

EL DERECHO DE AUTOCONSUMO ELÉCTRICO *VERSUS* EL “IMPUESTO AL SOL”: COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2017

Autora: Gemma Patón García, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Castilla-La Mancha – Centro Internacional de Estudios Fiscales

Fuente: Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2017, STS 3531/2017,
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&atabasematch=TS&reference=8170758&links=&optimize=20171019&publicinterface=true>

Índice:

1. Cuestiones previas sobre la política fiscal y energética en la Unión Europea y en España
2. La legalidad del régimen de autoconsumo eléctrico a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2017
 - 2.1. La postura del Tribunal Supremo acerca del Real Decreto 900/2015 de autoconsumo eléctrico
 - 2.2. Valoración de la Sentencia

1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA POLÍTICA FISCAL Y ENERGÉTICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

Los orígenes de la política de fomento y promoción de las fuentes de energía renovables pueden situarse en unos antecedentes relativamente recientes, pues se inició con la adopción del Libro Blanco de 1997 donde se establecía, para el conjunto de la Unión Europea, el objetivo de que el 12% del consumo interior bruto de energía en Europa en 2010 fuese originado por fuentes

renovables¹. Durante ese período, la atención se ha desplazado desde la promoción de las energías renovables a través de sus objetivos para los sectores de electricidad y el transporte a la definición de objetivos jurídicamente vinculantes respaldados por un marco legislativo global y, más recientemente, por una reorientación de la política europea de infraestructuras de energía que facilita el crecimiento de las energías renovables. Los instrumentos básicos en esta materia son la “Directiva sobre la electricidad renovable”² y la “Directiva sobre biocarburantes”³ que establecen objetivos indicativos nacionales en el marco de la Unión Europea para alcanzar una cuota de energías renovables en la generación de electricidad del 21 % en 2010 y una cuota de renovables de energía y la sustitución de gasolina diesel en el transporte de 5,75 % en 2010⁴.

Así, la nueva Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes de energías renovables, establece un marco regulador sólido y estable para el desarrollo de la energía renovable en Europa, cuya trasposición por parte de todos los Estados miembros debía realizarse en el plazo de 5 de diciembre de 2010 y mediante los Planes Nacionales de Acción de Energías Renovables, se adoptarían las bases para determinar la acción de la Unión Europea sobre energías renovables.

Si bien es cierto que las políticas públicas que hasta el momento se han llevado a cabo por parte de todas las Administraciones han sido de apoyo a las energías renovables, no en todos los países se ha adoptado el mismo modelo, ni se ha avanzado a buen ritmo en su implantación⁵. En el caso de España, la generación de electricidad procedente de fuentes renovables se promueve principalmente a través de una regulación de precios. Los operadores del sistema pueden elegir entre dos opciones: una alimentación garantizada en los aranceles y un bono (prima) pagado por encima del precio de la electricidad

¹ Comunicación de la Comisión, de 26 de noviembre de 1997, “Energía para el futuro: fuentes de energía renovables – Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios” [COM (1997) 599 FINAL], no publicada en el Diario Oficial.

² Directive 2001/77/EC of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources.

³ Directive 2003/30/EC of 8 May 2003 on the promotion of the use of biofuels or other renewable fuels.

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Renewable Energy: Progressing towards the 2020 target. COM/2011/0031 final.

⁵ Ejemplos de la diversidad de políticas de fomento de las energías renovables en los países de la Unión Europea pueden consultarse en LUCHENA MOZO, G.M., PATÓN GARCÍA, G., “Renewable resources taxation in EU” en *Market Instruments and Sustainable Economy* (Dir. Yábar Sterling, A., Herrera Molina, P.M., Rodríguez Márquez, J., Bilbao Estrada, I., Eseverri Martínez, E.), Instituto de Estudios Fiscales-Instituto Universitario de Ciencias Ambientales, Madrid, 2012, págs. 51 a 67.

