

Transición Energética. 2019: un año de *stand-by*

SUSANA GALERA RODRIGO

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LOS FLECOS DE LOS AÑOS ANTERIORES. PACTO VERDE Y LA FISCALIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL. 3. LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN DE LA ENERGÍA Y EL CLIMA. 3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 20 de junio de 2019, Asunto C-682/17, ExxonMobil. 3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019, Asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, UNESA y otros.

RESUMEN: El año 2019, al que se refiere esta crónica, ha sido para la Transición Energética un año de resultados de las iniciativas iniciadas en años anteriores. En 2019 acaban su tramitación las normas integradas en el Paquete de Invierno de 2016, que modificó todo el marco jurídico de la energía y el clima. Pero así mismo, 2019 es el año del lanzamiento del Pacto Verde Europeo, que refuerza la Transición Energética, al establecer entre sus prioridades el paso a una economía limpia y circular y la restauración de la biodiversidad. De estos aspectos se da cuenta en esta crónica, que termina abordando dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE relevantes para la asignación de derechos de emisión y la fiscalidad de la energía.

ABSTRACT: The Energy Transition process in 2019 has been the year when Outcomes of initiatives previously adopted in precedent years emerged, particularly the so-called 2016 Winter Package: such process has amended the whole legal framework on energy and climate change. However, in 2019 the new European Green Deal has been released, affecting the Energy Transition as far as it has among its priorities clean energy and biodiversity. This

rapport deals with both issues, and it finished referring to European case-law relating emission permits and energy taxes.

PALABRAS CLAVE: Transición Energética. Pacto Verde Europeo. Economía Circular. Derechos de emisión. Fiscalidad de la energía.

KEYWORDS: Energy Transition. European Green Deal. Circular Economy. Emission permits. Energy taxes.

1. PLANTEAMIENTO

El año 2019, al que necesariamente ha de referirse la presente contribución al Observatorio, ha sido un año de relativo sosiego en la producción normativa tanto a nivel europeo como nacional, debido a la situación política de cambio de Gobierno –en nuestro caso, tras dos elecciones sucesivas- que llevaría finalmente a designar la Comisión Europea presidida por la Sra. Van der Leyes y a la investidura del Gobierno español presidido por el Sr. Pedro Sánchez.

No obstante, esta contribución no carece de contenido pues, por una parte, resuenan aun los ecos, y los “fleclos” de la frenética actividad que en materia de Transición Energética se ha desarrollado en los años precedentes; y por otra parte, la jurisdicción europea ha seguido produciendo Sentencias que interpretan el complejo marco jurídico en el que se apoya la Transición Energética, recordando los objetivos y la posición de cada regulación en este proceso.

2. LOS FLECOS DE LOS AÑOS ANTERIORES. PACTO VERDE Y LA FISCALIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL

La visión estratégica a largo plazo por la que discurren las Políticas de la Unión Europea apunta a una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra, visión que la Comisión detalla en su Comunicación de 2018 *Un planeta limpio para todos*¹.

Un punto cardinal de esta esa estrategia es el sistema energético, en el que en los últimos años se ha avanzado de forma contundente, al servicio de dicha estrategia, así como del cumplimiento de los compromisos

¹ COM(2018) 773 final, de 28 de noviembre de 2018, *Un planeta limpio para todos*.

internacionales en materia de clima, plenamente integrados ya en la Unión de la Energía y del Clima. Respecto de esta última, hay que recordar la rápida progresión del denominado paquete de medidas «Energía limpia para todos los europeos»², que inicia su tramitación en 2016 y se culmina en 2018, y 2019, con la aprobación de la reforma de prácticamente todo el marco jurídico europeo de la Energía³. En paralelo, se modifica así mismo el marco jurídico de las Políticas de Clima: modificación del Reglamento sobre el régimen de Comercio de Derechos de Emisión – aplicable en el nuevo período de asignación que se inicia en 2021-, que refuerza la reducción de emisiones⁴; el Reglamento sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París⁵; así como la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030⁶. Ambos aspectos, energía y clima, quedan desde 2018 definitivamente unificados a efectos de gestión en virtud del Reglamento (UE) 2018/1999 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que tiene como elemento clave los Planes Nacionales de Energía y Clima que han de presentar los Estados miembros, ya alineados con las informaciones que deben de proporcionarse al amparo del Acuerdo de París; el sistema de gobernanza se construye sobre la base de una estrecha cooperación entre la UE y sus Estados miembros, que se concreta en la intensa y permanente interacción entre la Comisión y los Estados en la preparación, aprobación y seguimiento de los Planes Nacionales. Es ya previsible que este sistema de gobernanza suponga un avance significativo en el proceso de construcción del *Derecho Administrativo Europeo*, en particular cuando en el futuro genere contenciosos en los que el Tribunal de Justicia tendrá que delimitar el alcance, y correspondientes responsabilidades, de la delimitación competencial entre la Comisión y los Estados miembros.

