

EVOLUCIÓN Y REFORMA DEL SISTEMA FINANCIERO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

José Andrés Rozas Valdés
Universidad de Barcelona

RESUMEN

La transición realizada en España, en los últimos veinte años, de un sistema integrado y público de provisión de energía eléctrica a otro liberalizado ha resultado ambivalente. Si en términos de producción de energía renovable los resultados son más que exitosos, el modelo financiero sobre el que se ha construido es insostenible.

Los ingresos que generan los precios y peajes satisfechos por todos sus partícipes – y pese al incremento exponencial de los cobrados al consumidor– no logran cubrir la infinidad de costes que genera el sistema. Para tratar de paliar esta situación, que ha derivado en la acumulación de un déficit, llamado tarifario, que se sitúa en torno a los 28.000 €, el Gobierno de la Nación –tras sucesivos e infructuosos ensayos parciales desde 2009– ha acometido en el último año dos reformas importantes. En el área de los ingresos la Ley 15/2012 ha creado cuatro, cinco según se mire, impuestos, y ha sujetado a imposición efectiva la comercialización del gas y del carbón. En cuanto a los gastos, el RDL 9/2013 ha puesto las bases para una reducción considerable de los costes del sistema y ha modificado las premisas sobre las que se asientan una parte importante de los mismos. Con todo, lo ocurrido al finalizar el año con la última subasta en el mercado mayorista y su posterior anulación por el Gobierno demuestra que el problema está aún lejos de encauzarse. A ello parece encaminada la recién aprobada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico.

En el presente trabajo se hace, primero, un análisis de la evolución y situación actual del sistema financiero de la energía eléctrica en España, hasta la Ley 24/2013. Tras un estudio pormenorizado, a continuación, de una de las ideas que se consideró para mejorar sus ingresos –el establecimiento de una tasa sobre las energías renovables– se pasa revista, por último, a lo que en los últimos meses se ha hecho al respecto, tanto en cuanto al incremento de los ingresos como en lo relativo a la atenuación de sus costes.

Palabras clave: fiscalidad de la energía, mercado eléctrico, parafiscalidad.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. EL SISTEMA FINANCIERO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA. 2.1. La creación del mercado eléctrico «liberalizado». 2.2. Auge y crisis de los estímulos a las renovables. 2.3. La contención del déficit. 3. ¿UNA TASA SOBRE LA ENERGÍA EÓLICA Y FOTOVOLTAICA? 3.1. ¿Una tasa por servicios administrativos o por el aprovechamiento del dominio público? 3.2. El viento y la luz solar como intangibles susceptibles de

aprovechamiento especial. 4. LA REFORMA DE LOS INGRESOS: LA LEY DE MEDIDAS FISCALES PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA. 4.1. El Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. 4.2. Los impuestos sobre residuos nucleares. 4.3. El canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica. 5. LA REFORMA DE LOS COSTES Y LA LEY DE FISCALIDAD AMBIENTAL. 5.1. Hacia un nuevo modelo financiero del mercado eléctrico. 5.2. El Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Nadie parece dudar de que la disparatada política financiera que se ha practicado en España desde mediados de los ochenta en el ámbito de la energía eléctrica, con carácter compulsivo en el caso de los últimos Gobiernos, ha derivado en un cúmulo de despropósitos inigualables: desde el precipitado parón nuclear, hasta las idas y venidas de los CFC, pasando por un régimen de las renovables, poco meditado, en el que se ha pasado del estímulo entusiasta (2007) por un parón compulsivo (2009-2012) hasta el frenazo final (2013) –poco o nada respetuoso con los compromisos adquiridos al respecto– lo que se ha hecho en el sector no obedece a una lógica construida sobre la sensatez y la previsibilidad.

Al inicio de su mandato uno de los aspectos que interesó al Presidente Obama de entre las políticas públicas españolas fue lo relativo al desarrollo de las energías renovables: confiemos en que en un futuro no haya de interesarle como ejemplo de lo que no conviene hacer. No cabe duda que el sistema adoptado, en inglés denominado *feed-in tariff*, basado en la prima del precio de la energía renovable se puede calificar como eficaz en cuanto al logro de los objetivos de desarrollo de este tipo de energía, que ya alcanza porcentajes –si por tal se califica la hidroeléctrica– de en torno a un treinta por ciento del sistema. Pero, a la vista está el déficit tarifario acumulado y creciente, a costa de una más que considerable ineficiencia financiera en la distribución de sus costes (1).

También está fuera de toda duda que la solución a los problemas creados –en buena medida por clamorosos fallos de políticas públicas, que no de mercado– no pasa por seguir chapuceando en el sector con ideas peregrinas técnicamente absurdas. En política medioambiental antes de plantearse poner en funcionamiento el aire acondicionado, si se quiere bajar la temperatura de un local, lo primero que se ha de hacer es asegurarse de que la calefacción está apagada. No tiene ni pies ni cabeza estar primando fuertemente la producción de la energía renovable, al mismo tiempo que se intriga para hacer pagar mediante una sedicente tasa a sus productores la parte marginal del déficit que

(1) «En cuanto a España, el marco de apoyo a las renovables está basado en un sistema de primas y tarifas, siendo un caso internacionalmente reconocido de éxito –tanto en términos de efectividad como de eficiencia– en el desarrollo de estas tecnologías. Este éxito se ha basado en los siguientes pilares básicos: *el establecimiento de objetivos ambiciosos, la predictibilidad y estabilidad del marco regulatorio, y la suficiencia de los incentivos económicos.*» SÁEZ DE MIERA CÁRDENAS, G. y SÁNCHEZ DE TEMBLEQUE, L. J. (2009): «La regulación de las energías renovables», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 564. Estas líneas están escritas antes de que el déficit tarifario adquiriese proporciones monstruosas y del derrumbamiento del marco regulatorio e incentivos económicos de las renovables. Hoy en día, con toda seguridad, no se podría seguir afirmando que el sistema español de apoyo a estas energías sea un modelo, al menos, de eficiencia, puesto que habiendo sido eficaz en su desarrollo no lo ha sido en términos de sostenibilidad financiera.

en el sector genera su bonificación. Como no tiene sentido seguir subvencionando el carbón al mismo tiempo que se crea un impuesto específico sobre el consumo del mismo. Ya es hora de que la política energética comience a mostrar unas trazas de razonabilidad de las que hasta el momento ha carecido y se aparquen los inventos tributarios que sólo conducen a incrementar el desorden y la confusión, como la en su día anunciada tasa sobre la producción de energía renovable, que no se muestra técnicamente sostenible (2).

Probablemente buena parte de lo sucedido trae causa de los efectos perversos de la transición desde un sistema integrado y fuertemente intervenido a otro basado en la lógica de mercado pero en el que los hábitos adquiridos y la fuerza de la inercia –que es la ley social por excelencia– han conducido a una fórmula híbrida en la que –bajo la apariencia de un supuesto mercado libre y competitivo– unos y otros han obtenido pingües beneficios a costa, eso sí, de los consumidores.

Los más que voluminosos intereses económicos que se mueven en el sector de la energía eléctrica han convertido el mismo en un hervidero de *lobistas* verdaderamente llamativo que ha contaminado la actividad política, financiera y empresarial hasta extremos verdaderamente insospechados (3). Sólo a título de ejemplo anecdótico cabe recordar, en este orden de ideas, los movimientos que llevó a cabo el embajador norteamericano en España, durante el verano del 2012, cuando se discutía el establecimiento de una tasa específica sobre las energías renovables, uno de los temas que se tratan en este trabajo. Pues bien, por una parte, se mostraba contrario al establecimiento de dicha tasa, por cuanto no son pocos los intereses que la industria tecnológica americana tiene en el sector de las renovables. Pero, al mismo tiempo, también pretendía que el precio de la energía eléctrica no se incrementase, al menos para los grupos industriales con capital americano, como Aldecoa, que tienen importantes plantas de producción en nuestro país. Por lo que en su momento trascendió, se le instó a decidirse por proteger unos intereses u otros: lo que no se puede pretender es todo, a la vez, y de forma contradictoria. Como acertadamente se ha venido a titular un *blog* de pensamiento económico español, «Nada es gratis» (4); los costes se han de abonar: por el Estado, por los productores, por los distribuidores, o por los consumidores, en una u otra medida. Lo que no existe es el gratis total, al menos de forma ilimitada en el tiempo, como la crisis financiera se ha encargado de enseñarnos, y para todos.

En marzo de 2012 la Comisión Nacional de Energía daba luz a un «Informe sobre el sector energético español» (5) en el que se formulaban toda una serie de detalladas y bien documentadas propuestas para lograr la sostenibilidad económico-financiera

(2) Estando el presente artículo en prensa se ha publicado la Ley 24/2013, de 26 diciembre, cuya exposición de motivos proclama, enfáticamente la «insostenibilidad económica del sistema eléctrico» y apunta como objetivo último de la misma «devolver al sistema una sostenibilidad financiera perdida hace largo tiempo y cuya erradicación no se ha conseguido hasta la fecha mediante la adopción de medidas parciales». Su análisis en profundidad exigiría una revisión completa del contenido de este artículo, redactado con anterioridad a su publicación, de modo que tan solo se hará alguna referencia sucinta a la misma, que es lo que permite su revisión ya en fase de edición.

(3) La denuncia que al respecto ha presentado, ante la Fiscalía anticorrupción, en junio de 2013, una denominada «Plataforma por un Nuevo Modelo Energético» es bien expresiva de esta maraña de intereses creados [https://secure.avaaz.org/es/apuesta_por_las_renovables/?bzwBBdb&v=25406 (última consulta, 1/08/2013)].

(4) *Cfr.* <http://www.fedeablogs.net/economia/>. Parte de su contenido se ha editado por Destino, con el mismo título, «Nada es gratis», y figurando como pseudónimo de los autores el de Jorge Juan.

(5) *Cfr.* http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/20120309_PI_DEFICIT_ELECTRICO.pdf De su lectura se advierte con claridad que ha servido de inspiración para la acción gubernativa llevada al respecto en el sector eléctrico desde esa fecha. Las medidas propuestas en dicho informe,

del sistema eléctrico. Al inicio del otoño del 2012, el Gobierno aprobó un proyecto de ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (6), en el que finalmente se descartaba –al menos por ahora– el establecimiento de una tasa específica sobre la producción de energías renovables, aunque se proponía la creación –nada menos– que de cuatro nuevos impuestos sobre la energía, además del incremento de otros ya existentes, cuya recaudación parecía que resultaría afectada a la cobertura del llamado déficit tarifario. El proyecto vio la luz, como Ley 15/2012, y vino a constituir una reforma de envergadura del modelo de ingresos del sistema financiero de la energía eléctrica.

En las semanas inmediatas al momento de cerrar este trabajo, el Gobierno ha aprobado un Real Decreto-Ley, el 9/2013, de 12 de julio, anunciado como «la reforma energética». En realidad se trata de una modificación profunda del régimen jurídico que regula el sistema de costes del susodicho sistema financiero de la energía eléctrica. Como no podía ser de otro modo, su plasmación efectiva ha tenido reflejo en la Ley 24/2013.

A nadie se le escapa –Gobierno y legislador incluidos– que este peculiar sistema financiero está aquejado, desde hace ya demasiados años, de carcoma: lo que se ha dado en llamar «el déficit tarifario». Un desequilibrio financiero que, sin integrar en la cuenta los recursos que lleva consumidos, presenta un saldo vivo en 2013, de en torno a los 28.000 millones, lo que supone una cantidad superior al déficit del conjunto de las Comunidades Autónomas (15.000 millones), y poco menor al Presupuesto anual de dos de las Comunidades Autónomas con mayor población, como son Andalucía o Cataluña (7).

Este trabajo se dedica, en primer lugar, al análisis de la génesis y evolución de este singular sistema financiero y del mal estructural, el déficit tarifario, que lo aqueja (epígrafe 1). A continuación se lleva a cabo un estudio crítico de una de las ideas, verdaderamente original, que en el verano del 2012 circularon, como eventual tratamiento de choque de su sistema de ingresos: la creación de una tasa específica sobre la producción de energía renovable; aunque parece decididamente descartada, no deja de tener interés evidenciar sus contradicciones, al menos con carácter preventivo de futuros reverdecimientos de tan singular «constructo» tributario (epígrafe 2). Los restantes apartados del estudio se dedican a las recientes reformas del susodicho sistema financiero: La Ley 15/2012, por lo que a los ingresos se refiere (epígrafe 3) y el RDL 9/2013, en lo relativo a la reordenación de sus costes (epígrafe 4).

2. EL SISTEMA FINANCIERO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA

El 28 de diciembre de 2012 –una fecha, los Santos Inocentes, ya clásica en la historia tributaria patria– se publicaba en el BOE la Ley 15/2012, denominada «de medidas fiscales para la sostenibilidad energética». Como se ha hecho notar, el concepto de sostenibilidad aplicado a la energía tiene una triple dimensión: ambiental, técnica y económica financiera (8). Evidentemente, la mencionada ley hace referencia a la tercera acepción

tanto en cuanto a los ingresos como a los gastos del sistema financiero eléctrico, se traslucen –de un modo u otro– en el contenido de las disposiciones normativas adoptadas al respecto desde la Ley 15/2102 hasta la Ley 24/2013.

(6) BOCG, Serie A, de 28 de septiembre de 2012.

(7) Cfr. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Resúmenes ejecutivos de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas 2013* [<http://serviciosweb.meh.es/apps/publicacion-presupuestos/html/MenuREP.htm> (última consulta 01/08/2013)].

(8) Vid. LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (2012): «Conversaciones sobre la energía», Civitas, Madrid, p. 27.

de la palabra, más allá de su dimensión ambiental –incluso de forma contradictoria con la misma– y prescindiendo, a estos efectos, de los aspectos técnicos que plantea el suministro eléctrico.

En definitiva, la ordenación del mercado eléctrico está sometida a tres tensiones –nunca mejor dicho– no siempre de sencilla combinación. Parafraseando la vieja máxima comercial de «bueno, bonito y barato», un mercado eléctrico debería de conseguir un suministro energético limpio, económico y estable. ¿Qué ha sucedido al respecto en España desde que en 1997 se inició el proceso de liberalización del mercado eléctrico? El balance es dispar. En el plano de la sostenibilidad ambiental no puede negarse que los resultados han sido satisfactorios. España, sin ningún género de dudas, ocupa una sólida posición de liderazgo mundial en el mercado tecnológico y de producción de energías renovables. Sin que pueda bajarse, eso sí, la guardia, si se pretende alcanzar el objetivo europeo en el 2050 de una producción de energía eléctrica libre de emisiones de CO². No se puede decir lo mismo de lo relativo a los aspectos financieros del mercado eléctrico. Buena prueba de ello es la fuerza con la que ha irrumpido en el imaginario popular el fantasma del llamado «déficit tarifario» que, aun cuando no ha llegado a la categoría de argumento estable en los telediarios –a diferencia de lo que sí le ha ocurrido a su pariente financiera, la «prima de riesgo»– es una expresión mágica que resulta hoy tan familiar como inescrutable.

Pues bien, lo cierto es que no se pueden entender las medidas fiscales para la sostenibilidad energética previstas en la mencionada ley si no se comprende el origen y dimensión del problema que dice venir a atacar –este llamado déficit tarifario (9)– que no es otro sino el del deficiente funcionamiento del mercado eléctrico como mecanismo de fijación de costes y precios.

2.1. La creación del mercado eléctrico «liberalizado»

Mediados los años noventa del siglo pasado (10) se pusieron las bases normativas para la liberalización del mercado de la energía eléctrica en España, en el marco de las previsiones comunitarias de transición hacia un mercado libre en el que la función de las Administraciones públicas se limitase a la ordenación y control de su correcto funcionamiento, del servicio universal de abastecimiento de energía eléctrica.

Hasta mediados de los noventa el mercado eléctrico había sido un servicio público gestionado por empresas –en su abrumadora mayoría– públicas, que se repartían el mercado con criterios territoriales y estructuras de integración vertical en las que el productor, el distribuidor y el comercializador tendían a coincidir en un único sujeto. Los precios, por descontado, eran políticos, fijados por el Ministerio de Industria, y de estructura tarifaria.

(9) Vid. MATEU DE ROS Y CEREZO, R. (2009): «El déficit de la tarifa eléctrica: Origen y regulación por el Derecho positivo», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 347-390.

(10) En un primer momento se aprueba la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional y poco después la reiteradamente reformada, Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, hoy prácticamente derogada en su integridad por la Ley 24/2013, que la sustituye. Una explicación clarividente y pormenorizada de todo el proceso y de su evolución hasta el actual estado de cosas se puede consultar en FABRA UTRAY, J. (2012): «Una reforma para la regulación del sector eléctrico», en *ECONOMISTAS FRENTE A LA CRISIS: No es economía, es ideología*, Deusto, Barcelona, pp. 195-226.

