



EY

Building a better
working world

Abril 2021

Alerta informativa

Boletín de Derecho Público y Sectores Regulados

Introducción

A continuación, les ofrecemos un análisis sobre novedades normativas, jurisprudenciales y de doctrina administrativa que, desde un punto de vista de Derecho Público y de los Sectores Regulados, pueden resultar de interés.

I. Comentario

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea avala el impuesto a la producción eléctrica

El pasado 3 de marzo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) dictó sentencia declarando que el impuesto del 7% sobre el valor de la producción de energía eléctrica (“**IVPEE**”) no se opone al Derecho de la Unión Europea.

Así, en respuesta a la cuestión prejudicial que planteó el TSJ de la Comunidad Valenciana (“**TSJCV**”), se frustra la esperanza de los titulares de instalaciones de energía eléctrica de optar por recuperar las cantidades pagadas por este tributo, cantidades que se estiman en 15.000 millones de euros.

Fue la empresa valenciana Promociones Oliva Park S. L. la que planteó el recurso contencioso-administrativo núm. 1491/2017 ante el TSJCV contra la resolución de 28 de septiembre de 2017 del TEAR de la Comunidad Valenciana, que desestimó la reclamación planteada frente a la resolución de la Oficina Gestora de Impuestos Especiales de Valencia, desestimatoria de la solicitud de rectificación de las autoliquidaciones del IVPEE de los ejercicios 2013 a 2016, denegando la devolución de 12.609,58 euros.

El TSJCV, a la vista de los argumentos expuestos en la demanda, mediante Auto de 22 de febrero de 2019 (“**Auto de planteamiento**”) planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, por entender que el IVPEE estaría vulnerando el Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, el TJUE ha declarado que el IVPEE no vulnera la legislación europea dando la siguiente respuesta a cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas:

- ▶ La Directiva 2008/118/CE, relativa al régimen general de los impuestos especiales, no se opone a una normativa nacional que establece un impuesto que grava la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica en el territorio nacional y cuya base imponible está constituida por el importe total de los ingresos del sujeto pasivo obtenidos por la realización de estas actividades, sin tener en cuenta la cantidad de

electricidad efectivamente producida e incorporada a ese sistema.

La Directiva 2008/118 permite a los Estados miembros imponer a los productos sujetos a impuestos especiales otros gravámenes indirectos con fines específicos, siempre que esos gravámenes respeten las normas impositivas del Derecho de la Unión aplicables a los impuestos especiales o al impuesto sobre el valor añadido.

El TJUE afirma que el IVPEE no constituye un impuesto indirecto que grave directa o indirectamente el consumo de electricidad. El hecho imponible del IVPEE es la producción e incorporación al sistema eléctrico de electricidad –la producción neta de energía–, y el IVPEE no se percibe directamente de los consumidores de electricidad, sino de los operadores económicos que la producen y la incorporan al sistema.

Asimismo, estima que la carga fiscal del IVPEE no se repercute en los consumidores por dos razones principales:

- ▶ No existe un mecanismo formal de repercusión del impuesto. En este sentido, el TJUE sostiene que el hecho de que la aplicación del IVPEE entrañe un incremento del precio de la energía y, por tanto, de la factura eléctrica para los consumidores finales no es suficiente por sí solo para concluir que ese impuesto se repercute íntegramente sobre estos.

De otro modo, todo impuesto soportado por los productores de electricidad que tuviese una incidencia, aun mínima, en el precio final de la electricidad pagado por los consumidores debería considerarse un impuesto indirecto en el sentido de la Directiva 2008/118, aunque no hubiese un vínculo directo e indisociable entre dicho impuesto y el consumo de electricidad.

- ▶ En segundo lugar, el IVPEE se calcula exclusivamente en función de la condición de productor de electricidad, sobre la base de los ingresos de los sujetos pasivos parcialmente fijados y, por tanto, con independencia de la cantidad de electricidad

efectivamente producida e incorporada al sistema eléctrico. En consecuencia, no hay un vínculo directo e indisoluble entre este impuesto y el consumo de electricidad.

