

Compatibilidad con el Derecho Europeo del Canon Hidráulico

Análisis de la [STJUE de 7 de noviembre de 2019](#), asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, UNESA y otros

Pedro Manuel Herrera Molina

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED

Ada Tandazo Rodríguez

Tutora del Centro Universitario Ramón Areces, UNED

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica (art. 29 de la Ley 15/2012, que introduce el artículo 112 bis en el texto refundido de la Ley de Aguas) no quebranta el principio quien contamina paga; el principio de recuperación de los costes de los servicios del agua previsto en el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE, el principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE ni la prohibición de ayudas de Estado impuesta por el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

1. Supuesto de hecho

La Ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (Ley 15/2012, de 27 de diciembre) creó varios tributos con una pretendida finalidad ambiental cuyo verdadero y único objeto consistía en obtener recursos para financiar el déficit tarifario (Rozas Valdés, 2015, apdo. 2).

De entre ellos destacan el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (arts. 1 y ss.) y el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica (art. 29, que introdujo un nuevo art. 112 bis en el texto refundido de la Ley de Aguas (RDLeg. 1/2001, de 20 de julio). Dicho precepto fue desarrollado por el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo. En adelante designaremos este tributo como «canon hidráulico»¹.

Según el texto refundido de la Ley de Aguas, se trata de una «tasa [...] destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico» (art. 112 bis.1).

La Ley 15/2012 no limita expresamente el ámbito territorial de aplicación a las cuencas hidrográficas que transcurren por más de una comunidad autónoma (cuencas intercomunitarias), aunque su disposición final segunda establece que «lo dispuesto en el título IV [que incluye el canon hidráulico] se dicta al amparo del artículo 149.1.22.^a de la Constitu-

¹ José Andrés Rozas Valdés (2015, apdo. 4.3) sostiene con acierto que el denominado «canon» es, en realidad, un impuesto sobre la producción de energía hidroeléctrica. En parecidos términos se pronuncia Saturnina Moreno González (2017, apdo. 5). En cambio, acepta la naturaleza de tasa Gerardo Codes Calatrava (2013, p. 646).

ción que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma».

La cuestión fue precisada –con dudoso fundamento legal– por el artículo 1 *in fine* del Real Decreto 198/2015, que desarrolla la regulación del canon hidráulico: «El presente canon solo será de aplicación en las cuencas intercomunitarias».

La «base imponible [...] será el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, y medida en barras de central, en cada periodo impositivo anual por el concesionario mediante la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico» (art. 112 bis.4).

En cuanto al tipo de gravamen era inicialmente del 22 %, después incrementado al 25,5 %. Este porcentaje contrasta con el tipo del 5 % del valor de otros usos del dominio público hidráulico, previsto por el artículo 112 del mismo texto refundido de la Ley de Aguas.

Tras diversas vicisitudes procesales, el Tribunal Supremo (TS) planteó la inconstitucionalidad del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. Dicha cuestión fue desestimada por el Tribunal Constitucional (TC) mediante una interpretación excesivamente laxa del principio de capacidad económica (Auto del TC 69/2018, de 20 de junio –NCJ063372–)². Además, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha planteado diversas cuestiones prejudiciales sobre el impuesto sobre el valor de la producción, que aún se encuentran pendientes en el momento de redactarse estas líneas³.

Por otra parte, el TS formuló varias cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad del canon hidráulico con el Derecho Europeo: el principio *quien contamina paga* (art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), el principio de recuperación de los costes de los servicios del agua (art. 9 de la Directiva 2000/60/CE), el principio de no discriminación (art. 3 de la Directiva 2009/72/CE) y la prohibición de ayudas de Estado imputada (art. 107.1 TFUE).

² Cfr., en sentido crítico sobre el citado auto, Saturnina Moreno González (2019, p. 329). A juicio de Gerardo Codes Calatrava, es «evidente la quiebra de los principios de generalidad y de capacidad económica» aunque no lo reconozca así la jurisprudencia constitucional (2013, p. 639). Conviene tener también en cuenta la STC 183/2014, de 6 de noviembre –NCJ058888– que no consideró contrario al artículo 14 de la Constitución española la ausencia de bonificaciones para las energías renovables en el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica por no existir un «derecho subjetivo a un trato normativo desigual». Cfr. José Andrés Rozas Valdés (2017, apdo. 3).