Todo esto empezó a cambiar en 1994 y dio un giro definitivo en 1997 con lo que se llamó la transición a la competencia. Es sabido que una de las políticas europeas más sólida es, sin duda, la que trata de preservar las condiciones de libre competencia en el mercado interior y construir un mercado único de bienes y servicios en el que todos los actores operen en igualdad de condiciones. Buena manifestación de ello es la empeñada batalla de la Comisión europea contra las llamadas «ayudas de Estado», que llega al extremo de perseguir a aquellas Administraciones financieras que se muestran excesivamente condescendientes en los procesos concursales de las empresas residentes en sus circunscripciones, a la hora de dejar de exigirles el pago de sus deudas tributarias pendientes de cobro (11).

El mercado eléctrico no podía permanecer ajeno a este objetivo consustancial a la Unión Europea. De modo que es un propósito bien definido de las Instituciones europeas el promover la configuración de un mercado europeo de la energía eléctrica que se rija por unas reglas homogéneas, presididas por el principio general de la libre competencia. Política, ésta, fundada en la premisa teórica de que en la medida que el mercado funcionase de forma perfecta se conseguiría un suministro eficiente y económico de electricidad, en beneficio del conjunto de los ciudadanos europeos.

Más allá de que no es pacífico el acuerdo entre los economistas sobre las propiedades de la competencia y el beneficio, frente a la colaboración y la gratuidad, como motores eficientes en la asignación equitativa de recursos escasos (12), lo cierto y verdad es que las características propias de la energía eléctrica hacen de ella un bien ¿o es quizás un servicio?— reticente a su comercialización en régimen de competencia perfecta. En primer lugar, en la práctica, su almacenamiento es marginal, no es posible «empaquetarla», y su distribución se resiste a funcionar en compartimentos estancos; pasa por unas redes que desvirtúan la relación entre el cliente y el productor, más allá de experiencias de tipo cooperativo que no por poco valiosas se mueven en el plano de lo anecdótico. Su flujo intracomunitario, no digamos ya su exportación, se enfrenta con unas barreras técnicas y financieras colosales (13).

Así las cosas, y siguiendo las Directivas comunitarias vigentes al respecto, el mercado eléctrico español encaró en 1997 el conocido como «proceso de liberalización». Se trataba de transformarlo por completo para convertir el sistema, ya descrito, en un mercado regido por la competencia en el que los precios se ajustasen al juego de la oferta y la demanda. Para ello se crearon los denominados operadores del mercado. Por una parte,

(11) Cfr. al respecto LUCHENA MOZO, G. M^a. (2012): *La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*, Atelier, Barcelona, *passim*.

(12) Al respecto, últimamente está cobrando cierta notoriedad un pensador austriaco, Christian Felber, que propone en uno de sus libros -«La Economía del bien común», Deusto, 2012— un «nuevo» orden económico basado en la colaboración y el bien común como criterios rectores que suplanten a la competencia y al afán de lucro. Y entrecomillo lo novedoso de su pensamiento pues él mismo lo liga a la tradición escolástica que en el pensamiento católico arranca en la recepción que del pensamiento de Aristóteles lleva a cabo Santo Tomás de Aquino y que llega hasta la encíclica de Benedicto XVI, *Caritas in veritatis*, en la que se reivindica la economía del don, de la gratuidad. Cfr. al respecto ARGANDOÑA, A. (2010): «Don y gratuidad en la empresa», en MELÉ, D. y CASTELLÀ, J.M. (EDS.): *El desarrollo humano integral*, Ite, Barcelona, pp. 227-242 y, en la misma obra, J.M. LOZANO (2010): «La empresa ante la sostenibilidad y el bien común», pp. 273-286.

(13) Philippe MAYSTADT, Presidente del Banco Europeo de Inversiones, daba razón recientemente de los volúmenes de financiación, en miles de millones de euros, que comportan los proyectos de integración de redes energéticas europeas (Vid. LÓPEZ-IBOR, V. (2012): *Conversaciones..., op. cit.*, pp. 47-53). No parece previsible que estas ambiciosas inversiones vayan a ser ajenas a la aguda crisis financiera en la que se encuentra sumida la UE.

la Comisión Nacional de la Energía (14), como entidad pública que rige el funcionamiento del mercado eléctrico, que es objeto, por lo demás, de una más que considerable regulación administrativa. Por otra, Red Eléctrica Española, la empresa que gestiona la red eléctrica por la que se transporta el fluido eléctrico para su distribución a los usuarios y que se ha convertido, por la Ley 17/2007, en transportista único a nivel nacional. Entre estos y los productores se situarían las empresas comercializadoras.

A primera vista todo pudiera parecer idílico. Sin embargo, desde el primer momento sus principales interlocutores –las grandes empresas energéticas oligopolistas– fueron muy cuidadosas a la hora de distorsionar los mismos mecanismos de mercado a los que atribuían toda clase de virtudes. A mi modesto parecer, no deja de ser llamativo cómo desde el pensamiento liberal se combate ferozmente –en el plano de las ideas, claro está– la intervención pública en los mercados, al mismo tiempo que sus preclaros defensores suelen desarrollar complejas y detalladas estrategias para arrancar de los poderes públicos las condiciones óptimas que les permitan mantener con comodidad sus posiciones de dominio en los susodichos «mercados libres» (15).

Lo cierto y verdad es que ni siquiera se ha permitido a los mercados eléctricos, al menos en España, que pudieran fallar, pues han resultado literalmente arrasados por clamorosos fallos de políticas públicas erráticas dictadas al compás de los intereses de las grandes empresas de suministro eléctrico. La primera entrega de este fenómeno vino protagonizada por los sedicentes CTC: Los costes de la transición a la competencia. El principio rector de este primer mecanismo de distorsión de los precios de mercado era, en principio, razonable. Constituyendo la construcción de infraestructuras de generación eléctrica inversiones naturalmente llamadas a llevarse a cabo a partir de planes de negocio, amortización y rentabilidad dilatados en el tiempo, parecía necesario compensar a quienes los hubieran afrontado bajo la vigencia del sistema precedente por las pérdidas que previsiblemente les habría de deparar la fijación de precios conforme a las premisas de un mercado liberalizado. Con todo, el pago de estas compensaciones se cubrió con creces antes de lo inicialmente previsto cuando, por otra parte, el funcionamiento del mercado libre no llegó a producir en los acreedores de tales derechos los daños patrimoniales que se habían vaticinado (16). En definitiva, un buen negocio. Debiéndose haber liquidado las cantidades que por tal concepto se cobraron de más, tal cosa nunca se llegó a articular. En la actualidad, pues, las grandes instalaciones de generación eléctrica están sobradamente amortizadas, con la peculiaridad de que –en particular en el caso de las hidroeléctricas– sus costes directos son tan reducidos que su margen comercial es más que elevado.

Este fenómeno, al menos, tuvo la ventaja de que tenía fecha de caducidad. Finalmente dejaron de devengarse los susodichos CTC. No ocurre lo mismo con el sistema de fija-

(14) Cfr. SERRANO GONZÁLEZ, M. (2008): «La Comisión Nacional de Energía», en AA.VV.: *Tratado de la regulación del sector eléctrico*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 267-287. Hoy integrada y sustituida en sus funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, cuyo contenido se desarrolla por el RD 657/2013, de 30 de agosto [<http://www.cnmec.es/es-es/cnmec/normativa.aspx> (última consulta 18/02/2014)].

(15) «Los reguladores no deben perder de vista que lo importante es derribar las barreras a la entrada de nuevos operadores, detectando las trabas que las empresas amenazadas elaboran arduamente, mediante estratagemas dirigidas imaginativamente a impedir que la competencia funcione. Sin embargo, el ataque al modelo no siempre proviene de las empresas amenazadas por nuevos competidores; a veces está dirigido por grupos de personas que el proceso de liberalización ha desplazado a posiciones marginales.» ALBENTOSA PUCHE, L. (2009): «El papel del regulador en el Sector Eléctrico», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.II, Aranzadi, Cizur Menor, p. 208.

(16) Vid. al respecto, FABRA UTRAY, J. (2012): «Una reforma...», *op. cit.*, pp. 210-214.

ción de precios en el supuesto mercado libre eléctrico. Prescindiendo aquí de los contratos particulares a los que pueden acceder los grandes consumidores de energía eléctrica, y de otras variantes de las que se prevén en su ordenación (17), el mercado –regulado por la CNMC– funciona básicamente, por lo que a los productores de energía en régimen especial afecta, conforme a un mecanismo, a mí parecer perverso, que lo hace susceptible de ser manipulado (18). Periódicamente se celebran subastas, llamadas CESUR, a las que concurren productores que ofertan la electricidad que generan a las empresas –eléctricas o financieras– interesadas en adquirirla (19). Esas subastas determinan el precio del MW/hora para el siguiente período en el llamado mercado mayorista (*spot*). Lo sorprendente es que el precio en las mismas oscila en función de los costes fijos y variables de los distintos oferentes de energía, fijándose el precio medio que se abonará a todos ellos en función de la cantidad ofertada de cada fuente de energía y de la demandada por las distribuidoras y las financieras que participan en el mercado mayorista. En la curva de la oferta se escalan todos los oferentes con sus distintos precios en función de su producción y sus costes fijos y variables. El punto en el que se cruza con la de demanda fija el punto de referencia para fijar los precios que se cobrarán en el siguiente período a los consumidores. Este curioso mecanismo determina que el margen comercial sea muy distinto, para cada generador de energía, en función de cuál sea su particular estructura de costes y la cantidad de energía ofertada por el resto. Si a esto le añadimos que las grandes empresas están a los dos lados de la subasta, ofertando energía como generadores y demandándola como comercializadores, es fácil entender que las posibilidades de forzar los resultados de la subasta son más que considerables. Paralelamente, funciona el mercado diario en el que los comercializadores adquieren la energía que necesitan a sus distintos oferentes y en el que tampoco es difícil incidir a las grandes eléctricas, por ejemplo, en los días inmediatos a que se celebre una subasta CESUR, con vistas a lograr uno u otro resultado en la misma.

Si ya de por sí, el sistema descrito no es un primor de transparencia, lo peor viene cuando al precio que surge de dicho mercado se adicionan otros costes. Entre estos sobrecostes, o pagos complementarios (20), el más popular es el de las primas (21) que se abonan a las energías renovables, sobre las que volveremos en seguida, pero no es ni el único, ni el menos razonable, ni el más costoso (22) de todos ellos. Hay costes que re-

(17) *Vid.* RD 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

(18) Esta frase está escrita con anterioridad a que el Gobierno, con el respaldo de la CNMC, anulase abruptamente la última subasta celebrada en diciembre 2013, precisamente por considerar que había sido notoriamente manipulada.

(19) *Vid.* Orden ITC/400/2007, de 26 de febrero.

(20) Con la aprobación de la Ley 24/2013, y recibándose en tal sentido la normativa europea al respecto, estos costes se clasifican en «peajes», por una parte –los derivados del transporte y la distribución– y «cargos» los que deriven de cualquier otro aspecto regulador del sistema.

(21) En cuanto a la naturaleza jurídico financiera de estas llamadas «primas», se vienen calificando como prestaciones patrimoniales de Derecho público, pues nacen de la ley pero no son satisfechas a una entidad pública ni se trata de subvenciones, propiamente, por cuanto tampoco se abonan por entidades públicas. *Vid.* al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. (2010 b): «Un enfoque de la tributación ambiental: la fiscalidad específica sobre fuentes de energía renovables», *Quincena Fiscal*, núm. 22, p. 45.

(22) Sin integrar la influencia beneficiosa que en el mecanismo de fijación de precios tienen las renovables –a lo que en seguida se hará referencia– los pagos complementarios recibidos por otros productores y comercializadores de energía en el período 1998-2011 se han estimado en 53.000 millones, mientras que durante el mismo período, los recibidos por las energías renovables en régimen especial se habrían elevado a 35.000 millones (*Cfr.* FABRA UTRAY, J. (2012): «Una reforma...», *op. cit.*, p. 215).

caen sobre el precio de la electricidad que tienen que ver con el principio de solidaridad, como los llamados extrapeninsulares, derivados de compensar los gastos propios de garantizar el suministro eléctrico en los territorios insulares. Otros son de naturaleza técnica, como los abonados a aquellos generadores de energía eléctrica que –debido a que se supone que están en condiciones de garantizar el suministro suficiente de energía para cubrir excesos puntuales de demanda– garantizan la estabilidad del suministro en determinadas zonas, los llamados pagos por capacidad, o –en otro sentido– los peajes por transporte y distribución. También los hay de naturaleza económica, como el margen comercial que se reconoce a las empresas que en régimen de oligopolio distribuyen la electricidad en régimen de tarifa, hasta hace poco llamada, de último recurso, la que pagamos la generalidad de los consumidores (23). Otros, en fin, de nula lógica medioambiental, como las ayudas al carbón nacional. Todos estos «cargos» y «peajes» –costes de acceso a las redes– evidentemente, distorsionan el precio de mercado de la energía generada. Al productor no se le retribuye en función de sus costes efectivos, sino en razón de los costes que se le reconocen, y no se le paga por referencia a su precio de generación, sino al precio que se le paga al oferente más caro en el punto que se cruza con la curva de la demanda. Al consumidor, por otra parte, no se le cobra tanto en razón de la energía que consume –ni mucho menos de los costes que genera en el mix de producción del que la recibe– sino conforme a unas tarifas de acceso en las que se le van imputando conforme a muy distintos criterios, todos ellos poco transparentes, toda clase de costes. Si a eso le añadimos que la entrada en el sistema está fuertemente condicionada y regulada, el resultado es un mercado «liberalizado» verdaderamente peculiar (24).

Los efectos que, desde la perspectiva del consumidor, ha tenido hasta el presente toda esta ansiada liberalización y estimulante competencia no pueden ser más desoladores: en los últimos 10 años la factura eléctrica se ha encarecido en más de un 70 por 100, en un 84 por 100, según las asociaciones de consumidores. A tenor de los datos de *Eurostat*, en 2012 sólo en dos islas, Malta y Chipre, dentro de la UE, se pagaba la electricidad más cara que en España. Y, aun así, el sistema es deficitario: en términos de sostenibilidad financiera, pues, es innegable que el sistema español es un completo fracaso.

(23) A partir del año 2009 en el sector eléctrico dejaron de convivir las tarifas integrales y las de mercado. Se había ultimado el período de transición y todos los contratos entraban en el sistema de libre mercado. Eso sí, para la inmensa mayoría de los consumidores, de acuerdo con las disposiciones comunitarias, se garantiza como parte del servicio público una llamada, hasta la fecha, tarifa de último recurso, la misma en todo el territorio nacional, que garantiza el precio máximo que a dichos consumidores pueden cobrar las comercializadoras. Lo que es distinto de la tarifa social a la que, desde 1 de julio de 2008, pueden acceder consumidores teóricamente vulnerables, que se delimitan en función de la potencia contratada, que no de parámetros de renta, lo que no parece, tampoco, muy lógico. *Vid.* al respecto, REVUELTA MEDIAVILLA J.M. y GONZÁLEZ BRAVO, C.I. (2008): «Competencia, eficiencia y tarifas», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, p. 817.

(24) «En sentido estricto, el sector eléctrico dispone de normas que enumeran los costes a recuperar mediante la aplicación de las tarifas de acceso y dispone de normas en las que se establecen las tarifas a aplicar, pero no cuenta con un cuerpo legislativo que establezca cómo se deben de asignar los diferentes costes para el establecimiento de tarifas reguladas. Más aún, la Ley del Sector Eléctrico únicamente establece que la retribución de las actividades reguladas se realizará con cargo a las tarifas, peajes y precios satisfechos, pero no garantiza que el procedimiento de fijación de las tarifas de acceso deba cumplir los principios básicos enumerados en puntos anteriores.» (REVUELTA MEDIAVILLA J. M. y GONZÁLEZ BRAVO, C. I. (2008): «Competencia, eficiencia...», *op.cit.*, p. 808).

