de información correspondientes a los años 2013 y 2014 previstas en el artículo 5 de este real decreto deberán realizarse en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto".

El Real Decreto que se recurre entró en vigor el 24 de marzo de 2015, al día siguiente de su publicación en el BOE -disposición final tercera- e impone el deber de autoliquidar, de presentación de modelos y documentos y otros formales, partiendo de la base de que son exigibles las cuotas de los cánones correspondientes a los años 2013 y 2014, periodos consumados en su integridad a la entrada en vigor de la norma.

Con ello se incurre en un evidente y clamoroso ultra vires, determinante de la nulidad radical de la disposición transitoria segunda, no sólo porque impone una obligación fiscal con efecto retroactivo máximo, relativo a periodos íntegramente concluidos a su entrada en vigor, sino que lo hace por su cuenta, desoyendo la previsión del legislador del apartado 2 del artículo 112 bis TRLA, al que nos hemos referido, no sólo en lo atinente al devengo, sino a la conditio iuris impuesta, conforme a la cual cabe inferir razonablemente que, como quiera que el establecimiento y cuantificación del canon está vinculado directamente a los "que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización", no puede anticiparse, retroactivamente y por vía meramente reglamentaria la exigencia de un canon aún no perfilado en sus elementos fundamentales de cuantificación.

En este caso hay una colisión frontal del reglamento con la ley, además de que aquél no puede, en caso de silencio legal, disponer la aplicación retroactiva, aquí de grado máximo, como sí podría, según los casos y la clase de retroactividad, disponer la ley formal, y al margen también de que la ley, al sujetar los plazos y condiciones del

canon concesional a las resultas de la autorización concesional, está reconociendo de un modo evidente y necesario la imposibilidad de percibir el canon hasta tanto la conditio iuris de cumpla -o se malogre-.

Las obligaciones formales anudadas a tales periodos 2013 y 2014 son nulas también, por derivación o consecuencia, al venir referidas a los mismos periodos, sin que sea necesario, por esa razón, acometer el análisis particular e individualizado de los probables vicios o infracciones de que, autónomamente, pudieran adolecer.

d) Necesaria adaptación de las concesiones: extralimitación reglamentaria

La disposición transitoria primera de la Ley 15/2012 también es objeto de imputación como aquejada de exceso legal, en tanto en ella se prevé la adaptación de las concesiones hidroeléctricas al nuevo esquema impositivo que la ley diseña.

Dice tal disposición transitoria lo siguiente:

"Disposición transitoria primera. *Adaptación de las concesiones hidroeléctricas.*

"Lo dispuesto en el artículo 112 bis, que mediante esta Ley se añade en el texto refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, será de aplicación a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica que a la entrada en vigor de la misma sean titulares de una concesión hidroeléctrica. Las condiciones de tales concesiones deberán ser adaptadas a la nueva regulación establecida en dicho artículo 112 bis".

Según alega al respecto la demanda, de tal regulación se obtiene la consecuencia de que la exigencia del canon hidrológico no fuese inmediata, toda vez que era necesario que, antes de ello, y de su cuantificación, se modificarán las condiciones concesionales mediante los procedimientos ad hoc establecidos en la normativa de aguas, unos procedimientos que, como enseña la práctica, resultan lentos y complejos.

Pues bien, la demanda señala, afirmamos que con razón, lo siguiente:

"El Real Decreto 198/2015 corta el nudo gordiano al problema de forma sencilla, en su Disposición Adicional Primera ordena que el Canon se exija desde el 1 de enero de 2013 con independencia del procedimiento de adaptación de las concesiones que se estén llevando a cabo.

Pues bien, esta previsión (que, en la práctica, supondrá que los titulares de las concesiones hidroeléctricas abonen el Canon Hidráulico sin que se encuentre previsto en sus cláusulas concesionales) no es legal por la norma que sirve de cobertura al RD 198/2015: la Ley 15/2012, incurriendo en una infracción del principio de jerarquía normativa por extralimitación reglamentaria".

Este asentimiento con el parecer de la demanda, por nuestra parte, así como la motivación del punto precedente, sobre la prohibición de la retroactividad por vía reglamentaria, hace innecesario insistir sobre la cuestión, salvo añadir que acarrea igualmente la nulidad de pleno derecho, por necesaria conexión, de la disposición adicional primera del propio Real Decreto 198/2015, cuyo texto señala, en su párrafo segundo, lo que literalmente reproducimos:

"No obstante, quienes fueran concesionarios de aprovechamientos hidroeléctricos a la entrada en vigor de la citada ley, vendrán obligados al pago del canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía hidroeléctrica desde el 1 de enero de 2013. En tanto dichas concesiones sean revisadas y se establezcan entre sus condiciones los plazos para la exigencia del pago del canon, se aplicarán las previsiones contenidas en el artículo 10 y en la disposición transitoria segunda".

Dada la concurrencia del mismo vicio de nulidad, también presente en la precedente norma respecto de la cual hemos estimado que padece nulidad de pleno derecho, por su vulneración directa y frontal de la ley habilitante, la misma consecuencia cabe predicar respecto de una previsión semejante, contradictoria con la ley e incurso en prohibido ultra vires, respecto de esta otra norma, todo lo cual se llevará al fallo, ordenando en él la publicación del fallo a efectos de su conocimiento erga omnes.

Sexto.

Conforme dispone el artículo 139.2 de la LJCA, que regula los casos como el enjuiciado, de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo nº 517/2015, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña María Concepción Villaescusa Sanz, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), 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, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de marzo de 2015, debemos declarar y declaramos la nulidad de la disposición transitoria segunda, así como de la disposición adicional primera, segundo párrafo, del citado Real Decreto 198/2015, por ser ambas contrarias al ordenamiento jurídico, desestimando en lo demás las diversas pretensiones ejercidas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva se publicará en el Boletín Oficial del Estado en que fue publicado el Real Decreto declarado nulo en parte - art. 72.2 LJCA-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.