³ Según Fernando Calancha y Enrique Tejedor de la Fuente la sentencia que comentamos no permite prever en qué sentido se pronunciará el Tribunal de Justicia sobre el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (2019) *in fine*.

2. Doctrina del tribunal

2.1. Principio quien contamina paga

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

[...] el artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía como el controvertido en los litigios principales, que no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y cuya cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daños al dominio público, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores de energía hidroeléctrica (apdo. 45).

2.2. Principio de no discriminación

La sentencia concluye que:

[...] el principio de no discriminación, establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un canon como el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica controvertido en los litigios principales, que solo recae sobre los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas situadas en el territorio de más de una comunidad autónoma (apdo. 54).

2.3. Prohibición de ayudas de Estado

El TJUE afirma que:

[...] el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica controvertido en los litigios principales no recaiga, por una parte, sobre los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas hidrográficas situadas en el territorio de una única comunidad autónoma y, por otra parte, sobre los productores de energía eléctrica procedente de fuentes diferentes de la hidráulica no constituye una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición en favor de esos productores, ya que estos últimos no se encuentran, habida cuenta del marco de referencia pertinente y del objetivo perseguido por el canon,

en una situación comparable a la de los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas hidrográficas situadas en el territorio de más de una comunidad autónoma sujetos a dicho canon, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente (apdo. 79).

3. Comentario crítico

3.1. Falta de eficacia directa del principio quien contamina paga y de recuperación de costes del agua previstos en la Directiva Marco del Agua

El TJUE diluye la eficacia del principio quien contamina paga, establecido en el artículo 191.2 del TFUE y de su concreción en el principio de recuperación de costes del agua (art. 9.1 de la Directiva 2000/60/CE).

Según la sentencia:

[...] habida cuenta de que el artículo 191 TFUE, apartado 2, que recoge el principio de que quien contamina paga, se dirige a la acción de la Unión, la referida disposición no puede ser invocada en cuanto tal por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma nacional que puede haber sido adoptada en un ámbito comprendido dentro de la política medioambiental cuando no sea aplicable ninguna normativa de la Unión adoptada sobre la base del artículo 192 TFUE (apdo. 29).

Se trata de una doctrina formulada de modo reiterado por el TJUE (Sentencias de 9 de marzo de 2010, *ERG* y otros [asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08], apdos. 38 y 39, y de 4 de marzo de 2015, *Fipa Group* y otros [asunto C-534/13 –NCJ059504–], apdo. 40). Sin embargo, en este caso tal argumento resulta irrelevante, pues el principio quien contamina paga se reitera y concreta por el artículo 9.1 de la Directiva Marco del Agua (2000/60):

Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el *principio de que quien contamina paga* (la cursiva es nuestra).

Para eludir este escollo, el TJUE utiliza una técnica empleada con profusión por nuestro TC: la *huida hacia el sistema*. En efecto, según se afirma:

Resulta de las disposiciones de la Directiva que las medidas relativas a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el uso de las aguas constituyen *uno de los instrumentos* de que disponen los Estados miembros para la gestión cualitativa del agua destinada a un uso racional del recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania, C-525/12, EU:C:2014:2202, apartado 55) (la cursiva es nuestra)⁴.

En definitiva, se afirma que el Estado dispone de una amplia panoplia de instrumentos para cumplir los principios de quien contamina paga y de recuperación de costes en el ámbito del agua. El que una medida concreta se aparte de este principio no lo pone en peligro, porque puede restaurarse a través del sistema de medidas para la protección del agua.

Observamos cierta analogía con la criticable jurisprudencia de nuestro TC, según la cual no es necesario que cada impuesto concreto se cuantifique con arreglo a la capacidad económica mostrada por el contribuyente al realizar el correspondiente hecho imponible, porque el principio de capacidad económica solo debe exigirse del «sistema en su conjunto» (AATC 71/2008, de 26 de febrero –NFJ043198–, 69/2018, de 20 de junio –NCJ063372– y las SSTC 26/2017, de 16 de febrero –NCJ062176–, y 126/2019, de 31 de octubre –NFJ075398–).