derivada en el mercado mayorista. Esta opción ofrece la ventaja de introducir y fomentar la competencia entre los productores en el mercado eléctrico, además de promover la producción de electricidad renovable en las horas punta (que suele tener mayor coste). Las tarifas, primas y límites correspondientes a la categoría de “energías renovables” se actualizan anualmente tomando como referencia el IPC menos 25 puntos básicos hasta 2012 o menos 50 puntos básicos a partir de entonces (para instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo), mientras que existen otras instalaciones acogidas al régimen económico del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo⁶, que tendrán como valores retributivos los porcentajes de la Tarifa Eléctrica Media o de Referencia. Con el objeto de contener el desarrollo de la energía eólica y de la termosolar, el Real Decreto-Ley 2/2009 instauró cupos de potencia máxima a instalar para todas las tecnologías del régimen especial donde se encuadran las renovables. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, servía de punto de referencia respecto a los objetivos nacionales –vinculantes– en materia de ahorro y eficiencia energética y energías renovables, que han sido reformulados de forma más modesta a través del Real Decreto 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo y de la creación de empleo.

No obstante, superados los objetivos de potencia instalada, a principios de 2012 se suprimen los valores de las tarifas reguladas, primas y límites previstos para todas las nuevas instalaciones que proceden de energías renovables⁷. Desde luego podríamos pensar que razones presupuestarias llevan a esta orientación plasmada en el Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, pero debe señalarse que esta decisión es consecuencia fundamental de la política energética, y resultado de las críticas a que se han sometido las primas que subvencionan las energías renovables pues dificultan la necesaria reducción del déficit de tarifa que aqueja al sector eléctrico, es decir, la diferencia entre el coste de producción de la energía eléctrica y el coste trasladado al consumidor final de dicha energía⁸. Así pues, las ineficiencias demostradas por el sistema de primas revelan la inidoneidad de éstas para continuar con el proceso de

⁶ Disp. Transitoria Primera del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

⁷ Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

⁸ En este sentido, debe citarse el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que estableció un calendario de paulatina reducción del déficit tarifario anual máximo permitido hasta su eliminación en 2013, mientras que el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, ha aumentado el límite anual máximo del déficit, pero mantiene 2013 como el año en que las tarifas deben ya cubrir los gastos.

sustitución del origen de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en lugar de la utilización de fuentes no renovables⁹.

En el marco autonómico los Planes de Energías Renovables representan el instrumento estratégico y de coordinación de las políticas sectoriales en materia de infraestructuras energéticas y de fomento de las energías renovables. Agotado el período de vigencia del anterior (2005-2010), actualmente rige el Plan de Energías Renovables 2011-2020¹⁰ (PER), que se implementa por las Comunidades Autónomas a través de convenios anuales suscritos entre el Instituto de Diversificación y Ahorro de la Energía (I.D.A.E.), en las siguientes áreas tecnológicas: Solar térmica; Biomasa térmica; Híbrida biomasa+solar térmica; Fotovoltaica aislada; Mixta eólica-fotovoltaica aislada; Equipos de tratamiento en campo de la biomasa; Geotermia. Así, cada Comunidad Autónoma incluye en su Plan el detalle necesario sobre las zonas consideradas aptas para el desarrollo de las energías renovables, siguiendo los propios criterios medioambientales específicos de la región correspondiente. El PER tiene el objetivo de lograr, tal y como indica la Directiva comunitaria, que en el año 2020 al menos el 20 % del consumo final bruto de energía en España proceda del aprovechamiento de las fuentes renovables.

Pero el apoyo público a las energías renovables no ha sido sólo económico y puede producirse a través de varios instrumentos. Por un lado, las medidas regulatorias que obliguen a internalizar, en el precio de la energía de origen no renovable, los costes que produce por sus efectos contaminantes o por el agotamiento de los recursos no renovables. En este marco, pueden clasificarse dos instrumentos financieros: 1) Vía del gasto público: ayudas, subvenciones, primas otorgadas a las energías renovables; 2) Vía del ingreso público: en particular con tributos que, a su vez, pueden consistir en gravámenes sobre las

⁹ Al respecto, BUÑUEL GONZÁLEZ, M., ha manifestado que “puesto que el fomento de las energías renovables es un elemento central de cualquier política de mitigación del cambio climático, se plantea un conflicto entre este tipo de política y las políticas energético-industriales de contención de los precios de electricidad. Estas últimas se justifican por el impacto negativo del aumento de precios sobre la competitividad de los sectores industriales expuestos a la competencia internacional e intensivos en el uso de la electricidad, así como sobre el poder adquisitivo de las familias. Frente a esta justificación, dichas políticas generan ineficiencias, al provocar que el precio de la electricidad no refleje sus verdaderos costes, especialmente los costes externos ambientales”, en “El precio de la electricidad y la política de cambio climático: ¿Qué papel puede jugar un impuesto sobre el carbono en España?”, *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 29-2/2011, pág. 2.

