



EY

Building a better
working world

Junio 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 Supremo no avala el Canon Hidroeléctrico

En el mes de abril, el Tribunal Supremo ha dictado una serie de sentencias por las que se resuelven los recursos interpuestos directamente contra el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo (“**RD 198/2015**”), por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas (“**TRLA**”), introducido por el artículo 29 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intracomunitarias (“**Canon hidráulico**”) e, indirectamente, contra el citado artículo 112 bis del TRLA.

Mediante el Canon hidráulico, introducido por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (“**Ley 15/2012**”), se grava la utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público hidráulico para la producción de energía eléctrica en barras de central. Es decir, grava la producción de electricidad por las centrales hidroeléctricas.

La finalidad declarada del Canon hidráulico era *“la protección y mejora del dominio público hidráulico”*, pero según la propia Ley 15/2012 y, en concreto, su disposición adicional segunda, la recaudación se destina a *“financiar los costes del sistema eléctrico”*. Esto provocó ciertas dudas sobre la conformidad del Canon hidráulico con el ordenamiento jurídico nacional y con el Derecho de la Unión Europea, que han sido resueltas por las sentencias comentadas.

Cabe destacar la extraordinaria duración de los procedimientos. En este sentido, el 27 de junio de 2017 se acordó suspenderlos y plantear tres cuestiones prejudiciales que fueron resueltas mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 7 de noviembre de 2019. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el Canon hidroeléctrico no se oponía al Derecho de la Unión Europea.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo otorgó a las partes de estos procedimientos plazo para formular

alegaciones sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Finalmente, el Tribunal Supremo, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, ha resuelto los recursos contencioso-administrativos.

La sentencia principal es la dictada el 15 de abril de 2021, en el primero de los recursos resueltos, el 517/2015. Las restantes se refieren a ella.

Respecto de las infracciones del Derecho de la Unión Europea, la Sala, atendiendo a la respuesta a las cuestiones prejudiciales dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante sentencia de 7 de noviembre de 2019, indica que la doctrina fijada por dicho Tribunal despeja las dudas del propio Tribunal Supremo respecto del canon hidráulico. Además, dicha doctrina se ve reforzada con la posterior sentencia, de 3 de marzo de 2021, del TJUE sobre el Impuesto del Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (“**IVPEE**”). Sostiene la Sala que, aunque esta segunda sentencia versa sobre una figura tributaria distinta, el Canon hidráulico guarda indudables semejanzas dogmáticas, entre otras, su finalidad medioambiental. Por este motivo, la Sala considera innecesario entrar en las consideraciones sobre la infracción normativa y la jurisprudencia alegadas, en tanto que pueden considerarse superadas.

Igual suerte corren los reparos sobre la conformidad a la Constitución Española del reglamento impugnado y del artículo 112 bis del TRLA que le presta cobertura. Es cierto que la naturaleza y finalidad del Canon hidráulico son cuestionables, pero sus inconsistencias técnicas no tienen, necesariamente, relevancia constitucional.

Sostiene la Sala que la calificación como tasa o impuesto no puede llevarse a un auto de cuestión de constitucionalidad sin graves dificultades dogmáticas, pues habría de basarse en la dicotomía tasa-impuesto para plantear sus dudas de modo alternativo, en función de los límites estructurales de una y otra figura y su distinto grado de intensidad con que juegan los principios del artículo 31.1 CE. Concluye el Tribunal Supremo que el Canon hidroeléctrico es una tasa y que, por lo tanto, no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad de la norma.

Sentado lo anterior, el Tribunal entra a realizar el examen de legalidad del RD 198/2015 y acuerda estimar parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra dicha norma, declarando lo siguiente:

Debemos declarar y declaramos la nulidad de la disposición transitoria segunda así como de la disposición adicional primera, segundo párrafo, del citado Real Decreto 198/2015, por ser ambas contrarias al ordenamiento jurídico, desestimando en lo demás las diversas pretensiones ejercitadas en este recurso.

Conforme a la fundamentación jurídica de la sentencia, la disposición transitoria segunda del Real Decreto *“impone el deber de autoliquidar, de presentación de modelos y documentos y otros formales, partiendo de la base de que son exigibles las cuotas de los cánones correspondientes a los años 2013 y 2014, periodos consumados en su integridad a la entrada en vigor de la norma”*.

Continúa la sentencia indicando que *“con ello se incurre en un evidente y clamoroso ultra vires, determinante de la nulidad radical de la disposición transitoria segunda, no sólo porque impone una obligación fiscal con efecto retroactivo, relativo a periodos íntegramente concluidos a su entrada en vigor, sino que lo hace por su cuenta, desoyendo la previsión del legislador del apartado 2 del artículo 112 bis TRLA”*.