Sin embargo, si una concreta figura fiscal distorsiona el principio quien contamina paga, gravando desproporcionadamente la energía de origen hidráulico, sería necesario que el «sistema» (entendido por el TJUE como el conjunto de medidas que permiten un uso racional del agua) estableciera otras medidas que permitieran corregir la citada distorsión. De otro modo –a nuestro entender– se producirá inexorablemente una quiebra del citado principio⁵.

⁴ En nuestra opinión resultaba más directo y transparente el argumento utilizado por el abogado general Gerard Hogan (8 de mayo de 2019), p. 30, según el cual el citado precepto de la Directiva «no confiere a los particulares una protección ni un derecho específicos» (p. 29 *in fine*). «Así se desprende del propio tenor del artículo 9, apartado 1, que carece de la claridad, precisión e incondicionalidad necesarios para que entre en juego la doctrina del efecto directo» (p. 30).

⁵ En las acertadas palabras de José Andrés Rozas Valdés:

[...] en este caso, además, tratándose de una fuente de generación de energía eléctrica que, aunque con incidencia ambiental, puede calificarse como renovable ni siquiera podría decirse que *el sistema financiero eléctrico considerado en su conjunto* coadyuve a la configuración de un modelo de producción de energía eléctrica sostenible, dado que la generada por centrales hidroeléctricas resulta fuertemente castigada tributariamente y no bonificada en el sistema de primas (la cursiva es nuestra).

Como también indica Saturnina Moreno González (2019, p. 339):

[...] ha de tenerse en cuenta que el canon solo grava uno de los usos de las aguas continentales (la producción de energía eléctrica), con exclusión de todos los demás, y dicho uso no tiene efectos contaminantes, por lo que puede cuestionarse su compatibilidad con la Directiva [Marco del Agua] a la luz de los objetivos de esta.

Sin embargo, el TJUE se refugia en la *huida hacia el sistema* y no se pregunta si el ordenamiento español contempla esas otras medidas correctoras, ni tan siquiera se remite al tribunal nacional para que verifique su existencia.

3.2. Limitaciones del principio de no discriminación previsto en la Directiva sobre el Mercado Interior de la Electricidad

El TJUE analiza la compatibilidad del canon con el principio de no discriminación establecido por el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. La posible discriminación sería consecuencia de un gravamen que solo afecta a los *productores de electricidad de origen hidráulico que operan en cuencas intercomunitarias* (es decir, que transcurren en el territorio de más de una comunidad autónoma). Estos resultan discriminados frente a los titulares de centrales hidráulicas establecidas en cuencas intracomunitarias y frente a todos los demás productores de electricidad.

Sin embargo, el TJUE descarta que dicha discriminación resulte relevante, pues:

En la medida en que la Directiva 2009/72 no constituye una medida relativa a la aproximación de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, debe considerarse que el principio de no discriminación establecido en su artículo 3, apartado 1, no se aplica a un canon como el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica controvertido en los litigios principales (apdo. 53).

En definitiva, se afirma que no estamos ante una directiva de carácter fiscal, que hubiera requerido su aprobación por unanimidad, de modo que el principio de no discriminación en ella establecido no afecta a las disposiciones tributarias de los Estados miembros⁶.

Con anterioridad había señalado Gerardo Gómez Calatrava que:

[...] la propia configuración del hecho imponible [...] impide de todo punto medir la intensidad de las posibles afecciones que se pretende gravar [...] En el debate en el Senado varios Grupos Parlamentarios presentaron sendas enmiendas con la finalidad de delimitar negativamente el tributo para favorecer la potenciación de energías limpias, pero ninguna de ellas fue finalmente recogida en el texto aprobado (2013, pp. 629-630).

Además «el efecto del nuevo gravamen es justamente el contrario al pretendido, ya que se incrementa considerablemente la presión fiscal a una de las fuentes de energía menos contaminantes, lo que supone indirectamente *premiar* a las más contaminantes» (2013, p. 632). A juicio de este autor, el canon hidroeléctrico sí resultaba contrario al artículo 9.1 de la Directiva Marco del Agua por gravar tan solo «uno de los usos de las aguas continentales [...] excluyendo todos los demás (2013, p. 644).

⁶ Esta idea se desarrolla en las conclusiones del abogado general:

3.3. Interpretación laxa de la prohibición de ayudas de Estado

3.3.1. Planteamiento

La sentencia no considera ayuda de Estado la no sujeción al tributo de:

- a) Los titulares de usos no energéticos del agua.
- b) Los productores de energía eléctrica procedente de fuentes diferentes de la hidráulica.
- c) Los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intracomunitarias.