¹⁰ *Plan de Energías Renovables 2011-2020*, Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, puede consultarse en la dirección web: http://www.idae.es/index.php/mod.documentos/mem.descarga?file=/documentos_11227_PER_2011-2020_def_93c624ab.pdf.

fuentes de energía no renovables o bien puede tratarse de beneficios fiscales otorgados a las energías renovables.

Lógicamente, razones de sostenibilidad financiera han llevado al franco retroceso de la primera vía de las ayudas directas a las energías renovables, siendo que el camino a seguir actualmente dirige hacia la imposición ambiental de la energía. En efecto, el panorama actual en España viene condicionado por las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea relativas de los Servicios de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2012 que contiene una Evaluación del programa nacional de reforma de España para 2012 en que se apuesta por aumentar los ingresos procedentes de los impuestos medioambientales. Así, estas recomendaciones se han llevado a efecto fundamentalmente a través de la Ley 15/2012, donde se crean tres nuevos impuestos sobre la energía, y la modificación que afecta a los Impuestos Especiales, que gravan productos energéticos, tal y como veremos a continuación con algo más de detalle. Por supuesto, todo este proceso de reforma tributaria se encuentra mediatizado por la insistencia del Consejo europeo que, en el Documento de Recomendaciones de abril de 2013¹¹, contextualiza la reforma tributaria emprendida por el Gobierno español bajo las coordenadas de la sostenibilidad financiera y el control y reducción del déficit presupuestario.

Una cuestión paralela al tratamiento tributario de las energías renovables es la actividad legislativa desarrollada en materia de energías renovables que se ha sucedido de forma algo incoherente e, incluso, ha puesto en duda el respeto a los principios generales del derecho¹².

Sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables la STC 270/2015, de 17 de diciembre, ha declarado su constitucionalidad rechazando que se hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. No obstante, estos principios han quedado seriamente debilitados al

¹¹ Recomendación del Consejo encaminada a poner fin a la situación de déficit público excesivo de España, {SWD(2013) 383 final}, COM(2013) 383 final, 29.5.2013.

¹² Así parece haber ocurrido al haberse concatenado nueve normas legales en los últimos cuatro años y muchas de ellas en forma de Reales Decretos-Leyes en materia de energías renovables como apunta ALENZA GARCÍA, J.F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 55, 2016, págs. 15-18.

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-las-energias-renovables-ante-la-fugacidad-legislativa-la-mitificacion-de-los-principios-de-inseguridad-juridica-y-de-desconfianza-legitima-a-proposito-de-la-stc-270/> . Lógicamente, razones de sostenibilidad financiera han llevado al franco retroceso de las ayudas directas a las energías renovables, siendo que el camino a seguir actualmente dirige hacia la imposición ambiental de la energía.

demostrar su incapacidad para limitar una mutabilidad legislativa tan vertiginosa, incoherente y caótica como la producida en el sector de las energías renovables. En estos términos se ha planteado la cuestión al Tribunal Constitucional la posible vulneración de los principios de seguridad y confianza legítima por la mencionada frenética tarea legislativa sobre energías renovables. Si bien el Alto Tribunal ha desestimado los argumentos aducidos en la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, lo cierto es que difícilmente puede compartirse que la sucesión de normas en tan breve espacio temporal con cambios sustanciales de criterio en la regulación de las energías renovables pueda ser conforme con la aplicación de la doctrina clásica de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima¹³.

