



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD HOGAN
presentadas el 8 de mayo de 2019¹

Asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18

**Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) (C-105/18),
Energía de Galicia (Engasa), S.A. (C-106/18),
Duerocanto, S.L. (C-107/18),
Corporación Acciona Hidráulica (Acciona), S.L.U. (C-108/18),
Associació de Productors i Usuaris d'Energia Elèctrica (C-109/18),
José Manuel Burgos Pérez,
María del Amor Guinea Bueno (C-110/18),
Endesa Generación, S.A. (C-111/18),
Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA) (C-112/18),
Parc del Segre, S.A.,
Electra Irache, S.L.,
Genhidro Generación Hidroeléctrica, S.L.,
Hicenor, S.L.,
Hidroeléctrica Carrascosa, S.L.,
Hidroeléctrica del Carrión, S.L.,
Hidroeléctrica del Pisuerga, S.L.,
Hidroeléctrica Santa Marta, S.L.,
Hyanor, S.L.,
Promotora del Rec dels Quatre Pobles, S.A. (C-113/18),
contra
Administración General del Estado,
coadyuvantes:
Iberdrola Generación, S.A.U.,
Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo)

«Petición de decisión prejudicial — Principio de “quien contamina paga” — Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el uso del agua — Normas comunes para el mercado interior de la electricidad — Canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica — Tributo que grava solamente a los productores de energía hidroeléctrica que operan en límites hidrográficos intercomunitarios — Ayuda estatal prohibida»

¹ Lengua original: inglés.

I. Introducción

1. Las presentes peticiones de decisión prejudicial se refieren a la interpretación de los artículos 107 TFUE y 191 TFUE, apartado 2; del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas,² y del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.³

2. Estas peticiones se han remitido en sendos procedimientos entre, por un lado, diversas compañías productoras de electricidad que son titulares de concesiones de explotación hidrológica de cuencas intercomunitarias, es decir, cuencas situadas en más de una Comunidad Autónoma española, y, por otro lado, la Administración General del Estado, coadyuvada por Iberdrola Generación, S.A.U., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., en relación con la validez de un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en cuencas hidrográficas intercomunitarias.

3. Las peticiones de decisión prejudicial ofrecen al Tribunal de Justicia la oportunidad de aclarar las implicaciones del principio de «quien contamina paga», el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72 y la aplicación de la prohibición de ayudas estatales en relación con un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica. Además, uno de los asuntos clave planteados por las presentes peticiones de decisión prejudicial es si las disposiciones antidiscriminación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 son aplicables a una medida tributaria de esta naturaleza, adoptada por el Reino de España en 2012. No obstante, antes de entrar a valorar estas cuestiones es preciso exponer las disposiciones relevantes del Derecho de la Unión y del Derecho nacional.

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2000/60

4. El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60, con la rúbrica «Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua», dispone:

«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.

Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

- que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,
- una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga.

² DO 2000, L 327, p. 1.

³ DO 2009, L 211, p. 55.

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas.»

2. Directiva 2009/72

5. A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros, de conformidad con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las empresas eléctricas operen con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la consecución de un mercado competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental, y no ejercerán discriminación entre aquellas en cuanto a derechos y obligaciones.»

B. Legislación nacional

1. Constitución Española

6. El artículo 149 de la Constitución española, relativo a las competencias exclusivas del Estado, dispone lo siguiente:

«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...]

14.^a Hacienda general y Deuda del Estado.

[...]

22.^a La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

[...]»

2. Real Decreto 125/2007

7. El Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas,⁴ define la demarcación hidrográfica como la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas. Dependiendo de la situación geográfica de la cuenca, en España se distinguen dos tipos de demarcación hidrográfica: las cuencas intercomunitarias, situadas en más de una Comunidad Autónoma, y las cuencas intracomunitarias, cuyo territorio no excede el de una sola Comunidad Autónoma.

⁴ BOE n.º 30, de 3 de febrero de 2007, p. 5118.

3. Ley 15/2012

8. El preámbulo de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética,⁵ dispone lo siguiente:

«I.

La presente Ley tiene como objetivo armonizar nuestro sistema fiscal con un uso más eficiente y respetuoso con el medio ambiente y la sostenibilidad, valores que inspiran esta reforma de la fiscalidad, y como tal en línea con los principios básicos que rigen la política fiscal, energética, y por supuesto ambiental de la Unión Europea.

En la sociedad actual, la incidencia, cada vez mayor de la producción y el consumo de energía en la sostenibilidad ambiental requiere de un marco normativo y regulatorio que garantice a todos los agentes el adecuado funcionamiento del modelo energético que, además, contribuya a preservar nuestro rico patrimonio ambiental.

El fundamento básico de esta Ley se residencia en el artículo 45 de la Constitución, precepto en el que la protección de nuestro medio ambiente se configura como uno de los principios rectores de las políticas sociales y económicas. Por ello, uno de los ejes de esta reforma tributaria será la internalización de los costes medioambientales derivados de la producción de la energía eléctrica [...]. De esta forma, la Ley ha de servir de estímulo para mejorar nuestros niveles de eficiencia energética a la vez que permiten asegurar una mejor gestión de los recursos naturales y seguir avanzando en el nuevo modelo de desarrollo sostenible, tanto desde el punto de vista económico y social, como medioambiental.

[...]

A tal fin, mediante esta Ley se regulan tres nuevos impuestos: el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica y el impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas; se crea un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica; se modifican los tipos impositivos establecidos para el gas natural y el carbón, suprimiéndose además las exenciones previstas para los productos energéticos utilizados en la producción de energía eléctrica y en la cogeneración de electricidad y calor útil.

[...]

V.

Finalmente, en el Título IV de esta ley se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

En particular, dicho Título regula el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico. Así, dispone que las Administraciones públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales.

[...]

⁵ BOE n.º 312, de 28 de diciembre de 2012, p. 88081.

En particular, el artículo 112 del texto refundido de la Ley de Aguas establece que el canon de utilización se aplica solo a la ocupación, utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico definido en los apartados b) y c) del artículo 2 de la misma ley, es decir a la utilización de los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas y de los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. Queda así fuera de la definición de este canon el uso de las aguas continentales a que se refiere el apartado a) del mismo artículo 2 del texto refundido de la Ley de Aguas.

Esta realidad que es una anomalía respecto al régimen común de los bienes de dominio público ha perdurado por razones históricas si bien hoy carece de razonabilidad económica, al menos en cuanto a un uso puramente industrial y en régimen de mercado como es el de producción de energía eléctrica.

Actualmente, la calidad general de las aguas continentales españolas hace necesaria su protección a fin de salvaguardar uno de los recursos naturales necesarios para la sociedad. En este sentido deben reforzarse las políticas de protección del dominio público hidráulico. A tal fin, se hace necesaria la obtención de recursos que deben ser aportados por quienes obtienen un beneficio de su utilización privativa o aprovechamiento especial para la producción de energía eléctrica.

El objeto de esta modificación por tanto, es establecer un nuevo canon a los bienes de dominio público descritos en el apartado a) del artículo 2 de la misma ley, es decir, a la utilización o aprovechamiento de las aguas continentales para su explotación hidroeléctrica.»

9. El artículo 29 de la Ley 15/2012 introduce, en particular, un nuevo artículo 112 *bis* en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.⁶

10. La Ley 15/2012 también contiene diversas disposiciones denominadas «Disposiciones adicionales», con el siguiente tenor:

«Disposición adicional primera. Hechos impositivos regulados en esta Ley gravados por las Comunidades Autónomas.

1. En la medida en que los tributos que establece esta Ley recaigan sobre hechos impositivos gravados por las Comunidades Autónomas y esto produzca una disminución de sus ingresos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será únicamente de aplicación respecto de aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad al 28 de septiembre de 2012.

Disposición adicional segunda. Costes del sistema eléctrico.

En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en el artículo 16 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, un importe equivalente a la suma de los siguientes:

a) La estimación de la recaudación anual correspondiente al Estado derivada de los tributos y cánones incluidos en la presente Ley.