- ▶ La Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables no se opone a una normativa nacional que establece un impuesto que grava con un tipo único la producción de electricidad y su incorporación al sistema eléctrico, incluso cuando la electricidad se produzca a partir de fuentes renovables, y cuyo objetivo no es proteger el medio ambiente, sino aumentar el volumen de los ingresos presupuestarios.

El TSJCV invocaba en el Auto de planteamiento que el IVPEE puede desincentivar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, en tanto que grava a todos los productores nacionales y se calcula sin tener en cuenta los costes de producción.

Al respecto, el TJUE resalta el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros en cuanto a las medidas que consideren adecuadas para alcanzar los objetivos globales nacionales obligatorios fijados en la citada Directiva y, por ello, de ningún modo, están obligados a aplicar sistemas de apoyo para promover la utilización de energía procedente de fuentes renovables ni, con mayor razón, si deciden aplicar esos sistemas, a configurarlos como exenciones o desgravaciones fiscales.

El TJUE señala que la posibilidad prevista en la Directiva 2009/28 de que los Estados miembros establezcan sistemas de apoyo para promover la utilización de la energía procedente de fuentes renovables, en su caso en forma de exenciones o desgravaciones fiscales, no implica que estos no puedan gravar a las empresas que desarrollan esas fuentes de energía.

Por tanto, la Directiva 2009/28 no prohíbe a los Estados miembros establecer un impuesto –como el IVPEE– que grave la producción de electricidad y su incorporación al sistema, también cuando la electricidad se produzca a partir de fuentes de energía renovables.

- ▶ Por último, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 107 TFUE, y la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, no se oponen a una normativa nacional que establece un impuesto nacional que grava la producción e incorporación al sistema eléctrico de electricidad en el territorio de un Estado miembro, en el supuesto de que este impuesto no sea aplicable a la incorporación, en ese sistema, de la electricidad producida en los demás Estados miembros.

El TSJCV invocaba en el Auto de planteamiento que el IVPEE favorece a los productores de electricidad establecidos en los demás Estados miembros porque grava únicamente a los productores nacionales, y deducía de ello que podía una distorsión de la competencia, con infracción del artículo 107.1 TFUE.

Pues bien, respecto al artículo 107.1E, el TSJCV matiza que, en tanto que los ingresos procedentes de la percepción del IVPEE no constituyen el modo de financiación de una medida de ayuda estatal, no puede considerarse que este impuesto esté comprendido en las normas del TFUE relativas a las ayudas estatales.

En cuanto a la Directiva 2009/72, se contempla el principio general de no discriminación en el ámbito del mercado interior de la electricidad al regularse el acceso de terceros a la red de forma objetiva y no discriminatoria.

Al respecto, el TSJCV indicaba que la normativa relativa al IVPEE permite una discriminación positiva de los productores no nacionales de energía eléctrica, en perjuicio de los productores españoles, con distorsión del mercado interior de la energía eléctrica y del acceso a la red.

El TJUE señala que, dado que la Directiva 2009/72 no constituye una medida relativa a la aproximación de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, el principio de no discriminación que contiene no se aplica a una normativa nacional que establece un impuesto que grava la producción e incorporación al sistema eléctrico de electricidad en el territorio de un Estado miembro.

Tras esta sentencia, resta comprobar si el TSJCV considera que existen argumentos para promover

cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, a pesar de que, en su día, el Tribunal Supremo estimó que no existían motivos para ello o si, por el contrario, dicta sentencia.

II. Novedades normativas

El nuevo etiquetado de la electricidad: la Circular 2/2021, de 10 de febrero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El pasado 10 de febrero, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”), de conformidad con las funciones atribuidas en el artículo 7 de la Ley 3/2013ⁱ, aprobó su Circular 2/2021 por la que se establece la metodología y condiciones del etiquetado de la electricidad para informar acerca del origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente. La habilitación para el dictado de esta norma se encuentra en el artículo 110.bis del Real Decreto 1955/2000ⁱⁱ por el que se establece el sistema de información, en virtud del cual toda empresa comercializadora dedicada a la venta de electricidad al cliente final debe indicar en sus facturas, entre otros aspectos, la contribución de cada fuente de energía primaria al conjunto total de la energía suministrada, así como el impacto ambiental asociado.