2. LA LEGALIDAD DEL RÉGIMEN DE AUTOCONSUMO ELÉCTRICO A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2017

Pero más allá de esta cuestión, el régimen de “primas” establecido a las energías renovables *-feed in tariff-* que bonificó el precio de la energía y que después se vende en el mercado regulado, ha distorsionado el precio real de la electricidad y, si bien se han superado las expectativas en la producción de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables, lo cierto es que no se han tenido presentes criterios de sostenibilidad financiera en dicho mecanismo subvencional¹⁴. Y estas consideraciones hemos de contextualizarlas dentro del panorama del sector eléctrico español caracterizado por una fuerte reglamentación, a pesar del proceso de liberalización del mercado eléctrico que se inició en 1997. De modo que la intervención pública no ha despejado el camino hacia la libre competencia en el ajuste de precios que podría intuirse del juego de la oferta y la demanda. A ello, se añade un sistema financiero gobernado por un precio al que se añaden unos costes de distinta naturaleza (técnicos, de estabilidad del suministro, ayudas, primas, peajes de acceso a las

¹³ En opinión de ALENZA GARCÍA “ha quedado claro que dichos principios carecen de cualquier eficacia limitadora de la labor legislativa. La STC 270/2015, de 17 de diciembre, no ha incorporado novedades a su doctrina sobre los citados principios. Simplemente se ha limitado a aplicar su concepción sobre tales principios a un caso límite, a una situación extraordinaria, extrema y desconocida hasta ahora en nuestra historia constitucional, como ha sido el vertiginoso e incoherente cambio de la regulación de las energías renovables” y concluye que “la fugaz transición legislativa que en tan breve plazo ha pasado de la apoteosis del fomento de las energías renovables a su defenestración, con las bendiciones de nuestros más elevados tribunales, marca un hito en la interpretación de los conceptos de seguridad jurídica y confianza legítima”, “Las energías renovables...”, ob. Cit., pág. 18.

¹⁴ Con mayor detalle, vid. ROZAS VALDÉS, J.A., “Evolución y reforma del sistema financiero de energía eléctrica”, *Crónica Tributaria*, nº 150/2014, págs. 206-208.

redes, etc.)¹⁵. A grandes rasgos, este escenario ha generado el llamado “déficit tarifario” habida cuenta el desequilibrio existente entre los costes de producción y los precios y los peajes de acceso al sistema. En definitiva, el resultado de estos elementos es la retribución al productor de energía eléctrica en función de los costes reconocidos –no reales- y al consumidor se le exige el pago de la energía conforme a unas tarifas de acceso y costes que no se corresponden con la energía efectivamente consumida, de lo cual trasciende un modelo que asume el concepto indeterminado de “beneficio razonable” para las empresas productoras.

2.1. La postura del Tribunal Supremo acerca del Real Decreto 900/2015 de autoconsumo eléctrico

Entre los costes pagados por los consumidores de la energía eléctrica, tal vez las controversias más relevantes, en cuanto a energías renovables se refiere, han venido suscitadas por la aprobación del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, que regula las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. Como se ha señalado acertadamente, si bien la norma fue publicitada dentro del objetivo de fomento público de las energías renovables y del sistema de producción distribuida, el contenido de la misma ha generado múltiples controversias en relación con el régimen de autoconsumo eléctrico¹⁶. Así, se ha puesto en tela de juicio la premisa de la que partió el Real Decreto acerca de que el mantenimiento de los peajes de acceso se destina a sufragar los costes de las redes por la energía y potencia demandada a la red, lo cual significaba, a juicio del legislador, que el consumidor no abonaría el coste de las redes por la energía autoconsumida si efectivamente no hace uso de la red.

En un primer acercamiento al Real Decreto con una mirada de sostenibilidad ambiental, se observa la inexistencia de ventajas legales en el Real Decreto que pudiesen favorecer a los consumidores por el hecho de la instalación de mecanismos de eficiencia energética. En cambio, las dificultades para el usuario en régimen de autoconsumo son variadas pues sólo de forma excepcional se autoriza el vertido a la red, se prohíbe que la energía producida

¹⁵ Sobre la tipología de los costes del sistema eléctrico, vid. FLORES, J., ESTEVE BARGUÉS, J., “Una visión general de la fiscalidad de la actividad eléctrica en España”, en *Los tributos del sector eléctrico* (Dir. Becker, F., Cazorla, L.M., Martínez-Simancas, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 161-168 y ROZAS VALDÉS, J.A., “Evolución y reforma...”, op. Cit., págs. 204-205.