⁶ BOE n.º 176, de 24 de julio de 2001, p. 14276.

b) El ingreso estimado por la subasta de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, con un máximo de 500 millones de euros.»

4. *Real Decreto Legislativo 1/2001*

11. El artículo 2 del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, establece lo siguiente bajo el epígrafe «Definición de dominio público hidráulico»:

«Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.

[...]»

12. El artículo 112 del citado texto refundido dispone lo siguiente bajo el epígrafe «Canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico»:

«1. La ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico incluidos en los párrafos b) y c) del artículo 2 de la presente Ley, que requieran concesión o autorización administrativa, devengarán a favor del Organismo de cuenca competente una tasa denominada canon de utilización de bienes del dominio público hidráulico, destinada a la protección y mejora de dicho dominio. Los concesionarios de aguas estarán exentos del pago del canon por la ocupación o utilización de los terrenos de dominio público necesarios para llevar a cabo la concesión.

[...]

4. La base imponible de la exacción se determinará por el Organismo de cuenca según los siguientes supuestos:

- a) En el caso de ocupación de terrenos del dominio público hidráulico, por el valor del terreno ocupado tomando como referencia el valor de mercado de los terrenos contiguos.
- b) En el caso de utilización del dominio público hidráulico, por el valor de dicha utilización o del beneficio obtenido con la misma.
- c) En el caso de aprovechamiento de bienes del dominio público hidráulico, por el valor de los materiales consumidos o la utilidad que reporte dicho aprovechamiento.

[...]»

13. El artículo 112 *bis* de ese texto refundido, introducido por la Ley 15/2012 y con el título «Canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica», presenta el siguiente tenor:

«1. La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público a que se refiere el párrafo a) del artículo 2 de la presente Ley, para la producción de energía eléctrica en barras de central, estarán gravad[o]s con una tasa denominada canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico.

2. 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.

3. Serán contribuyentes del canon los concesionarios o, en su caso, quienes se subroguen en lugar de aquellos.

4. La base imponible de la exacción se determinará por el Organismo de cuenca y será 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.

5. El tipo de gravamen anual será del 22 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.

[...]

8. La gestión y recaudación del canon corresponderá al Organismo de cuenca competente o bien a la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquel.

[...]»

5. *Real Decreto 198/2015*

14. Según el preámbulo del Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 *bis* del texto refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias:⁷

«[...] Este real decreto se dicta al amparo de las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre. Por un lado la disposición final segunda establece como título competencial el artículo 149.1.22.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia sobre legislación ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando discurren por más de una comunidad autónoma. Por otro lado, la disposición final tercera habilita al Gobierno para que, en el ámbito de sus competencias, dicte las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley [...]»

⁷ BOE n.º 72, de 25 de marzo de 2015, p. 25674.

15. Con arreglo al artículo 1 del Real Decreto 198/2015, titulado «Canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica y ámbito de aplicación», presenta el siguiente tenor:

«La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público hidráulico a que se refiere el artículo 2.a) del texto refundido de la Ley de Aguas para la producción de energía eléctrica, medida en barras de central, estarán gravados con una tasa denominada canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico.

El presente canon solo será de aplicación en las cuencas intercomunitarias.»

16. El artículo 12 del Real Decreto 198/2015, bajo el epígrafe «Ingreso del canon recaudado», dispone:

«1. El importe de la recaudación se ingresará al organismo de cuenca en virtud de lo dispuesto en el artículo 112 *bis*.8 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. A estos efectos se tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 59.d), 63.3 y 67 del Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Administración Pública del agua.

[...]

3. El 2 % del importe de la recaudación neta, tendrá la consideración de ingresos del organismo de cuenca.

4. El 98 % del importe de la recaudación neta se ingresará en el Tesoro. Los Presupuestos Generales del Estado destinarán a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico, según lo previsto en el artículo 14, al menos un importe igual a dicha cantidad prevista. A tal efecto, anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se determinarán los proyectos de inversión que permitan garantizar la protección y mejora del dominio público hidráulico.

[...]»

17. El artículo 13 de dicho Real Decreto, titulado «Garantía de protección del dominio público», dispone:

«Para asegurar el cumplimiento de los objetivos ambientales establecidos en la Directiva Marco del Agua y previstos en el artículo 98 y siguientes del texto refundido de la Ley de Aguas, y de conformidad con el principio de recuperación de costes que se establece en el artículo 111 *bis* del texto refundido de la Ley de Aguas, los Presupuestos Generales del Estado destinarán a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico y las masas de agua afectadas por los aprovechamientos hidroeléctricos, al menos un importe igual a la cantidad prevista en el apartado 4 del artículo 12 anterior, de acuerdo con lo definido en el artículo 14.»

II. Hechos

18. Las recurrentes en el procedimiento principal interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, en que solicitaban la anulación del Real Decreto 198/2015, por el que se desarrolla el artículo 112 *bis* del texto refundido de la Ley de Aguas. En su recurso, las recurrentes impugnan la validez del artículo 29 de la Ley 15/2012, que introduce el artículo 112 *bis* en el Real Decreto Legislativo 1/2001.

III. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de estos actos legislativos, en primer lugar, con el principio de «quien contamina paga», consagrado en el artículo 191 TFUE, apartado 2, en su concreción por la Directiva 2000/60; en segundo lugar, con el principio de no discriminación consagrado en el artículo 3 de la Directiva 2009/72 y, en tercer lugar, con la prohibición de ayudas estatales establecida en el artículo 107 TFUE.⁸

20. En cuanto a la conformidad de dicho tributo con el principio de «quien contamina paga», el órgano jurisdiccional remitente señala que, aunque el preámbulo de la Ley 15/2015 lo justifica por razones de medio ambiente, concretamente la protección y mejora del dominio público hidráulico, la propia estructura del tributo da a entender que en realidad su objetivo es puramente económico y consiste en cubrir el déficit financiero de la red eléctrica. Además, da la impresión de que, según el órgano jurisdiccional remitente, este objetivo se persigue de forma incoherente y contradictoria. En primer lugar, el tributo se basa en el valor de la energía producida, que se calcula sobre la base de los ingresos generados por la energía inyectada en la red eléctrica, y no en función de la cantidad de agua usada. En segundo lugar, el tipo del tributo es del 22 %, mientras que el correspondiente a la ocupación, utilización y aprovechamiento de otros cauces naturales es solo del 5 %. En tercer lugar, el 98 % del importe recaudado se ingresa en el Tesoro Público, de modo que constituye un ingreso adicional para el sistema eléctrico. Si bien el Real Decreto especifica que los Presupuestos Generales del Estado destinarán al menos un importe equivalente al 98 % de la recaudación obtenida con dicho canon a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico, el órgano jurisdiccional remitente afirma que esta asignación no se respetó en los Presupuestos Generales de 2016, que destinaron todos los ingresos obtenidos con este tributo a cubrir el déficit del sistema eléctrico. Por lo tanto, al contrario de lo que exige el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60, el tributo no respeta el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

21. En cuanto a la compatibilidad del tributo con el principio de no discriminación establecido en el artículo 3 de la Directiva 2009/72, el órgano jurisdiccional remitente subraya que el canon por utilización de las aguas continentales solo se impone a los productores de energía hidroeléctrica, y no a los productores de energía que utilicen una tecnología diferente. Además, solo grava a los productores titulares de concesiones administrativas en cuencas intercomunitarias, y no en cuencas intracomunitarias.

22. Respecto a la ayuda estatal, el órgano jurisdiccional remitente señala que, debido al carácter asimétrico del tributo, las diferencias de trato que establece pueden constituir una ayuda de Estado a favor de quienes no están sujetos al mismo.

23. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento en los asuntos C-105/18 a C-108/18 y C-110/18 a C-113/18 y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El principio medioambiental de “quien contamina paga” contemplado en el artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva [2000/60], que consagra el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, así como la adecuada ponderación económica de los usos del agua, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la creación de un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía, como el controvertido en las actuaciones, que no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y que su 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?