2.2. Auge y crisis de los estímulos a las renovables

Llegamos así a las conocidas «primas de las renovables», que forman parte de estos «costes», en este caso denominados desde 2014 «cargos», y que afectan a la producción de energía de estas características llamada de «régimen especial» (25). Con el objetivo de favorecer la implantación de energías renovables, el Gobierno español optó por un sistema de subvenciones a los productores de este tipo de energías conocido como *feed-in tariff*, en virtud del cual se les reconoce el derecho a cobrar unas primas que bonifican el precio por el que la venden en el mercado regulado (26). La regulación de las mismas probablemente, sin duda, pecó de una evidente imprevisión que, eso sí, atrajo un volumen inesperado de inversiones en el sector: de hecho, en la actualidad más de un treinta por ciento de la producción de energía eléctrica en España proviene de fuentes renovables cuando el objetivo que se había propuesto el Gobierno en 1998 era el de haber alcanzado, por estas fechas, un 12 por 100. Inicialmente, no es sólo que se les reconociera prioridad de acceso, es que se obligaba a las distribuidoras a adquirir toda la producción –de forma ilimitada– de la energía producida en régimen especial, de por vida y con sustanciosas primas: El Dorado (27).

(25) Una exposición del régimen jurídico de estas modalidades de producción de energía eléctrica, ya se podría casi decir que histórico –a tenor de las modificaciones realizadas en el mismo desde entonces– se puede encontrar en GIMÉNEZ CERVANTES, J. (2008): «El régimen jurídico de las energías renovables en España», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T. I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 313-345. En realidad, el concepto de energías renovables y de producción de energía en régimen especial no es coincidente, pues no todas las calificables como renovables están integradas en dicho régimen; por ejemplo, la energía de origen hidroeléctrico se puede considerar de origen renovable, pero no por sí misma encaja en las características de las sujetas a régimen especial.

(26) Una exposición detallada de los distintos sistemas que en Derecho comparado se han utilizado para estimular la implantación y desarrollo de energías renovables, y del caso español puede consultarse en SÁEZ DE MIERA CÁRDENAS, G. y SÁNCHEZ DE TEMBLEQUE, L. J. (2009): «La regulación de las energías renovables», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T. I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 539-563. En el mismo sentido, *vid.* también DE RUEDA ÚBEDA, A. (2012): Instrumentos para la promoción de las energías renovables», en AA.VV. *Market Instruments and Sustainable Economy*, IEF/IUCA (UCM), Madrid, pp. 113-129.

(27) RD 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables; RD 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establecía la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En esta primera ordenación del régimen de primas no se estableció ningún límite material a la obligación de las distribuidoras de adquirir la energía incorporada al sistema por los productores de energías renovables, salvo por cuanto a los excedentes destinados a exportación o al mercado insular una vez que se hubiera alcanzado un 12% de energía renovable en el sistema. Tampoco se preveía con carácter general –salvo para algunas instalaciones– un límite temporal en el cobro de las primas, ni en cuanto al número de operadores que se podían incorporar al sistema de primas: Parecía un negocio seguro y rentable, montar una instalación de producción de energía renovable, pues estaba asegurado un buen precio y un comprador, con carácter ilimitado en el tiempo, cuando en los 61 países y jurisdicciones en los que hasta 2009 se habían implantado estos sistemas el período medio de extensión de estas primas era de 20 años (Cfr. VILLAR EZCURRA, M. (2012): *Cambio climático, fiscalidad y energía en los Estados Unidos. Una batería de ejemplos a considerar*, Civitas, Madrid, p. 90). En 2004 ya aparecieron las primeras restricciones temporales, para algunas categorías de energías, se apuntó la revisión del régimen económico para el 2006 -aun cuando, entonces, se afirmaba que la revisión no tendría carácter retroactivo para las instalaciones ya acogidas al sistema de primas– y se estableció la liquidación de las primas por la CNE, hasta entonces abonadas directamente por las distribuidoras.

La diferencia entre los precios -básicamente la llamada tarifa de último recurso, ahora «Precio Voluntario al Pequeño Consumidor» (sic)- que pueden cobrar las empresas que comercializan la energía eléctrica y los costes reconocidos que comportan su adquisición, transporte y distribución es lo que ha ido generando el llamado déficit tarifario, que en los últimos ejercicios ha venido creciendo a un ritmo aproximado de 1.500 millones de euros anuales -en 2013 se había previsto alcanzar nada menos que 4.500 millones- hasta situarse, según las últimas estimaciones, en torno a los 28.000 millones (28). De forma, por otra parte, estructural y -aparentemente- imparable: en los últimos diez años aun incrementándose los ingresos de los llamados peajes cobrados a los consumidores en un 122 por 100, los costes que venían a sufragar lo hacían en un 197 por 100, lo que ha llevado consigo que -pese a invertirse en sufragar el susodicho déficit en dicho periodo casi 12.000 millones- el equilibrio financiero se muestra como un desiderátum inalcanzable. El art. 17 de la Ley 54/1997 preveía que el sistema financiero eléctrico ha de obedecer a un principio de suficiencia, de equilibrio, de modo que los ingresos del mismo cubrieran sus costes. No obstante, el Tribunal Supremo, cuando se ha pronunciado sobre los recursos interpuestos por las principales compañías eléctricas contra la aprobación de unas tarifas que consideraban insuficientes para cubrir sus costes (29), ha tenido ocasión de manifestar que tal equilibrio no tiene por qué conseguirse en cada ejercicio, abriendo así la puerta a lo que ha sucedido, la formación de un déficit financiero estructural y creciente que, tarde o temprano, se habrá de pagar a los titulares de los créditos reconocidos año a año frente al sistema eléctrico (30).

Uno de los componentes de este déficit -aunque no el único, pues también se han venido cargando en esta cuenta, ya se ha hecho notar, la eliminación de residuos nucleares (hasta ahora tan solo someramente soportado por las empresas que lo generan), la subvención del carbón o los costes de transición a la competencia- viene constituido por estas primas de equivalencia reconocidas a los productores de energías renovables (31), cuyo coste, en 2010, se estimaba por la CNE en un 40 por 100 de los costes totales de acceso (32). Eso sí, con una peculiaridad a la que nunca se alude. Dado que sus costes variables de producción son extremadamente reducidos, su oferta -creciente y relevante- contribuye decisivamente a reducir el precio medio que se determina en las subastas, de modo que sí, ciertamente, por una parte encarecen el precio final como consecuencia del efecto de las primas, por otra lo reducen al incidir positivamente en la reducción de los precios medios de mercado (33). Y con otra singularidad que hace su régimen jurídico extremadamente sensible: la mayor parte de sus costes son de los llamados hundidos

(28) «Una regulación del sector que no se ha adaptado a las nuevas realidades, la falta de una metodología para el establecimiento de precios regulados clara y transparente, la utilización de unas estimaciones de las variables de coste poco realistas y factores de carácter político de los sucesivos gobiernos, ha tenido como consecuencia inmediata la aparición de sucesivos y cuantiosos déficit en el sistema que han puesto en peligro su equilibrio financiero.» (REVUELTA MEDIAVILLA J. M. y GONZÁLEZ BRAVO, C.I. (2008): «Competencia, eficiencia...», *op.cit.*, p. 808).

(29) Cfr. SSTs de 17 de octubre de 2007 y 28 de enero de 2009.

(30) Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I. (2010 b): «Un enfoque de la tributación ambiental: la fiscalidad específica sobre fuentes de energía renovables», *Quincena Fiscal*, núm. 22, pp. 48-49.

(31) Vid. DOMINGO LÓPEZ, E. (2000): *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Madrid; GONZÁLEZ RÍOS, I. (2011): *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor.

(32) Cfr. CNE (2012): *Informe...* p. 95.

(33) «Así, a modo de ejemplo, resulta evidente que las energías renovables tienen efectos positivos sobre la seguridad energética, sobre el empleo, la investigación e innovación tecnológica, sobre la balanza de pagos, o sobre los precios del mercado (los reducen) en el corto y medio plazo.» SÁEZ DE MIERA CÁRDENA, G. (2008): «Fiscalidad ambiental en el sector eléctrico», en *Tratado de tributación medioambiental*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, p. 1279.

(ya se ha incurrido en los mismos al comenzar a producir), de modo que los productores no pueden ajustarlos a modificaciones en su marco regulatorio.

Se había hecho una opción, tal vez excesivamente ambiciosa y poco prudente, por la sostenibilidad ambiental del sistema, sin calcular debidamente los riesgos que la misma tenía en términos de sostenibilidad financiera. Pues bien, algo se había de hacer. En 2007 (34) ya se limitó tímidamente tanto el acceso al sistema de primas –previéndose el establecimiento de cupos– como su cuantía, eliminando su pago cuando el precio de mercado alcanzase márgenes razonables, y se estableció un régimen transitorio, hasta 2012, para los operadores acogidos al régimen económico precedente, así como un procedimiento de liquidaciones de los costes del sistema cuya responsabilidad se atribuía a la CNE que ha frenado el reconocimiento de los flujos de aportaciones al sistema reconocidos a los productores de energías renovables. Para 2009 (35) ya se había tomado plena conciencia de la magnitud del problema, y se dispuso –un brindis al sol– que a partir de enero del 2013 los precios, los peajes de acceso al sistema, y los costes de producción deberían de estar equilibrados –de forma que dejase de crecer el déficit tarifario–, se estableció un período transitorio en el que se ponían límites anuales al crecimiento del déficit y se articulaban las primeras medidas para limitar el crecimiento del mismo, que se tradujeron –entre otras cosas– en la modificación del régimen jurídico de las energías renovables (36), poniendo fecha de caducidad a su disfrute, restringiendo radicalmente el acceso de nuevos operadores y tratando de expulsar a otros con exigencias técnicas de todo orden. Al mismo tiempo se creó un instrumento financiero, el «Fondo de titulización del déficit del sistema eléctrico», con el objeto de generar liquidez para las compañías que comercializan electricidad –principales acreedoras del sistema– y trasladar el problema hacia las generaciones futuras.

2.3. La contención del déficit

No siendo suficientes estas medidas, se aprobó ese mismo año un nuevo Real Decreto-ley (37), y un tercero en 2012 (38) –uno de los primeros Decretos-leyes, éste último, de

(34) RD 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

(35) Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

(36) Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. El coste de estas medidas, para las empresas en régimen especial, estimado por la CNE, ha podido ascender a 650M €, lo que sumado a otras que desde entonces se han adoptado rondaría el 8 por 100 de sus ingresos totales (Cfr. «Informe sobre el sistema eléctrico...» de 7 de marzo de 2012, p. 59). Si a eso se le añade el coste del Impuesto sobre la producción de electricidad y las medidas adoptadas en el RDL 9/2013, se puede afirmar que –sólo como consecuencia de las modificaciones administrativas y fiscales que afectan al sector– las empresas productoras de energía renovable en régimen especial habrán experimentado en el último año un recorte en sus resultados, con carácter general, de en torno al 20 por 100.

(37) Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Es sintomático que en la presentación de esta norma se aluda, con cierto dramatismo, a la necesidad de detener el crecimiento del déficit afirmando que «para ello se establecen un conjunto de disposiciones de tal forma que, *todos los agentes del sector, contribuyan* con un esfuerzo adicional y compartido a la reducción del déficit del sistema eléctrico» (el subrayado es mío, pues, ni mucho menos de todos los agentes se requirió el mismo esfuerzo).

(38) Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía

los muchos aprobados por el Gobierno popular— que frenaban en seco los instrumentos financieros de fomento de las energías renovables que se habían puesto en marcha en 1998. Se anulaba la exención del pago de peajes de acceso del que hasta la fecha habían disfrutado los productores de energías renovables, se limitaba el número de horas de producción a los que se aplicaría el régimen de retribuciones primadas y se reducían los importes a abonar a los productores por garantía del servicio.

Todo ello se hacía desde la tranquilidad, se dice en el Real Decreto-ley 1/2012, de que «en los últimos años, el crecimiento de las tecnologías incluidas en el régimen especial ha permitido superar con creces en 2010 los objetivos de potencia instalada previstos en el Plan de Energías Renovables 2005-2010. (...) (Lo que permite) al Gobierno disponer de un holgado margen de maniobra en la fijación de la senda de implantación de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables desde el momento actual. (A lo que) hay que añadir que la capacidad de generación instalada en este momento es suficiente para asegurar la cobertura de la demanda prevista para los próximos años.» Sin duda ninguna, la política energética había dado sus frutos en términos de implantación de energías limpias. El problema, claro está, es que se había hecho a un coste muy elevado y generando una factura que ahora nadie quiere pagar.

Ciertamente, se han alcanzado, sobradamente, los objetivos de abastecimiento del sistema mediante energías renovables, y se ha estimulado un desarrollo tecnológico en las mismas que las ha transformado en rentables sin necesidad de primas. El problema es el Derecho transitorio: ¿Quién paga el déficit que todo ello ha generado? ¿Qué hacer con aquellos operadores a quienes se atrajo con unas reglas de juego que ahora resultan financieramente insostenibles? Entre 2007 y 2012 está claro lo que se ha hecho: cambiarlas para empeorarlas (39). No cabe duda de que el error de cálculo fue mayúsculo. En Derecho comparado no hay otro sistema de primas equivalente en el que no se estableciera cupo alguno de entrada, límite en cuanto a su duración temporal y obligación por parte de las distribuidoras de adquirir toda la producción de energía renovable en tales condiciones (40). Por eso no se podía seguir así. Pero, claro está, en términos de

renovables y residuos. Ya en su sentencia de 25 de octubre de 2006 el Tribunal Supremo había sentado el principio de que «los titulares de instalaciones de energía eléctrica en régimen especial no tienen un «derecho inmodificable» a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas.» (cit. en GIMÉNEZ CERVANTES, J. (2008): «El régimen jurídico...» p. 341).

(39) Para una exposición cronológica de estas medidas *vid.* CASTRO, L., DEL BLANCO, A., y HERRERA, P. M. (2012): «Incentivos económicos a las Fuentes de energía renovable en España: Una regulación incoherente», en CASTRO, L., DEL BLANCO, A., y HERRERA, P. M. (2012): «Incentivos económicos a las Fuentes de energía renovable en España: Una regulación incoherente», en AA.VV. *Market Instruments and Sustainable Economy*, IEF/IUCA (UCM), Madrid, pp. 130-133.

(40) Lo que no quiere decir que los sistemas implantados en Derecho comparado para estimular la introducción de energías renovables hayan sido en todo punto exitosos y no hayan requerido de ajustes. Por ejemplo, en los últimos años, mientras Corea del Sur ha evolucionado de un sistema de *feed in tariff*, que también generó desajustes financieros, a otro de los llamados de *command and control*, de exigencias reguladoras, en Japón se está recorriendo el camino inverso. Con todo, probablemente sea difícil encontrar en Derecho comparado un sistema tan disparatado como el español en el que las cosas se hicieron, a la vista está, con una precipitación y falta de tino clamorosas. En una época, por otra parte, de *boom* bancario en el que el crédito fluía desaforadamente, se juntaron, en términos llanos, el hambre con las ganas de comer y se ha creado una burbuja renovable, a su nivel, comparable a la inmobiliaria. Y ahora a ver quién pincha el globo. Un buen ejemplo de estos sistemas que, con sus ajustes y reformas, ha funcionado más que correctamente es el de Alemania (*cfr.* al respecto, BÖHM, M. (2013): «Monetary instruments to promote technological innovation – The German Renewable Energy Act», en KREISER, L., DUFF, D., MILNE, J. E., ASHABOR, H., (Eds.), *Market Based Instruments. National Experiences in Environmental Sustainability*, Critical Issues in Environmental Taxation, Vol. XIII, Edward Elgar, Cheltenham, UK– Northampton, MA, USA, pp. 23-40).

confianza en el Estado, de seguridad jurídica, lo que tampoco es de recibo es atraer a los inversores con una perspectiva de negocio estimulante y, una vez que han diseñado sus planes de negocio, realizadas sus inversiones y comprometida la financiación de las mismas, modificar el estatuto jurídico del producto —energía renovable— hasta destrozar la rentabilidad de la empresa y comprometer su continuidad.

Evidentemente, los inversores internacionales no se han conformado con este estado de cosas y han iniciado una controversia con el Estado español ante una corte de arbitraje en Ginebra. Peor suerte han tenido quienes recurrieron ante el Tribunal Supremo las medidas restrictivas del Real Decreto 1565/210, pues se les ha dicho que, dado que los efectos de la medida se producirán dentro de treinta años no se puede considerar retroactiva en sentido estricto, ni contraria a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica (41). Sin duda alguna, el razonamiento del Supremo tiene base jurídica, pero no deja de ser sintomático que cuando nadie les había creado ninguna perspectiva mediante norma jurídica alguna, se consideró que era razonable reconocer a las grandes empresas energéticas un derecho adquirido a ser compensadas por unos supuestos costes de transición a la competencia que finalmente no se produjeron, aunque sí se cobraron, y sobradamente. Por el contrario, cuando diversas normas reglamentarias crearon un régimen jurídico específico para captar la atención de los inversores y, una vez capturados, se modifican las reglas de juego en mitad del partido para restringir los derechos inicialmente reconocidos a los mismos, se concluye que tales derechos no eran tales, sino meras expectativas.