3.3.2. Titulares de usos no energéticos del agua

En cuanto al primer punto, el TJUE se limita a señalar que: «el auto de remisión del asunto C-109/18 no contiene ningún dato que permita al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 56).

Pensamos que el TJUE podía haberse esforzado algo más, pues el auto de remisión sí destacaba la diferencia entre el tipo de gravamen del canon hidráulico (entonces el 22 %) y el canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico (5 %). Así se deduce del pár. 20 de las conclusiones del abogado general.

3.3.3. Productores de energía eléctrica procedente de fuentes no hidráulicas

Sobre esta cuestión, el TJUE incurre en una argumentación contradictoria derivada de un sorprendente formalismo.

[...] debido a que la Unión carece de competencias, con arreglo al artículo 114 TFUE, para adoptar tal medida fiscal, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 fuese aplicable a una medida tributaria nacional, este artículo por definición sería ilícito. Por lo tanto, es preciso dar a esta disposición una interpretación más estricta de la que parece sugerir la generalidad de su tenor. Así pues, se ha de considerar que la Directiva no tiene el efecto de hacer que el principio europeo de no discriminación sea aplicable a las medidas tributarias nacionales. En mi opinión, cualquier otra conclusión habría requerido que la Directiva se basara en el artículo 115 TFUE y, en tal caso, habría tenido que ser adoptada por unanimidad por el Consejo (pár. 37).

El punto de partida de la argumentación para determinar si estamos ante una medida *selectiva* es correcto:

[...] es preciso determinar si los productores de energía hidroeléctrica sujetos al canon controvertido en los litigios principales y los productores de energía eléctrica cuya fuente de producción de electricidad no es la hidráulica se encuentran en una situación comparable habida cuenta del objetivo perseguido por el canon en cuestión en los litigios principales (apdo. 65).

En apariencia, ambos grupos de productores de energía no se encuentran en una situación comparable atendiendo a la finalidad del canon hidráulico:

[...] resulta del Derecho nacional tal como se expone en los autos de remisión, y en particular del artículo 112 bis, apartado 1, de la Ley de Aguas y de los artículos 12 a 14 del Real Decreto 198/2015, que el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica está *destinado a la protección y mejora del dominio público hidráulico*. Pues bien, resulta pacífico que únicamente los productores de energía hidroeléctrica utilizan el dominio público hidráulico como fuente de producción de electricidad, lo cual podría tener un impacto medioambiental sobre el dominio hidráulico (apdo. 66) (la cursiva es nuestra).

El TJUE reconoce que, según el órgano judicial remitente,

[...] el canon, a pesar de la redacción del artículo 112 bis de la Ley de Aguas y de las disposiciones del Real Decreto 198/2015 que desarrollan ese canon, persigue, habida cuenta de sus características esenciales y de su estructura, un objetivo puramente económico (apdo. 68).

Por tanto, parecería razonable concluir que la falsa finalidad de protección del dominio público hidráulico no explica la diferencia de trato⁷. Es más, el propio TJUE afirma en el apartado 45 que el canon:

⁷ En opinión de José Andrés Rozas Valdés (2015, apdo. 4.3), este canon es «probablemente, el caso más clamoroso, en cuanto a la nula finalidad medioambiental inmediata de estos impuestos energéticos y su razón de ser, exclusivamente financiera». Como advierte Saturnina Moreno (2019, p. 312):

Esa pretendida finalidad ambiental del tributo entra en conflicto con el destino dado a la recaudación derivada del mismo, pues, a diferencia de los tributos regulados en los artículos 112 a 114 del TRLA cuya recaudación íntegra se considera un ingreso del organismo de cuenca-, en el caso del canon hidroeléctrico solo el 2 % del importe recaudado es considerado un ingreso de tal organismo, y el 98 % restante es ingresado en el Tesoro Público por el organismo recaudador (art. 112 bis, ap. 8.º, TRLA), por lo que viene a constituir un ingreso

[...] no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y cuya cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daños al dominio público, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores de energía hidroeléctrica (apdo. 45).