Esta Circular obedece a la necesidad de adaptar y actualizar la Circular 1/2008ⁱⁱⁱ, a los cambios surgidos desde su publicación, introduciendo mejoras con base en la experiencia en la elaboración del etiquetado en los últimos años. Mejoras consistentes en la adaptación de conceptos considerados obsoletos, y en la simplificación del método de cálculo del etiquetado de electricidad empleado, en línea con los criterios y recomendaciones establecidas en la metodología del proyecto auspiciado por la Comisión Europea: “*Reliable Disclosure Systems for Europe (RE-DISS)*”.

Pues bien, esta Circular asentada en el derecho de los consumidores a disponer de información transparente, veraz y contrastable –pilar básico de la regulación nacional e internacional–, con la finalidad de mejorar la transparencia en el proceso y garantizar la publicidad de la información, fija la metodología y las condiciones relacionadas con la información que las

comercializadoras de energía eléctrica deben proporcionar de forma obligatoria a sus clientes, en cuanto al origen de la electricidad por ellas vendidas y su impacto sobre el medio ambiente. Para aplicar la metodología será determinante la participación o no de la comercializadora en el Sistema de Garantías de Origen que prevé la Circular 1/2018, de 18 de abril. Asimismo, esta Circular determina las condiciones que deben concurrir para que un consumidor de electricidad pueda de forma voluntaria conocer el origen de la electricidad por él consumida y, en su caso, difundir dicha información a terceros.

La Circular aplica a las empresas comercializadoras de electricidad y a los consumidores de energía eléctrica que deseen informarse y dar a conocer el origen de la electricidad por ellos consumida. En sus anexos, la CNMC detalla los pasos a seguir en la elaboración del etiquetado, cuyo resultado final incluye: (i) la contribución de cada una de las fuentes de generación de energía eléctrica a la energía total comercializada; (ii) el impacto ambiental asociado en emisiones de CO₂ y residuos radiactivos de alta actividad; y, (iii) la clasificación energética de cada comercializadora con base en el impacto ambiental y la forma a la hora de dar acceso a la información.

III. Jurisprudencia relevante

Los principios de buena regulación (Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del TS de 16 de febrero de 2021 (recurso 38/2020))

La sentencia analizada versa sobre la pretensión de anulación de lo dispuesto en el último inciso del apartado 1 de la Disposición adicional quinta del Real Decreto 1345/2007, añadida por el Artículo único, apartado trece, del RD 717/2019, en relación con el cupón precinto de los medicamentos.

El fundamento de la impugnación se centra en que el mantenimiento del cupón precinto constituye una carga administrativa ineficaz y desproporcionada, que se reputa contraria a los principios de buena regulación y proporcionalidad, a cuyo efecto invoca el artículo 129 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común. Se argumenta en la demanda

que la norma no establece límite alguno a la duración de la prórroga del cupón precinto, por lo que estima que se mantendrá una carga innecesaria y desproporcionada en el proceso de facturación de la prescripción de medicamentos.

Pues bien, el artículo 129 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común invocado por la recurrente impone, entre otras cosas, un mandato de "[...] generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas". Es decir, significa que existe un imperativo legal de que los reglamentos sean razonablemente claros y comprensibles.

Ante estos argumentos, el Tribunal Supremo reconoce que ciertamente, la lectura de la norma y su conexión con el entramado normativo que regula el sistema de identificación de medicamentos y el de gestión de la facturación al Sistema Nacional de Salud puede no resultar sencillo. Si bien puntualiza que la mera composición deficiente de la norma reglamentaria desde un punto de vista técnico, incluida su oscuridad, no es causa determinante de nulidad siempre que sus preceptos, por oscuros que sean a primera vista, puedan ser dotados de significado razonable mediante los métodos de interpretación generalmente admitidos en Derecho.