Aun con todo ello, en el verano del 2012 ya era evidente que el deseado equilibrio financiero del sistema en 2013 era una quimera (42). De modo que entre el Ministerio de Industria y el de Hacienda se pusieron manos a la obra para buscar la salida del entuerto. La primera idea original que se les pasó por la cabeza fue la de crear una tasa específica sobre la producción de energía renovable, a cuyo análisis se dedicará el siguiente epígrafe de este trabajo. Probablemente se terminó desechando por tres motivos: 1.— No era de recibo cargar toda la factura del fiasco financiero a una fuente de energía que, precisamente, era la única plenamente sostenible en términos medioambientales; 2.— En puridad técnica era muy vulnerable la pretensión de establecer una tasa que —descartado que pudiera traer causa de la prestación de servicios— tuviera como objeto propio el aprovechamiento especial de un sedicente dominio público, el viento y el sol; 3.— Por último en la exposición, que no probablemente en el argumentario ministerial, porque no habría resuelto —ni de lejos— el problema económico, ya de una dimensión colosal.

Así las cosas, en otoño se dio el giro —en cuanto a los ingresos del sistema— que condujo a la Ley 15/2012. La solución, aparente, ha venido de la mano de la fiscalidad pero ya no en forma de una tasa sino, directamente, de una batería de impuestos, cuatro nuevos más el incremento del de hidrocarburos en dos de sus conceptos imposables. De este modo, el coste de la factura se ha hecho recaer —con mayor o menor peso— sobre el con-

(41) *Cfr.* CASTRO-GIL AMIGO, J. (2012): «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: “o la indefensión de los canijos”», en *La Ley*, 5 de julio de 2012, pp. 10-12. No cabe duda de que toda empresa que trabaja en un sector intervenido ha de asumir en su actividad un cierto «riesgo regulatorio», pero también es cierto que semejante riesgo se ha de mover en unos parámetros de proporcionalidad que todo parece indicar que en el caso de la producción de energía en régimen especial han superado los límites de lo aceptable. Máxime cuando expresamente la ordenación del sector se hizo con carácter ilimitado en el tiempo, justamente, para acotar el riesgo regulatorio y atraer a eventuales inversores.

(42) *Cfr.* Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que estableció nuevas disposiciones adicionales encaminadas a embridar el déficit tarifario.

junto de los generadores de energía eléctrica. A todos, directamente, el Estado les detrae un 7 por 100 -en el proyecto de ley era un 6 por 100- de la cifra de negocios, que no del beneficio. A las hidroeléctricas, además, se les expropia -probablemente sería la palabra adecuada- de un 22 por 100 adicional de la susodicha cifra de negocios.

Los otros dos impuestos de nuevo cuño, se refieren a la generación y almacenamiento de energía nuclear. A todo esto, se superponen a otros autonómicos en Andalucía, Castilla La Mancha -este ya declarado inconstitucional (43)- y que se pretendían crear en Cataluña, así como a cuatro tasas estatales por idénticos conceptos (44).

Por último, en el impuesto sobre hidrocarburos se sujetan a tributación el carbón -hasta ahora gravado a tipo cero- y el gas natural para la producción de electricidad.

El objetivo es que, en adelante, el déficit tarifario se financie con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (45) en lo que no alcancen a cubrirlo los peajes de acceso y distribución satisfechos por los consumidores y los productores, para lo que se crea toda una batería de impuestos con los que se aspira a obtener unos ingresos fiscales de en torno a los 2.700 millones anuales. Con estos ingresos, se supone, se podrían ir amortizando los costes acumulados del sistema y solventando un eventual incremento del malhadado déficit tarifario. De hecho, en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, se dispuso -en consonancia con lo enunciado en la de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, y entre otras disposiciones al respecto (46)- la aportación específica de fondos a este respecto, la posibilidad de avalar, hasta 22.000 millones, el Fondo de Titulización del déficit del sistema eléctrico y la afectación del 90 por 100 de lo que se recaudase por la subasta de derechos de emisiones de gases con efecto invernadero (con el optimista límite de 450 millones) a la cobertura del intratable déficit tarifario. En lugar de reformar a fondo el funcionamiento del sistema y depurarlo de costes reconocidos -cuidadosamente, y respetando las exigencias propias del principio de seguridad jurídica- se ha decidió quitar con una mano -la impositiva- la que se daba con otra -la de los pagos complementarios- en un extraño juego poco transparente, complejo, ineficiente e inequitativo. Bien es verdad que, en julio de 2013 algo se ha hecho -y no poco- en el camino hacia la racionalización del sistema de gastos del sistema, como en seguida se verá. En diciembre del 2013, por último, con la Ley 24/2013 se ponen las bases para que, definitivamente, el déficit tarifario sea absorbido por el sistema, no crezca más.

A juzgar por los resultados en las subastas del primer semestre del 2013, que han comportado una reducción del precio medio de mercado -con mínimos diarios de 18,17 €/MWh,

(43) Vid. PATÓN GARCÍA, G. (2013 b): «La inconstitucionalidad del Impuesto castellanomancheo sobre la producción termonuclear de la energía eléctrica y residuos radioactivos: comentario a propósito de la STC 196/2012, de 31 de octubre», en *Quincena Fiscal*, 17, 2013.

(44) Vid. el artículo que al respecto he entregado para su publicación en *Quincena Fiscal* con el título «La tributación estatal sobre los residuos nucleares: un análisis crítico». Todo sea dicho de paso, completamente reformados -más formal que sustantivamente, pero sí en su estructura- antes de cumplido un año desde su establecimiento, en la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad ambiental.

(45) Esta era la intención inicial que, por mor de la necesidad de cumplir las exigencias de déficit público fijadas desde Bruselas, el 2013 no se ha materializado. Con las conocidas consecuencias que tal decisión tuvo en la última subasta del año y su posterior anulación.

(46) Con carácter simultáneo a la Ley 15/2012 se aprobaba un nuevo Real Decreto-Ley, el 29/2012, de 28 de diciembre, que permitía flexibilizar el límite inicialmente previsto de déficit anual y habilitaba un sistema para expulsar del sistema de primas a las renovables -o modificarles su contenido- a quienes se constatase que hubieran incumplido alguno de los requisitos del mismo.

y una media de 37 €/MWh, frente a una previsión anual de 59 €/MWh— probablemente quepa aventurar que toda esta armada fiscal energética ha estimulado una recesión de la producción de determinadas fuentes de energía —las de mayor coste directo o las nucleares, cuya generación prácticamente compromete su viabilidad— lo que unido a la reducción de la demanda provocada por la crisis —del 2,7 por 100, frente a una previsión inicial del 0,3 por 100— y el incremento de la oferta de energía renovable debido a las favorables condiciones atmosféricas del período, ha aliviado la escalada de precios, pero no —al contrario— el déficit del sistema; todo lo cual ha determinado la dotación de un crédito presupuestario extraordinario por importe, nada menos, que de 2.200 millones, con fecha de 20 de junio de 2013 recogido por la Ley 15/2013, de 17 de octubre. Situación ésta que se evidencia y describe pormenorizadamente en el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, al que enseguida se hará alusión.

La penúltima vuelta de tuerca —antepenúltima, habida cuenta de lo aprobado en diciembre de 2013— se había dado ya al inicio del 2013. El caso es que la reducción de la demanda eléctrica, sin reducción de la oferta, hacía ya evidente que la partida presupuestaria dotada para atender las necesidades financieras del sistema eléctrico sería insuficiente para cubrir el decalaje entre ingresos y costes. De modo que en el RDL núm. 2, de 1 de febrero de 2013, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, se adoptaron nuevas medidas encaminadas a la reducción de los costes del sistema que, más allá de ajustes específicos, son dos: 1.— Se sustituye como coeficiente de indicación de todas sus variables el IPC por el mismo indicador calculado a impuestos constantes y sin incorporar alimentos no elaborados ni productos energéticos, lo que reducirá el incremento de las mismas; 2.— En adelante, los productores de energías renovables tendrán que elegir entre ceder la producción que generan conforme a una tarifa regulada, o venderla en el mercado, sin complemento de prima. Y todo ello, afectando a los hechos acaecidos en enero, cuando se estaba publicando en febrero, en un alarde de retroactividad de las llamadas de primer grado.

En definitiva, la reforma fiscal de la energía acometida a finales del 2012 no parece que haya logrado asegurar la pretendida sostenibilidad financiera del sistema: es evidente a solo un año vista y así lo ha reconocido expresamente la Ley 24/2013. Pese al importante desarrollo que a su amparo han logrado las energías renovables en los últimos años, los reiterados cambios realizados en su régimen regulatorio en los últimos 5 años —siempre encaminados a su restricción— amenazan, por otra parte, su sostenibilidad financiera. Lo que evidencia que el sistema eléctrico no deja de ser inestable y vulnerable. No tiene sentido mantener un enmarañado mercado libre basado en un mecanismo poco razonable de fijación de precios y trufado de trampas, primas, pagos complementarios...: es hora de revisar el sistema en su integridad (47), no basta con ponerle parches reduciendo arbitrariamente sus costes al mismo tiempo que se incrementan los ingresos fiscales destinados a cubrirlos.

Buena prueba de ello lo ofrece el hecho de que apenas seis meses transcurridos desde la entrada en vigor de la ley que, supuestamente, vendría a paliar las penurias del mercado eléctrico, y cinco desde el último RDL sobre medidas urgentes en el sistema eléc-

(47) «...debiera ser una prioridad la definición de una nueva metodología clara y transparente para el establecimiento de tarifas de acceso a las redes y tarifas de último recurso.» (REVUELTA MEDAVILLA, J. M. y GONZÁLEZ BRAVO, C. I. (2008): «Competencia, eficiencia...» *op. cit.*, pág. 807). Al parecer, en eso se trabaja en el Ministerio de Industria, tras los acontecimientos de diciembre del 2013 y con tal objeto se ha aprobado la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Ciertamente, con mayor o menor acierto —cada parte del problema lo verá a su modo— lo que no se le puede negar al Gobierno, a su Ministro de Industria en particular, es coraje y dinamismo en la aprobación de disposiciones normativas —en el corto período de un año— para poner coto al problema.

trico, el 2/2013, el Gobierno se vio impelido a aprobar el enésimo Real Decreto-Ley, el 9/2013, de 12 de julio, con un título, en esta ocasión, más expresivo –si cabe– que sus predecesores: «medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico». Lo que viene a reconocer que la susodicha estabilidad financiera no está garantizada. Este Real Decreto-Ley –sin perjuicio de las consabidas medidas paliativas del desenfrenado déficit– asume, finalmente, que el modelo es insostenible y se aprueba de forma combinada con un proyecto de ley que poco tiene que ver con el mismo. El último epígrafe del trabajo se dedicará a su comentario, pues constituye una auténtica reforma en profundidad del capítulo de costes del sistema financiero de la energía eléctrica en España. Antes de hacerlo, se pasará revista a lo que ha ocurrido en lo relativo a la ordenación de los ingresos tributarios de dicho sistema: en primer lugar a la felizmente frustrada tasa sobre las energías renovables y, a continuación, al contenido de la Ley 15/2012, en la que se crean cuatro nuevos impuestos sobre la energía eléctrica.

3. ¿UNA TASA SOBRE LA ENERGÍA EÓLICA Y FOTOVOLTAICA?

No cabe duda alguna de que el viento y la luz solar son intangibles. Más dudoso puede resultar su calificación de «bienes» en el sentido jurídico del término, como susceptibles de apropiación. Lo que también es evidente es que, como las mareas, sí son eventualmente aprovechables para producir energía. A efectos de IVA otros intangibles, como el calor o el frío, son considerados bienes objeto de entrega (48). En otros impuestos, como el aragonés que incide sobre el daño medioambiental causado por las instalaciones de transportes por cable (49), el intangible a proteger –que no, en tal caso, sujeto a gravamen– es el paisaje. En definitiva, puede hablarse de un tipo singular de intangibles –como el viento, la luz solar o el paisaje– que son objeto de atención por el ordenamiento tributario como elementos susceptibles de tributación o de protección.

Durante el verano del 2012, el Ministerio de Industria y Energía vino anunciando la aprobación –por Real Decreto-Ley, como viene siendo costumbre de este Gobierno en permanente estado de emergencia– de tres medidas encaminadas a reducir el malhadado déficit tarifario energético: el céntimo verde, el incremento del Impuesto sobre la Electricidad y la creación de una tasa sobre la producción de la energía eléctrica, incluida la procedente de fuentes renovables.

Nada que decir sobre lo que se ha querido llamar «céntimo verde». Se trata, en definitiva, de incrementar ciertos impuestos sobre los hidrocarburos afectando, supuestamente, dicho incremento al pago del susodicho déficit tarifario de la electricidad. Dichos impuestos están armonizados y los márgenes de gravamen en España están en la franja baja de la Unión Europea de modo que –al menos en el plano normativo– es posible, e incluso recomendable, adoptar esta medida. Es más, desde dicho anuncio tales gravámenes, y el del tabaco, se han incrementado ya en tres ocasiones, en poco más de año y medio. En cuanto a la afectación de los ingresos que por esta vía se obtengan a una finalidad específica, no es lo que con carácter general se predica de nuestro sistema tributario, pero tampoco está prohibido (50) y bien podría así establecerlo el Estado por lo que a la parte del rendimiento que de estos impuestos no ha cedido a las Comunidades Autónomas.

(48) Art. 9.3º.h), Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.

(49) *Cfr.* la Ley aragonesa 13/2005, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas en materia de tributos cedidos y propios.

(50) Art. 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Vid.* al respecto VARONA ALABERN, J.E. (2009): *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Marcial Pons, Madrid, *passim*.

Más complicado resulta, en términos de Derecho financiero, lo relativo al Impuesto sobre la Electricidad, desde el momento en que el rendimiento del mismo está íntegramente cedido a las Comunidades Autónomas de régimen común, pero siempre es posible: bastaría con reformar el art. 42 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, del sistema financiero autonómico, en el que se regula el alcance de la cesión del Impuesto sobre la Electricidad que, en la actualidad, es del cien por cien.

Lo que resultaba verdaderamente peregrino era el establecimiento de una tasa sobre la producción de energía eléctrica, en particular sobre la renovable (51). En nuestro ordenamiento tributario la tasa, como tributo, se puede exigir por dos razones: bien por «la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público» bien por «la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario» (52). De lo que trascendió en su día sobre los planes del Ministerio no era posible deducir si se pensaba establecer por lo uno o por lo otro. Pero si pensamos en que la pretensión del Gobierno con dichas medidas era hacer caja para reducir el déficit tarifario, difícilmente se iba a conseguir dicho objetivo con una tasa encaminada a compensar los gastos generados por un servicio administrativo. La memoria económica que habría debido de acompañar y preceder a su establecimiento habría requerido un esfuerzo imaginativo desproporcionado para justificar los importes que se aspiraban a recaudar con la susodicha tasa.

3.1. ¿Una tasa por servicios administrativos o por el aprovechamiento del dominio público?

Pues bien, las posibilidades al respecto podían ir encaminadas en dos direcciones: aprovechamiento especial de bienes de dominio público o prestación de servicios o actividades en régimen de Derecho público.

¿Qué servicios o actividades administrativas podría venir a gravar semejante tasa? Son varias las que se pueden intuir en este sentido. Por la tramitación de las distintas licencias de establecimiento, por su inscripción en los registros administrativos creados al efecto, por los servicios de inspección relativos al correcto estado de las instalaciones o por el uso de las instalaciones «públicas» –la red española de electricidad– para la comercialización del bien. En algunos de estos casos –por no decir en todos– sin embargo, ya existe la tasa, tarifa o precio oportuno. Pero es que, además, siempre que nos ubiquemos en el plano de tasas que se abonan con ocasión de la prestación de un servicio público determinado el problema de cuantificación del tributo que surge es el de la justificación, en la correspondiente memoria económica, de los costes administrativos que se vienen a cubrir. En lo que respecta al déficit tarifario no es fácil pretender calificarlo, a

(51) No cabe duda, y ya se ha hecho notar, que el sistema de *feed in tariff* adoptado en España para fomentar el desarrollo de las energías renovables requiere una revisión en profundidad para transformarlo en un sistema financieramente sostenible, pero –dicho eso– lo que no es de recibo es que se lleve a cabo un movimiento pendular –de hecho ya se viene haciendo desde 2007– sistemáticamente contrario a unas energías que, también por imperativos de Derecho internacional y comunitario, debieran de estimularse. El establecimiento de la, venturosamente abandonada, tasa sobre las mismas habría sido el punto culminante de una política desnortada al respecto que en la literatura científica se ha llegado a calificar con metáforas bien expresivas. *Vid.* al respecto TÁBORA, M. y BOKOBO, S. (2012): «Renewable energies in Spain: Are they all killing the goose that laid the golden egg?» en AA.VV. *Market Instruments and Sustainable Economy*, IEF/IUCA (UCM), Madrid, pp. 103-111.