¹⁶ Así, MENDOZA LOSANA, A.I., “El real decreto de autoconsumo eléctrico o la paradoja de pagar por generar energía”, *Análisis GA&P*, Noviembre 2015, quien incluso pone en duda su aplicación en el futuro, pág. 2. Disponible en la dirección web: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-real-decreto-de-autoconsumo-electrico-o-la-paradoja-de-pagar-por-generar-energia.pdf>

sea inferior a la energía consumida y el consumidor tendrá que pagar el coste de respaldo por la energía que produce.

Así, ésta supone la cuestión más peliaguda del Real Decreto que en su artículo 18 regula el régimen del autoconsumo y “los costes de respaldo del sistema” por la energía autoproducida¹⁷. Precisamente, estos costes han sido denominados, en una suerte de figura tributaria atípica, como “impuesto al sol”, cuya naturaleza parece ajustarse al pago de una contribución por la función de respaldo que efectúa el conjunto del sistema eléctrico para posibilitar la aplicación del autoconsumo. Este cargo se aplica sobre el autoconsumo horario, es decir, sobre el consumo horario neto de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación conectadas en el interior de una red de un consumidor o de un productor con el que se comparten instalaciones de conexión a la red o conectados a través de una línea directa. No obstante, las exenciones previstas en el reglamento con carácter transitorio mitigan en parte el impacto económico negativo de este cargo sobre las instalaciones de autoconsumo (*cf.* disp. trans. 1^a)¹⁸.

Pues bien, un primer ajuste del Real Decreto de acuerdo a los parámetros constitucionales, ha venido a producirse mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2017 que concatena la apertura del autoconsumo de la energía eléctrica a comunidades de vecinos, tras la inicial prohibición de autoconsumo por comunidades de vecinos contenida en el Real Decreto. Y, en segundo lugar, muy recientemente, la Sala 3^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha desestimado el recurso presentado por la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) contra el Real Decreto 900/2015 en la Sentencia de 13 de octubre de 2017.

Así, se consideran incumplidas la Directiva 2009/28/CE de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, pues el real decreto discrimina las tecnologías renovables en beneficio de las tecnologías fósiles y frena la necesaria transición energética hacia un sistema cien por cien renovable; la Directiva 2012/27/UE de eficiencia energética, en cuanto se desincentiva la instalación de mecanismos de eficiencia energética, y la Directiva 2009/72/CE del mercado interior de la electricidad, pues la norma impone, a juicio de los demandantes, unos peajes discriminatorios, así como medidas antieconómicas y desproporcionadas para los consumidores.

En primer lugar, conviene explicar, tal y como hace la propia STS que los tres conceptos económicos sufragados por los consumidores eléctricos en su

¹⁷ Además de otros costes, como los *peajes de acceso y los costes del sistema*.

¹⁸ Vid. MENDOZA LOSANA, A.I., “El real decreto de autoconsumo...”, op. Cit, pág. 3.

factura son: la energía (incluyendo el respaldo del sistema), los costes del sistema a excepción de las redes y las propias redes.

En primer término, la sentencia considera importante poner de relieve que el autoconsumidor que depende exclusivamente de su propia energía generada por él mismo y que no está conectado al sistema eléctrico no paga nada, señala al respecto: “No hay por tanto, y frente a la expresión que ha hecho fortuna, “impuesto al sol” propiamente tal, sino *contribución a los costes del sistema* (la cursiva es nuestra) cuando un autoconsumidor, además de consumir la energía generada por él mismo, dispone del respaldo del sistema eléctrico para consumir electricidad del sistema en cualquier momento que lo necesite y, en su caso -como es lo habitual-, la consume efectivamente” (FJ 2º).

Ciertamente, resulta parcialmente insatisfactoria la explicación ofrecida por el Tribunal Supremo cuando se refiere a la necesidad de contribuir por el derecho a consumo de la energía eléctrica, apoyándose en dos aspectos que pueden ser críticos: 1) la garantía de suministro que ofrece al consumidor al estar conectada la instalación de energía fotovoltaica, es decir, que ante eventualidades meteorológicas desfavorables el consumidor aparezca la denominada “demanda oculta” de energía eléctrica y, 2) la asignación de valor económico al derecho de consumo futuro de la energía eléctrica.