⁸ El órgano jurisdiccional remitente señala que, si se considerase que el artículo 29 de la Ley 15/2012 es incompatible con el Derecho de la Unión, la consecuencia sería la anulación del Real Decreto 198/2015, que establece el tributo controvertido.

- 2) ¿Es compatible con el principio de no discriminación de los operadores contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2009/72] una tasa como el canon hidráulico que es objeto del procedimiento, que afecta exclusivamente a los generadores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, frente a los productores titulares de concesiones en cuencas intracomunitarias, y a los productores con tecnología hidroeléctrica frente a productores de energía con otras tecnologías?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 107 TFUE, apartado 1, en el sentido de que constituye una ayuda estatal prohibida la exacción de un canon hidráulico como el controvertido en perjuicio de los productores de energía hidroeléctrica que operan en cuencas intercomunitarias, al introducir un régimen de tributación asimétrica en el ámbito de una misma tecnología, en función de donde se ubique la central, y al no exigirse a los productores de energía proveniente de otras fuentes?»

24. En el asunto C-109/18, las dos primeras cuestiones prejudiciales coinciden esencialmente con las dos primeras cuestiones prejudiciales de los asuntos mencionados en el punto anterior. En cambio, la tercera cuestión está redactada del siguiente modo:

«¿El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituye una ayuda estatal prohibida la no sujeción al canon hidráulico de las producciones hidroeléctricas que operan en el seno de cuencas intracomunitarias, así como de los restantes usos [consuntivos] de las aguas, al gravarse solo el uso destinado a la producción de energía eléctrica?»

25. Han presentado observaciones escritas la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), Corporación Acciona Hidráulica (Acciona), S.L.U., la Associació de Productors i Usuaris d'Energia Elèctrica, Endesa Generación, S.A., la Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA), Iberdrola Generación, S.A.U., los Gobiernos español y alemán y la Comisión Europea. Asimismo, todos ellos, salvo el Gobierno alemán, participaron en la vista celebrada el 28 de febrero de 2018.

IV. Análisis

A. Sobre la primera cuestión: principio de «quien contamina paga»

26. Con su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el principio medioambiental de «quien contamina paga», consagrado por el artículo 191 TFUE, apartado 2, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60, que establece el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua y la adecuada ponderación económica de los usos del agua, deben interpretarse en el sentido de que prohíben la introducción de un canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía, como el controvertido en el procedimiento principal.

27. Antes de valorar si alguna de estas dos disposiciones prohíbe tal canon es necesario determinar si pueden ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

28. Respecto al artículo 191 TFUE, apartado 2, tal como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, dado que esta disposición, que establece el principio de «quien contamina paga», se dirige a la acción de la Unión, no puede ser invocada por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma nacional.⁹

⁹ Sentencias de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-379/08 y C-380/08, EU:C:2010:127), apartados 38 y 39, y de 4 de marzo de 2015, Fipa Group y otros (C-534/13, EU:C:2015:140), apartado 40.

29. Es cierto que los particulares pueden invocar una disposición que aplique tal principio en un ámbito particular, siempre que pueda considerarse que dicha disposición, a su vez, tiene efecto directo.¹⁰ No obstante, aunque el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60 concreta el principio de «quien contamina paga» en el ámbito de la gestión del agua, esta disposición no puede ser directamente invocada ante un órgano jurisdiccional nacional, ya que, por las razones que voy a exponer, no considero que tenga efecto directo. De hecho, si bien el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60 ciertamente impone a los Estados miembros la obligación de tener en cuenta en todas las circunstancias el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y de recursos, en particular, de conformidad con el principio de «quien contamina paga»,¹¹ esta obligación no confiere a los particulares una protección ni un derecho específicos.

30. 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. La parte primera del artículo 9, apartado 1, se limita a afirmar que los Estados miembros «tendrán en cuenta» el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, sin especificar con precisión cómo deben hacerlo.

31. Es cierto que el párrafo segundo impone a los Estados miembros obligaciones concretas de alcanzar determinados objetivos a más tardar en 2010. Sin embargo, una vez más el lenguaje empleado incluso en este contexto («garantizarán, a más tardar en 2010, que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos») no presenta el grado de precisión que requiere la doctrina del efecto directo.¹² Cabría preguntarse cómo, en el caso de un procedimiento iniciado por un particular que impugna un tributo concreto, un tribunal nacional podría valorar, atendiendo a principios jurídicos convencionales, si un Estado miembro ha introducido incentivos «adecuados» para que los usuarios utilicen «de forma eficiente» los recursos hídricos.

32. El cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9, apartado 1, solo se puede valorar teniendo en cuenta todas las normas que rigen la fijación de los precios del agua. En efecto, el artículo 9, apartado 1, no dice que todo tributo o tasa sobre el agua deba pagarse en proporción a la utilización del agua, sino que los Estados miembros deben garantizar que, en general, la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados. Para saber si un Estado miembro ha cumplido este artículo deben tomarse en consideración todos los tributos y tasas soportados por los usuarios del agua, no solo aquel del que se trate en un asunto concreto.

33. En consecuencia, propongo responder a la primera cuestión prejudicial que ni el artículo 191 TFUE, apartado 2, ni el artículo 9, apartado 1, tienen efecto directo, de manera que ninguna de estas dos disposiciones puede ser invocada por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional para impugnar un determinado tributo por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía.

10 Sentencia de 4 de marzo de 2015, Fipa Group y otros (C-534/13, EU:C:2015:140), apartado 42.

11 Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2016, Vodoopskrba i odvodnja (C-686/15, EU:C:2016:927), apartados 20 y 21.

12 Véase, por analogía, la sentencia de 17 de octubre de 2018, Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833), apartado 29.

B. Sobre la segunda cuestión: el principio de no discriminación

34. Mediante su segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si es compatible con el principio de no discriminación entre operadores que establece el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 un tributo como el controvertido en el procedimiento principal, que afecta a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intercomunitarias para la producción de electricidad, pero no a los productores titulares de concesiones administrativas en cuencas intracomunitarias o a los productores de electricidad que utilicen otras tecnologías.

35. Como ya he expuesto en mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados C-80/18 a C-83/18, UNESA y otros/Administración General del Estado, presentadas también esta misma mañana, considero que el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72 se limita a la generación, transporte, distribución y suministro de electricidad, no obstante los términos generales de la disposición. Esto es así, en primer lugar, porque el concepto de «generación», tal como se desprende de los artículos 7 y 8 de la Directiva 2009/72, se debe entender referido únicamente a la construcción de nueva capacidad de generación de electricidad y, en segundo lugar, porque la Directiva se adoptó exclusivamente sobre la base del artículo 95 CE (actualmente, artículo 114 TFUE), cuyo apartado 2 declara que dicho artículo no se podrá utilizar para la adopción de medidas fiscales de la Unión.

36. Además, la cuestión de la armonización tributaria merece cierta atención. En efecto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio general de no discriminación (en el sentido especial que adquiere este concepto en el Derecho de la Unión) solo se aplica en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.¹³ En consecuencia, si la Directiva hubiera de interpretarse en el sentido de que este principio resulta aplicable a los tributos que gravan el mercado de la electricidad, debería considerarse una medida de armonización.

37. A este respecto es preciso observar que, 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.

38. En tales circunstancias me veo obligado a concluir que la medida tributaria nacional no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72.

1. A título subsidiario, la cuestión de la discriminación

39. No obstante, en caso de que el Tribunal de Justicia no comparta esta interpretación y considere que el artículo 3, apartado 1, sí es aplicable a los tributos, propongo examinar con carácter subsidiario si dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que se opone a un tributo como el controvertido en el procedimiento principal. Así pues, en el resto de las conclusiones voy a partir de la presunción (contraria a mi propia opinión) de que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 es aplicable a medidas de este tipo.