Esta ingente construcción jurídica, a la que habría que añadir otras medidas de revisión de la normativa ambiental, condiciona el más reciente relanzamiento, ya avanzado 2019, de la estrategia europea de lucha contra el clima, coincidente con la presentación a la opinión pública de la nueva

² COM(2016) 860 final, de 30 de noviembre de 2016, Energía limpia para todos los europeos, también conocido como “Winter Package 2016”.

³ Me remito a lo que expuse, en este mismo Observatorio, en mi contribución correspondiente a 2018 titulada: “Energía: 2018, Transición Energética Fase II”.

⁴ Directiva (UE) 2018/410, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, así como la Decisión (UE) 2015/1814

⁵ Reglamento (UE) 2018/842

⁶ Reglamento (UE) 2018/841

Comisión Europea. Se trata del *Pacto Verde Europeo*⁷, que establece una hoja de ruta con acciones que pretenden dos ambiciosos objetivos: por una parte, impulsar un uso eficiente de los recursos mediante el paso a una economía limpia y circular y por otra parte, restaurar la biodiversidad y reducir la contaminación. Como es natural, el marco jurídico de la Transición Energética aparece como uno de los ámbitos a revisar en esa hoja de ruta –ya sí se fija el objetivo de descarbonización para 2050 y se anuncia la aceleración de los objetivos de renovables, de eficiencia energética y de emisiones para 2030-.

En la Hoja de Ruta para el Pacto Verde se presentan como ámbitos de acción los siguientes: *Energía limpia* -Oportunidades para fuentes de energía alternativas más limpias-; *Industria sostenible* - ciclos de producción más sostenibles y respetuosos con el medio ambiente-; *Construir y renovar* -un sector de la construcción más limpio-; *Movilidad sostenible* -medios de transporte más sostenibles-; *Biodiversidad* -medidas para proteger nuestro frágil ecosistema-; «*De la granja a la mesa*» -una cadena alimentaria más sostenible-; *Eliminar la contaminación* -Medidas para reducir la contaminación de manera rápida y eficiente-.

El pacto se ha recibido con cierta frialdad por parte de los “actores ambientales” más significados de la sociedad europea. No se quiere aquí valorar si la “falta de ambición” que se le imputa, en particular por el ritmo de progresión hacia una economía descarbonizada, hubiera sido fácilmente neutralizado. Pero sí se quiere recordar dos cuestiones que no son nuevas.

En primer lugar, y como se acaba de exponer, que la Unión Europea cuenta ya con un significativo marco jurídico adecuado al objetivo estratégico general expresado en el documento *Un planeta limpio para todos*, y al objetivo particular de una economía descarbonizada para 2050. Cuestión distinta es el ritmo que se le imprima a ese proceso.

En segundo lugar, hay un fleco persistente, que aflora una y otra vez, que impide la culminación de determinadas Políticas Europeas y que es imputable no a la Comisión, sino a los Estados miembros. Se trata de la Fiscalidad, un instrumento de intervención cuya ausencia puede casi tocarse en el llamado *New Green Deal* y que posiblemente explique gran parte del escaso entusiasmo que ha suscitado.

Y es que, para la adopción de normas comunes fiscales, en general y ambientales en particular, los Tratados requieren la unanimidad de los Estados; o lo que es lo mismo, éstas y otras medidas particulares, están excluidas del procedimiento legislativo ordinario en el que el Consejo y el Parlamento Europeo son colegisladores y la voluntad de los Estados se conforma en base a

⁷ COM(2019) 640, de 11 de diciembre de 2019.

reglas de mayoría, no de unanimidad. En otras palabras, los Estados retienen la potestad normativa en materia fiscal, asegurándose su voto positivo por la regla de la unanimidad e impidiendo que las instituciones europeas puedan adoptar medidas normativas en este ámbito.

