

INFORME SOBRE LA CONSULTA EFECTUADA POR UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 18.5 DE LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El xxxxxxxx se ha recibido en el Registro de la Comisión Nacional de Energía (CNE) escrito de una COMUNIDAD AUTÓNOMA por el que se plantea consulta acerca del artículo 18.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, sobre la posibilidad de gravar las actividades eléctricas con tributos de carácter autonómico o local.

La COMUNIDAD AUTÓNOMA está estudiando la posibilidad de crear un tributo de carácter medioambiental que grave las actividades que desempeñan las compañías eléctricas (en particular, según indica, la producción de energía eléctrica), de forma análoga a los que existen en otras Comunidades Autónomas.

En concreto, la consulta que efectúa a la CNE versa sobre los siguientes extremos:

- “1. En qué consistiría la aplicación del artículo 18.5 de la Ley 54/1997, para el caso expuesto.*
- 2. Si, como consecuencia de que alguna actividad eléctrica fuera gravada con un tributo autonómico de naturaleza medioambiental, las compañías eléctricas podrían imponer, de forma unilateral, a sus clientes, un recargo en su factura eléctrica, amparándose en el citado artículo 18.5 (o en cualquier otra disposición normativa).*
- 3. En el mismo caso anterior, si el Ministerio de Industria podría imponer un suplemento territorial que afectase a una determinada comunidad autónoma.”*

A este respecto, la función sexta prevista en la disposición adicional undécima, apartado tercero, 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, atribuye competencia a la CNE para *“emitir los informes que le sean solicitados por las Comunidades Autónomas cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias en materia energética”*.

En el ejercicio de esta función se emite el presente informe en contestación a la consulta formulada por COMUNIDAD AUTÓNOMA.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

El artículo 18.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en su redacción vigente (dada por la Ley 17/2007, de 4 de julio) establece lo siguiente:

“En caso de que las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional, a la tarifa de último recurso se le podrá incluir un suplemento territorial, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local.”

La posibilidad de creación de estos tributos autonómicos o locales está también prevista en el artículo 17.4 de la vigente Ley del Sector Eléctrico, conforme a la redacción dada a este precepto, asimismo, por la Ley 17/2007. El artículo 17.4 establece lo siguiente:

“En caso de que las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional, al peaje de acceso se le podrá incluir un suplemento territorial, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local.”

En la Ley del Sector Eléctrico, con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 17/2007, un precepto de contenido semejante a los dos citados se encontraba ya recogido en el artículo 17.3, párrafo segundo, al que seguía un párrafo tercero que estaba relacionado con el mismo:

“En caso de que las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional, al precio de la electricidad resultante del mercado de ofertas o a la tarifa se le podrá incluir un suplemento territorial, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local.

En todo caso se deberá justificar la equivalencia entre el coste provocado a las empresas eléctricas por estos tributos y los recursos obtenidos por el suplemento territorial.”

Sobre esta materia (establecimiento de tributos autonómicos o locales que graven las actividades eléctricas) existen varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que están referidos a algunas de las leyes de creación de dichos tributos¹. Asimismo, existen varios pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia de diversas Comunidades Autónomas, referidos a la concreción de los elementos del tributo realizada en reglamentos de desarrollo de las leyes de creación de los tributos aludidos o a los actos de gestión recaudatoria de los mismos², alguno de los cuales ha sido revisado en casación por el Tribunal Supremo³. Hay, también, sobre la materia, algunos artículos doctrinales que han sido recogidos en diversas publicaciones de derecho fiscal⁴.

¹ STC 289/2000, de 30 de noviembre; STC 168/2004, de 6 de octubre; ATC 456/2007, de 12 de diciembre; ATC 128/2008, de 22 mayo; ATC 304/2008 de 7 octubre.