La previsión impugnada se enmarca en el proceso de implantación del identificador único a todos los medicamentos dispensados en el Sistema Nacional de Salud y de la sustitución del actual sistema de facturación por las oficinas de farmacia al Sistema Nacional de Salud, en relación con la implantación del sistema de identificador único, que está extensamente justificado en la exposición de motivos y en la propia Memoria de Análisis de Impacto Normativo. Así, considera el Tribunal Supremo que no hay, por tanto, vulneración de los principios de buena regulación invocados por la demandante.

Concluye la sentencia exponiendo que la duda que suscita a la recurrente el alcance temporal de la facultad conferida al Ministro en el precepto impugnado, en la medida que puede ser solucionada utilizando los criterios interpretativos al uso, no

constituye una infracción que pueda acarrear la nulidad de la norma. Además, destaca que en la jurisprudencia no se encuentran ejemplos de anulación de normas reglamentarias simplemente a causa de su defectuosa técnica normativa. Y entiende el Tribunal Supremo, que esta falta de jurisprudencia infiere que la mera composición deficiente de la norma reglamentaria desde un punto de vista técnico, incluida su oscuridad, no es causa determinante de nulidad siempre que sus preceptos, por oscuros que sean a primera vista, puedan ser dotados de significado razonable mediante los métodos de interpretación generalmente admitidos en Derecho.

IV. Contratación pública. Doctrina administrativa

Subsanación de ofertas presentadas electrónicamente a través de PLACSP (Resolución 1003/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)

En el supuesto analizado, un licitador recurre el acuerdo de adjudicación de un contrato administrativo, por entender que la oferta adjudicataria debió ser excluida, en la medida en que formuló dos proposiciones.

Conforme se indicó por parte de la unión temporal de empresas que presentó dichas proposiciones, esta situación fue debida a la necesidad de subsanar un error advertido en la primera proposición presentada. En ella figuraba una sola de las empresas integrantes de la unión temporal si bien del resto de la documentación se desprendía su concurrencia en unión temporal, y la explicación que suponía respecto de la dualidad de proposiciones convenció a la mesa de contratación de que procedía la admisión de la proposición.

La recurrente considera, de contrario, que la situación generada determina la concurrencia de una mercantil en unión temporal de empresas y esa misma mercantil de forma individual, lo que determina la procedencia de la inadmisión.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales considera que no procede la exclusión de la proposición y ello porque la Plataforma de Contratos del Sector Público no permite realizar ninguna corrección o subsanación de la documentación una vez presentada, aun cuando el plazo de presentación no ha finalizado.

De este modo, la única forma de subsanar el error advertido era la presentación posterior de la documentación lo cual no puede entenderse como la presentación de proposiciones de forma simultánea.

Igualmente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que la exclusión de proposiciones no ha de operar de forma automática, sino que debe analizarse, caso por caso, el perjuicio a la imparcialidad que se ha podido producir.

Prórroga de los contratos de servicios afectados por el COVID-19 (Informe 36/20, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado)

El Ayuntamiento de Murcia trasladó una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que atañe a contratos de servicios que se vieron afectados por la declaración del estado de alarma.

La primera de las cuestiones sobre las que se solicita informe es si la prórroga del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) ha de acordarse y formalizarse necesariamente antes del vencimiento del contrato, o si es posible realizar tal acuerdo o formalización una vez finalizado el contrato, convirtiéndose así en una “prórroga tácita”.

La segunda de las cuestiones a analizar trata sobre la posibilidad de formalizar la prórroga con posterioridad y que ésta tenga efectos retroactivos hasta la fecha de terminación.