A la vista de lo anterior, la Administración deberá devolver las cantidades correspondientes a las liquidaciones de los ejercicios 2013 y 2014, siempre que éstas no hayan adquirido firmeza.

Sin embargo, la sentencia no limita sus efectos a los ejercicios 2013 y 2014, aunque únicamente mencione éstos expresamente. En la sentencia, se indica que *“en este caso hay una colisión frontal del reglamento con la ley, además de que aquél no puede, en caso de silencio legal, disponer la aplicación retroactiva, aquí de grado máximo, como sí podría, según los casos y la clase de retroactividad, disponer una ley formal, y al margen también de que la ley, al sujetar los plazos y condiciones del canon concesional a las resultas de la autorización concesional, está reconociendo de un modo evidente y necesario la imposibilidad de percibir*

el canon hasta tanto la conditio iuris se cumpla -o se malogre-.”

Y continúa indicando que *“de tal regulación se obtiene la consecuencia de que la exigencia del canon hidrológico no fuese inmediata, toda vez que era necesario que antes de ello, y de su cuantificación, se modificaran las condiciones concesionales mediante los procedimientos ad hoc establecidos en la normativa de aguas, unos procedimientos que, como enseña la práctica, resultan lentos y complejos”*.

En resumen, (i) respecto a los ejercicios 2013 y 2014, el RD incurre en retroactividad máxima y extralimitación reglamentaria y (ii) respecto a los ejercicios subsiguientes, la previsión relativa a la posibilidad de girar las liquidaciones del canon, con anterioridad a la revisión y modificación de las concesiones, incurre en extralimitación reglamentaria.

Al declararse la nulidad radical del párrafo segundo de la disposición adicional primera del RD 198/2015, ésta queda del siguiente tenor:

De acuerdo con lo recogido en la disposición transitoria primera de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, la Administración competente en cada caso revisará para su adaptación las concesiones administrativas que facultan en la actualidad a cada uno de los aprovechamientos hidroeléctricos que estaban vigentes a la entrada en vigor de la ley citada, para adaptarlas a las previsiones contenidas en el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas, dotando a los departamentos u organismos encargados, de la suficiencia de medios humanos y materiales para llevar a cabo dicha revisión.

Es decir, hasta que se tramiten los correspondientes procedimientos de revisión y modificación de las concesiones relativas a las centrales hidroeléctricas afectadas por el Canon hidráulico, no procedía ni procede girar las liquidaciones por dicho concepto. Por lo tanto, la Administración debe igualmente devolver las cantidades correspondientes a las liquidaciones de los ejercicios 2015 y siguientes, siempre que éstas no hayan adquirido firmeza o no haya prescrito el derecho a solicitar la devolución de dichas cantidades.

II. Novedades normativas

Ley de cambio climático y transición energética

El 21 de mayo de 2021, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (“LCCYTE” o la “Ley”) dirigida a que España alcance la neutralidad de emisiones no más tarde de 2050. Es decir, que, en 2050, España solo emita la cantidad de gases de efecto invernadero que sus sumideros puedan absorber.

A continuación, indicamos los aspectos más relevantes de la norma:

- ▶ Los **objetivos** de la LCCYTE son (i) asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, (ii) facilitar la descarbonización de la economía española, de modo que se garantice el uso racional y solidario de nuestros recursos, y (iii) promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere nuevas oportunidades de empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades.
- ▶ Para alcanzar esos objetivos se prevén unos objetivos para los años 2030 y 2050. Para **el año 2030**, se prevé (i) reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23% respecto al año 1990; (ii) alcanzar un consumo final de energía origen renovable de, al menos, un 42%; (iii) alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74% de generación a partir de energías de origen renovable; y (iv) mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5%, con respecto a la línea de base conforme a la normativa comunitaria. Además, **antes del año 2050**, se prevé alcanzar la neutralidad climática y un sistema eléctrico basado, exclusivamente, en fuentes de generación renovable
- ▶ Como herramientas para implementar dichos objetivos la Ley prevé los **Planes Nacionales**

Integrados de Energía y Clima (PNIEC) y la Estrategia de Descarbonización a 2050.