Puede que la argumentación de la justificación de la existencia de los costes de respaldo sea razonable en tanto se refiere a los “servicios de ajuste del sistema” por la disponibilidad de la red para que en el momento de falta de energía eléctrica procedente de la instalación fotovoltaica pueda ser demandada la energía del operador del sistema, pero es algo más controvertido que pueda considerarse lícita la cuantificación económica del derecho de consumo a futuro. De este modo, en nuestra opinión los costes de respaldo deberían cuantificarse sólo en el caso de que se haga efectivo el uso de la energía suministrada desde la red y no configurarse como un coste fijo del sistema eléctrico en todo caso, sin excepciones. No obstante, el TS afirma, sin ambages, que el “coste de respaldo es un coste fijo del sistema, que no desaparece porque en un momento dado no consuma, sino que se repartiría entre el resto de consumidores, creando discriminación” (FJ 2º).

Acerca del fondo de la cuestión, la entidad recurrente alega la arbitrariedad e inseguridad jurídica que eventualmente se produciría en relación con la inexistencia de metodología de los cargos sobre la energía eléctrica a tenor de los artículos 17.1 y 18 del Real Decreto 900/2015. No obstante, si bien el TS admite la posibilidad de que pueda considerarse la insuficiencia de la metodología empleada en la norma, considera que en ningún caso puede afirmarse la existencia de discrecionalidad de la Administración o arbitrariedad por su excesiva indeterminación (FJ 3º). Efectivamente, comparte el TS “la

parquedad en los criterios de fijación de los cargos contenidos en los artículos 17 y 18” del Real Decreto y, “sobre todo, en éste último”. Dicho lo cual, la postura del TS sostiene que “aun a falta de una completa metodología, la especificación de criterios en los dos preceptos impugnados y los procedimientos de fijación estipulados en la disposición transitoria primera (...) son sin duda suficientes para excluir las imputaciones de arbitrariedad e inseguridad jurídica formuladas por la Asociación recurrente”.

De gran interés resulta el FJ 4º de la STS en tanto resuelve la alegación de vulneración respecto del artículo 9.3 de la Ley del Sector Eléctrico, por el supuesto pago adicional de los autoconsumidores respecto de los restantes consumidores ordinarios. En concreto, este precepto establece que los autoconsumidores han de pagar “los mismos peajes de acceso a las redes, cargos asociados a los costes del sistema y costes para la provisión de los servicios de respaldo del sistema que corresponden a un consumidor no sujeto a ninguna de las modalidades de autoconsumo”, de manera que en ciertos supuestos se imputa a los autoconsumidores dos cargos adicionales: cargo variable transitorio y cargo fijo, por la energía consumida y la potencia instalada.

No puede afirmarse que los sujetos sometidos a modalidades de autoconsumo hagan frente a más cargos que los usuarios comunes pues “el hecho de que la metodología básica aprobada por el Gobierno en dichos preceptos tenga en cuenta como uno de los factores de cálculo el total de la energía consumida, incluida por tanto la energía autoconsumida, es un elemento que sólo existe en los usuarios autoconsumidores” y, en definitiva, no resulta discriminatorio para los autoconsumidores que “el Gobierno haya eximido de los cargos asociados a los costes del sistema hasta el 31 de diciembre de 2019 los sistemas de cogeneración” dada la existencia de regímenes diferenciados para usuarios distintos (FJ 4º).

El Supremo también descarta que suponga discriminación a los autoconsumidores porque el Gobierno haya eximido de los cargos asociados a los costes del sistema hasta el 31 de diciembre de 2019 los sistemas de cogeneración. De manera que son “usuarios distintos con regímenes diferenciados en función de sus características y que el Gobierno decida por razones de oportunidad o de otro género tal exención, no puede ser objetado como discriminatorio por sujetos de características y problemática distinta”.

Ello es justificable, en opinión del TS en cuanto a la potencia contratada, según las características técnicas del sistema del autoconsumidor, que podrá contratar o no una potencia (inferior) que no incluya la energía autoconsumida, y ello “depende en último extremo del sistema técnico, en

concreto del equipo de medida y del carácter gestionable o no de la instalación de autogeneración que instale el propio sujeto” (FJ 4º).