(52) Art. 2.2, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

estos efectos, como un coste administrativo derivado de la prestación de un servicio o actividad pública.

Otra posibilidad sería tratar de construir un concepto semejante al que subyace en las tasas urbanísticas que recaen sobre la instalación de rótulos publicitarios en las fachadas de los edificios, como la prevista en el anexo 4.3 de la vigente Ordenanza fiscal núm. 3.3 del Ayuntamiento de Barcelona. En este caso estamos ante una actuación en el ámbito de un bien que no es de dominio público, un edificio, pero que tiene un impacto visual en el entorno urbano, al incidir en el paisaje de la ciudad con un reclamo publicitario.

¿Por qué se ha de satisfacer en tal caso una tasa? La argumentación que se viene defendiendo es que el particular obtiene de la instalación del soporte publicitario un beneficio que se logra a costa de incidir en el paisaje urbano, de forma y manera que es preciso compensar financieramente al común de los vecinos, lo que se hace a través del abono de una tasa; siendo la actividad administrativa que viene a cubrir la de las actividades propias de control sobre el paisaje municipal.

Esta construcción, ya de por sí un tanto endeble (53), podría, tal vez, trasladarse al terreno de las energías renovables. En definitiva, una instalación eólica o fotovoltaica, incide sobre el paisaje del territorio pudiéndose requerir en compensación el abono de una tasa. La diferencia, respecto de lo que ocurre con las lonas publicitarias, es que en este caso la instalación energética habrá requerido la tramitación de todo un expediente administrativo que habrá generado, ya de por sí, el pago de las oportunas tasas. Añadir al mismo una tasa específica —que, se ha de insistir, siempre que se ligue a un servicio va a tener un importe constreñido al coste derivado del mismo— no parece muy razonable. Máxime cuando el bien objeto de producción sería de naturaleza ambiental —el paisaje— y el objeto de gravamen iba a ser la instalación de una planta de producción energética respetuosa con el ambiente, al menos en términos de prevención del cambio climático ¿Podría procederse a la demanialización legal del paisaje como bien susceptible de protección por razones ambientales? Tal vez sí, pero no iba a ser sencillo defender que el impacto que sobre el paisaje pueda tener una planta de producción energética renovable justifique la exigencia de una tasa cuando otras instalaciones cuya incidencia sobre el paisaje —con la inseguridad jurídica, por otra parte, que derivaría del uso de un concepto tan evanescente como éste— es mayor, como un gran edificio, una cementera o una vía de transporte, iban a quedar exoneradas del mismo.

Se ha de pensar, pues, que lo que se pretendía establecer era una tasa estatal por el supuesto aprovechamiento especial del dominio público que realizan los productores de energía eléctrica, cuya cuantificación iría ligada a una cuota variable por MW/h. Más allá de su superposición al Impuesto sobre la Electricidad, que no es cuestión menor, el problema, cuando la energía eléctrica es de origen renovable —en particular la

(53) Para SIMÓN ACOSTA, «la tasa por anuncios visibles desde la vía pública supone un exceso del legislador» (Vid. *Las tasas de las entidades locales (el hecho imponible)*, Aranzadi, 1999, pág. 43). Comparten esta opinión SÁNCHEZ GALIANA, J. A. (2000): «Tasas y precios públicos que afectan a los inmuebles en el ámbito local». *Revista de Derecho financiero y Hacienda pública*, vol. 50, núm. 257, pág. 479 y RUIZ GARIJO, M. (2002): *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, Valladolid, pág. 170, not. 126. El Tribunal Constitucional, a este respecto, en su Sentencia 73/2011, de 19 de mayo, ha declarado inconstitucional el establecimiento de una tasa sobre la instalación de anuncios en terrenos de dominio público local o visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales, por entender que, en realidad, no se trata de un supuesto de aprovechamiento especial del dominio público, por mucho que los carteles publicitarios sean visibles desde el mismo, sino que —en realidad— encubre un impuesto sobre la publicidad.

fotovoltaica y la eólica— habría sido el de acotar cuál fuese el dominio público cuyo aprovechamiento especial se estaría llevando a cabo por las empresas productoras de dicha energía.

No puede ser el suelo, por cuanto con carácter general las plantas generadoras de dichas energías no están ubicadas sobre el dominio público sino sobre terrenos de propiedad privada. Descartada también el agua —al menos para las energías renovables a las que nos estamos refiriendo— nos queda la luz del sol y el viento. Sin perjuicio de que, en cuanto a los parques eólicos marinos sí pudiera hablarse de aprovechamiento especial del dominio público marino.

Ciertamente no sería la primera vez en la que el legislador estatal, cual singular prestidigitador, extrajera —de su proteica chistera— sedicentes conceptos que como auténticas bombas de racimo desarbolan las texturas dogmáticas del Derecho. No está muy lejana en el tiempo la conceptualización del espacio aéreo —más bien del llamado espectro radioeléctrico, como parte de aquél a través del que se propagan las ondas electromagnéticas (54)— como dominio público susceptible de aprovechamiento especial por las empresas de telecomunicaciones que proveen sus servicios a través de las ondas. Esta singular concepción justificó el establecimiento de unas tasas sobre las empresas de telefonía móvil y de radiodifusión hoy *sub judice* ante el Tribunal Constitucional.

Algo semejante se adivina que sea lo que durante la elaboración del anteproyecto de ley de medidas fiscales para la sostenibilidad del sistema energético hubiera podido pretender el Gobierno de la Nación con el establecimiento de una tasa sobre la producción de energía eléctrica de origen renovable. Al menos por cuanto a la de origen eólico o fotovoltaico se refiere, el único dominio público cuyo aprovechamiento especial por un particular hubiera sido susceptible de dar lugar al establecimiento de una tasa habría sido la luz del sol o el viento. Parece evidente que tales bienes, por su propia esencia, no pueden generar un aprovechamiento particular en detrimento del común. El concepto de aprovechamiento especial va ligado al hecho de que un determinado ciudadano condiciona el uso que el resto hace de tales bienes, obteniendo de los mismos un beneficio especial. Las empresas suministradoras que hacen un uso intensivo del suelo y subsuelo, los veladores que ocupan las aceras, las redes subterráneas de distribución energética, comunicación audiovisual u otro bien o servicio, la empresa que gestiona una estación de esquí, en todos estos casos se está llevando a cabo una ocupación, un aprovechamiento particular, del espacio público que limita el que el común de los ciudadanos puede hacer del mismo. Este es, pues, el fundamento de que la comunidad les pueda exigir una compensación financiera, una tasa, por dicho uso intensivo de lo que es común. ¿En qué medida ocurre tal cosa con el aprovechamiento que del viento o de la luz solar hacen las empresas productoras de energía eléctrica renovable? En ninguna: aparentemente no se da tal aprovechamiento especial. Luego no estaría justificada la implantación de tasa alguna por dicho concepto: a primera vista, su hecho imponible carecería de fundamento y su establecimiento resultaría inconstitucional. Tratar de demostrar esta afirmación, que no es susceptible de aprovechamiento especial —a los efectos de establecer una tasa— un intangible de la naturaleza del viento o de la luz solar es el primer objeto espe-

(54) «Ce son les lois relatives à la communication qui ont relancé le débat sur l'existence d'un domain public hertzien, sinon aérien». GODFRIN, P. (2001): *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 6^a ed., Armand Colin, Paris, 2001, p. 47. En España el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público planificado, administrado y controlado por el Estado, de acuerdo con lo establecido al respecto en la Ley 32/2003 General de las Telecomunicaciones. Sobre el espacio radioeléctrico *vid.* CULLELL MARCH, C. (2011): *La regulación del espacio radioeléctrico*, Bosch, Barcelona.

cífico de este epígrafe del presente trabajo. Una vez que la decisión política se hubiese decantado por hacer recaer sobre los productores de energía eólica y fotovoltaica una parte de la factura del déficit tarifario, los juristas al servicio de la Administración deberían de haber estudiado las posibilidades que ofrece el ordenamiento financiero español para hacerlo. Descartando otras posibilidades –la reducción de las primas o la subida del Impuesto sobre la Electricidad– que no serán aquí objeto de atención, en ciertas fases de la discusión se planteó el eventual establecimiento de una tasa específica que sujetase a gravamen la producción de las susodichas energías renovables. Aun cuando hoy por hoy esta eventualidad se haya descartado, no deja de tener interés su análisis por cuanto pudiera llegar a replantearse en un futuro, dada la «volatilidad» de la normativa relativa a las energías renovables.

3.2. El viento y la luz solar como intangibles susceptibles de aprovechamiento especial

¿Podrían concebirse el viento o la luz solar que nutren las instalaciones destinadas a transformar su incidencia sobre las mismas en energía eléctrica como bienes de dominio público, exigiéndose una tasa por su aprovechamiento especial?

Las construcciones clásicas del dominio público en la literatura científica española, que se basan en la caracterización de tal categoría realizada en Francia por HAURIOU, conciben éste como una modalidad de propiedad afectada a la utilidad pública (55) o como una técnica de intervención por la que se reservan a titularidad pública determinados bienes (56). En otro sentido, se ha querido ver en el dominio público, la «cosa pública», una relación jurídica que exige de las Administraciones públicas el deber –ya no tanto el poder de dominio– de crear y mantener tales bienes en beneficio de la comunidad (57).

En ambas construcciones teóricas del dominio público, como en las que de idéntica categoría se han hecho en la literatura científica italiana (58) o francesa (59) –de cuya dogmática jurídica es en buena medida, en este punto, tributaria la española– es consustancial a tal categoría la afectación de los bienes que alcanza al uso público, al interés general.

En definitiva, en unas u otras construcciones, el fundamento de la teoría del dominio público –como propiedad, técnica de intervención o relación jurídica– está en la necesidad de preservar unos bienes al alcance de los derechos exclusivos de unos determinados miembros de la sociedad para garantizar su afectación al bien común, al disfrute de

(55) Cfr. BOCANEGRA, R., *et. al.* (1999): *Lecciones de Dominio Público*, Colex, 3ª ed., Madrid, p. 17.

(56) Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.) (1997): *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Valencia, p. 37.

(57) Cfr. «la moderna concepción del dominio público presenta la ventaja de superar diversas deficiencias de la tesis que lo considera un género de la propiedad pública: (...). Todo ello se resolvería si el dominio público se considera como un título causal que legitima una intervención más intensa del poder público justificada en la necesidad de asegurar el efectivo cumplimiento por las cosas o los bienes precisos de un fin (uso o servicio) querido por el derecho.» L. PAREJO ALFONSO, «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», en *RAP*, núms. 100-102, 1983, pp. 2403 y 2415, citado por RUIZ GARIJO, M. (2002): *Problemas actuales...*, *ob. cit.*, p. 169, not. 123.

(58) Cfr. DI RENZO, F. (1978): *I beni degli enti pubblici*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, p. 43; *vid. tam. bién*, CERULLI-IRELLI, V. (1983): *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Pádua, p. 15.

(59) Cfr. GODFRIN, P. (2001): *Droit administratif des biens...*, *ob. cit.*, p. 11.

la entera comunidad, el acceso a un servicio universal, en el caso de los mercados regulados.

Más allá de que la declaración del viento, como de la luz solar, como bienes demaniales, al objeto de justificar el establecimiento de una tasa por el aprovechamiento especial que de los mismos se realiza en las instalaciones de energía eólica o fotovoltaica requeriría forma de ley -y no de Real Decreto Ley desde el momento en que afecta al contenido básico del derecho de propiedad y del deber de contribuir- lo cierto y verdad es que ninguna de ambas realidades se comparece bien con la categoría fundamental sobre la que tal declaración se asentaría, la de dominio público.

En un supuesto que se podría considerar cercano, ciertamente el legislador ha proclamado el carácter de dominio público del espectro radioeléctrico. La diferencia, sin embargo -y sin que esto prejuzgue una ponderación positiva de la construcción demanial del espectro radioeléctrico- de aquél caso con el aquí analizado -el viento y la luz solar- es considerable. Por una razón muy sencilla, que no es otra sino el carácter limitado de aquél, de recurso escaso, y en consecuencia -en el estado actual de la técnica- de la necesidad de prevenir interferencias en su uso simultáneo por diversas personas, frente a la condición naturalmente ilimitada de éstos. Salvo que el aprovechamiento del viento o de la luz solar por una instalación energética de estas características impidiera el disfrute de ambos bienes por el resto de la comunidad, o produjera distorsiones entre distintos usuarios, la intervención pública en la ordenación de su aprovechamiento especial, exigiendo el pago de una cantidad por la misma, carece de fundamento. Carece de justificación la pretensión de que se compense a la comunidad, cuando no se le priva de nada, antes bien, se sirve a sus intereses generales proporcionándole una energía de origen renovable y sostenible en el tiempo, y cuando, por otra parte, tampoco se adivina la existencia de un servicio general cuya provisión se haya de preservar.

Así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia cuando ha tenido oportunidad, a otros efectos, de manifestarse sobre la condición del viento, el aire o el sol como realidades susceptibles de ser apropiadas (60): la respuesta es, claramente, negativa. Si no es así, ¿cómo van a ser calificables como bienes de dominio público aprovechables de forma especial a los efectos de establecer una tasa por ello? No es que jurídicamente sea del todo descartable que el viento y la luz solar fueran calificables como bienes de dominio público; a diferencia de lo que ocurre con el espacio ultraterrestre -más allá de la atmósfera- que de conformidad con las estipulaciones del Tratado de Naciones Unidas de 1967 por el que se rige no es susceptible de apropiación nacional (61). Pero no es fácil fundamentar el interés público a preservar que justificaría la planificación y control de su uso por parte del Estado.

Es verdad, que en línea con la consideración del dominio público como un concepto desligado de la caracterización patrimonial que le ha venido siendo dada por la literatura científica francesa, y siguiendo las construcciones germánicas que al respecto ha po-

(60) «No resulta discutible que el viento, como el aire o el sol que reciba una finca no es algo susceptible de ser apropiado, es decir, no forma parte del derecho de propiedad, del haz de usos y facultades que corresponden al propietario del suelo sobre el que está la finca expropiada, si bien entendemos, a diferencia de lo que afirma la demandada, que de ello se puede concluir en una primera aproximación, que el viento que recibe una finca no tiene en consecuencia un contenido patrimonial de cuya privación deba quedar indemne el expropiado, es decir, no es algo de lo que se pueda disponer (comprar, vender)». STSJ de Galicia 16/2008, de 16 de enero de 2009, JUR 2009\21964. En el mismo sentido, *vid.* también la STSJ de Galicia 447/2007, de 12 de abril, JUR 2009\23198.

(61) *Vid.* CULLELL MARCH, C. (2011): *La regulación..., ob. cit.*, p. 24.

pularizado en España PAREJO ALFONSO, cabría entender el dominio público como «un mero haz de potestades en defensa del bien común que no implica una estricta propiedad por parte del ente público» (62). Pero, aun así, ¿qué justificaría la declaración por ley del viento o de la luz solar como bien de dominio público?, ¿qué «bien común» o servicio universal se estaría tratando de proteger? En definitiva, la única razón que explicaría la declaración de semejantes intangibles como dominio público sería el permitir al legislador el establecimiento de una tasa sobre su aprovechamiento especial a efectos energéticos, con la finalidad de financiar con los recursos producidos por la misma una parte del tan traído y llevado déficit tarifario. La fundamentación de la tasa entraría así en un razonamiento circular en pura lógica inaceptable: se establece por el aprovechamiento especial de un bien cuya condición de dominio público únicamente descansaría sobre la necesidad de calificarlo como tal a los efectos de poder fundamentar el establecimiento de una tasa sobre su uso y disfrute.

Puestos a entender que el viento y la luz solar son susceptibles de aprovechamiento especial, incluso tendría más sentido que las tasas se establecieran por su utilización por los bañistas, con el objeto de limitar su exposición excesiva al sol –que como causa de enfermedades epidérmicas genera costes en el sistema sanitario– o por los veleros, cuya acumulación en el espacio marino podría ser objeto de regulación mediante el establecimiento de tal tributo, al estilo de las *road charges* que se establecen por el acceso en vehículo a determinadas localidades.