² Entre otras, STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 387/2003, de 18 de marzo; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 581/2003, de 14 de abril; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 582/2003, de 14 de abril; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 609/2007, de 23 de mayo; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 930/2003, de 20 de junio; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 943/2003, de 27 de junio; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 1298/2003, de 30 de septiembre; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) 1614/2003, de 28 de noviembre; STSJ Galicia (Sala C-A; Secc. 3ª) de 6 de febrero de 2004; STSJ Extremadura (Sala C-A; Secc. 1ª) 621/2010, de 27 de julio; STSJ Extremadura (Sala C-A; Secc. 1ª) 624/2010, de 27 de julio; STSJ Extremadura (Sala C-A; Secc. 1ª) 624/2010, de 27 de julio.

³ STS (Sala C-A; Sec.2ª) de 13 de marzo de 2007 (recurso de casación 6897/2001).

⁴ Sin ánimo de exhaustividad: **Guervós Maíllo, M.A.**; “El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente”; Marcial Pons; 2000; **Falcón y Tella, R.**; “La inconstitucionalidad declarada del impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y la previsible inconstitucionalidad del impuesto catalán sobre grandes superficies y del proyectado impuesto extremeño sobre el ahorro”; Revista Aranzadi Quincena Fiscal; 5/2001; **Albiñana García-Quintana, C.**; “Anotaciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000”; Impuestos; 5/2001; **Ortiz Calle, E.**; “Fiscalidad ambiental y límites al poder tributario autonómico (a propósito de la Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, del Impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el Medio Ambiente”; Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental; 27/2001; **Arrieta Martínez de Pisón, J.**; “El Impuesto de Castilla –

Considerando básicamente la doctrina del Tribunal Constitucional⁵, cabría destacar una serie de aspectos esenciales de carácter general, a los efectos de la presente consulta:

- ⇒ Las Comunidades Autónomas pueden generar un sistema propio de recursos como fuente de ingresos para la realización de sus actividades de Derecho público. Pueden, así, crear los tributos que estimen pertinentes.
- ⇒ Esta facultad autonómica de establecer tributos está sujeta a diversos límites, de entre los que son destacables los siguientes:
 - o La competencia material: la Comunidad Autónoma ha de ostentar competencias sobre la materia imponible.
 - o El principio de unidad de mercado: la creación de un tributo autonómico no puede vulnerar la libertad de circulación de personas y bienes, al generar obstáculos que no guarden relación o sean desproporcionados con el fin que se persigue.
 - o La prohibición de la doble imposición: el tributo que se cree no puede recaer sobre hechos imposables gravados por el legislador estatal o cuya imposición se halla reservada por la legislación básica de régimen local a las corporaciones locales.

III. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

Primera.- Tributo autonómico de carácter medioambiental.

La Mancha sobre determinadas actividades en el medio ambiente en el marco de la financiación autonómica"; Justicia Administrativa, nº 13; 2001; **Rodríguez Muñoz, J.M.**; "Un nuevo espaldarazo a la tributación medioambiental autonómica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de julio de 2001", Jurisprudencia Tributaria; 7/2002; **Chico de la Cámara, P.**; **Herrera Molina, P.M.**; "La fiscalidad de las emisiones atmosféricas en España; en "Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas" (Dir. Buñuel González, M); Thomson-Civitas; 2004; **Patón García, G.**; "El principio de autonomía en el ámbito tributario. En especial, el impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente"; editado por las Cortes de Castilla - La Mancha; 2005; **Rozas Valdés, J.A.**; "Riesgo de contaminar y tributos autonómicos"; Revista Aranzadi Quincena Fiscal; 2/2006.

⁵ Principalmente, la STC 289/2000, de 30 de noviembre, que declara inconstitucional la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre instalaciones que incidan sobre el medio ambiente, y la STC 168/2004, de 6 de octubre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de 20 de mayo, de Protección civil de Cataluña.

Para crear un tributo autonómico con base en su competencia en materia de medio ambiente, la finalidad protectora del medio ambiente debe ser fidedigna, y ha de quedar patente en la regulación de determinados aspectos del tributo. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado dos observaciones: ⁶

- 1) Para la determinación del objeto del gravamen se ha atender a la concreta capacidad contaminante que se genere. Si no, el carácter de la imposición será otro, como el gravamen sobre la titularidad de determinados elementos patrimoniales, materia imponible reservada a las haciendas locales.
- 2) Se ha de instrumentar la estimulación de las actividades protectoras del medio ambiente; en particular, destinando el ingreso obtenido a la financiación de los gastos públicos que origina la actividad de protección ambiental (que es la materia que se estaría viendo lesionada por la actividad objeto del gravamen).