- ▶ La LCCYTE prevé el **fomento de las energías renovables**, mediante, entre otras medidas, el fomento, por medio de planes específicos, de los gases renovables, como el biogás, el biometano o el hidrógeno, pudiendo fijarse para ello, objetivos anuales de penetración con imposición de obligación de uso a determinados sujetos.
- ▶ La **planificación, la gestión territorial y urbanística**, así como las intervenciones en el medio urbano, la edificación y las infraestructuras de transporte, deberán perseguir una serie de objetivos fijados en la Ley como la integración de las medidas necesarias para propiciar la adaptación progresiva y resiliencia frente al cambio climático.
- ▶ Para mejorar la eficiencia energética, el Gobierno promoverá el **uso eficiente de la energía**, centrándose en el ámbito de la **rehabilitación de edificios** como pilar fundamental en la lucha contra la pobreza energética.
- ▶ En materia de movilidad sostenible, la Ley prevé que las Administraciones Públicas adopten medidas para alcanzar en **2050 un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO2**. Además, se potenciará el desarrollo de infraestructuras de **recarga eléctrica** en el territorio nacional.
- ▶ En este sentido, los municipios de más de **50.000 habitantes y los territorios insulares** deberán introducir en su planificación urbana medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad, y a partir de **2040** no se podrán vender **turismos y vehículos comerciales ligeros no destinados a usos comerciales**, excluidos los matriculados como históricos, que emitan CO2.
- ▶ A partir de la entrada en vigor de la norma, no se podrán otorgar en todo el territorio nacional **nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación o concesiones de explotación de**

hidrocarburos ni nuevas autorizaciones para la realización de actividades de explotación de hidrocarburos mediante la utilización de fracturación hidráulica de alto volumen o *fracking*. Además, la aplicación de nuevos beneficios fiscales a productos energéticos de origen fósil deberá estar justificada por motivos de interés social, económico o atendiendo a la inexistencia de alternativas tecnológicas.

- ▶ Para garantizar la aplicación de medidas que faciliten una transición justa para los colectivos y áreas geográficas más vulnerables afectadas por el proceso de descarbonización, cada 5 años, el Gobierno aprobará una **Estrategia de Transición Justa** con la participación de las Comunidades Autónomas y los agentes sociales.
- ▶ La Ley prevé el destino de un porcentaje de los **Presupuestos Generales del Estado** equivalente al acordado en el Marco Financiero Plurianual de la Unión Europea para contribuir a los objetivos en materia de cambio climático y transición energética.
- ▶ Adicionalmente, se incorporarán **criterios ambientales y de sostenibilidad energética en la contratación pública** cuando guarden relación con el objeto del contrato. Estos criterios deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar en el pliego correspondiente.
- ▶ Según dispone la LCCYTE, las empresas cotizadas, entidades de crédito, aseguradoras y reaseguradoras que tengan más de 500 trabajadores, elaboren y hagan público un **informe anual sobre la exposición de su actividad a los riesgos del cambio climático y las medidas adoptadas**.
- ▶ Finalmente, la LCCYTE prevé la creación de un **Comité de Expertos de Cambio Climático y Transición Energética** como principal órgano encargado de la gobernanza climática y fomenta la participación de las Comunidades Autónomas y de los ciudadanos.

III. Jurisprudencia relevante

Posibilidad de subsanar la omisión de firma en una solicitud (Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2021)

El supuesto analizado en la sentencia aborda el caso de un administrado que, en la presentación de una solicitud de participación en un procedimiento selectivo, omite la firma electrónica, recibiendo un mensaje indicando que *"su solicitud se ha cursado con éxito"*. Con posterioridad, el administrado no fue incluido en el listado de admitidos al procedimiento, recurriendo.

El recurso se funda en que la Administración debió haber conferido un plazo para subsanar la solicitud efectuada, en tanto el defecto advertido era la ausencia de firma electrónica de la solicitud. No obstante, la sentencia dictada en la instancia desestimó la impugnación, considerando que el programa informático empleado funcionó de forma correcta y que, por lo tanto, la exclusión de la solicitud fue ajustada a Derecho.

Frente a dicha sentencia se interpuso un recurso de casación, para el que se apreció el interés casacional consistente en *"determinar si la posibilidad de la subsanación de la firma en las solicitudes a la Administración, prevista en el artículo 71 de la Ley 30/1992, resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación"*.

En su escrito de oposición, la Administración argumentó que la omisión de la firma electrónica no es un mero defecto de firma, sino que determina la falta de presentación de la solicitud. Y añadió que, en tales casos, no resulta posible conocer cuáles han sido las solicitudes presentadas defectuosamente.

La sentencia de casación, por su parte, concluye señalando que la Administración debió haber conferido el plazo de subsanación de solicitudes al recurrente. Asimismo, pone de manifiesto que en este caso, además, constaba abonada la tasa correspondiente a la presentación de la solicitud, aspecto que sí era o

podía ser conocido por la Administración, y concluye señalando que la Admisión debió haber otorgado plazo para la subsanación de la solicitud cuando el interesado reaccionó frente a la falta de inclusión en el listado de admitidos, poniendo de manifiesto que el único paso que omitió para registrar su solicitud fue la firma y el registro de su solicitud.

Impugnación indirecta de pliegos (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2021)

La Sentencia analizada desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil Contenedores Escor Vitoria, S.L. contra la sentencia de 15 de mayo de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el marco de un procedimiento interpuesto frente a una resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco. La resolución inicialmente recurrida desestimó el recurso especial interpuesto frente al acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria por el que se adjudicaba el contrato de *"recogida selectiva de papel y cartón municipal y recepción del total del papel y cartón retirado"* a Saica Natur Norte, S.L.