No cabría descartar, pues, que pudiera encontrarse una vía jurídica –ciertamente procelosa y de más que endeble lógica– para justificar el establecimiento de una tasa sobre el aprovechamiento especial del viento y de la luz solar. En realidad, en cierto modo, ya se ha hecho en los sucesivos «cánones», auténticos tributos pese a denominarlos «prestaciones patrimoniales públicas», creados en Galicia (63), Castilla La Mancha y Castilla y León, estableciendo sendos impuestos autonómicos propios sobre las instala-

(62) HERRERA MOLINA, P. M. (2000): *Derecho tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid, p. 90. Es en esta línea de razonamiento en la que cabe ubicar lo que al respecto manifiesta el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de marzo de 2006, cuando afirma al respecto que «los avances tecnológicos permiten ahora la posibilidad de una utilización industrial del viento, esto es, de los «recursos eólicos» que bajo esta denominación revelan ya su importancia económica. El viento como recurso natural –o, más propiamente, la energía que en él se contiene– va adquiriendo, en paralelo a su valoración económica una significación jurídica que requiere la intervención del legislador, tanto más cuanto que las características de los aerogeneradores con los que se trata de aprovechar aquella energía implican una cierta «utilización especial» del recurso eólico (...)» [cit. en PATÓN GARCÍA, G. (2013): «Tributos castellanomanchegos y energías renovables: la inconstitucionalidad del impuesto sobre la energía nuclear y la protección del entorno natural», en *Fiscalidad de la energía renovable* (Dir. Manuel Lucas Duran), Aranzadi, en prensa]. Aun cuando, ciertamente, este pronunciamiento del Alto Tribunal se enmarca en la discusión sobre si existe un derecho inalienable, o no, del titular de un terreno a explotar el recurso eólico connatural al mismo, manifestándose al respecto que «los vientos –si es que pudieran calificárseles de «cosas»– entran dentro de la categoría de las *res communis omnium*, las cosas que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza, de modo que, en principio, nadie puede reivindicar para sí su uso exclusivo.» (*ibídem*, cit. en GIMÉNEZ CERVANTES, J. (2008): «El régimen jurídico...» p. 317).

(63) *Cfr.* la Ley de Galicia, núm. 8, de 22 de diciembre de 2009. *Vid.* sobre el particular GARCÍA NOVOA, C. (2010): «El canon eólico de la Comunidad Autónoma de Galicia», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, pp. 10-75; F.D. ADAME MARTÍNEZ, F. D. (2010): «Nuevos tributos ambientales: el Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada y el canon eólico de Galicia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, 2010, pp. 89-114; FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I. (2010a): «Consideraciones sobre el canon eólico de Galicia», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, 2010, pp. 115-124; GARCÍA DE PABLOS, J.F. (2011): «El canon eólico como tributo medioambiental», *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2011, pp. 67-85.

ciones de energía eólica. En el gallego se alude en el articulado a la protección genérica del medioambiente –aun cuando en la exposición de motivos se habla del «efecto territorial, paisajístico (64) y medioambiental», pero es que en el castellano-manchego se menciona explícitamente el viento como «bien jurídico protegido» (65), aun cuando no directamente «bien de dominio público», mientras que en el castellano-leonés la referencia que se hace es a «afecciones e impactos visuales» (66). En todo caso, en los tres casos estos impuestos se construyen sobre la idea de que una instalación de energía eólica comporta un impacto ambiental que, sea en aras de la protección del paisaje, sea por el aprovechamiento industrial que del viento se realiza, justifica el establecimiento de un tributo específico al respecto. Dicho esto, en términos económicos –también de justicia constitucional y de confianza en el Estado– sería verdaderamente contradictorio e incoherente que para tratar de sufragar los costes que en el sistema tarifario se derivan parcialmente de las primas a las renovables se llamase a tributar de forma particular a los productores de tales energías por un concepto tan singular como el aprovechamiento de unos bienes de dominio público de configuración formalista, como el viento y la luz solar.

4. LA REFORMA DE LOS INGRESOS: LA LEY DE MEDIDAS FISCALES PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA

Finalmente, pues, se desechó la idea de proponer una tasa sobre las energías renovables –probablemente, más que por su carácter contradictorio y por las dificultades técnico-jurídicas que su establecimiento planteaba, por la escasa recaudación que habría generado– y el Consejo de Ministros aprobó y envió al Parlamento un Proyecto de ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (67), que vio la luz como ley al finalizar el año (68). Se ha llevado a cabo con la misma una reforma en profundidad del conjunto de los ingresos del sistema financiero de la energía eléctrica en España.

En concreto, se han creado cuatro, cinco si tras la reforma de los nucleares se considera que éstos son tres, nuevos impuestos –sobre la producción de la energía eléctrica, sobre la producción de residuos radiactivos, sobre el almacenamiento de tales residuos y sobre la producción de energía hidroeléctrica– y se han sujetado a gravamen efectivo en el Impuesto sobre hidrocarburos el gas y el carbón.

Aun cuando en la exposición de motivos de la ley se hagan constantes referencias a la naturaleza medioambiental de estos impuestos y la mención a la «sostenibilidad» que figura en su título podría llevar a pensar en ello, un análisis detenido de su contenido revela que no son preocupaciones medioambientales las que subyacen en su razón de ser. La referencia a la «sostenibilidad» alude a la dimensión financiera, que no ambiental,

(64) De hecho Galicia ha dictado una ley, la núm. 7, de 7 de julio de 2008, sobre la protección de su paisaje.

(65) Art. 2 de la Ley de Castilla La Mancha, núm. 9, de 21 de marzo de 2011: «Con el fin de preservar la cohesión, el equilibrio territorial y el medio natural, en cuanto entorno físico soporte de la actividad económica vinculada al aprovechamiento industrial del viento, en su consideración de bien jurídico protegido...»

(66) Art. 20.1.b) de la Ley de Castilla y León, núm. 1, de 28 de febrero de 2012: «La generación de afecciones e impactos visuales y ambientales por los parques eólicos...»

(67) BOCG, Congreso de los diputados, Serie A, de 28 de septiembre de 2012.

(68) Ley núm. 15, de 27 de diciembre de 2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE, del 28), en adelante LMFSE. Un primer estudio sobre estos impuestos se puede encontrar en VILLAR EZCURRA, M. (2013): «Eficiencia, eficacia y control de los incentivos fiscales en el ámbito energético», en J.A. ROZAS (Ed.), *Hacia la Consolidación Fiscal. Propuestas para la sostenibilidad del Estado del Bienestar*, Aranzadi, Pamplona, pp. 95-136.

del sistema de energía eléctrica y en la articulación de los distintos impuestos los elementos de protección específica del medio ambiente son más bien escasos. La jurisprudencia constitucional (SSTC 289/2000, 168/2004 y 179/2006) ha venido delimitando dos criterios que diferenciarían un impuesto ambiental de otro que, simplemente, bajo tal apariencia encubre un impuesto sobre la renta, el consumo o el patrimonio. Por una parte, un cierto grado de afectación de sus ingresos a actividades de protección del medio ambiente; por otro, que de un modo u otro en los elementos esenciales del tributo se prevean mecanismos que permitan al contribuyente reducir su carga tributaria llevando a cabo actividades que reduzcan el volumen de la contaminación que genera. Ninguno de ambos rasgos se aprecian, con carácter general, en los impuestos creados por esta ley.

Sencillamente, se ha tratado con los mismos de allegar al sistema financiero eléctrico recursos para sufragar el déficit tarifario. Nada más. Tal y como atinadamente expresaba FERNÁNDEZ LÓPEZ (69) ya en el 2010, había tres caminos para enjugar el déficit: reducir, más, primas y complementos; incrementar las tarifas cobradas a los consumidores; o crear nuevos impuestos sobre las eléctricas. Esto último es lo que se ha hecho en diciembre del 2012; lo primero, lo acometido cautamente desde el 2009 y con abierta decisión desde julio del 2013; lo segundo no ha dejado de hacerse desde que se acometió la liberalización del mercado eléctrico, supuestamente, para lograr que bajasen los precios de la electricidad.

Aunque en un primer momento se llegó a considerar la afectación formal de los ingresos que estos nuevos impuestos están llamados a generar, y que se han estimado en 2.700 millones anuales, a la financiación del sistema eléctrico, finalmente se ha hecho de forma indirecta, trasladando a los Presupuestos generales del Estado la cobertura de una parte equivalente de los costes del sistema.

En lo que ya supone una cláusula de estilo en la legislación tributaria española –da la singularidad que en nuestro sistema tributario revisten los territorios forales– se hace una alusión específica a que los impuestos se aplicarán en todo el territorio nacional «sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico» (art.13 LMFSE). Pues bien, en la Comunidad foral de Navarra sí se ha aprobado a este respecto –con remisión a la normativa estatal– el Impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica (70) y los Impuestos sobre los residuos radiactivos aquí examinados, con remisión, igualmente, a la normativa estatal (71), siendo de directa aplicación, por otra parte, la normativa estatal relativa a la sujeción a gravamen del gas y del carbón, en tanto en cuanto no se ha modificado. En Álava, por su parte, lo único que se ha hecho al respecto ha sido adaptar la normativa de Impuestos especiales a la sujeción del gas natural y del carbón al Impuesto sobre Hidrocarburos (72); en Guipúzcoa, ni siquiera eso. El único de los tres territorios históricos, por último, en el que –además, también, del Impuesto sobre la producción de energía eléctrica– se han establecido los impuestos relativos a la producción y almacenamiento de los residuos radiactivos ha sido Vizcaya (73), remitiéndose a tal objeto a la normativa estatal, en tanto en cuanto no

(69) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. (2010 b): «Un enfoque...», p. 50.

(70) Cfr. Ley foral 24/2012, de 26 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. Curiosamente, aprobado un día antes que su homónimo estatal, a cuya normativa se remite expresamente en su art. 2.

(71) Cfr. Art. 7 de la Ley foral 21/2012, de 26 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

(72) Cfr. Decreto normativo de urgencia fiscal 1/2013, de 19 de marzo.

(73) Cfr. Decreto foral normativo 2/2013, de 26 de febrero, por el que se determina la aplicación de nuevos impuestos en el Territorio Histórico de Bizcaya. No se establece en dicha norma, por el contrario, el canon sobre la producción de energía hidroeléctrica, a cuyo establecimiento el PNV

se produzca su incorporación a través de la modificación del Concierto económico vigente. Lo que no tiene nada de particular, desde el momento en que la única instalación nuclear que existe en los territorios vascos –aun sin actividad alguna, pues no llegó a entrar en funcionamiento– está ubicada en Lemoniz (Vizcaya).

Una segunda cláusula de estilo, también clásica en nuestra legislación tributaria, adopta la cautela de advertir de que lo establecido en la misma «se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno» (art. 14 LMFSE). Lo que, por otra parte, es una precisión perfectamente inútil, pues, de no incorporarse la misma, la vigencia de los mencionados tratados y convenios internacionales no se vería mínimamente alterada por semejante omisión.

4.1. El impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica

El título primero de la ley se dedica a la regulación de un nuevo impuesto directo y real que recae sobre la generación de energía eléctrica, con independencia de su origen. El hecho imponible es la producción de la energía y su incorporación a la red de transporte, no su comercialización al usuario. El contribuyente es el productor, la base imponible su cifra de negocios, que no su beneficio, y el tipo impositivo del 7 por 100, 6 por 100 en el Proyecto de ley.

Se dice en la exposición de motivos que la generación de energía eléctrica es una actividad que comporta un coste medioambiental importante, desde el momento en que su transporte y distribución se realiza mediante instalaciones con un fuerte impacto ambiental. En realidad, quien pudiera estar llamado a internalizar la susodicha externalidad sería REE, que es la empresa titular de dichas instalaciones. Pero es que, además, aplicando el criterio que sentó el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional el Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el Medio ambiente, de tratar de defenderse esta vinculación, este Impuesto sería incongruente pues, al igual que aquél, su base imponible es la cifra de negocios. Aun cuando, ciertamente, siendo éste estatal, no tropieza con las limitaciones que al respecto se prevén respecto de los impuestos autonómicos –no gravar hechos imposables ya sujetos a gravamen por el Estado– y que determinaron la declaración de inconstitucionalidad del mencionado impuesto balear.

La definición del hecho imponible hace referencia a dos conceptos, «producción e incorporación», que guardan un estrecho paralelismo con los impuestos especiales de fabricación, que se refieren a «fabricación y distribución». Bien es verdad que éste se califica como directo y aquellos son indirectos, pues inciden sobre el consumo y son objeto de repercusión. Se incide, pues, sobre la primera fase –únicamente sobre ésta– del proceso de comercialización de la energía eléctrica: el momento en el que el productor que ha generado la energía la vierte en el sistema. Prescindiéndose, pues, de posteriores transacciones y de lo que ocurra en su comercialización final. El hecho imponible, por lo tanto, se perfecciona con la incorporación al sistema de la energía producida.

El período impositivo coincide con el año natural y el devengo se fija el último día del mismo, salvo cese de la actividad a lo largo del mismo.

se mostró particularmente contrario en la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2012, por ser este un sector relevante en la producción de energía eléctrica en el País Vasco [Enmienda núm. 4 del Grupo parlamentario EAJ-PNV, de supresión del canon hidroeléctrico (BOCG Serie A, núm. 25-2)].

Aunque el contribuyente se define como el sujeto que realiza las actividades sometidas a gravamen, en realidad, por cada instalación de la que el mismo sea titular se devenga una obligación tributaria diferente. De modo que, habría sido más preciso definirlo como «el titular de la instalación en la que se realiza la actividad sujeta a gravamen».

La base imponible está constituida por el importe total de las retribuciones –precio, primas, cuantías complementarias– que se reciban del sistema por el vertido en el mismo de la energía generada a lo largo del período impositivo. Y el tipo impositivo es, como ya se ha señalado, nada menos que del 7 por 100.

La lógica del impuesto –a tenor de los antecedentes de la crisis financiera del sistema descrita en los apartados anteriores– es algo más que transparente. Se trata de hacer pagar de forma lineal a todos los productores de energía eléctrica –sin centrar la atención en los sujetos a régimen especial, como en un principio se barajó– una parte del coste del déficit tarifario. Ciertamente, en apariencia habría sido más fácil reducir tales retribuciones –primas y complementos– en lugar de crear un impuesto específico sobre sus perceptores. Pero ya se ha hecho notar que también en esa línea se había actuado, y se haría, sobre todo, con posterioridad, al aprobar el RDL 9/2013, sin que tal cosa aliviase del todo el desequilibrio financiero del sistema. Por si todo esto fuese poco, además, lo ocurrido en su primer año de aplicación –la no traslación presupuestaria de los ingresos obtenidos por el mismo a la cobertura del déficit tarifario– demuestra que su afectación teórica no sino eso: teórica.

4.2. Los impuestos sobre residuos nucleares (74)

El plan general de eliminación de residuos radiactivos alcanzaba los 2.700 millones en 2009 (75) y se preveía su financiación con cargo a la tarifa eléctrica. Pues bien, la Ley 15/2012 crea dos impuestos, supuestamente con el objetivo de financiar este plan: el «Impuesto sobre la producción del combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica» y el «Impuesto sobre el almacenamiento del combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas».

Lo primero que cabe decir en cuanto a estos dos impuestos es que su denominación resulta un tanto alambicada: «Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica» e «Impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas». ¿No hubiera resultado más sencillo bautizarlos como «Impuesto sobre la producción de residuos radiactivos nucleares» e «Impuesto sobre el almacenamiento de residuos radiactivos en instalaciones centralizadas»?

No se entiende la insistencia en mencionar de forma explícita en la denominación del impuesto una de las variedades de los residuos radiactivos –los de alta actividad, en este caso– como es el «combustible nuclear gastado». ¿Por qué mencionar en el título del impuesto el género y la especie como si de cosas distintas se tratase? La reforma operada en 2103 tal vez da una idea de esta insistencia, pues al combustible nuclear gastado

(74) Como ya se ha hecho notar, un análisis exhaustivo de estos impuestos –reformados mediante la Ley 6/2013– puede encontrarse en el trabajo, pendiente de publicación, que se ha entregado a *Quincena Fiscal* con el título «La tributación estatal sobre los residuos nucleares: un análisis crítico».

(75) Exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

se le ha dado un tratamiento específico que parece escindir el impuesto sobre la producción de residuos nucleares –desde luego su hecho imponible– en dos tributos.

Dado, por otra parte, que los únicos residuos radiactivos a los que se refiere el primer de los impuestos son los producidos en centrales nucleares de energía eléctrica –ciertamente los más voluminosos, claro está– y aun cuando no se utilice en la normativa administrativa al respecto tal denominación, lo más expresivo y sencillo habría sido referirse a «residuos radiactivos nucleares», en lugar de a residuos radiactivos «resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica».

Más allá de esta consideración puramente nominalista, pero trascendente en aras de una construcción del sistema tributario atenta a su transparencia y sencillez, conviene hacer referencia al fundamento inmediato de estos dos –tres quizás, tras la reforma de 2013– impuestos.