De menor calado, pero también de interés resulta el FJ 7º, por el que la sentencia desestima que el Real Decreto sea contrario al derecho comunitario en materia de fomento de las energías renovables, el mercado interior de la electricidad o la eficiencia energética. A pesar del razonamiento de la demandante sobre el incumplimiento del objetivo de potenciar la producción descentralizada de energía de acuerdo a las normas comunitarias señaladas al no prever el Real Decreto un procedimiento de autorización simplificada para las instalaciones de autoconsumo. Para el TS esta situación sólo supone la insuficiencia del procedimiento pero en ningún caso puede llevar a considerar una vulneración del Derecho comunitario por el Real Decreto que se sustancia.

2.2. Valoración de la Sentencia

Ciertamente, la situación legal que ofrece el Real Decreto 900/2015, cuya constitucionalidad ha sido avalada por el Tribunal Supremo, supone una ardua tarea para el autoconsumidor productor de energía eléctrica de sopesar la conexión a la red eléctrica que conlleva los costes descritos o bien la desconexión a riesgo de carecer de energía autoproducida y, por tanto, de abastecimiento de electricidad suministrado por la red. Desde este punto de vista, la *contribución por el derecho de consumo* –que entendemos es “estimada” a tenor de la interpretación del Tribunal Supremo- de la energía eléctrica se superpone, en nuestra opinión, al deber inexcusable de contribuir por la garantía de continuidad y seguridad en el abastecimiento de la energía eléctrica suficientemente cuantificada ya por los costes del sistema.

Siguiendo con el intento de categorización de los costes de respaldo, estaríamos ante una situación de hecho que supone la exigencia de una prestación patrimonial de carácter público conforme al artículo 31.3 de la Constitución y su conceptualización ofrecida por la trascendental STC 185/1995, de 14 de diciembre. En esta sentencia el TC vino a afirmar el concepto genérico de “prestación patrimonial de carácter público” más allá del tributo, precisando la reserva de ley para su establecimiento y atribuyendo la coactividad como nota característica de tales prestaciones¹⁹.

¹⁹ Así, el FJ 3 de la STC 185/1995: “La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que *la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público*”.

Así pues, los costes de respaldo pueden ser categorizados como una *prestación patrimonial de carácter público*²⁰, en razón de su naturaleza *coactiva*, que *no es tributaria*, en tanto que no se trata de un ingreso público exaccionado por la Administración tributaria, y que parece *no tener naturaleza retributiva*, al no tratarse de una contraprestación que se satisface a cambio de la prestación de un servicio o la realización de una actividad concreta. Si nos atenemos a lo señalado por el TS se trataría de una mera contribución por el derecho a consumir en abstracto para el sostenimiento financiero del sistema eléctrico.

En cualquier caso, la postura jurisprudencial señalada instituye el coste de respaldo como una aportación que podríamos considerar un *coste permanente de funcionamiento del sistema eléctrico de autoconsumo*²¹. Sin embargo, la demanda de dicha energía eléctrica no autoproducida puede que incluso no se produzca y, cuando menos, no debería en todo caso, formar parte de la cuantificación de los costes de respaldo que se conceptualizan por el soporte de la red al suministro de energía, e incluso, difícilmente puede aceptarse una cuantificación siquiera sea estimativa de la demanda potencial, pues puede incluso ser irreal o ficticia.

Esta afirmación nos podría llevar a hacer un parangón con las exigencias constitucionales de respeto al principio de capacidad económica que el artículo 31.1 de la Constitución exige para los tributos²², que hemos de descartar en este caso puesto que como decimos no puede atribuirse naturaleza tributaria a tales costes. El propio Tribunal Supremo, dejó claro que “las cantidades pagadas por los consumidores españoles de energía eléctrica (...) no tienen carácter tributario ni constituyen un impuesto, ni una

²⁰ El artículo 3.7 atribuye competencia a la Administración General del Estado para “regular la estructura de los cargos por costes regulados y de los peajes correspondientes al uso de redes de transporte y distribución, así como establecer los criterios para el otorgamiento de garantías por los sujetos que corresponda y fijar, en su caso, el precio voluntario para el pequeño consumidor como precio máximo del suministro de energía eléctrica a los consumidores que reglamentariamente se determinen”.