Sin embargo, la sentencia da un sorprendente giro argumental y señala que:

[...] en ausencia de normativa de la Unión en la materia, pertenece a la esfera de la competencia fiscal de los Estados miembros la determinación de las bases imponibles y el reparto de la carga fiscal entre los diferentes factores de producción y los diferentes sectores económicos (apdo. 68 *in fine*)⁸.

De esta consideración deduce el TJUE que los productores de energía hidroeléctrica y de energía de otras fuentes no se encuentran en situaciones comparables en cuanto a la sujeción al canon.

3.3.4. Productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intracomunitarias

El TJUE afirma que los productores situados en cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias tampoco se encuentran en una situación comparable, porque el ámbi-

más del sistema eléctrico, al no preverse el destino íntegro de la recaudación a la protección y mejora del dominio público hidráulico, a diferencia de lo que ocurre con la recaudación derivada de las tasas reguladas en los artículos 112 a 114 TRLA. El propio Consejo de Estado ha puesto de manifiesto esa incoherencia, que el Real Decreto 198/2015 intenta salvar, al señalar en su artículo 12.4 que el 98 % del importe de la recaudación neta del canon se ingresará en el Tesoro y que «los presupuestos generales del Estado destinarán a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico [...] al menos un importe igual a dicha cantidad prevista [...]». Sin embargo, este mandato no parece que se esté cumpliendo.

Además, no parece que una norma reglamentaria sea el instrumento jurídico adecuado para garantizar la afectación de un impuesto. A todo ello se suma, según Saturnina Moreno González, «la ausencia del componente ambiental en la configuración de [los] elementos esenciales» del tributo.

⁸ Otra posible argumentación, que no utiliza el TJUE, hubiera estado en invocar la Sentencia Kernkraftwerke Lippe-Ems (4 de junio de 2015, asunto C-5/14 –NFJ066029–), relativa a un tributo relacionado con la producción de energía eléctrica de origen nuclear. En ella se señalaba la inexistencia de un sistema general de referencia de tributación de la producción de electricidad. Sin embargo, como advierte Saturnina Moreno González (2019, p. 336):

[...] podría considerarse que en el caso español el sistema general de referencia de tributación de la producción de electricidad es el IVPEE, que como es sabido grava a todas las empresas que producen e incorporan al sistema eléctrico energía con independencia de la fuente empleada.

to competencial del Estado se limita a las cuencas que transcurren por el territorio de más de una comunidad autónoma.

Resulta un tanto sorprendente que el TJUE respalde su postura en una referencia indirecta –no se citan literalmente– a las sentencias Portugal-Comisión (6 de septiembre de 2006, asunto C-88/03 –NFJ023663–) y UGT-Rioja (11 de septiembre de 2008, asunto C-428/06 –NFJ029238–) según las cuales una medida regional favorable no es selectiva cuando el ente que la establece dispone de autonomía institucional, procedimental y económico-financiera respecto del Estado central (apdo. 70). Esta doctrina no parece aplicable al propio estado central, sino solo a sus divisiones regionales.

También causa cierta perplejidad la cita (por el apdo. 70) de la Sentencia ANGED (26 de abril de 2018, asunto C-233/16 –NFJ070206–), pues dicha resolución se limitó a considerar que no eran comparables las situaciones de los grandes establecimientos comerciales (gravados por el impuesto de grandes superficies) y los pequeños comercios, puesto que su impacto sobre el medio ambiente era distinto.

A nuestro entender, de dicha sentencia no cabe deducir que la distribución constitucional de competencias –fuera de casos como los referidos a Azores y a los territorios vascos a los que se alude *obiter dicta* en el apdo. 43– permita excluir la existencia de ayudas de Estado selectivas.

Es cierto que, según la sentencia ANGED:

En cuanto a la normativa controvertida en el litigio principal, debe señalarse, antes de nada, que no se ha discutido ante el Tribunal de Justicia que el marco de referencia territorial debería ser el de la Comunidad Autónoma de Cataluña (apdo. 45).

Se trata, sin embargo, de una cuestión que el TJUE acepta como tal sin acompañarla de un razonamiento concreto.

Más relevante podría resultar la cita por el apartado 72 de la Sentencia Hansestadt Lübeck (21 de diciembre de 2016, asunto C-524/14 P –NFJ064955–). La resolución se refiere a las tasas aeroportuarias establecidas por dicha ciudad, más ventajosas que las exigidas en otros aeropuertos.