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se basa en si, constatada la infracción de los principios de igualdad, publicidad y transparencia en la licitación debido a la omisión de los criterios de valoración y puntuación de las ofertas, dicha infracción, por impugnación indirecta de los pliegos que rigen la contratación, determina la nulidad del pliego, o si, por el contrario, debe admitirse la anulabilidad del mismo al no suponer un trato discriminatorio, impidiendo con ello su impugnación indirecta.

Pues bien, el Tribunal Supremo reconoce que cabe de manera excepcional la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos al no haber sido impugnados directamente. No obstante, para ello, se indica que debe probarse o bien las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE -que el *"licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las*

condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"- o bien la concurrencia de motivos que justifiquen la nulidad de pleno derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

Los argumentos en que se basa la Sentencia son los siguientes:

- ▶ Los pliegos son la ley de los contratos, por lo que una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados de forma extemporánea de conformidad con el artículo 41 de la LCSP. Esta regla se basa en el principio de seguridad jurídica. Es por ello que, de no impugnarse dentro del plazo previsto, éstos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes, siendo esta posibilidad apreciada aun así por la jurisprudencia como excepcional y restrictiva.
- ▶ Las irregularidades que pueden invocarse deben integrarse en los motivos de nulidad de pleno derecho. Y ello, porque nos encontramos ante una excepción a la regla general de intangibilidad de los pliegos firmes y consentidos, exceptuada por la jurisprudencia solo si éstos incurren en una causa de nulidad de pleno derecho. Referencia que se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) de la LCSP que recoge: *"Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho"*.

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirma la sentencia de 15 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo 106/2018, al considerar que, de conformidad con las circunstancias probadas para la

empresa recurrente las cláusulas del PCAP no resultaban de difícil comprensión en tanto tuvo ocasión de solicitar aclaraciones al pliego, además de señalar que la recurrente obtuvo mayor puntuación respecto a los criterios de adjudicación determinantes de la impugnación indirecta del pliego.

IV. Contratación pública

Impugnabilidad del acuerdo de clasificación de proposiciones (Resoluciones 174/2021 y 421/2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)

Las resoluciones analizadas suponen un cambio de criterio en la consideración como no impugnables de los acuerdos de clasificación de proposiciones.

Anteriormente, dichos acuerdos se consideraba que no eran susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, por entender que no decidían, directa o indirectamente, sobre la adjudicación, ni determinaban la imposibilidad de continuar en el procedimiento de contratación.

No obstante, en las resoluciones citadas la modificación del criterio viene motivada por el órgano del que emana el acuerdo de clasificación.

Así, se considera susceptible de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación el acuerdo de clasificación de proposiciones que efectúa el propio órgano de contratación, por entender que *“sí decide indirectamente sobre la adjudicación, en concreto, sobre a favor de qué licitador ha de efectuarse, previo cumplimiento de lo determinado en el artículo 150.2, determinación que se la hace a sí mismo dicho órgano, lo que excluye, en principio, la posibilidad de que el órgano de contratación se separe de su propia declaración de voluntad, que es lo que determina que esa misma clasificación realizada por la mesa no se considere acto de trámite cualificado”*.

Así, la diferencia reside en el órgano del que emana el acuerdo de clasificación de las proposiciones. Así, si éste se dicta por la mesa de contratación, en la medida en que podrá ser modificado posteriormente por el órgano de contratación, se entiende que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación. Por el contrario, si el acuerdo de

clasificación se dicta por el propio órgano de contratación, se entiende que éste no podrá ser modificado con posterioridad y, por tanto, sí es susceptible de ser impugnado mediante el recurso especial en materia de contratación.

Exclusión de proposición que no se adecúa al índice previsto en el pliego (Resolución 108/2021, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público)

En el supuesto analizado se recurre el acuerdo de exclusión de una proposición motivado en que su contenido no se ajustaba al índice previsto en el pliego (i.e. se modificaba la terminología empleada, no se ajustaba al orden previsto).

El recurrente considera que en este caso debe regir el principio antiformalista y aporta un listado de correspondencias entre el contenido de su proposición y el índice exigido.

Pues bien, en este caso el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se aparta del criterio antiformalista y acude a la interpretación literal de los pliegos, en tanto no cabe duda del sentido de las cláusulas reguladoras del contenido de las proposiciones a formular.

Asimismo, señala que admitir la proposición del recurrente supondría una vulneración del principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que ha de regir en los procedimientos de adjudicación, en tanto no se permitiría una valoración de las proposiciones en términos de igualdad.

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](#)

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](#)

LinkedIn: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)