²¹ El TJUE, en el Auto de 22 de octubre de 2014 (asunto C-275/13) por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en relación con la posible consideración como ayuda de Estado de las aportaciones percibidas por ELCOGAS, señala que “constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio nacional y que se distribuyen a las empresas del sector eléctrico por un organismo público conforme a criterios legales predeterminados”. Y añade que “carece de incidencia al respecto que las cantidades destinadas a compensar los sobrecostes no provengan de un suplemento específico de la tarifa de electricidad y que el mecanismo de financiación considerado no pertenezca en sentido estricto a la categoría de impuesto, exacción fiscal o tasa parafiscal según el Derecho nacional”.

²² Vid. SSTC 221/1992, FJ. 4º; 193/2004, FJ 5º).

exacción fiscal ni una tasa fiscal o parafiscal”²³. Únicamente, los costes de respaldo podríamos asemejarlos a la naturaleza jurídica de la tasa, tributo cuya configuración jurídica goza como presupuesto de hecho de la prestación de una actividad o servicio público de carácter coactivo, considerando el hecho de que el supuesto de demanda de suministro de energía eléctrica ante la falta de energía autoproducida se erige en un servicio público “esencial”²⁴. No debe olvidarse adicionalmente que el aseguramiento del abastecimiento y el suministro mediante la red es competencia de los poderes públicos sustentada por la política energética del Estado. Estamos, pues, a medio camino de un tributo atípico, habida cuenta que la prestación del servicio de la energía eléctrica se trata de un servicio imprescindible para la vida personal y las condiciones de vida básicas de la persona en general –que fundamenta la coactividad–, incluyendo indudablemente al autoconsumidor de energía eléctrica. Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, este no es el elemento que sostiene la procedencia de los costes de respaldo sino tener a disposición del demandante la energía y potencia necesarias para abastecerse.

En todo caso, el propio Tribunal Supremo reconoce la insuficiencia de los criterios de cuantificación de las cargas establecidas por el Real Decreto 900/2015, en especial, los costes de respaldo (FJ 3º), lo cual, a nuestro entender, cuando menos, podría tener un difícil encaje ante los principios de transparencia y mínimo coste del conjunto del sistema exigibles por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico²⁵ como garantía de los derechos de los consumidores.

No obstante, la lucha por ganar terreno en materia de las energías renovables sigue en pie encabezada por las peticiones de organizaciones internacionales como Greenpeace o Alianza por el Autoconsumo -organización de la sociedad civil española integrada por numerosas asociaciones de consumidores, ecologistas, empresarios, sindicatos y cooperativas. En concreto, a finales de noviembre de 2017, la Comisión de Energía del Parlamento Europeo ha votado a favor de liberar la electricidad

²³ Auto de 4 de febrero de 2014 y, en el mismo sentido, Auto de 22 de abril de 2013). En este sentido, puede consultarse también, la STJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-262/12; Association Vent De Colère!) y las Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen de 11 de julio de 2013.

²⁴ Y ello a pesar de la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que supuso el inicio del proceso de liberalización progresiva del sector mediante la apertura de las redes a terceros, el establecimiento de un mercado organizado de negociación de la energía y la reducción de la intervención pública en la gestión del sistema.

²⁵ En concreto, el artículo 4 de la Ley del Sector Eléctrico dispone en materia de *planificación eléctrica que* “tendrá por objeto prever las necesidades del sistema eléctrico para garantizar el suministro de energía a largo plazo, así como definir las necesidades de inversión en nuevas instalaciones de transporte de energía eléctrica, todo ello bajo los principios de transparencia y de mínimo coste para el conjunto del sistema”.

autoconsumida “de cargos punitivos, gravámenes e impuestos”. Ello se enmarca dentro de la propuesta de Directiva de Energías Renovables²⁶ que se votó y que debe ser ratificada por el Consejo Europeo, donde se eleva el Objetivo Renovable UE 2030, elevándolo del 27 al 35% de producción de energía comunitaria de fuente renovable y refuerza el autoconsumo “como un derecho –según explica el propio ponente José Blanco- que no podrá someterse a impuestos de ningún tipo siempre que la electricidad generada permanezca fuera de la red”. De aprobarse este extremo, podría en tela de juicio la compatibilidad del “impuesto al sol” con la normativa europea.

²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (refundición), 23.2.2017, COM(2016) 767 final 2016/0382.