En consecuencia, según señala el Abogado General en el punto 112 de sus conclusiones [asumidas por la sentencia], el marco de referencia pertinente para examinar si el Reglamento de 2006 [Aprobado por la ciudad de Lübeck] tenía como efecto favorecer a determinadas compañías aéreas respecto de otras que se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable, era el del régimen jurídico aplicable únicamente al aeropuerto de Lübeck (apdo. 62).

Ahora bien, no parece que esta doctrina, aplicada a la exigencia de tarifas aeroportuarias aprobadas por una ciudad, pueda trasladarse automáticamente a un caso en el que el Estado central exige un tributo en todo el territorio nacional, salvo las cuencas intracomunitarias.

Así, en sus conclusiones de 8 de mayo de 2019, el abogado general Gerard Hogan considera:

[...] que el reparto nacional de competencias solo es relevante para determinar el marco de referencia si la medida que podría constituir una ayuda pública ha sido adoptada por una autoridad regional o local y no, como en el presente asunto, cuando en realidad la medida ha sido adoptada por el Estado, pero este, por decirlo así, se está escondiendo tras las normas de su división de competencias para justificar haber limitado el ámbito de aplicación territorial de la medida. En tal situación, la división de competencias debe ser examinada como justificación, pero no como elemento que defina la delimitación territorial del marco de referencia (pár. 83).

Por lo tanto [prosigue el Abogado General], dado que la medida que, según el órgano jurisdiccional nacional, puede constituir una ayuda estatal es la exención fiscal que el Estado español concede a la energía hidroeléctrica producida por medios diferentes que el uso de agua de las cuencas intercomunitarias, la delimitación territorial del marco de referencia queda constituida por el conjunto del territorio del Reino de España (pár. 84)⁹.

En definitiva, estamos ante una doctrina *nueva* que no encuentra un apoyo claro en ninguna de las sentencias invocadas¹⁰, aunque pueda considerarse una evolución expansiva de los antecedentes citados. Dicho planteamiento *restringe* el concepto de ayudas de Estado mediante una interpretación laxa del requisito de selectividad.

Por otra parte, no resulta claro que el Estado carezca de competencias para extender el canon hidráulico a las cuencas intracomunitarias. De hecho, los demás cánones sobre el dominio público hidráulico previstos en el texto refundido de la Ley de Aguas se extienden también a dichas cuencas, aunque se trate de tasas «transferidas» (en definitiva de tributos cedidos de carácter atípico). El propio TJUE se remite a la necesaria «comprobación del reparto de competencias que incumbe al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 76).

⁹ Aunque, más adelante, el propio abogado general considera que la limitación de competencias sí puede constituir una *causa de justificación* de las ayudas de Estado aunque no suponga un elemento delimitador del «marco de referencia» (párs. 103 a 105). A nuestro juicio esta precisión pone de manifiesto la relativa confusión de la doctrina del tribunal entre los conceptos de «marco de referencia» y «causas de justificación».

¹⁰ Cfr., como respaldo de esta idea, las consideraciones anteriores a esta sentencia formuladas por Saturnina Moreno González (2019, pp. 334-335).

A nuestro entender, la limitación del canon hidráulico a las cuencas intercomunitarias no responde a la falta de competencia para *establecerlo* en las cuencas limitadas a una sola comunidad autónoma, sino en la *falta de competencia para obtener las sumas recaudadas en dichas cuencas*, pues tal competencia hubiera correspondido al órgano correspondiente de las comunidades autónomas¹¹. Como advierte Joan Pagès y Galtés sobre el canon de ocupación del dominio público hidráulico:

[...] cuando se trate de cuencas intracomunitarias [...] el sujeto activo será el órgano autonómico correspondiente si la Comunidad Autónoma ha asumido estatutariamente las correspondientes competencias sobre el dominio público hidráulico, pues, según la DA 2.^a del TR de la Ley de Aguas (que recoge lo que preveía la DA 4.^a de la redacción original de la Ley de Aguas), en tales casos las Administraciones hidráulicas autonómicas asumirán las competencias de los Organismos de cuenca (2005, p. 40).

Pues bien, como la finalidad del canon no era proteger las cuencas hidrográficas, sino tan solo obtener recursos para financiar el déficit de tarifa, el Estado no tenía ningún interés (aunque tuviera competencia) para extender el canon a las cuencas intracomunitarias.