Es claro que la fiscalidad representa un atributo tradicional de la soberanía de los Estados cuyo ejercicio no han querido ceder a las instituciones europeas. Sin embargo, y con las actuales estrategias en curso –tanto la definida en *Un planeta limpio para todos*, como la expresada en *Unión de la Energía y la Acción para el Clima*– procede plantearse si éstas pueden llegar a implantarse exitosamente si el “poder público europeo” ha de prescindir de uno de los instrumentos de intervención más eficaces en las estrategias políticas, el instrumental fiscal.

Si la fiscalidad es una herramienta central para las políticas pública en general, esa centralidad se multiplica cuando consideramos los objetivos ambientales, climáticos y energéticos en particular.

De acuerdo con el Informe 2019⁸ sobre *Precios y Costes de la Energía en Europa*, los impuestos suponen en total el 40% del precio final de la electricidad para los hogares en Europa, una fiscalidad que refleja los modelos fiscales estatales basados mucho más en el criterio recaudatorio que el principio ambiental de quien contamina paga. De esta forma, las actuales políticas fiscales no integran el impacto del consumo de combustible y electricidad en la consecución de los objetivos de la Unión Europea en los ámbitos de la energía y el clima, ni en el de la salud y el medio ambiente, ni tienen reflejo criterios más recientes y específicos para establecer la base imponible como la huella de carbono o la huella hídrica.

La Comisión viene siendo partidaria de integrar la fiscalidad ambiental en sus políticas ambientales y de la energía, y de aplicar un impuesto sobre los combustibles fósiles en consonancia con las emisiones de carbono asociadas a su uso. Es también partidaria de basar la fiscalidad de los combustibles con arreglo a su contenido energético sustituyendo el criterio actual que depende del volumen consumido, lo que discrimina a los combustibles renovables en favor de los combustibles convencionales y es incoherente con una política energética dirigida al cambio de combustibles y al fomento de las renovables y las energías limpias. Es de resaltar el análisis específico de esta problemática, y las propuestas de solución, que se contienen en su reciente Comunicación *Una toma de decisiones más eficiente y democrática en la política energética y climática* de la UE⁹. De dicho texto son destacables los siguientes ranamientos:

⁸ COM(2019) 1, de 1 de enero de 2019.

⁹ COM 2019/177, de 9 de abril de 2019

El actual régimen de imposición de la energía¹⁰, se basa en el artículo 113 del TFUE, que prevé un procedimiento legislativo especial con unanimidad en el Consejo. Este régimen no está adaptado a las metas energéticas y climáticas de la Unión. El régimen de imposición no es coherente con las políticas y los objetivos en los ámbitos de la energía y el clima. A este respecto, la Comisión ha propuesto en distintas ocasiones que se aplique un impuesto sobre los combustibles fósiles en consonancia con las emisiones de carbono asociadas a su uso. Los Estados miembros no pudieron llegar a un acuerdo unánime sobre estas propuestas. El reciente llamamiento de algunos Estados miembros para utilizar ajustes fiscales del carbono en las fronteras también requeriría unanimidad. (...).

El actual régimen europeo de imposición de la energía ha permanecido invariable desde 2003 y está obsoleto. No aporta prácticamente nada a la consecución de objetivos clave como la diversificación de las fuentes de energía y los vectores energéticos o la mejora de la eficiencia energética de la producción y el consumo, puesto que los impuestos no se basan en el contenido energético, sino en el volumen/peso de los productos energéticos consumidos. (...)

La fiscalidad de los combustibles con arreglo al volumen en vez de con arreglo a su contenido energético supone una discriminación de los combustibles renovables en favor de los combustibles convencionales, especialmente el gasóleo, y, por tanto, está en contradicción con una política energética dirigida al cambio de combustibles y al fomento de fuentes de energía renovables y otras fuentes de energía limpia. Tampoco contribuye a reequilibrar la oferta y la demanda de gasóleo en el mercado europeo de los combustibles. (...)

Los impuestos sobre la energía se han de diseñar de forma que ofrezcan, en particular, incentivos adecuados para reducir las emisiones a lo largo del tiempo y mejorar el uso eficiente de los recursos, incluido mediante unos tipos impositivos coherentes desde el punto de vista medioambiental entre los diversos combustibles y vectores energéticos. También pueden dirigir determinados comportamientos de forma que se satisfagan unas necesidades y se alcancen unos objetivos sociales más amplios en relación con la transición hacia una energía limpia y el cambio climático.

