

Alerta informativa – Marzo 2022

Análisis de la Propuesta de Enmienda para modificar la Ley de Aguas y reintroducir el canon hidráulico



Luis Ques Mena
Socio de Derecho público y regulatorio EY

Beatriz Ruiz Herrero
Asociada senior de Derecho público y
regulatorio EY

Laura de Pedro Martín
Asociada senior de Derecho público y
regulatorio EY

El pasado 8 de marzo de 2022, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Informe de la Ponencia previa a la Comisión de Transición Ecológica del Senado del Proyecto de Ley de Residuos para una Economía Circular, en el que se recogen las enmiendas realizadas por los partidos políticos en la tramitación ante el Senado.

Entre ellas, se encontraba una propuesta de adición de una nueva disposición adicional que modifique el artículo 112.bis del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (“Ley de Aguas”) y que viene a reintroducir el “canon por la utilización de las aguas continentales para la producción eléctrica”, cuyas disposiciones reglamentarias fueron anuladas por el Tribunal Supremo en el 2021 y que ha supuesto de facto la obligación de devolver los importes ingresados indebidamente por las empresas eléctricas entre los años 2013 y 2021, así como la imposibilidad de recaudar dicho canon hasta que no se revisen los pliegos concesionales.

En la presente Alerta analizaremos en detalle esta cuestión y las novedades que se pretenden introducir vía Disposición adicional de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, y cómo sortean lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo no avaló el Canon Hidroeléctrico

En el mes de abril de 2021, el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias por las que se resuelven los recursos interpuestos directamente contra el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo (“**RD 198/2015**”), por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas (“**TRLA**”), introducido por el artículo 29 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intracomunitarias (“**Canon Hidroeléctrico**”) e, indirectamente, contra el citado artículo 112 bis del TRLA.

Mediante el Canon hidráulico, introducido por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (“**Ley 15/2012**”), se gravaba la utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público hidráulico para la producción de energía eléctrica en barras de central. Es decir, gravaba la producción de electricidad por las centrales hidroeléctricas.

La finalidad declarada del Canon hidráulico era “*la protección y mejora del dominio público hidráulico*”, pero según la propia Ley 15/2012 y, en concreto, su disposición adicional segunda, la recaudación se destina a “*financiar los costes del sistema eléctrico*”. Esto provocó ciertas dudas sobre la conformidad del Canon Hidroeléctrico con el ordenamiento jurídico nacional y con el Derecho de la Unión Europea, que finalmente fueron descartadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de noviembre de 2019 en la que declaró que el Canon Hidroeléctrico no se oponía al Derecho de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo, no llegó a considerar elevar una cuestión de inconstitucionalidad, y entró a realizar el examen de legalidad del RD 198/2015, acordando estimar parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra dicha norma.

En particular, el Tribunal Supremo declaró contraria al ordenamiento jurídico la **disposición transitoria segunda**, dado que imponía el “*deber de autoliquidar, de presentación de modelos y documentos y otros formales, partiendo de la base de que son exigibles las cuotas de los cánones correspondientes a los años 2013 y 2014, periodos consumados en su integridad a la entrada en vigor de la norma*” . Consideró el Alto Tribunal que con ello se incurría en “*un evidente y clamoroso ultra vires*” determinante de su nulidad radical dado que se imponía una obligación tributaria con efectos retroactivos, relativos a períodos íntegramente concluidos a su entrada en vigor, y además se desoía el mandato del apartado 2 del artículo 112. bis TRLA.

Con base en esta anulación, no hubo dudas de que los cánones ingresados por los períodos 2013 y 2014 debían devolverse, siempre y cuando las liquidaciones no hubieran adquirido firmeza, esto es, se hubieran recurrido.

Sin embargo, los efectos de estas sentencias no se limitaron a los años 2013 y 2014, sino que el Tribunal Supremo también declaró la nulidad radical del párrafo segundo de la disposición adicional primera del RD 198/2015, en el que se permitía la recaudación del Canon Hidroeléctrico sin haber revisado previamente los pliegos concesionales, tal y como exigía el TRLA, incurriendo de facto en una extralimitación reglamentaria proscrita.