4. Conclusiones

1. El TJUE considera que el principio quien contamina paga consagrado en el TFUE no puede invocarse directamente por los particulares, ni siquiera en la formulación más concreta que se establece en la Directiva Marco del Agua (2000/60) en relación con el principio de recuperación de costes.
2. La sentencia considera que el principio de no discriminación previsto en la Directiva del Mercado de la Electricidad (2009/72/CE) no es aplicable a las figuras tributarias, y, por tanto, no resulta quebrantado por el canon hidroeléctrico.

¹¹ Según advierte Saturnina Moreno González (2019, pp. 310-311):

[...] No debe perderse de vista que para el resto de tributos que componen el régimen económico-financiero de la Ley de Aguas, esta Ley prevé su extensión en todo el territorio de aplicación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas afectadas puedan modificar la normativa o hasta suprimir el tributo respecto de las aguas de su competencia (con cita de la disp. adic. 2.^a del texto refundido de la Ley de Aguas).

En relación al canon de control de vertidos (art. 113 de la Ley de Aguas) puede llegarse a una conclusión similar. Cfr. también las consideraciones sobre otros cánones de la Ley de Aguas formuladas José de Vicente García y Francisco Adame Martínez (2008, pp. 128-129) y Óscar Alzaga Villaamil (2008, p. 540).

3. El TJUE restringe el concepto de selectividad propio de las ayudas de Estado en un doble sentido. Por un lado, utiliza un concepto formalista de «marco de referencia» que se basa en la finalidad declarada por las normas sin atender al objetivo real que se desprende de su estructura. Por otra parte, el TJUE considera que para determinar si un trato fiscal favorable es o no selectivo debe atenderse exclusivamente al ámbito competencial del ente que lo establece, incluso en el caso de que este sea el propio Estado central. A nuestro entender este último punto supone una novedad, aunque el TJUE lo presente como una conclusión alcanzada en sentencias anteriores.
4. Con esta argumentación, sumamente discutible –sobre todo por lo que se refiere al análisis del principio de recuperación de costes y al concepto formalista de marco normativo–, el TJUE descarta las posibles incompatibilidades entre el canon hidráulico y el Derecho de la Unión Europea.
5. De todos modos, la sentencia se remite al órgano judicial de instancia –el TS– para que este compruebe si es cierto que el Estado carece de competencias para extender el canon hidráulico a las cuencas intracomunitarias. Si dicha competencia existiera, la actual falta de gravamen en dichas cuencas sí podría constituir una ayuda de Estado contraria al Derecho Europeo.

Referencias bibliográficas

- Alzaga Villaamil, Ó. (2008). La tributación medioambiental y las aguas. En F. Becker, L. M. Cazorla y J. Martínez-Simancas (dirs.), *Tratado de Tributación Medioambiental*. Cizur Menor: Aranzadi. Vol. I.
- Calancha, F. y Tejedor de la Fuente, E. (2019). El TJUE avala el canon hidráulico. *Periscopio Fiscal y Legal PwC*.
- Codes Calatrava, G. (2013). El canon a la generación hidroeléctrica. En F. Becker, L. M. Cazorla y J. Martínez-Simancas (dirs.), *Los tributos del sector eléctrico*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Moreno González, S. (2017). El impuesto sobre la electricidad y los impuestos regulados en la Ley 15/2012 desde la perspectiva de la prohibición general de ayudas de Estado. En M. L. González-Cuéllar Serrano y E. Ortiz Calle (dirs.), *La fiscalidad del sector eléctrico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno González, S. (2019). El canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica: análisis constitucional y de adecuación al Derecho de la UE. En M. L. González-Cuéllar Serrano y E. Ortiz Calle (dirs.), *La fiscalidad del agua: situación actual y perspectivas de reforma*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pagès y Galtés, J. (2005). *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*. Madrid: Marcial Pons,

Rozas Valdés, J. A. (2015). El modelo español de sistema financiero eléctrico a la luz del Derecho comunitario. *Quincena Fiscal*, 13, 55-84.

Rozas Valdés, J. A. (2017). Análisis constitucional de la imposición sobre la producción de energía eléctrica. En M. L. González-

Cuéllar Serrano y E. Ortiz Calle (dirs.), *La fiscalidad del sector eléctrico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vicente García, J. de y Adame Martínez, F. (2008). *Régimen fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*. Granada: Comares.