40. A este respecto procede señalar que, en el contexto de las peticiones de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia carece de competencias para aplicar los Tratados o cualquier otro acto del Derecho de la Unión a un caso concreto y para decidir sobre la validez de la interpretación de una decisión de Derecho nacional, lo que sí podría hacer en virtud del artículo 258 TFUE. En última

¹³ Véase, en ese sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), apartado 56.

instancia, incumbe al juez nacional, único competente para apreciar los hechos examinados en el litigio principal y para interpretar la legislación nacional, pronunciarse sobre la validez de la medida nacional impugnada. No obstante, en el procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al órgano jurisdiccional nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que pueden permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución.¹⁴

41. Como ya declaró el Tribunal de Justicia en relación con una Directiva anterior sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad,¹⁵ las disposiciones de dicha Directiva relativas al principio de no discriminación «son concreciones del principio general de igualdad».¹⁶ Por lo tanto, en principio la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio general de igualdad debe considerarse relevante para la interpretación del artículo 3, apartado 1.

42. El principio de igualdad de trato prohíbe tratar situaciones comparables de manera diferente y situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que dicho trato esté objetivamente justificado.¹⁷

a) Situaciones que se han de considerar comparables

43. De conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los elementos que distinguen situaciones diferentes, así como la cuestión de si dichas situaciones son comparables, deben determinarse y valorarse con arreglo al Derecho de la Unión, en principio, atendiendo al objeto de la legislación nacional que establece la presunta discriminación y a la finalidad perseguida.¹⁸

44. No obstante, en una situación en que no se debate el principio general de igualdad de trato, sino una disposición que da contenido a este principio, puede surgir la cuestión de si la analogía entre dos situaciones no debe examinarse a la luz del objetivo perseguido por dicha disposición, sino atendiendo al objeto y a los efectos materiales de la legislación nacional de que se trata.

45. A mi parecer, la respuesta a esta cuestión depende de cómo se invoque el principio de igualdad de trato en la disposición que le da contenido. Si esta última establece expresamente que dos categorías de personas deben ser tratadas de forma idéntica, los tribunales nacionales deben considerar que sus situaciones son análogas.¹⁹ En cambio, si un acto de la Unión se limita a afirmar que los Estados miembros no deben discriminar entre distintas categorías de personas, los Estados miembros no están obligados a tratar a todas las personas como si estuvieran en la misma situación, sino que, en el ejercicio de sus competencias normativas, deben garantizar que no se cree ninguna distinción arbitraria, preservando además la sustancia de la igualdad de trato.²⁰

46. En el presente asunto, dado que el artículo 3, apartado 1, no dispone que todos los productores de electricidad deban ser tratados de modo idéntico, sino que «los Estados miembros [...] no ejercerán discriminación entre [las empresas eléctricas] en cuanto a derechos y obligaciones», la analogía de las situaciones realmente se ha de determinar a la vista del objeto de la legislación nacional y de la finalidad perseguida.

14 Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987), apartado 34.

15 Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO 2003, L 176, p. 37).

16 Véase la sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 79.

17 Sentencia de 7 de marzo de 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174), apartado 41.

18 Sentencia de 22 de enero de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43), apartado 42. Véanse también, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 32, y de 26 de junio de 2018, MB (cambio de sexo y pensión de jubilación) (C-451/16, EU:C:2018:492), apartado 42.

19 Véase, en ese sentido, la sentencia de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16, EU:C:2018:393), apartado 50.

20 Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661), apartados 26 y 31.

47. El preámbulo de la Ley 15/2012 menciona que el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica persigue un doble objetivo:

- extender la aplicación del actual canon establecido en el artículo 112 de la Ley de Aguas, que grava la utilización y explotación de ciertas partes del dominio público hidráulico, pero no así el uso de las aguas continentales;
- reforzar la protección del dominio público hidráulico obteniendo recursos que deben ser aportados por quienes obtienen un beneficio de su utilización privativa o aprovechamiento especial y «repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales».

48. *En cuanto a este primer objetivo*, dado que tanto la base imponible como el tipo del tributo establecidos en el artículo 112 de la Ley de Aguas son diferentes de los referidos en su artículo 112 *bis*, es evidente que el primer objetivo mencionado en el preámbulo de la Ley no puede considerarse el realmente perseguido por dicho artículo. Por lo tanto, este objetivo no ha de ser tenido en cuenta al apreciar la analogía entre las situaciones de que aquí se trata.

49. *En cuanto al segundo objetivo*, a los efectos de este último se ha de considerar que todos los usuarios del dominio público hidráulico se hallan en la misma situación. De hecho, aunque el preámbulo de la Ley 15/2012 declare que el ámbito de aplicación del canon se limita a la producción de electricidad, el objetivo concreto que persigue este tributo, a saber, reforzar la protección del dominio público hidráulico repercutiendo los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua en los diferentes usuarios finales, efectivamente afecta a todos los usuarios de las aguas continentales.

50. El órgano jurisdiccional remitente alberga serias dudas acerca de la autenticidad de este objetivo legislativo declarado. Sugiere que la finalidad del canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía podría consistir exclusivamente en incrementar el volumen de ingresos del sistema financiero del sector de la electricidad para compensar el déficit tarifario resultante de la diferencia entre los ingresos que perciben las compañías eléctricas españolas de los consumidores y los costes del suministro eléctrico reconocidos por la normativa nacional y cuyo reembolso garantiza el Estado español. Fundamenta esta opinión en los siguientes motivos:

- el tipo del tributo es del 22 % del valor generado, mientras que el correspondiente a la ocupación, utilización y aprovechamiento de otros cauces naturales es solo del 5 %;
- la base imponible del tributo es el valor de la electricidad producida, y no la cantidad de agua usada;
- aunque el Real Decreto especifica que los Presupuestos Generales del Estado destinarán al menos un importe equivalente al 98 % de la recaudación obtenida con dicho canon a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico, esta asignación no se respetó en los Presupuestos de 2016, que destinaron todos los ingresos obtenidos con este tributo a cubrir el déficit del sistema eléctrico.

51. Las recurrentes también han expresado sus dudas acerca de la verdadera naturaleza de dicho objetivo, ya que la aplicación de este tributo tiene el efecto de que la energía hidroeléctrica soporta el doble de carga fiscal que otras fuentes de electricidad, incluidas las consideradas más contaminantes.

52. En cambio, parece poco dudoso que la principal finalidad de este tributo consiste en incrementar el volumen de ingresos públicos generados por el sector de la electricidad. No obstante, no se puede negar que la producción de energía hidroeléctrica plantea problemas particulares en cuanto al uso de recursos naturales, que pueden justificar una cierta diferencia de trato de dicho sector a efectos tributarios.

53. No en vano, el objetivo específico del canon por la utilización de las aguas continentales no es proteger el medio ambiente en general, sino reforzar la protección del dominio público hidráulico y repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua en los diferentes usuarios finales.²¹ Por lo tanto, el hecho de que el tipo de este canon sea superior al aplicable al uso de otros cauces naturales no es necesariamente contrario al objetivo perseguido por la legislación nacional, es decir, repercutir a los usuarios finales el coste de los servicios relacionados con el agua, pues no todos los usuarios del agua tienen el mismo impacto sobre esta.²²

54. En cuanto a la segunda circunstancia aludida por el órgano jurisdiccional remitente, aunque la elección de esta base concreta para el tributo pueda parecer extraña, es preciso recordar que la producción de electricidad por medio de energías hidroeléctricas implica una cierta relación entre el agua utilizada y la cantidad de electricidad producida. De hecho, esta cantidad viene determinada por el volumen del caudal y la diferencia de altura entre las turbinas de la central hidroeléctrica y la superficie del agua embalsada.²³ Por lo tanto, el hecho de que un tributo dependa de la cantidad de electricidad producida y no del agua consumida no parece, de por sí, contrario al objetivo de repercutir en los usuarios finales los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua.

55. Con respecto a la tercera circunstancia mencionada por el órgano jurisdiccional remitente, a saber, el argumento de que el 98 % de la recaudación obtenida con el canon sobre las aguas continentales no se destinó, en los Presupuestos Generales de 2016, a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico,²⁴ es cierto que los objetivos que este persigue y que consisten en reforzar la protección del dominio público hidráulico y repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua en los diferentes usuarios finales, sugieren que al menos parte del dinero recaudado, correspondiente al coste del uso del agua, se destina al mantenimiento y mejora de las instalaciones.²⁵

56. Sin embargo, el hecho de que la recaudación generada por el canon sobre el uso de las aguas continentales no se asignase de esta forma en 2016 no basta por sí solo para demostrar que el canon no persigue dicho objetivo. En efecto, aunque se acreditase tal extremo, dado que esta circunstancia se circunscribe a un año específico, no es posible determinar si el objetivo declarado es o no genuino o si el problema se limita a los presupuestos para 2016.