Inicialmente hubo cierta confusión sobre la interpretación de esta segunda parte de las sentencias del Tribunal Supremo, pero finalmente, la Abogacía del Estado se allanó en los procedimientos, y se reconoció el derecho de las empresas eléctricas a la devolución de las cantidades ingresadas indebidamente en concepto de Canon Hidroeléctrico, dado que no se cumplía la *conditio sine qua non* que marcó el Alto Tribunal sobre la revisión de los pliegos concesionales. Y ello de conformidad con lo que preveía el artículo 112.bis TRLA. En particular, el pasado mes de diciembre de 2021 el Gobierno acordó la devolución de 1.907,67 millones de euros a empresas eléctrica por el cobro indebido del Canon Hidroeléctrico entre 2013 y 2021.

Lo cierto es que la obligación de revisar los pliegos concesionales con carácter previo a exigir el Canon Hidroeléctrico ha supuesto que *de facto* sea muy complicada su exigencia, dado que el proceso de revisión de las concesiones es largo y costoso y debe instarse por cada uno de los organismos de cuenca.

¿Cómo se pretende aprobar el nuevo Canon Hidroeléctrico?

El pasado 8 de marzo de 2022, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Informe de la Ponencia previa a la Comisión de Transición Ecológica del Senado del Proyecto de Ley de Residuos para una Economía Circular, en el que se recogen las enmiendas realizadas por los partidos políticos en la tramitación ante el Senado y que fue aprobado con 16 votos a favor, 4 en contra y 9 abstenciones.

En dicho informe es donde se recoge una propuesta de adición de una nueva disposición adicional que modifique el artículo 112.bis TRLA y que viene a reintroducir el “*canon por la utilización de las aguas continentales para la producción eléctrica*”.

El Proyecto de Ley se encuentra ahora en el Pleno de la Cámara Alta, las enmiendas serán discutidas en las sesiones plenarias del próximo 22, 23 y 24 de marzo en el Senado, antes de que vuelva al Congreso para su visto bueno definitivo que sería la última fase de aprobación normativa.

¿Cuáles son las principales diferencias entre uno y otro tributo?

Hecho imponible

El hecho imponible sigue siendo el mismo: es la utilización y aprovechamiento de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en barras de central, teniendo naturaleza de tasa destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico.

Como novedad se incluye una previsión expresa de que el Canon Hidroeléctrico solo será de aplicación en las cuencas hidrográficas de competencia estatal. La anterior redacción del artículo 112.bis TRLA no incluía esta expresa previsión, habiendo sido muy criticado en los diferentes recursos.

Devengo

La principal novedad es el establecimiento del devengo. Con la anterior redacción se preveía que “*el devengo del canon se producirá con el otorgamiento inicial y el mantenimiento anual de la concesión hidroeléctrica y será exigible en la cuantía que corresponda y en los plazos que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización.*” La propuesta de enmienda elimina la referencia a que “*será exigible en la cuantía que corresponda y en los plazos que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización*” dejando el resto igual que como estaba.

Esta eliminación no es baladí pues es precisamente uno de los motivos por los que el Alto Tribunal no avaló el desarrollo reglamentario y es que la anterior redacción permitía el devengo del Canon Hidroeléctrico en los términos y condiciones que se señalen en dicha concesión de aguas o aprovechamiento, esto es, exigía la revisión de los pliegos concesionales para incluir el devengo del Canon. Por lo tanto, al eliminar esta previsión, la norma permite que el Canon Hidroeléctrico sea exigible sin necesidad de revisar los pliegos concesionales, lo cual suponía un proceso largo y costoso que hacía inviable en la práctica la exigencia del Canon Hidroeléctrico.

Sujetos pasivos

Aunque varía la redacción, se mantiene que los sujetos pasivos, en calidad de contribuyentes, sean los titulares de un aprovechamiento hidroeléctrico.

Anteriormente se preveía que serían contribuyentes no sólo los concesionarios, sino quienes se subroguen en lugar de aquéllos. Dicha consideración no consta en la Propuesta de enmienda.

Base imponible

Para la determinación de la base imponible, la propuesta de enmienda prevé un desarrollo mucho más detallado con definiciones de lo que debe entenderse por cada concepto, lo cual entendemos debería dar una mayor seguridad jurídica y uniformidad. Antes sencillamente se preveía que la base imponible se determinaría por el Organismo de cuenca y sería el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, y medida en barras de central, en cada período impositivo anual por el concesionario mediante la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico.

Con la propuesta de enmienda se da un detalle mucho más desarrollado de lo que comprende la base imponible y define determinados conceptos para la correcta aplicación del tributo. Así, considera que:

- ▶ Se entenderá por “instalación” la central hidroeléctrica.
- ▶ La “potencia de la instalación” comprenderá la suma de las potencias de los grupos instalados en la misma.
- ▶ La “potencia de los grupos” se identifica con la potencia instalada o nominal que figure en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica.