En todo caso, la materia imponible que se determine no puede solaparse con la reservada a otras Haciendas Públicas, o con la ya gravada por otros

⁶ *“Como entonces pusimos de relieve, dicho tributo [balear] no gravaba las actividades contaminantes sino la mera titularidad de elementos patrimoniales, sin atención alguna a su capacidad contaminante, y el legislador autonómico no había arbitrado ningún instrumento dirigido a la estimulación de actividades protectoras del medio ambiente. Circunstancias bien diferentes en el gravamen para la protección civil creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de 20 de mayo, según hemos podido advertir.*

(...) Por lo que atañe al tributo autonómico ahora controvertido [catalán], en el preámbulo de la Ley de Protección Civil de Cataluña se anuncia el establecimiento de «un gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil» y que radiquen en el territorio de la Comunidad Autónoma, afirmándose que, «de acuerdo con el principio de solidaridad recogido en el art. 2.1 de la Ley, el gravamen tiene carácter finalista, destinado a financiar las actuaciones de protección civil, mediante una distribución solidaria de los costes de la protección civil entre los creadores de riesgos».

(...) b) En segundo lugar, de la regulación legal del gravamen se infiere su inmediata vinculación a la realización de una política pública sectorial, aquí la prevención de grandes riesgos, así como su afección a la financiación de un fin concreto, puesto que el producto íntegro del gravamen se destina a la constitución de un fondo de seguridad, que tiene por objeto la financiación de actividades de previsión, prevención, planificación, información y formación (art. 58). Consecuentemente, cabe afirmar que el legislador autonómico no ha creado una nueva fuente de ingresos públicos con fines genéricamente fiscales, sino un tributo finalista encaminado a corresponsabilizar a los creadores de riesgos para la protección civil en la prevención y lucha contra los mismos.

Más aún, mediatamente el gravamen pudiera coadyuvarse a reducir los riesgos al desincentivar, haciéndolas más onerosas, algunas conductas o actividades. Así sucede, significativamente, con el almacenamiento de sustancias peligrosas en suelo urbano [art. 59.1, primero a)].

c) En conclusión, el gravamen no es un tributo de carácter contributivo, sino que prima su vertiente retributiva, pues su exacción no depende del valor del bien o de la renta que potencialmente produzca, sino del riesgo que encierra, de su peligrosidad, medidos en términos de protección civil. Por lo que no se da aquí un fenómeno de doble imposición.” (STC 168/2004, de 6 de octubre)

tributos autonómicos existentes, para no incurrir en la prohibición de doble imposición.

Segunda.- Posibilidad de que las empresas eléctricas impongan un recargo en la factura eléctrica.

Creado un tributo autonómico o un tributo local sobre las actividades eléctricas (que no sea equivalente –incluido en lo relativo a la determinación de su cuota- a los que existieren en todas las demás CC.AA. o entidades locales), el artículo 17.4 de la Ley del Sector Eléctrico prevé que *“al peaje de acceso se le podrá incluir un suplemento territorial”*, y el artículo 18.5 de la Ley del Sector Eléctrico prevé que *“a la tarifa de último recurso se le podrá incluir un suplemento territorial”*.

Así, la creación de ese tributo podría generar un suplemento sobre el peaje y sobre la tarifa de último recurso, que habría de pagarse en los territorios en los que se cree el tributo.⁷

La Ley no determina el sujeto que podrá efectuar esa inclusión (quién *“podrá incluir un suplemento territorial”*). Sin embargo, al tratarse de un suplemento que se *“incluye”* en el “peaje” o en la “tarifa de último recurso”, es claro que pasa a ser un concepto **integrante** del “peaje” o en la “tarifa de último recurso”, los cuales son precios regulados, cuya aprobación, por tanto, tiene que realizarse administrativamente (en los términos que están previstos en la Ley 54/1997, de 7 de noviembre, del Sector Eléctrico, y su normativa de desarrollo).