57. En cuanto al argumento de las recurrentes según el cual la energía hidroeléctrica soporta una tributación final sustancialmente superior a la que soporta la electricidad producida con otros métodos, incluidos los que generalmente se consideran más contaminantes para el medio ambiente, es cierto que esta circunstancia, de ser verdadera, pone en tela de juicio la política española de protección

21 Respecto al hecho de que el canon solo se aplique a los productores de energía hidroeléctrica, del tenor del preámbulo de la Ley 15/2012 se deduce expresamente que el objetivo perseguido por dicho canon no consiste en sí mismo en, repercutir en los distintos usuarios finales el coste de los servicios relacionados con la gestión del agua. Por lo tanto, basta con que este canon contribuya a tal fin.

22 A este respecto quisiera subrayar también que, a diferencia de otros productores de electricidad que compran sus materias primas (petróleo, carbón, gas, uranio) en el sector privado, los productores de energía hidroeléctrica se basan en un bien público para producir su electricidad. Por lo tanto, el importe pagado por el uso de ese bien público debe considerarse, en parte, un impuesto y, en parte, un canon de concesión por el uso de dicho recurso público, ya que, con arreglo al artículo 107 TFUE, los Estados miembros no deben falsear la competencia poniendo gratuitamente recursos del Estado a disposición de ciertos productores.

23 Fuente: <http://www.waterencyclopedia.com/Ge-Hy/Hydroelectric-Power.html#ixzz5g4zOuRDg>

24 Esto no contradice la disposición adicional segunda de la Ley 15/2012. En efecto, esta no exige que la recaudación obtenida con el canon se utilice para compensar el déficit de la red eléctrica, sino que una parte del presupuesto *equivalente* a su importe se destine a dicho fin.

25 De hecho, aunque algunos costes de la explotación del agua, en particular los relativos a la configuración de las cuencas, ya han sido asumidos por el Estado miembro en cuestión, otros (por ejemplo, los relativos al mantenimiento de las instalaciones o a la erosión de la costa) se harán realidad durante todo el período de explotación de la cuenca.

del medio ambiente. Sin embargo, conviene recordar de nuevo que el objetivo del tributo controvertido no es proteger el medio ambiente en general, sino reforzar la protección del dominio público hidráulico y repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua en los diferentes usuarios finales. No es contrario a este objetivo que el tipo del tributo sea superior al de la electricidad producida por otros métodos.

58. Por lo tanto, de los argumentos formulados por el órgano jurisdiccional remitente y por las recurrentes no se deduce de forma evidente que el segundo objetivo mencionado en el preámbulo de la Ley no sea un objetivo legislativo genuino. En cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente valorar si la finalidad de la Ley controvertida en el procedimiento principal está realmente relacionada con el objetivo de reforzar la protección del dominio público hidráulico y repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua en los diferentes usuarios finales.

b) Existencia de una diferencia de trato

59. Si se atiende al objetivo establecido en la legislación nacional, debe considerarse que todos los usuarios de las aguas continentales se encuentran en la misma situación a la hora de determinar si existe una diferencia de trato. Por lo tanto, al introducir un tributo que grava solamente el uso del agua para la producción de electricidad, esta normativa establece una diferencia de trato entre estos últimos y los demás usuarios de las aguas continentales.

60. Si se confirmasen las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente acerca de los objetivos perseguidos por la legislación nacional, esta también establecería una diferencia de trato, pero no sería entre quienes usan el agua para producir electricidad y los que la usan para otros fines, sino más bien entre los productores de energía hidroeléctrica y otros productores de electricidad. En efecto, si el objetivo del tributo sobre el uso de las aguas continentales es incrementar el volumen de ingresos en el sistema financiero del sector de la electricidad, habría de considerarse que todos los productores de energía se encuentran en una situación comparable, ya que el déficit se debe a la diferencia entre los ingresos que las compañías eléctricas españolas reciben de los consumidores y el coste del suministro de la electricidad reconocido por el Derecho nacional.

c) Justificación

61. Cuando existe una diferencia de trato entre dos situaciones, por lo demás comparables, no se vulnerará el principio de igualdad de trato si la diferencia está debidamente justificada.²⁶ Es lo que sucede, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si la diferencia de trato está justificada por una razón objetiva, es proporcionada a dicha razón y esta razón se tiene en cuenta de forma coherente por el legislador nacional.²⁷

62. En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional y las partes aluden a tres posibles justificaciones:

- la protección de los recursos hídricos;
- la necesidad de garantizar un nivel de tributación equivalente entre los productores, estando sujetas a otros tributos otras categorías de productores de electricidad; y
- la división de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España.

²⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 47.

²⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de mayo de 2014, Glatzel (C-356/12, EU:C:2014:350), apartado 43.

63. *En cuanto a la protección de los recursos naturales*, dado que el impacto de la generación de energía hidroeléctrica en las aguas continentales implica el uso de recursos medioambientales públicos que España desea preservar, este objetivo podría justificar una diferencia de trato entre los productores de energía hidroeléctrica y los demás usuarios de los recursos hídricos públicos,²⁸ siempre que tal diferencia esté realmente relacionada con el impacto concreto de dichas técnicas sobre el medio ambiente y sea proporcionada a él, y siempre que esta razón sea tenida en cuenta de forma coherente. Aunque estos son aspectos que en principio debe comprobar y valorar el órgano jurisdiccional remitente, no alcanzo a comprender cómo puede dicho objetivo justificar que los productores de energía hidroeléctrica sean tratados de forma diferente en función de si la concesión de la que son titulares se refiere a una cuenca intracomunitaria o a una intercomunitaria entre diversas Comunidades Autónomas españolas. Por lo tanto, se deduce que esta explicación particular no justifica la diferencia de trato antes descrita.

64. Lo mismo sucede con la necesidad de asegurar un nivel de tributación esencialmente idéntico entre los productores de electricidad. En efecto, aunque este objetivo pueda considerarse legítimo, la persecución del mismo solo se podrá calificar de coherente y proporcionada si la carga tributaria que ya asume cada productor de electricidad se tiene en cuenta, directa o indirectamente, a la hora de determinar el canon debido con arreglo al artículo 112 *bis*, lo cual no parece ser el caso. De hecho, no da la impresión de que el cálculo del canon con arreglo al artículo 112 *bis* guarde la menor relación con el importe de los tributos ya soportados por los productores de electricidad, si bien este es un aspecto que le corresponde valorar y comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

65. Durante la vista oral, el Gobierno español alegó que esta diferencia se explica por el diferente caudal que existe entre los cauces, en función de si atraviesan una sola Comunidad Autónoma o varias. Sin embargo, no puedo sino opinar que esta explicación no resulta muy convincente. Aparte de que el caudal de un cauce depende de factores distintos de su longitud, ninguna de las disposiciones del preámbulo del Real Decreto 198/2015, que creó esta distinción, hace referencia a tal justificación.

66. Por último, en cuanto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España, si debiera considerarse que este objetivo constituye una razón objetiva, las partes en el procedimiento principal no están de acuerdo en si la Constitución Española realmente reserva a *cada* Comunidad Autónoma la competencia de adoptar un impuesto o de decidir el importe del canon que se ha de pagar por utilizar las cuencas intracomunitarias.²⁹ Las recurrentes alegan que el Estado goza de competencia general en materia tributaria con arreglo al artículo 149, apartado 2, punto 14, de la Constitución, mientras que el Gobierno español aduce que del artículo 149, apartado 1, punto 22, de la Constitución se deduce, *a sensu contrario*, que el Estado no tiene competencia para establecer impuestos o tasas³⁰ sobre el uso privativo de las aguas continentales cuando estas discurran por el territorio de una sola Comunidad Autónoma.