La Junta realiza una consideración preliminar de gran interés, dado que distingue entre la declaración de estado de alarma instrumentada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y, por otro lado, el estado de alarma iniciado por virtud del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Para ello, se remite al informe de la Abogacía General del Estado de 21 de

enero de 2021, y concluye que a este último estado de alarma no le resultan de aplicación las normas dictadas bajo la vigencia del anterior, salvo que éstas hayan sido prorrogadas de forma expresa.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, sostiene que la aplicación excepcional del artículo 29.4 de la LCSP está justificada en los casos amparados por el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, lo que implica que la vigencia del contrato precedente tiene que haber finalizado por el trascurso del tiempo. No puede concurrir una prórroga tácita en ningún caso, sino que se trata de un “*supuesto excepcional de rehabilitación o mantenimiento de los efectos del contrato*”, que se puede alargar hasta que finalice el proceso de la nueva licitación, así se evita que en ese período entre contratos se cause perjuicio al interés público.

En cuanto a cómo deberá plasmarse la aplicación del artículo 29.4 de la LCSP, la Junta concluye que el órgano de contratación deberá documentar de manera formal que se continuará, de forma provisional y limitada, la ejecución del contrato anterior. De esta forma se garantiza la continuidad de la prestación a realizar por el contratista, surtiendo efecto desde la fecha de la terminación del contrato anterior.

Por último, en cuanto a la valoración económica que habrá que hacer, la Junta concluye que, con carácter previo al inicio o continuación de la prestación, se tendrá que tramitar un expediente de gasto que dé soporte a la misma, que podrá estar sujeto a una fiscalización previa.

Cesión de una concesión de obra pública para construcción y explotación de aparcamientos. Clasificación exigida al cesionario de un contrato de concesión de obra pública (Informe 31/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado)

El Ayuntamiento de San Javier planteó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa si la clasificación que se exige a los concesionarios para una concesión de obras, para la construcción de un aparcamiento subterráneo y su posterior explotación,

debe ser la misma que cabe exigir al cesionario de tales contratos cuando, una vez finalizadas las obras de construcción y comenzada la explotación, se decide ceder dichas concesiones.

Cabe aclarar, al respecto, que los contratos se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Asimismo, los pliegos permitan la cesión según los siguientes requisitos legales: (i) las obras de construcción deben estar finalizadas y tiene que haberse explotado la concesión durante un plazo mínimo equivalente a una quinta parte del fijado para la duración de la concesión, (ii) es necesario haber obtenido una autorización previa del Ayuntamiento, (iii) el cesionario se deberá subrogar en todos los derechos y obligaciones del cedente, (iv) tendrá que acreditar la capacidad económica, financiera y técnicas suficientes, y por último, (v) el contrato se habrá de formalizar en escritura pública.

Pues bien, la Junta indica que la clasificación exigida a un contratista o concesionario inicialmente puede ser diferente si el objeto del contrato es la construcción y posterior explotación de la obra o si dicho objeto está constituido solamente por la ejecución de una obra o sólo por la explotación de una obra previamente construida. En este caso concreto, al existir varias prestaciones que tienen un carácter sucesivo, para la construcción de una obra pública deberá exigirse una determinada clasificación, mientras que para la explotación de la obra tal clasificación no es necesaria. Carece de sentido que se exija clasificación para la ejecución de parte de un contrato en el que ya no es necesario disponer de ésta, en la medida en que la parte de la prestación que la exigía inicialmente ya se ha completado.

Dado que el contrato de concesión de obra tiene por objeto la construcción de un aparcamiento y su posterior explotación, debería ser ésta última la prestación relevante para la determinación del régimen jurídico de la cesión, en tanto es esta parte del contrato la que será objeto de cesión. Por lo tanto,

bastará que reúna las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para dicha explotación.

Para cualquier información adicional con respecto a esta alerta, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Puede consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

ⁱ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

ⁱⁱ Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

ⁱⁱⁱ Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente.

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

Acerca de EY

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

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

© 2021 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

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

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

LinkedIn: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EYSpainCareers)

Google+: [EY España](https://www.google.com/+EYSpain)

Flickr: [EY Spain](https://www.flickr.com/photos/ey-spain/)