Así pues, las empresas eléctricas no podrían establecer ese suplemento territorial unilateralmente en el peaje o en la tarifa de último recurso.

⁷ Parece que el hecho de que el suplemento recaiga sobre el peaje o sobre la tarifa de último recurso (o sobre ambos) dependería de las concretas actividades eléctricas que sean gravadas. Si se grava alguna de las actividades reguladas, el suplemento recaería sobre el peaje, y, si se grava una actividad liberalizada (como la generación), el suplemento recaería sobre la tarifa de último recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, procede recordar, sin embargo, que el mercado de producción y suministro de electricidad está liberalizado, por lo que, respetando las reglas de competencia, y las de protección al consumidor, las empresas eléctricas generadoras y comercializadoras pueden establecer los precios que tengan a bien⁸, conforme a los que, a la vista de las circunstancias concurrentes, sean sus intereses.

Tercera.- Posibilidad de que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio imponga un suplemento territorial a una Comunidad Autónoma.

Conforme a lo dicho, de acuerdo con los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley del Sector Eléctrico, creado un tributo autonómico sobre las actividades eléctricas, administrativamente podría establecerse un suplemento en el peaje o en la tarifa de último recurso, aplicable para el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate.

La competencia correspondería al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a quien compete establecer los peajes (artículo 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico)⁹ y aprobar las tarifas de último recurso (artículo 18.3 de la Ley del Sector Eléctrico y artículo 16 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio)¹⁰.

⁸ Artículo 11, apartados 1 (“La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica”) y 3 (“Sin perjuicio de lo establecido para el suministro de último recurso, la comercialización y los servicios de recarga energética se ejercerán libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes”), de la Ley 54/1997, de 7 de noviembre, del Sector Eléctrico.

⁹ “Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes, que se establecerán en base a los costes de las actividades reguladas del sistema que correspondan, incluyendo entre ellos los costes permanentes y los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.”

¹⁰ Art. 18.3 LSE: “El Gobierno establecerá la metodología de cálculo de las tarifas de último recurso. El Ministro de Industria, Turismo y Comercio, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso.”

Art. 16 Orden ITC/1659/2009: “Precios de las tarifas de último recurso: La Dirección General de Política Energética y Minas, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, y lo establecido en el capítulo III de esta Orden, al aprobar el coste de producción de energía eléctrica establecerá los precios de los términos de potencia y energía, activa y reactiva, a aplicar en cada período tarifario de las diferentes tarifas.”

El suplemento territorial habría de aparecer desglosado en la facturación al usuario, por imposición del artículo 18.6 de la Ley del Sector Eléctrico¹¹, en consideración tanto al principio de transparencia¹² como al de unidad tarifaria que afecta a los peajes y a la tarifa de último recurso¹³.

¹¹ *"Con el fin de que exista la mayor transparencia en los precios del suministro de energía eléctrica, se desglosarán en la facturación al usuario, en la forma que reglamentariamente se determine, al menos los importes correspondientes a la imputación de los costes de diversificación y seguridad de garantía de abastecimiento y permanentes del sistema y los tributos que graven el consumo de electricidad, así como los suplementos territoriales cuando correspondan."*

¹² Principio expresamente citado en el apartado 6 del artículo 18 (*"Con el fin de que exista la mayor transparencia en los precios del suministro de energía eléctrica..."*).

¹³ *"...el legislador básico estatal asume con absoluta normalidad la existencia de tributos locales y autonómicos que, siempre desde el respeto a los principios proclamados en los arts. 6.2 y 3 LOFCA, recaigan sobre las energías eléctrica y gasista, preocupándose por asegurar que el ejercicio de la potestad tributaria territorial no ponga en riesgo la unicidad del sistema tarifario."* (STC 168/2004, de 6 de octubre)

Conforme a los artículos 17.1, párrafo segundo, y 18.1 de la ley del Sector Eléctrico, peajes y tarifas de último recurso son *"únicos en todo el territorio nacional"*. La Ley admite no obstante la existencia de un suplemento territorial, pero identificado separadamente del precio núcleo del peaje y la tarifa de último recurso.