67. A este respecto, quisiera señalar en primer lugar que, desde el punto de vista lógico, del carácter exclusivo de la competencia que incumbe al Estado de disponer y otorgar concesiones solamente en relación con cuencas intercomunitarias no se puede deducir que el Estado carezca de competencias para someter a tributación la electricidad producida en cuencas intracomunitarias, ya que ambas competencias podrían ejercitarse conjuntamente. En segundo lugar, de la lectura de la disposición adicional primera de la Ley 15/2012 parece deducirse que inicialmente el legislador nacional consideraba que tenía competencia para coartar la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas.

28 Además, dicho objetivo solo podría considerarse perseguido de forma coherente y sistemática por el legislador nacional si cada categoría de usuario de los recursos hídricos públicos tributase conforme a unas normas que tuviesen en cuenta el uso que esa categoría hace del agua.

29 De hecho, la exención prevista en el artículo 1 del Real Decreto 198/2015 se aplica a todas las Comunidades, con independencia de su estatuto.

30 Dado que la competencia para establecer un impuesto y la de introducir una tasa no están atribuidas necesariamente a la misma autoridad, procede examinar ambas.

68. No obstante, a este respecto procede recordar que la función del Tribunal de Justicia, cuando se le plantea una cuestión prejudicial, consiste en proporcionar una aclaración al órgano jurisdiccional nacional acerca del alcance de las normas de la Unión para que este pueda aplicar correctamente dichas normas a los hechos de los que conoce el referido órgano, y no en efectuar por sí mismo dicha aplicación, puesto que no dispone necesariamente de todos los elementos indispensables a este respecto.³¹ Así pues, corresponde al órgano jurisdiccional remitente valorar si la Constitución española debe ser interpretada en el sentido de que el Estado no estaba facultado para aplicar el canon controvertido a las cuencas intracomunitarias.

69. Si se confirman las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente acerca de la autenticidad del objetivo perseguido por la legislación nacional, en tal caso, aun admitiendo que la producción de energía hidroeléctrica presenta aspectos diferentes a otras formas de producción de electricidad, debido al uso de recursos naturales que implica, ello no obstaría al hecho de que un trato manifiestamente desigual, a efectos fiscales, de los distintos tipos de productores de electricidad afecta de forma esencial al principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, no cabría ninguna duda de que tal diferencia de trato fiscal de este tipo de productores de diferentes tipos de electricidad requeriría una justificación objetiva. Este pudiera ser el caso, habida cuenta de la sorprendente diferencia en la carga tributaria que se impone a los productores de energía hidroeléctrica en comparación con otros productores de electricidad.³²

70. En resumen, por tanto, dado que soy de la opinión de que el artículo 3, apartado 1, no es aplicable a las medidas tributarias nacionales, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la segunda cuestión prejudicial que el principio de no discriminación entre operadores, establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72, no es aplicable a un canon como el controvertido en el procedimiento principal y que afecta a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intercomunitarias para la producción de electricidad, pero no a las titulares de concesiones de explotación de cuencas intracomunitarias para la producción de electricidad ni a los productores de electricidad que utilicen otras tecnologías.

71. En caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi postura respecto al ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72, con carácter subsidiario respondería a la cuestión prejudicial afirmando que dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una legislación nacional como las medidas fiscales controvertidas en el procedimiento principal, siempre que la diferencia de trato de los distintos productores de electricidad admita una justificación objetiva de la forma antes descrita. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente valorar si el objetivo invocado por la ley en el procedimiento principal realmente se basa en razones fundadas relativas al uso de los recursos públicos y, en concreto, si la notable diferencia de trato a efectos fiscales entre los distintos tipos de productores de electricidad puede justificarse objetivamente.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial: ayuda estatal

72. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, fundamentalmente, si el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la exención del canon sobre el uso de las aguas continentales a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intracomunitarias para producir energía eléctrica constituye una ayuda estatal prohibida.

³¹ Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de junio de 2007, *Omni Metal Service* (C-259/05, EU:C:2007:363), apartado 15.

³² Si tal diferencia de trato fiscal puede estar objetivamente justificada teniendo en cuenta el margen de apreciación de que necesariamente gozan los Estados miembros en casos como este, así como las especiales consideraciones vinculadas al consumo de recursos naturales, es una cuestión que corresponde en último término valorar al órgano jurisdiccional nacional.

73. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de una medida como «ayuda de Estado», a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, exige que concurran todos los requisitos siguientes:

- debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales;
- la intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros;
- la intervención debe falsear o amenazar con falsear la competencia;
- debe conferir una ventaja selectiva al beneficiario.³³

1. Sobre los tres primeros requisitos: una intervención mediante fondos estatales que puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y que falsea o amenaza con falsear la competencia

74. Dada la naturaleza de las medidas fiscales españolas, es evidente que se puede afirmar que se cumplen estas tres condiciones. A continuación expongo las razones por las que llego a esta conclusión.

75. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal específico que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, las coloque en una situación financiera más favorable que la de los restantes contribuyentes, constituye una intervención de ese Estado.³⁴

76. En segundo lugar, una medida puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros siempre que dichos intercambios existan, aun hipotéticamente, en la actividad económica de que se trate. En particular, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando la ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con esta en los intercambios comerciales en el interior de la Unión, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda. Por lo tanto, no es necesario que las empresas beneficiarias participen en los intercambios comerciales en el interior de la Unión. Cada vez que un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyan con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión.³⁵ Así pues, en la práctica esto significa que, salvo en casos excepcionales, solo cuando los mercados nacionales no están abiertos a la competencia y los beneficiarios actúan exclusivamente dentro de dicho marco puede considerarse que una medida no afecta a las relaciones comerciales en el interior de la Unión.³⁶

77. En tercer lugar, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que, en principio, las medidas que tienen por objeto liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades ordinarias, con los que normalmente debería haber cargado, falsean, en principio, las condiciones de competencia.³⁷ Este requisito no exige acreditar la incidencia real de dichas ayudas sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, siendo únicamente necesario examinar si tales ayudas *pueden* afectar a dichos

33 Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981), apartado 53, y de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), apartado 19.

34 Véase, en ese sentido, la sentencia de 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262), apartado 48. Por supuesto, en tal situación, cuando se decide excluir a ciertas personas del ámbito de aplicación de un impuesto que deberían haber pagado atendiendo al objetivo perseguido, se puede considerar que el Estado ha renunciado a unos recursos tributarios.

35 Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartados 66 a 68.

36 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2016, Orange/Comisión (C-211/15 P, EU:C:2016:798), apartados 64 a 66.

37 Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Comisión/España y otros (C-128/16 P, EU:C:2018:591), apartado 34.

intercambios y falsear la competencia. En consecuencia, las medidas nacionales dirigidas a liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales proporcionan a dicha empresa un apoyo financiero artificial que, en principio, falsea la competencia en los sectores en que se concede.³⁸

78. En el presente asunto, la medida controvertida, consistente en la exención fiscal de la electricidad producida por medios distintos del uso del agua de las cuencas intercomunitarias, constituye un tratamiento fiscal específico que coloca en una situación financiera más favorable al productor de electricidad así obtenida. A su vez, esto puede afectar a las relaciones comerciales entre los Estados miembros, ya que el mercado de la electricidad está abierto a la competencia y, además, libera a esos productores de la carga impositiva que en principio deberían asumir. En consecuencia, se deben considerar cumplidas los tres primeros requisitos.

2. Sobre el cuarto requisito: existencia de una ventaja selectiva

79. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las ventajas resultantes de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos no constituyen ayudas estatales en el sentido del artículo 107 TFUE.³⁹ Por lo tanto, para afirmar que un impuesto otorga una ventaja selectiva es preciso efectuar un examen en tres etapas. Este control ha sido recientemente reafirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *A-Brauerei*, en los siguientes términos:⁴⁰

- En primer lugar, se ha de identificar el régimen tributario común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate;
- En segundo lugar, debe demostrarse que la medida fiscal en cuestión constituye una excepción o salvedad a ese sistema común en la medida en que introduce una diferencia entre operadores que, en virtud del objetivo de dicho sistema tributario común, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable;⁴¹
- En tercer lugar, se ha de comprobar si esta diferencia está justificada.