Paralelamente a la incentivación del uso de fuentes de energía limpia, el régimen fiscal también debe reflejar mejor la totalidad de los costes externos de bienes y servicios, en particular mediante la aplicación coherente del principio «quien contamina paga». Este objetivo todavía no se ha alcanzado. En particular, el informe de precios y costes de la energía de 2018¹¹ puso de manifiesto que siguen existiendo subvenciones a los combustibles fósiles, especialmente en forma de reducciones o exenciones

¹⁰ Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. Esta Directiva establece una armonización mínima referida a los impuestos indirectos –a excepción del IVA– de estos productos y servicios.

¹¹ [Véase.](#)

fiscales, a pesar del objetivo establecido en la Estrategia de la Unión de la Energía de eliminar progresivamente las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente. Una forma de abordar este objetivo podría ser el uso de un impuesto sobre el carbono, que cambiaría las estructuras de consumo y producción, haciendo que consumieran menos energía y menos carbono, con la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y los ahorros energéticos generales consiguientes. También incentivaría las inversiones en mejoras de la eficiencia y en tecnologías con bajas emisiones.

La fiscalidad de la energía reflejaría así tanto la contribución al crecimiento sostenible y al posible desarrollo de las tecnologías limpias como los daños externos de cada combustible y sus usos. En este sentido, los impuestos sobre la energía se utilizarían para facilitar una situación del mercado en la que las soluciones menos gravadas fueran las que, además, reducen la contaminación y nuestra huella ecológica. Un aspecto clave es asegurar la coherencia del régimen actual de los combustibles para el transporte y para la calefacción.

En 2011 la Comisión planteó una propuesta normativa¹² que introducía un componente de CO₂ en el régimen de la fiscalidad de la energía aplicable a sectores no cubiertos por el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, estableciéndose así una señal del precio del carbono coherente y para toda la economía de la UE. Debido a que no se alcanzó la unanimidad de los Estados requerida para las medidas fiscales, la UE decidió retirar su propuesta en 2015.

Para acabar con esta situación, y consentir que la Comisión tenga los poderes necesarios para “acabar de hacer el trabajo” –en este contexto, para completar una Política de Clima y Energía coherente con sus estrategias a largo plazo- no hace falta accionar los solemnes y pesados mecanismos de reforma de los Tratados; en éstos, y para estas cuestiones aun sujetas a unanimidad, se prevé una “pasarela” por la que, en el marco del Consejo –eso sí, por unanimidad- se puede sujetar en el futuro al procedimiento legislativo ordinario la adopción de decisiones.

Los Tratados prevén la posibilidad, mediante las disposiciones generales del artículo 48, apartado 7, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y a través de disposiciones específicas del TFUE, de desbloquear los ámbitos políticos sujetos al requisito de unanimidad y pasar a un régimen de votación por mayoría cualificada. Esta posibilidad se conoce como «cláusulas pasarela» y permite pasar de la votación por unanimidad a la votación por mayoría cualificada.

En el título del TFUE relativo al medio ambiente se introdujo una cláusula pasarela específica¹³ que otorga al Consejo competencia para

¹² COM(2011) 169, Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/96, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

¹³ Artículo 192, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

decidir que las medidas medioambientales de carácter fiscal puedan adoptarse con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario con votación por mayoría cualificada. Para poder ejercer esta competencia, el Consejo debe llegar a un acuerdo unánime sobre la base de la propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

La cláusula pasarela establecida en el título del TFUE relativo al medio ambiente podría aplicarse a las medidas de fiscalidad de la energía de carácter principalmente medioambiental. Esto podría estar justificado en relación con las medidas de fiscalidad medioambiental cuyo objetivo sea la reducción de las emisiones de CO₂ y otras emisiones contaminantes o la mejora de la eficiencia energética, que son prioridades clave de la estrategia de la Unión de la Energía de la UE y el Acuerdo de París. Puesto que la producción y el uso de la energía son responsables de más de tres cuartas partes de las emisiones de CO₂, los impuestos medioambientales de las emisiones de CO₂ solo podrán alcanzar su objetivo si la producción y el uso de la energía están cubiertos por estas medidas fiscales. Por tanto, las medidas de fiscalidad de la energía impuestas al CO₂ deben beneficiarse de la cláusula pasarela establecida en el título del TFUE relativo al medio ambiente. (...)