¿Qué ha cambiado en el modelo español de gestión y almacenamiento de los residuos radiactivos en los últimos años que justifique la creación de dos nuevos impuestos estatales al respecto? ¿No existía hasta ahora ningún género de tributos al respecto? La respuesta a ambas preguntas es sencilla. No ha cambiado nada y sí existían ya tributos al respecto. Por una parte, cuatro tasas estatales, reguladas en la disp. ad. 6ª de la Ley 54/1997, del sistema eléctrico –que mantiene su vigencia tras la aprobación de la Ley 24/2013– afectadas al sostenimiento del Fondo nacional para la eliminación de residuos radiactivos. Por otra, varios impuestos autonómicos propios relativos, igualmente, a la generación y tratamiento de estos residuos.

El motivo, por lo tanto, que subyace en la creación de estos nuevos impuestos no radica en la carencia de instrumentos tributarios al respecto. En realidad, se trata de una razón puramente financiera: llamar a las centrales nucleares a contribuir de forma especial en la financiación del déficit tarifario, por una razón bien sencilla: son, junto con las hidroeléctricas, las que disfrutan de un mayor margen comercial desde el momento en que sus costes están en buena medida amortizados y el mecanismo de fijación de precios en el mercado mayorista, hasta ahora, les permite vender su producto a precios que marcan otras energías con mayores costes, como el petróleo y el gas (76).

La Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, atribuye al Estado la titularidad de los residuos radiactivos una vez que se haya procedido a su almacenamiento definitivo. Es más, en la reforma operada en dicha ley por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, se califica la gestión de los residuos radiactivos y el desmantelamiento de las centrales nucleares como «servicio público esencial» atribuyéndose la responsabilidad al respecto a la empresa pública ENRESA.

Aparentemente, tendría sentido que se creasen dos impuestos específicos destinados a proveer los recursos financieros necesarios para su correcta gestión, dada la peligrosidad de los mismos. Lo que no se muestra tan sencillo es compatibilizar el mismo con las cuatro, nada menos que cuatro, tasas que inciden sobre todo lo relativo a la gestión y almacenamiento de estos residuos, cuyos elementos esenciales se contienen en la vigente disposición adicional sexta de la Ley 54/1997. Curiosamente de todas estas tasas no se dice ni media palabra en la ley que crea estos nuevos impuestos –más allá de una modificación marginal relativa al período de ingreso de las mismas en determinados casos (77)–

(76) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. (2010 b): «Un enfoque...», p. 51, not. 31.

(77) Cfr. la disp. final 1ª.3 de la Ley 15/2012 que modifica la disp. ad. 6ª, ap. 9.1º.f) para incluir un nuevo párrafo con el siguiente texto: «No obstante, cuando se trate de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente en los que no concurren las circunstancias a que se refiere el apartado 3.1 del artículo 71 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (...), el ingreso de las tasas

que en la exposición de motivos llegan a denominarse «gravámenes» (sic); lo que es muy poco riguroso cuando estos «impuestos estatales» se solapan con otros «tributos» como las mencionadas «tasas» y los «impuestos autonómicos» que sobre el mismo objeto imponible están vigentes.

Si se analizan en paralelo las susodichas tasas y estos dos impuestos se descubre que sus elementos esenciales tienen puntos en común. Eso sí, las tasas son más económicas. Por poner tan solo un ejemplo, una de las tasas delimita como base imponible «la fabricación de elementos combustibles» y fija un tipo impositivo de 1449 €/Tm. Pues bien, la base imponible del impuesto sobre la producción de residuos radiactivos es «la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos», y el tipo impositivo, de 2190 €/Kg. Aunque, ciertamente, sus elementos esenciales –hecho imponible, sujeto activo, contribuyentes y elementos de cuantificación– no coinciden, su fundamento es idéntico y no parece que sea muy respetuoso con lo que debiera de ser un sistema –que no conglomerado– tributario justo el que convivan en el mismo tasas e impuestos sobre una misma actividad, tan particular y específica, como el tratamiento de los residuos radiactivos.

En este caso es, si cabe, más patente que la finalidad de estos impuestos no es la financiación de la eliminación de los residuos. De lo contrario, la recaudación de los mismos se habría afectado al Fondo que a este efecto está regulado en la Ley 54/1997. Nuevamente, se trata de hacer contribuir a quienes se benefician de los ingresos que genera el sistema financiero de energía eléctrica –en este caso a unos productores en particular, las centrales nucleares y las instalaciones de almacenamiento centralizado de residuos radiactivos– en la financiación del déficit que el mismo ha venido generando. Detraerles, vía impuestos, lo que han recibido a través de un sistema financiero mal diseñado.

4.3. El canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica

Por último, en cuanto a la creación de nuevos impuestos sobre la energía, se añade un art. 112 bis) a la Ley de Aguas (78), mediante el que se establece un llamado «canon por la utilización de las aguas continentales para la utilización de la energía eléctrica». La exposición de motivos de la ley justifica la creación de este nuevo tributo en el hecho de que hasta ahora tan solo estaban gravados por el canon –en terminología de la LGT, más bien, tasa– de ocupación del dominio público hidráulico las aguas continentales mencionadas en las letras c) y b) del art. 2 de la Ley de Aguas -cauces de corrientes naturales, lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos– no estando sujetas al mismo las aguas continentales a las que se refiere la letra a).

En realidad, del texto de la norma lo que se desprende es que se está estableciendo un auténtico impuesto sobre la producción de energía hidroeléctrica, cuya base imponible es

devengadas durante cada uno de los trimestres naturales del año se hará efectivo, respectivamente, antes del día 10 de los meses de mayo, septiembre, noviembre y febrero o, en su caso, del día hábil inmediatamente posterior.» Pese a que en el informe de la CNE en el que se sugería el establecimiento de impuestos –aunque no con la estructura y detalle que finalmente se les ha dado– relativos a la producción de energía eléctrica de origen nuclear se advertía de la necesidad de «tener en cuenta la existencia de tasas para financiar la actividad de la empresa pública empresarial ENRESA» como de los impuestos autonómicos al respecto [CNE (2012) *Informe...* p. 127].

(78) Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

el valor de la misma y el tipo impositivo nada menos que el 22 por 100. Lo cierto y verdad es que este canon ya existía –aunque no con la estructura, ni cuantía, que ahora se le da– y se venía denominando canon por ocupación de los saltos a pie de presa (79). Es un recurso propio de los Organismos de cuenca, previsto en el art.132 del RD 849/1986, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio público hidráulico. Si ya este canon, que incluso llegó a calificarse como precio –aunque en la actualidad no hay ninguna duda de que se trata de una tasa– presenta problemas de compatibilidad con el canon de ocupación del dominio público hidráulico, o incluso con los satisfechos en régimen de concesión administrativa, ¿qué se habrá de decir del mismo una vez creado este «nuevo» canon estatal por la producción de energía eléctrica? (80) Por si todo esto fuera poco, en Galicia podría entrar en colisión con el Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada, aprobado por la Ley 15/2008, de 19 de diciembre, que incide, justamente, sobre las actividades de producción de energía hidroeléctrica, determinando tal estado de cosas la obligación del Estado de instrumentar las medidas de compensación o coordinación previstas al respecto en el art. 6.2 LOFCA.

En realidad se trata de un impuesto, y no tiene nada que ver con la ocupación del dominio público ni con las consecuencias medioambientales derivadas de tal actividad. Basta con fijarse en la base imponible del mismo, la cifra de negocios, y en el tipo impositivo, el 22 por 100, para no tener ninguna duda al respecto.

Es éste, probablemente, el caso más clamoroso, en cuanto a la finalidad del impuesto y su razón de ser. ¿Por qué establecer un impuesto tan extraordinariamente gravoso sobre la producción de la energía eléctrica? Es bastante sencillo de entender. Nuevamente, como ocurría con las nucleares, la práctica totalidad de las instalaciones están más que amortizadas y su coste de producción es reducido, de modo que su margen comercial es de los más elevados del sector, al incidir en la fijación de los precios con los que lo hacen los costes, más elevados, de otros productores. Luego se las puede llamar a contribuir de forma excepcional a la financiación del déficit. Eso sí, de forma completamente contradictoria con consideraciones de naturaleza ambiental, más allá de las relativas a la protección de la biodiversidad que, probablemente por puro rubor, ni siquiera se han mencionado en esta ley.

4.4. La imposición sobre el gas natural y el carbón

Hasta ahora el gas natural en España venía sujeto a un tipo impositivo cero, acogándose a un período transitorio previsto en la Directiva 2003/96/CE del Consejo. Pues bien, mediante esta ley se adelanta el término de dicho período y se sujeta a gravamen, a un tipo de, al uso de este gas.

La producción y uso de carbón, o de combustibles sujetos a tributación en el impuesto sobre hidrocarburos, para la producción de electricidad estaba exento de gravamen (81). Esta exención también se suprime, en este caso sí, con buena lógica ambiental.

(79) Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (2012): «Los tributos estatales sobre el agua. Los tributos de la Ley de Aguas», en AA.VV., *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, pp. 23 y sigs.; PAGÉS I GALTÉS, J. (2004): «Fiscalidad de las aguas», en AA.VV. *Derecho del Medio Ambiente y Administración local*, Fundación para la Democracia y el Gobierno local, p. 260.

(80) Nuevamente, la CNE, que también planteó la posibilidad de que se crease un impuesto sobre la producción de energía hidroeléctrica para financiar el déficit tarifario, advertía de la necesidad de evitar un efecto de doble tributación [CNE (2012) *Informe...* p. 127].

(81) Cfr. Arts. 51.2.c) y 79.3.a) de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos especiales.

5. LA REFORMA DE LOS COSTES Y LA LEY DE FISCALIDAD AMBIENTAL

Al terminar este artículo, el Gobierno ha aprobado un Real Decreto-Ley, el 9/2013, de 12 de julio, que pone las bases para una modificación de fondo del modelo financiero que hasta ahora ha presidido el sistema eléctrico nacional, esta vez en cuanto a sus costes, afectando de pleno a todos sus interlocutores –producción, transporte, distribución, consumo– y a cuya descripción se dedicará el último epígrafe de este estudio. En buena medida, con todo, se ha recibido en la Ley 24/2013.

Simultáneamente, se remitió al Congreso de los Diputados un Proyecto de ley (82) en el que, junto a otras medidas tributarias y financieras encaminadas al logro de la añorada –y requerida por la UE– consolidación fiscal, se proyectaban determinadas medidas en lo relativo a la fiscalidad ambiental, que merece una sucinta mención aun cuando, más allá de lo realizado en los impuestos nucleares, no afecta a la imposición energética aquí referida.

5.1. Hacia un nuevo modelo financiero del mercado eléctrico

Todo lo hasta aquí expuesto evidencia que el modelo financiero del mercado eléctrico español, tal y como se proclama en la exposición de motivos de la Ley 24/2013, era inviable. Pese a los denodados esfuerzos que desde el año 2009 se han realizado para embriar el desbocado déficit tarifario, su naturaleza estructural ha desarbolado una y otra vez todas las medidas que se han ido sucediendo al respecto.

Finalmente, el RDL 9/2013, la Ley 24/2013 que lo integra, al menos, afronta el problema en toda su dimensión y plantea una batería considerable de ajustes de fondo y un cambio radical del modelo retributivo de la producción, el transporte y la distribución de la energía eléctrica. Probablemente merecerá sus críticas y tenga sus carencias, pero esta vez nadie podrá decir ni que se trata de una medida de maquillaje ni que carga la mano sobre una sola parte de los interlocutores. Es más, al menos aparentemente, se ha tomado conciencia de que se ha de ser especialmente cuidadoso con los consumidores –que ya llevan digerida una más que notable porción del problema– haciendo recaer sobre ellos, al menos de momento, la parte más liviana del ajuste. Las cifras que se facilitan al respecto son, sencillamente, espeluznantes. De no haberse aprobado las reformas de 2012, el precio de la electricidad para el consumidor se debiera de haber incrementado en un 42 por 100; de no haberse aprobado el RDL 9/2013, en un 19 por 100. Pese a todo, se incrementa la tarifa de último recurso, ahora llamada «Precio Voluntario al Pequeño Consumidor», en un 3,2 por 100.

Así como la reforma de la Ley 15/2012 ponía el acento en los ingresos del sistema –incrementándolos de forma apreciable a través de nuevos impuestos energéticos y el incremento de otros ya vigentes– la reforma –llamada por el Consejo de Ministros como «energética»– de julio de 2013 ha incidido de forma sustancial sobre la estructura de costes del sistema, tratando de limitarlos. Más allá de alguna medida marginal en el capítulo de ingresos, como la relativa a la atenuación del gravamen sobre el carbón destinado a usos profesionales.

El peso de la reforma de los costes –como ocurrió con los ingresos– se va a repartir fundamentalmente entre los productores y los distribuidores de electricidad, con la pe-

(82) Proyecto de ley por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, BOCC, Serie A, núm. 54-1, de 3 de julio del 2013. Ya Ley 16/2013 al revisar las pruebas de imprenta.

cularidad de que, en esta ocasión, se ha incorporado, también, al pago de la factura a Red Eléctrica Española, la empresa «pública» responsable del transporte y que, hasta ahora, se había mantenido en un discreto segundo plano. No deja de ser curioso que la estimación de reducción de costes, con cargo a las empresas del sector, se evalúa en la misma cifra en la que se estimaron los ingresos que estaba destinada a generar la Ley 15/2012: 2.700 millones. O es pura casualidad, que no se ha de descartar, o ambos cálculos carecen del suficiente rigor técnico.

Tras las infinitas reformas que se han sucedido en el tiempo, esta norma reforma, por completo, el sistema de *feed in tariff* que hasta ahora ha regido la retribución de las energías renovables, de cogeneración y residuos. Se modifica al respecto la Ley 54/1997, definitivamente superada por la Ley 24/3013, y se ponen las bases para que el Gobierno desarrolle un sistema en el que el cálculo de las primas deja de estar ligado directamente a la producción y se construye sobre cuatro conceptos jurídicos indeterminados –aquí entrecomillados– que, sin duda alguna, están llamados a ser ricos en controversias. El Gobierno garantizará a las empresas a las que sea aplicable el régimen especial un «beneficio razonable», concepto parejo al de «retribución razonable» que ya estaba previsto –aunque no con la trascendencia que ahora adquiere– en el lejano RD 436/2004, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Este «beneficio razonable» vendrá calculado a partir de la estructura de ingresos y costes medios de lo que se conceptualice como «empresa eficiente y bien gestionada». Habida cuenta de la estimación del beneficio de explotación ligado a la actividad de generación de energía eléctrica –ingresos menos gastos ordinarios medios– y descontados los costes de amortización del valor inicial de la «instalación tipo», se calculará el estándar de «rentabilidad razonable» de la empresa. Sobre qué gastos se habrán de tener en cuenta al respecto la ley se preocupa de introducir un matiz, relevante: no se tendrán en cuenta los derivados de la aplicación de normativa autonómica o local «administrativa» –se supone, ¿o no?, que la aplicación de los tributos da lugar a actos administrativos– pues los cálculos se deberán de realizar a nivel nacional.

Pues bien, para las empresas que en la actualidad están sujetas al régimen primado, el sistema ha de garantizar que esa rentabilidad no será inferior –conforme a los parámetros descritos– al que se derivaría de una inversión en Obligaciones del Tesoro más 300 puntos, lo que en la actualidad equivale aproximadamente a un 7,5 por 100. Este parámetro de «rentabilidad razonable», por otra parte, está previsto que se revise cada seis años.

Se acabó, pues, para las energías renovables, el sistema de garantía de venta de la producción mediante primas –desde 2010 con un horizonte temporal– y se derogan –en consecuencia– los RD 661/2007 y 1578/2008 que constituían el eje de su normativa específica. En adelante, se limita la garantía a lo que se ha de definir por la correspondiente norma reglamentaria como «rentabilidad razonable», que no hace falta ser especialmente suspicaz para prever que será inferior a la media de lo que en la actualidad se estaría consiguiendo en el sector con el sistema de primas. Mientras esto no suceda, eso sí, se les seguirán liquidando los derechos que les correspondan, pero ya con el carácter de anticipo de la liquidación definitiva que en su momento se haya de realizar conforme al nuevo sistema recién aprobado.