38 Véanse también, en ese sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), apartado 30, y de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C-288/96, EU:C:2000:537), apartados 77 y 78. En consecuencia, el hecho de que solo el 7,2 % de las cuencas utilizadas para producir electricidad se puedan considerar cuencas intracomunitarias no excluye que la exención fiscal a la electricidad producida por medios distintos del uso de cuencas intercomunitarias pueda afectar a las relaciones comerciales entre los Estados miembros o falsear la competencia.

39 Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartados 73 y 74.

40 Véase, en este sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), apartados 36 y 38.

41 Véase, en particular, la sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-234/16 y C-235/16, EU:C:2018:281), apartado 32.

a) Determinación del marco de referencia

80. En cuanto a la *delimitación material del marco de referencia*, el Tribunal de Justicia ha señalado, en el apartado 37 de la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), que este debe determinarse atendiendo no al objetivo perseguido por la medida en cuestión, sino al objeto del impuesto respecto al cual la medida constituye una excepción.⁴² Además, deben tenerse en cuenta todas las normas que se ocupan de esa materia, y no solo el impuesto del cual exime la medida controvertida.⁴³

81. En el presente asunto, aunque el canon sobre la utilización de las aguas continentales persigue el objetivo de reforzar la protección del dominio público hidráulico e imponer a los consumidores finales los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, esto no obsta al hecho de que el objeto de la posible ayuda estatal siga siendo el conjunto de las normas tributarias sobre la electricidad.⁴⁴ De hecho, la base imponible del canon lo constituye la cantidad de electricidad producida, y es en el mercado de producción de electricidad donde se sentirán sus efectos sobre la competencia.⁴⁵ En consecuencia, el marco de referencia lo constituyen, desde el punto de vista material, todas las disposiciones fiscales nacionales relativas a la producción de electricidad.

82. En cuanto a la *delimitación territorial del marco de referencia*, el Tribunal de Justicia ha señalado, en el asunto ANGED, que «a los efectos de apreciar la selectividad de una medida [dicho marco] no tiene por qué coincidir necesariamente con los límites del territorio del Estado miembro considerado, sino que puede ser el del territorio en el cual una autoridad regional o local ejerce la competencia que le confiere la constitución o la ley. Así ocurre cuando dicha entidad cuenta con un estatuto jurídico y fáctico que la hace lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas».⁴⁶

83. No obstante, por mi parte considero 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.

84. Por lo tanto, 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.

42 Tomar en consideración como criterio el objetivo perseguido por dicha medida sería contrario a la reiterada jurisprudencia conforme a la cual las causas y los objetivos de la intervención pública, en principio, son irrelevantes para determinar si una medida constituye o no una ayuda. Véase, en este sentido, la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 13. Además, tal enfoque reduciría la prohibición de ayudas estatales a un control de coherencia de las exenciones concedidas, como sucede con el principio de no discriminación, mientras que la finalidad del control de las ayudas de Estado que establece el artículo 107 TFUE consiste en evitar que dichas ayudas falseen la competencia. No obstante, una vez apreciada la existencia de una ayuda estatal, los objetivos perseguidos por una medida pueden resultar relevantes para analizar si tal ayuda puede estar justificada.

43 Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 93.

44 Véase el dictamen n.º 928/2014, de 9 de octubre de 2014, emitido por el Consejo de Estado español, sobre el Real Decreto 198/2015, que recalca que este «tendrá efectos sobre el mercado eléctrico».

45 No obstante, puede plantearse la cuestión de si el marco de referencia lo constituyen solo los impuestos que gravan la producción de energía hidroeléctrica o todos los tributos sobre la producción de electricidad. Sin embargo, dado que la generación de energía hidroeléctrica no es un mercado aparte, entiendo que el marco de referencia consiste necesariamente en todos los impuestos relativos a la generación de electricidad.

46 Sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291), apartado 29 y jurisprudencia citada.

85. En consecuencia, el marco de referencia, desde el punto de vista material, lo comprenden todas las disposiciones relativas a la tributación de la electricidad y, desde el punto de vista territorial, todo el territorio español.

b) Examen de la existencia de una excepción selectiva a la luz del objetivo del marco de referencia

86. El siguiente elemento del control es examinar si un impuesto puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras empresas que operan en el mismo mercado, examen que se ha de efectuar a la luz del objetivo perseguido por el marco de referencia.⁴⁷ Este examen no siempre es el más fácil de realizar, pues la inmensa mayoría de los impuestos no tienen otro objetivo que llenar las arcas del Estado.

87. No obstante, una mirada a la reciente jurisprudencia deja patente que, cuando el marco de referencia persigue un objetivo específico, el Tribunal de Justicia lo utiliza para determinar la existencia de una exención selectiva u otro trato fiscal diferente o excepción similar del régimen tributario general.⁴⁸ Si las medidas tributarias no persiguen ningún objetivo diferente de la financiación del presupuesto del Estado, el Tribunal de Justicia, pese a utilizar en ocasiones el término «objetivo», determina el régimen de referencia atendiendo al objeto material de la normativa.⁴⁹

88. En consecuencia, considero que la segunda fase del examen consiste simplemente en inferir la existencia de una exención o excepción selectiva a partir del hecho de que la medida fiscal de que se trata solo afecta a parte de los bienes o servicios comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen tributario de referencia.

89. En el procedimiento principal resulta evidente que, habida cuenta de los impuestos aplicables a la producción de electricidad, la legislación nacional hace una distinción entre la electricidad producida mediante energía hidroeléctrica utilizando cuencas intercomunitarias y la electricidad producida por otros medios o utilizando cuencas intracomunitarias.

90. No obstante, en realidad el órgano jurisdiccional remitente no ha aportado ninguna información sobre los impuestos que gravan la producción de electricidad utilizando esos otros medios o las cuencas intracomunitarias, en particular los aplicados por las Comunidades Autónomas españolas, pese a que, como ya he expuesto, para poder valorar si una exención fiscal concreta es selectiva, es preciso considerar en su conjunto el régimen tributario de la producción de electricidad. Tal como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia Portugal/Comisión,⁵⁰ el «tipo impositivo normal es el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia». De igual manera, en el asunto A-Brauerei el Tribunal de Justicia declaró que «calificar una medida fiscal nacional como “selectiva” implica [...] demostrar [...] que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común».⁵¹

91. En tales circunstancias, y en defecto de tan importante información que permita una valoración global, el Tribunal de Justicia no se halla en condiciones de dilucidar *por sí mismo* si los productores que utilizan técnicas distintas o agua de cuencas intracomunitarias se encuentran en una situación ventajosa respecto a los que usan el agua de cuencas intercomunitarias. Aunque parece deducirse

47 Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981), apartado 57.

48 Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291), apartado 40.

49 Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), apartado 39. En dicho asunto el Tribunal de Justicia consideró que el objetivo del marco de referencia era «gravar cualquier cambio del titular de los derechos (*Rechtsträgerwechsel*) correspondientes a un inmueble o, en otras palabras, en gravar cualquier transmisión de la propiedad de un inmueble de una persona física o jurídica a otra persona física o jurídica, en el sentido del Derecho civil», siendo así que ese elemento constituía, de hecho, el medio para alcanzar el objetivo perseguido por dichas reglas, que consistía en incrementar los recursos del Estado alemán.

50 Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 56.

51 Sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), apartado 36.

implícitamente de la resolución de remisión que los productores de las cuencas intracomunitarias efectivamente gozan de una ventaja fiscal significativa sobre los productores de las cuencas intercomunitarias, en último término esto es algo que debe valorar y comprobar el órgano jurisdiccional nacional.