- ▶ El valor económico de la energía producida lo conformará la retribución que el contribuyente obtenga por la energía que ha producido.

Según se establece en la propuesta, la base imponible del impuesto la conformará el importe total de los derechos de cobro que figuren en las facturas de venta puestas a disposición del sujeto de la liquidación en cada periodo impositivo, que será anual y coincidirá con el año natural o la fracción del mismo desde que se produzca el inicio del aprovechamiento o su terminación.

Obligaciones de información

Como novedad, la propuesta de enmienda prevé una serie de obligaciones de información con el fin de comprobar que, efectivamente, el cálculo de la base imponible reflejada en las autoliquidaciones es correcta.

En primer lugar, el Ministerio para la Transición Ecológica tendrá que remitir a las Confederaciones Hidrográficas, con una periodicidad anual, la información certificativa relativa al número de inscripción definitivo de cada instalación, su tecnología, la potencia instalada y la potencia neta o, en su caso, la potencia nominal en megavatios (MW).

Asimismo, se imponen unas amplias obligaciones de información por parte de distintos organismos públicos a los Organismos de Cuenca. En particular:

- ▶ El operador del sistema, Red Eléctrica de España, S.A., facilitará las medidas acreditativas de la actividad productiva de los titulares de centrales hidroeléctricas que gestione, el valor económico de la energía producida y la energía suministrada a los titulares para el bombeo.
- ▶ El Operador de Mercado proporcionará la información relativa al precio horario del mercado diario del periodo impositivo.
- ▶ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia facilitará directamente al organismo de cuenta la información documentada de los pagos que deba liquidar a las instalaciones hidroeléctricas, correspondiente al año natural vencido y, en todo caso, antes del 15 de marzo de cada anualidad.

Tipo de gravamen y cuota íntegra

En cuanto al tipo de gravamen y la cuota íntegra, se mantiene lo previsto en la normativa anterior. El tipo de gravamen anual será del 25,5 por ciento del valor de la base imponible y la cuota íntegra será la cantidad resultante de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen.

Exenciones

La propuesta de enmienda mantiene la exención del pago del canon de los aprovechamientos hidroeléctricos explotados directamente por la Administración General del Estado, y se añade extender dicha exención a los aprovechamientos explotados por los organismos públicos competentes en la gestión del dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias, esto es, aquellas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

Reducciones

Se mantienen las dos reducciones al Canon Hidroeléctrico que preveía la normativa anterior:

- ▶ El 92% cuando la potencia de la central hidroeléctrica sea igual o inferior a 50 MW.
- ▶ El 90% cuando la potencia supere los 50 MW y se trate de instalaciones de bombeo mixto (antes únicamente se hacía referencia a “bombeo”) que deban incentivarse por razones de política energética general; no obstante, en este último caso, se añade como novedad, que la reducción únicamente se aplicará al valor de la energía que componga la base imponible que no provenga del turbinado directo desde el embalse. Esta previsión consideramos que es en línea con la necesidad de fomentar las instalaciones hidráulicas de bombeo por su papel fundamental en la transición ecológica.