La Comisión concluye su Comunicación instando a los dirigentes de la UE:

A que, en consonancia con el anterior llamamiento¹⁴, tomen una rápida decisión sobre el uso de la cláusula pasarela general (artículo 48, apartado 7, del TUE) a fin de pasar al procedimiento legislativo ordinario y a la votación por mayoría cualificada. Se invita al Consejo Europeo a que notifique a los Parlamentos nacionales su iniciativa y solicite la aprobación del Parlamento Europeo. Además, la cláusula pasarela específica del artículo 192, apartado 2, del TFUE ofrece una vía obvia para pasar al procedimiento legislativo ordinario en asuntos fiscales del sector del medio ambiente.

PD. ¿Entre todos lo mataron y él sólo se murió?

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN DE LA ENERGÍA Y EL CLIMA

3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA) DE 20 DE JUNIO DE 2019, ASUNTO C-682/17, EXXONMOBIL

En esta resolución el TJUE, el TJUE considera la eventual aplicación del concepto general “generador de electricidad” a la instalación específica que

¹⁴ COM(2019) 8 final, de 15 de enero de 2019, Hacia una toma de decisiones más eficiente y democrática en materia de política fiscal de la UE.

motiva el contencioso. Al margen de argumentos muy casuísticos, para concretar dicho concepto el Tribunal recuerda los objetivos que persigue la norma general que regula el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero –Directiva 2003/87-, así como sus instrumentos normativos; resulta interesante reseñar algunos de sus pronunciamientos a modo de doctrina general de interpretación de este complejo marco jurídico.

- El objeto de la Directiva 2003/87 es el establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión que persigue la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático y cuyo objetivo último es la protección del medio ambiente¹⁵ (apdo. 62)
- Este régimen se basa en una lógica económica que estimula a cualquiera de sus participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente le fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otro participante que haya producido una cantidad de emisiones superior a los derechos de emisión asignados¹⁶ (apdo. 63)

Sobre la asignación de tales derechos, la Directiva opta con carácter general por el método de subasta (apdo. 66), lo que no obsta a que se haya establecido un régimen transitorio distinto para determinados operadores que, final y gradualmente, deberán sujetarse a esta regla general. Sobre el particular, dice la Sentencia:

A tal fin, el artículo 10 bis de la Directiva 2003/87 ha instaurado un régimen transitorio que, para evitar la pérdida de competitividad de las empresas como consecuencia del establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión¹⁷ (apdo. 65).

¹⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange y Schifflange, C 321/15, EU:C:2017:179, apartado 24; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C 572/16, EU:C:2018:100, apartado 26, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C 577/16, EU:C:2018:127, apartado 3).

¹⁶ Véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange y Schifflange, C 321/15, EU:C:2017:179, apartado 22; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C 572/16, EU:C:2018:100, apartado 27, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C 577/16, EU:C:2018:127, apartado 40.

¹⁷ Véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 2015, ŠKO-Energo, C 43/14, EU:C:2015:120, apartado 28, y de 12 de abril de 2018, PPC Power, C 302/17, EU:C:2018:245, apartado 20), prevé que se asignen gratuitamente a las instalaciones pertenecientes a determinados sectores de actividad derechos de emisión,

Este régimen transitorio consiste en la asignación gratuita de derechos, que sólo es accesible para determinadas categorías de empresas y de la que están expresamente excluidos los “generadores de electricidad” a menos que cumplan determinados requisitos (apdo. 67).

Lo que motiva el planteamiento de esta cuestión prejudicial es la interpretación de la Directiva para determinar si las instalaciones con determinadas características, que producen electricidad destinada fundamentalmente a satisfacer sus necesidades propias deben de ser consideradas “generador de electricidad”, de lo que derivará su eventual derecho a la asignación gratuita de derechos de emisión.

3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2019, ASUNTOS ACUMULADOS C-105/18 A C-113/18, UNESA Y OTROS

Esta Sentencia, que responde a una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo, resulta de particular interés pues se superponen aquí dos marcos jurídicos diferentes que deben de interpretarse de forma conjunta, el de la energía y el del agua, al estar referida al canon que grava a los generadores de energía hidroeléctrica aplicable únicamente en cuencas intercomunitarias.

En la base de esta resolución se encuentra la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética –denominada por el Tribunal “Ley fiscal de la energía”-, que pretende la “internalización de los costes ambientales derivados de la producción de energía eléctrica”. La ley introduce nuevas figuras impositivas, entre ellas el “canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica”, modificando la Ley de Aguas –“régimen económico-financiero de utilización del dominio público hidráulico”- y consecuentemente el Real Decreto 198/2015 que desarrolla en este punto la Ley y que resulta ser la norma impugnada ante el Tribunal Supremo.