Algo semejante se hace con la regulación del régimen retributivo de las actividades de distribución y transporte. Pendientes, desde la aprobación del RDL 20/2012, de que el Gobierno modifique su régimen financiero –regulado para las de distribución en el RD 222/2008, y para las de transporte en los RD 2819/1998 y 325/2008– se modifica la Ley 54/1997, para incorporar a la misma las bases del mismo, conforme a premisas paralelas a las que se han definido respecto de la producción de energía eléctrica en régimen especial. Recurriendo, pues, al concepto jurídico indeterminado de «rentabilidad

razonable», se establece, en este caso, para las actividades de distribución y transporte, que dicho margen, tratándose de «actividades de bajo riesgo» –se entiende que financiero– no podrá ser inferior al de las Obligaciones del Tesoro a diez años, más 200 puntos, lo que actualmente equivaldría a una cifra en torno al 6,5 por 100. A este respecto, en línea con lo ya establecido por el RDL 20/2012, si para las energías renovables se mencionaba expresamente que no se tendrán en cuenta para el cálculo de la «rentabilidad razonable» los costes administrativos autonómicos y locales, para las empresas de distribución se advierte que para el cálculo del susodicho parámetro sólo se tendrán en cuenta las inversiones nuevas –se parte de la premisa, real, de que todos sus activos históricos están más que amortizados– y a partir del tercer año posterior a su entrada en funcionamiento.

Otro capítulo de gastos que es objeto de revisión es el de los denominados costes extrapeninsulares e insulares. Por una parte, advertido que no se podrá trasladar el 100 por 100 de los mismos a los Presupuestos Generales del Estado, tal y como se había dispuesto en el RDL 6/2009, se establece que el sistema deberá de sufragar el 50 por 100 de los mismos, lo que comportará, pues, un incremento del déficit. En este sentido, se adoptan medidas destinadas a su reducción, como se hace –y de forma apreciable– con los llamados pagos por capacidad para las instalaciones de ciclo combinado que, además, se suprimen para las nuevas instalaciones. Como, igualmente, se suprime el complemento por eficiencia y la bonificación por energía reactiva. Todo ello de forma lógica con la situación actual del mercado en el que, como es bien sabido, se está en una situación innegable de exceso de producción. Es más, se llega a prever en esta norma la posibilidad de que el Gobierno pueda decretar medidas de «hibernación» de la producción en determinadas circunstancias para ciertas instalaciones.

Una última medida, en la línea de la reducción de costes se refiere a la asunción de los derivados de la aplicación del llamado bono social. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de febrero de 2012, había declarado ilegal el modo en el que la norma reglamentaria distribuía el coste del mismo entre determinadas empresas eléctricas. Transitoriamente el coste de dicho bono social retornó al sistema. Pues bien, el RDL 9/2013 establece un sistema de reparto entre dichas empresas –en concreto las matrices de los grupos integrados verticalmente que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica– basado en un porcentaje de reparto que se considera proporcionado y que está destinado a extraer del déficit tarifario dicho coste, al que se otorga el carácter de «obligación de servicio público», en términos de Derecho comunitario europeo.

En definitiva, una reforma en profundidad del capítulo de gastos del sistema nacional del mercado eléctrico, que viene a complementar la realizada en el capítulo de ingresos en diciembre de 2012. Habrá que ver si su desarrollo reglamentario y evolución futura permite, finalmente detener el crecimiento de la pesadilla tarifaria.

5.2. El Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero

El art. 5 de la Ley prevé la creación de un impuesto de naturaleza medioambiental: el Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero. Su estudio pormenorizado merecería otro artículo y, además, se trata de un impuesto indirecto que se podría encuadrar entre los impuestos especiales no armonizados, ajeno a los impuestos directos sobre la energía de los que aquí se ha dado noticia. Baste, pues, con dar noticia sobre su creación.

Puede decirse que sería el primer impuesto estatal de naturaleza ambiental, no vinculado a la energía o a las aguas. Se puede catalogar entre la categoría genérica de los llamados *carbon tax* –aun cuando no se trata de agentes emisores de CO²– por cuanto está encaminado a limitar el efecto invernadero; eso sí, una parte marginal –aunque, al parecer, parti-

cularmente dañina— de las emisiones que lo producen, los llamados hidrocarburos halogenados, que se utilizan en aparatos de refrigeración, en extintores, disolventes o espumas.

Se trata de un impuesto indirecto que grava la puesta en consumo de tales gases, en fase única, y con repercusión al consumidor —de forma separada en la factura— estando prevista una deducción —de 7 € por kg.— para quienes —recuperando los productos— los destruyan, con la intención de estimular el desarrollo de tecnologías más respetuosas con el medio ambiente.

La base imponible estará constituida por el peso del producto. El tipo impositivo variará en razón del potencial de efecto de calentamiento ligado a cada gas, desde cero hasta un máximo de 100 € por kg.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La transición realizada en España, en los últimos veinte años, de un sistema integrado y público de provisión de energía eléctrica a otro liberalizado ha resultado ambivalente. Si en términos de producción de energía renovable los resultados son más que exitosos, el modelo financiero sobre el que se ha construido es insostenible.

Los ingresos que generan los precios y peajes satisfechos por todos sus partícipes —y pese al incremento exponencial de los cobrados al consumidor— no logran cubrir la infinidad de costes que genera el sistema. Para tratar de paliar esta situación, que ha derivado en la acumulación de un déficit, llamado tarifario, que se sitúa ya en torno a los 28.000 €, el Gobierno de la Nación —tras sucesivos e infructuosos ensayos parciales desde 2009— ha acometido en el último año dos reformas importantes. En el área de los ingresos la Ley 15/2012, parcialmente modificada por la Ley 16/2013, ha creado cuatro impuestos —cinco si, tras la reforma del 2013 los nucleares se consideran estructurados en tres impuestos diferenciados— y ha sujetado a imposición efectiva la comercialización del gas y del carbón para la producción de energía eléctrica. En cuanto a los gastos, el RDL 9/2013 ha puesto las bases para una reducción considerable de los costes del sistema y ha modificado las premisas sobre las que se asientan una parte importante de los mismos. La Ley 24/2013, del sector eléctrico, que recoge el mencionado RDL de julio, integra todo el esfuerzo normativo realizado hasta la fecha en esta dirección y pone las bases del nuevo modelo, construido sobre la premisa de la desaparición del déficit tarifario.

Una de las ideas que, durante el verano de 2012, se barajó para mejorar el sistema de ingresos fue la de establecer una tasa específica sobre la producción de energía renovable. Aunque no trascendieron más detalles al respecto, no parece que se pudiera estar pensando en una tasa sobre los servicios administrativos que en relación a dicha actividad se prestan, pues ya existen y, además, cualquier otra vendría limitada en su cuantía por los costes que generase el servicio, lo que la haría inservible para los fines con los que se pretendía establecer: contribuir a la atenuación del déficit tarifario.

La única posibilidad, pues, es que se estuviera pensando en una tasa por el aprovechamiento especial del dominio público que se lleva a cabo en la producción de energías renovables. Descartado el suelo sobre el que se asientan —en la mayoría de los casos privado— las opciones se reducen al sol y al viento. Aunque apoyándose en las concepciones germánicas del dominio público como «cosa pública» —que no patrimonio— podría llegarse a concebir el viento y la luz solar como tales, lo cierto y verdad es que calificarlos así con el único objeto de establecer una tasa al respecto hubiera sido demasiado forzado. Además, no tenía sentido la pretensión de hacer pagar la factura del susodicho déficit a uno solo de los interlocutores del sistema —los productores de energía renovable— que, por otra parte, es el que lleva a cabo una actividad medioambientalmente protegible.

Finalmente descartada esta opción, la Ley 15/2012 –tramitada durante el cuarto trimestre de dicho año– estableció una serie de medidas impositivas –creando cuatro, o cinco después, impuestos de nuevo cuño– bajo la premisa de lograr la «sostenibilidad energética». En realidad, no se predica en esta ley la sostenibilidad en términos medioambientales, sino económicos. Es más que transparente que la pretensión de esta ley no es otra sino la de hacer recaer una parte no desdeñable del déficit tarifario sobre los productores de energía eléctrica, imponiendo sobre los mismos nuevos y gravosos impuestos. Otra cosa es que, finalmente, al menos en 2013, ni siquiera se ha hecho tal cosa, pues no se han transferido vía presupuestaria los ingresos generados por estos impuestos, supuestamente medioambientales, a la cobertura del déficit tarifario.

De este modo, se ha renunciado, al menos, a concentrar el pago de la factura sobre el sector de las renovables. Al conjunto de los productores se les detrae un 7 por 100 de su cifra de negocios –que no de sus beneficios– a través de un nuevo impuesto directo sobre la producción de energía eléctrica. Al sector hidroeléctrico, además, se le exige un 22 por 100 adicional –de nuevo sobre la cifra de negocios– estableciendo un canon –en realidad otro impuesto– que se superpone al anterior y cuya única razón de ser es el apreciable margen comercial con el que funcionan dichos productores. Por último, se llama a contribuir, también, de forma adicional al sector nuclear –con dos, o tres, nuevos impuestos sobre residuos radiactivos, también superpuestos a las tasas ya existentes sobre idénticos objetos imposables– y al del gas y el carbón, la comercialización de los cuales se sujeta a gravamen en el Impuesto especial sobre hidrocarburos. En definitiva, una batería de medidas impositivas de las que se pretende obtener una recaudación adicional de 2.700 millones de euros, que se destinarían, en teoría, pues en su primer año de aplicación no se ha hecho así –a través de los Presupuestos generales del Estado– a enjugar el déficit tarifario.

Seis meses después de la aprobación de esta reforma en el ámbito de los ingresos del sistema financiero de la energía eléctrica, el Gobierno de la Nación aprobó una reforma en profundidad de los costes del mismo en el RDL 9/2013. Tras sucesivas reformas parciales, y frustrantes en términos económicos, de algunos de los costes complementarios que componen el sistema financiero eléctrico, este último Real Decreto-Ley pone las bases de un nuevo modelo en el que se abandona el precedente, basado en la producción de energía –hoy claramente excedentaria– y se opta por otro construido a partir de un concepto jurídico indeterminado que es la «rentabilidad razonable» de las empresas que intervienen en todo el proceso. De esta reforma se confía en lograr una reducción, esta vez de los costes, de, justamente, otros 2.700 millones de euros. Adicionalmente, y sin que guarde relación con el sistema de la energía eléctrica pero sí con la fiscalidad ambiental, se presentó un Proyecto de ley, hoy Ley 16/2013, por el que se creaba el primer impuesto estatal sobre la comercialización de ciertos gases, los fluorados, de efecto invernadero, y se modificaba la estructura de los impuestos sobre los residuos nucleares. El último paso dado en esta dirección ha sido la aprobación de la Ley 24/2013 del sector eléctrico.

Con estos dos bloques de reformas, en los ingresos y en los costes, el Gobierno aspira a embridar el déficit tarifario –a la espera de la modificación del funcionamiento del mercado eléctrico y de su sistema de fijación de precios, que se anuncia para el curso 2014– tarea imprescindible en el marco de la consolidación fiscal exigida por la Unión Europea, y equilibrar, así, finalmente, el sistema financiero de la energía eléctrica.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, F. D. (2010): «Nuevos tributos ambientales: el Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada y el canon eólico de Galicia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, pp. 89-114.

- ALBENTOSA PUCHE, L. (2009): «El papel del regulador en el Sector Eléctrico», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.II, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 169-209.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (2012): «Los tributos estatales sobre el agua. Los tributos de la Ley de Aguas», en AA.VV., *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona.
- BOCANEGRA, R. *et. al.* (1999): *Lecciones de Dominio Público*, Colex, 3ª ed., Madrid.
- BÖHM M. (2013): «Monetary instruments to promote technological innovation – The German Renewable Energy Act», en Kreiser, L., Duff, D., Milne, J. E., Ashiabor, H., (Eds.), *Market Based Instruments. National Experiences in Environmental Sustainability*, Critical Issues in Environmental Taxation, Vol. XIII, Edward Elgar, Cheltenham, UK– Northampton, MA, USA, pp. 23-40.
- CASTRO, L., DEL BLANCO, A., y HERRERA, P. M. (2012): «Incentivos económicos a las fuentes de energía renovable en España: Una regulación incoherente», en AA.VV. *Market Instruments and Sustainable Economy*, IEF/IUCA (UCM), Madrid, pp. 1130-1133.
- CASTRO-GIL AMIGO, J. (2012): «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: «o la indefensión de los canijos»», *La Ley*, 5 de julio de 2012, pp. 10-12.
- CERULLI-IRELLI, V. (1983): *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Pádua.
- CNE (2012): *Informe sobre el sector energético español* (http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/20120309_PI_DEFICIT_ELECTRICO.pdf).
- CULLELL MARCH, C. (2011): *La regulación del espacio radioeléctrico*, Bosch, Barcelona.
- DE RUEDA ÚBEDA, A. (2012): «Instrumentos para la promoción de las energías renovables», en AA.VV. *Market Instruments and Sustainable Economy*, IEF/IUCA (UCM), Madrid, pp. 113-129.
- DI RENZO, F. (1978): *I beni degli enti pubblici*, 2ª ed., Giuffrè, Milán.
- DOMINGO LÓPEZ, E. (2000): *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Madrid.
- FABRA UTRAY, J. (2012): «Una reforma para la regulación del sector eléctrico», en ECONOMISTAS FRENTE A LA CRISIS: *No es economía, es ideología*, Deusto, Barcelona, pp. 195-226.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. (2010 a): «Consideraciones sobre el canon eólico de Galicia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, pp. 115-124.
- (2010 b): «Un enfoque de la tributación ambiental: la fiscalidad específica sobre fuentes de energía renovables», *Quincena Fiscal*, núm. 22, pp. 33-70.
- GARCÍA NOVOA, C. (2010): «El canon eólico de la Comunidad Autónoma de Galicia», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, pp. 10-75.
- GARCÍA DE PABLOS, J.F. (2011): «El canon eólico como tributo medioambiental», *Quincena Fiscal*, núm. 21, pp. 67-85.
- GIMÉNEZ CERVANTES, J. (2008): «El régimen jurídico de las energía renovables en España», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 313-345.
- GODFRIN, P. (2001): *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 6ª ed., Armand Colin, Paris.

- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2011): *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor.
- HERRERA MOLINA, P.H. (2000): *Derecho tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (2012): «Conversaciones sobre la energía», Civitas, Madrid.
- LUCHENA MOZO, G. M^a. (2012): *La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*, Atelier, Barcelona.
- MATEU DE ROS Y CEREZO, R. (2009): «El déficit de la tarifa eléctrica: Origen y regulación por el Derecho positivo», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 347-390.
- PAGÉS I GALTÈS, J. (2004): «Fiscalidad de las aguas», en AA.VV., *Derecho del Medio Ambiente y Administración local*, Fundación para la Democracia y el Gobierno local.
- PATÓN GARCÍA, G. (2013 a): «La inconstitucionalidad del Impuesto castellanomanchego sobre la producción termonuclear de la energía eléctrica y residuos radioactivos: comentario a propósito de la STC 196/2012, de 31 de octubre», en *Quincena Fiscal*, 17.
- (2013 b): «Tributos castellanomanchegos y energías renovables: la inconstitucionalidad del impuesto sobre la energía nuclear y la protección del entorno natural», en *Fiscalidad de la energía renovable* (Dir. Manuel Lucas Duran), Aranzadi, en prensa.
- REVUELTA MEDIAVILLA J.M. y GONZÁLEZ BRAVO, C. I. (2008): «Competencia, eficiencia y tarifas», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 787-819.
- ROZAS VALDÉS, J. A. (2014): «La tributación estatal sobre los residuos nucleares: un análisis crítico», *Quincena Fiscal*, en prensa.
- SÁEZ DE MIERA CÁRDENAS, G. (2008): «Fiscalidad ambiental en el sector eléctrico», en *Tratado de tributación medioambiental*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1245–1282.
- SÁEZ DE MIERA CÁRDENAS, G. y SÁNCHEZ DE TEMBLEQUE, L. J. (2009): «La regulación de las energías renovables», en AA.VV. *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*, T.I., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 539-563.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (DIR.) (1997): *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Valencia.
- SERRANO GONZÁLEZ, M. (2008): «La Comisión Nacional de Energía», en AA.VV.: *Tratado de la regulación del sector eléctrico*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 267-287.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1999): *Las tasas de las entidades locales (el hecho imponible)*, Aranzadi, Pamplona.
- VARONA ALABERN, J.E. (2009): *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- VILLAR EZCURRA, M. (2012): *Cambio climático, fiscalidad y energía en los Estados Unidos. Una batería de ejemplos a considerar*, Civitas, Madrid.
- (2013): «Eficiencia, eficacia y control de los incentivos fiscales en el ámbito energético», en J.A. ROZAS (Dir.), *Hacia la Consolidación Fiscal. Propuestas para la sostenibilidad del Estado del Bienestar*, Aranzadi, Pamplona, pp. 95-136.