92. Además, no estoy totalmente convencido de que el concepto de «ayuda de Estado» pueda aplicarse en una situación como la controvertida en el procedimiento principal. De hecho, en dicha situación la supuesta ventaja beneficia a todos los productores de electricidad salvo a los que están sujetos a impuestos, lo que significa que está constituida por el propio marco de referencia. Dicho de otra manera, lo que es selectivo en este caso no es la ventaja, sino más bien la desventaja.⁵²

93. Si, no obstante, el Tribunal de Justicia apreciara que el concepto de ayuda estatal puede aplicarse a tal situación, debería tomarse en consideración el hecho de que, tal como parece deducirse de la disposición adicional primera de la Ley 15/2012, el canon sobre el uso de las aguas continentales inicialmente pretendía aplicarse a todas las cuencas, tanto intercomunitarias como intracomunitarias. Parece ser que solo a raíz de la adopción del artículo 1 del Real Decreto 198/2015 se limitó la aplicación del canon a las primeras.

94. Si esto es así, el artículo 1 puede calificarse de medida que concede una excepción respecto al marco de referencia, constituido por la Ley 15/2012, que, entre otras disposiciones, introduce en el artículo 112 *bis* del Real Decreto Legislativo 1/2001 un canon sobre el uso de las aguas continentales, debiendo considerarse tal excepción selectiva en el sentido de la jurisprudencia A-Brauerei, ya que su aplicación está sujeta a condiciones. Por lo tanto, es necesario examinar las posibles justificaciones que pueden invocarse con respecto a esta medida tributaria.

95. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «ayuda de Estado» no se refiere a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, en relación con el objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura general del sistema en que se inscriben.⁵³

96. A este respecto, debe distinguirse entre, por un lado, los objetivos de un régimen fiscal particular que le sean externos y, por otro, los aspectos inherentes al propio sistema fiscal y necesarios para la consecución de estos objetivos. Por lo tanto, en esencia solo el objetivo inherente al propio sistema fiscal puede justificar una medida tributaria selectiva.⁵⁴

97. Sin embargo, en el presente asunto, las partes no han aportado ninguna prueba que permita determinar que la naturaleza o la estructura general de las disposiciones sobre la tributación de la electricidad en sí mismas requieran dispensar un trato diferente a las cuencas intracomunitarias y a las intercomunitarias.

⁵² De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una ventaja selectiva debe apreciarse en relación con un grupo de referencia. Por ejemplo, en su sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 56, el Tribunal de Justicia declaró que el «tipo impositivo normal es el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia». En la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), afirmó que «calificar una medida fiscal nacional como “selectiva” implica [...] demostrar [...] que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común».

⁵³ Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024), apartado 44 y jurisprudencia citada.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291), apartado 31.

3. Posibles justificaciones de la adopción de una ayuda de Estado

98. Cabe señalar que la jurisprudencia antes mencionada se refiere a la justificación de la naturaleza selectiva de una medida tributaria. Por lo tanto, la falta de justificación a este respecto no obsta a la posibilidad de que gozan los Estados miembros de justificar la adopción de una medida una vez que se ha demostrado que se cumplen los cuatro requisitos mencionados en el artículo 107 TFUE, apartados 2 y 3, para considerar dicha medida como ayuda de Estado. De hecho, el propio tenor de estos apartados del artículo 107 TFUE deja claro que en determinadas condiciones pueden estar justificadas ciertas ayudas adoptadas por los Estados miembros.

99. Entre las justificaciones ya admitidas por el Tribunal de Justicia figura la protección del medio ambiente.⁵⁵ Es cierto que esta finalidad no sirve para justificar la diferencia de trato entre los productores de energía hidroeléctrica en función de si son titulares de una concesión de cuenca intracomunitaria o intercomunitaria.

100. Sin embargo, esa misma diferencia podría estar justificada por la división de competencias que existe en España entre el Estado y las Comunidades Autónomas de ese Estado miembro.⁵⁶ De hecho, dicha división queda amparada por la protección que proporciona el artículo 4 TUE, apartado 2, conforme al cual la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional.⁵⁷

101. Obviamente, es cierto que no es posible invocar con carácter general la estructura constitucional interna de un Estado miembro para justificar lo que en principio constituye una infracción del Derecho de la Unión. No obstante, como observó el Tribunal de Justicia en la sentencia Portugal/Comisión,⁵⁸ del hecho de que ciertas ventajas fiscales se limiten a una parte del territorio del Estado «no puede deducirse» que la medida «es selectiva, en el sentido del artículo [107 TFUE, apartado 1], por el simple motivo de que solo se aplica en una zona geográfica limitada de un Estado miembro».

102. Aunque este razonamiento pueda invitar a pensar que la tributación regional y la ayuda de Estado constituyen casos de alguna manera especiales (al menos, *sui generis* dentro del conjunto del Derecho de la Unión), es preciso recordar que, de no ser así, los Estados miembros no podrían seguir atribuyendo competencias fiscales exclusivas a entidades regionales y a corporaciones locales. Y también significaría que cualquier medida tributaria que afectase únicamente a una parte del territorio conforme a la estructura territorial de un Estado miembro constituiría automáticamente una forma de ayuda estatal a favor de las personas y empresas residentes en esa región respecto de las residentes en otras partes del Estado miembro.

103. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que la Constitución nacional no faculta al Estado para adoptar medidas tributarias ni para imponer el pago de un gravamen a cambio de la explotación de una cuenca intracomunitaria (ya sea en virtud de una competencia exclusiva, subsidiaria o complementaria), esto podría justificar que los productores de electricidad titulares de concesiones para explotar cuencas intracomunitarias no estuvieran sujetos a dicho tributo y, por tanto, el artículo 1 del Real Decreto 198/2005 no constituiría una ayuda de Estado.

55 Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291), apartados 49 y 50.

56 Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 60, y de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja y otros (C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488), apartado 141.

57 Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), apartado 40.

58 Sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 60.

104. En caso contrario, y salvo que se acredite la concurrencia de otra justificación válida con arreglo al artículo 107 TFUE, apartados 2 y 3, el artículo 1 del Real Decreto 198/2015 deberá ser considerado como ayuda de Estado, ya que exime a los productores de electricidad que sean titulares de concesiones para la explotación de cuencas intracomunitarias del pago del canon por el uso de las aguas continentales.

105. En consecuencia, propongo responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la exención del canon sobre el uso de las aguas continentales a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intracomunitarias para producir electricidad constituye una ayuda estatal prohibida, salvo que quede demostrado que el Estado miembro carece tanto de potestad tributaria como de competencia para decidir sobre la cuantía de los derechos que se han de pagar a cambio de las concesiones de explotación de dichas cuencas intracomunitarias.

V. Conclusión

106. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo:

- «1) Ni el artículo 191 TFUE, apartado 2, ni el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, tienen efecto directo, de manera que ninguna de estas dos disposiciones puede ser invocada por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional para impugnar un determinado tributo por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía.
- 2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a un tributo como el controvertido en el procedimiento principal y que afecta a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intercomunitarias para la producción de electricidad, pero no a las titulares de concesiones de explotación de cuencas intracomunitarias para la producción de electricidad ni a los productores de electricidad que utilicen otras tecnologías.

Con carácter subsidiario:

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una legislación nacional como las medidas fiscales controvertidas en el procedimiento principal, siempre que esta legislación persiga reforzar la protección del dominio público hidráulico obteniendo recursos que deben ser aportados por quienes obtienen un beneficio de su utilización privativa o aprovechamiento especial y repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y de recursos, en los diferentes usuarios finales, y siempre que la Constitución se interprete en el sentido de que este Estado miembro no estaba facultado para extender a las cuencas intracomunitarias el ámbito de aplicación de la medida. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente valorar si la finalidad de la legislación controvertida en el procedimiento principal está realmente relacionada con dichos objetivos.

- 3) El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la exención del canon sobre el uso de las aguas continentales a las empresas titulares de concesiones de explotación de cuencas intracomunitarias para producir electricidad constituye una ayuda estatal prohibida, salvo

que quede demostrado que el Estado miembro en cuestión carece tanto de potestad tributaria como de competencia para decidir sobre la cuantía de los derechos que se han de pagar a cambio de las concesiones de explotación de dichas cuencas intracomunitarias.»