Básicamente, el Tribunal Supremo albergaba dudas sobre la compatibilidad del nuevo régimen con varios preceptos del ordenamiento de la Unión, y en particular:

cuya cantidad, a tenor del apartado 11 de esta disposición, se reduce gradualmente a lo largo del período 2013 2020, con el objetivo de lograr su total supresión en 2027 (sentencias de 8 de septiembre de 2016, E.ON Kraftwerke, C 461/15, EU:C:2016:648, apartado 24; de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros, C 506/14, EU:C:2016:799, apartado 46; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C 572/16, EU:C:2018:100, apartado 29, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C 577/16, EU:C:2018:127, apartado 67.

- en primer lugar, con el principio de que quien contamina paga, consagrado en el artículo 191 TFUE, apartado 2, en relación con la Directiva 2000/60;
- en segundo lugar, con el principio de no discriminación consagrado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72, y,
- en tercer lugar, con el Derecho de la competencia, y pregunta a este respecto si dicho canon puede considerarse una ayuda de Estado a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1.

Respecto de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60 deben interpretarse en el sentido de que 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. 27).

Entre otras consideraciones, el Tribunal recuerda que “la Directiva 2000/60 es una directiva marco adoptada con fundamento en el artículo 175 CE, apartado 1 (actualmente artículo 192 TFUE). La Directiva establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permiten la protección y una utilización ecológicamente viable del agua en la Unión Europea. Esos principios y ese marco deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros mediante la adopción de medidas específicas¹⁸ (apdo. 37), para lo que cuentan con un amplio instrumental y ámbito de discrecionalidad; en este sentido, considera el Tribunal:

- 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 (apdo. 42),

¹⁸ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania, C 525/12,

- Como señaló en esencia el Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, en el caso de que, como sucede en los litigios principales, un Estado miembro imponga el pago de cánones a los usuarios del dominio hídrico, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, establecido en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60, no impone que el importe de cada uno de esos cánones, aisladamente considerado, sea proporcional a dichos costes.

Mediante la segunda cuestión prejudicial se suscita la compatibilidad de la medida contestada con el principio de no discriminación establecido por la Directiva 2009/72, sobre normas comunes del mercado de la electricidad, y ello en tanto el canon cuestionado recae exclusivamente sobre los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas situadas en el territorio de más de una comunidad autónoma. Sobre el particular, el Tribunal recuerda, en primer lugar, que “las situaciones que son objeto de los litigios principales son puramente internas por carecer de cualquier elemento transfronterizo” (apdo. 50). Y, en segundo lugar, 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).

Por último, mediante la tercera cuestión prejudicial se suscita la eventual naturaleza, sensu contrario, del controvertido canon de ayuda de Estado sujeta al régimen de prohibición y eventuales autorizaciones del artículo 107 TFUE: y ello en tanto el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica no recae, por una parte, sobre los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas hidrográficas situadas en el territorio de una única comunidad autónoma; en segundo lugar, sobre los productores de energía eléctrica procedente de fuentes diferentes de la hidráulica y, en tercer término, cuando tienen lugar otros usos que suponen un consumo de agua.

Para resolver esta cuestión el Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia sobre los requisitos para calificar una medida nacional como “ayuda de Estado” a efectos del artículo 107 TFUE, que:

exige que concurran todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una

ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia¹⁹ (apdo. 58).

En particular sobre el requisito de tratarse de una ventaja selectiva, recuerda el Tribunal también su propia jurisprudencia anterior:

Según reiterada jurisprudencia, la apreciación del carácter selectivo de la ventaja que una medida nacional concede a los beneficiarios requiere determinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, la medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de «discriminatorio»²⁰ (apdo. 60)

En ese asunto, considera el Tribunal que no cabe descartar que el canon controvertido “pueda favorecer, en la práctica, a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, aliviando sus cargas respecto de aquellas que están sujetas al canon²¹ (apdo. 64).

A partir de éstas, y otras, consideraciones, concluye el Tribunal que

Resulta de las anteriores consideraciones 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).

¹⁹ Véase, en particular, la sentencia de 29 de julio de 2019, Azienda Napoletana Mobilità, C 659/17, EU:C:2019:633, apartado 20

²⁰ Sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED, C 233/16, EU:C:2018:280, apartado 38

²¹ Véase, en este sentido, sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED, C 233/16, EU:C:2018:280, apartados 47 y 48