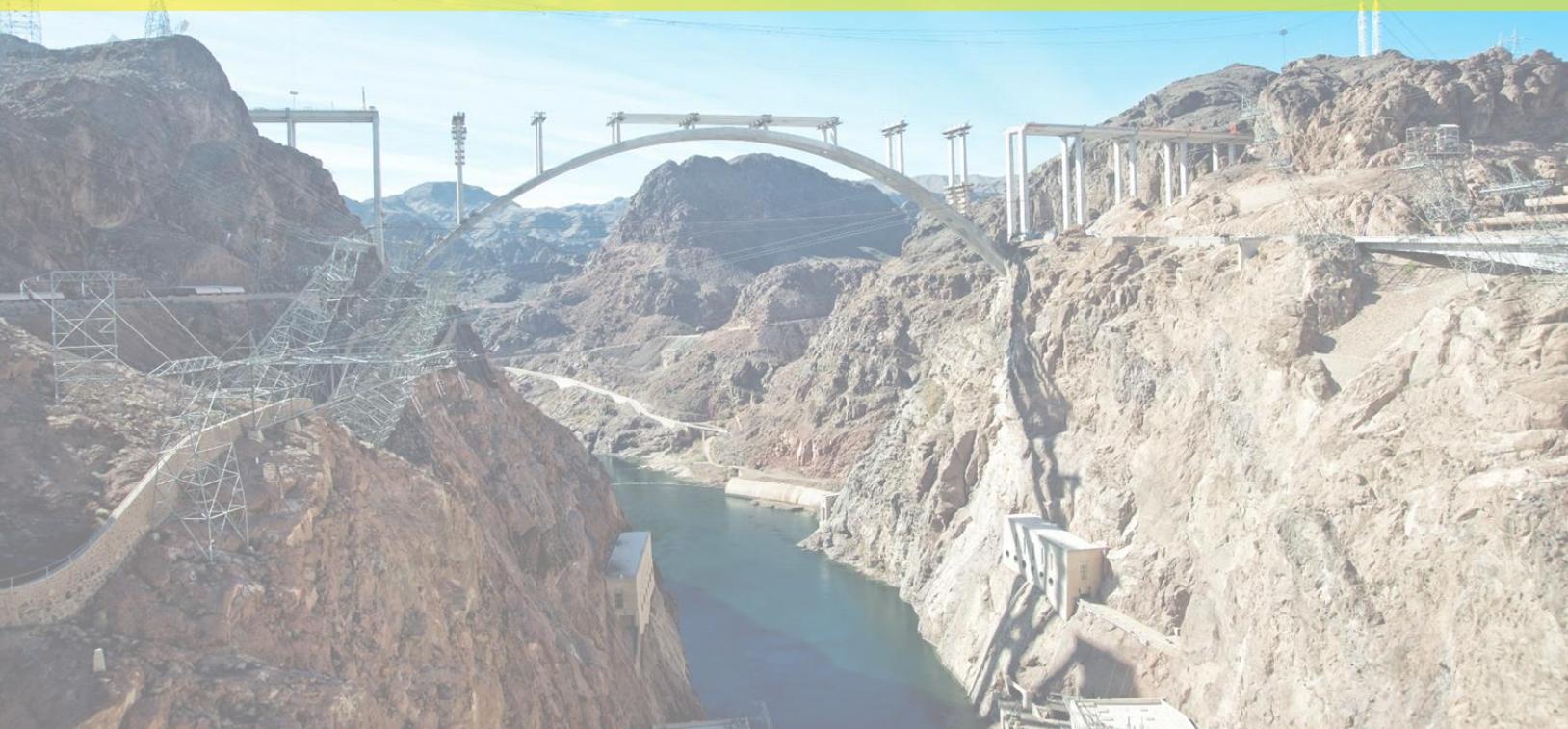
Gestión y recaudación

La propuesta de enmienda detalla que el Canon Hidroeléctrico se girará mediante autoliquidación, por lo que el pago corresponderá al contribuyente anualmente en el mes de marzo respecto al año natural anterior, al objeto de que haya podido disponer para su cálculo de las mediciones definitivas de la producción eléctrica. Esto no varía respecto a la mecánica anterior, aunque dicha previsión no se especificaba en la ley sino en el desarrollo reglamentario.

Se mantiene que la gestión y recaudación siga siendo competencia del Organismo de Cuenca competente o de la Administración Estatal Tributaria en caso de celebrarse convenio con la misma.

En cuanto al destino, en un principio, se preveía que el canon al completo sería considerado un ingreso del Organismo de Cuenca; no obstante, esta previsión se modifica en una redacción posterior de la citada enmienda, que continúa considerando el 50% del canon recaudado como un ingreso del Organismo de Cuenca, destinado a *“financiar actividades de control, mejora de la calidad, procedimientos y protección del Dominio Público Hidráulico”*, mientras que la mitad restante se destinará al fomento de las energías renovables mediante la financiación de los costes de sus sistemas eléctricos. Esta previsión cambia respecto a lo que se establecía en la redacción anterior, por cuanto se preveía que el 2% sería considerado como ingreso al Organismo de Cuenca y el 98% ingresado en el Tesoro Público por el organismo recaudador, lo cual resultaba contradictorio con la finalidad medioambiental declarada de dicho tributo y que fue por ello duramente criticado, aunque, como se ha mencionado, el Tribunal de Justicia de la Unión acabó validándolo como tributo medioambiental.

[**¡Suscríbete**](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Luis Ques Mena

Luis.Ques.Mena@es.ey.com

Laura de Pedro Martín

Laura.DePedroMartin@es.ey.com

Beatriz Ruiz Herrero

Beatriz.RuizHerrero@es.ey.com

Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (company limited by guarantee) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en ey.com.

© 2022 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](#)

Linkedin: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)