CONSEJO DE ESTADO

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO
21 MAY 2021
Secretaría de la Vicepresidenta Cuarta del Gobierno y Ministra
ENTRADA 617

Núm.: 331/2021

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 13 de mayo de 2021

LA PRESIDENTA,

CONSEJO DE ESTADO * PRESIDENCIA *

CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL
20 May. 2021
Número: 331/2021 Hora: 11:47
SALIDA

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA CUARTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

CONSEJO DE ESTADO

Nº: 331/2021

S E Ñ O R E S :

Fernández de la Vega Sanz, Presidenta
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Andrés Sáenz de Santa María
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Camps Cervera
Alonso García
Asua Batarrita
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 13 de mayo de 2021, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, con inhibición de la Sra. Presidenta Fernández de la Vega, el siguiente dictamen:

"En virtud de la Orden de V. E. de 29 de abril de 2021, registrada de entrada el mismo día, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley por la que se crea el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico.

De antecedentes resulta:

Primero.- El anteproyecto de Ley por la que se crea el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico

El anteproyecto de Ley consta de una exposición de motivos y una parte dispositiva con doce artículos, tres disposiciones transitorias, cinco finales y dos anexos.

Dentro del capítulo I («Disposiciones generales»), el artículo 1 determina la creación del Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico F. C. P. J. (en lo que sigue, "FNSSE" o, simplemente, "el Fondo"), sin personalidad jurídica. Se establece que dicho Fondo se destinará a la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

financiación de los costes del régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos; también financiará las compensaciones establecidas en el artículo 6 y los gastos de administración que genere su gestión. De acuerdo con el artículo 2, el Fondo tiene naturaleza jurídica propia de los fondos carentes de personalidad jurídica; su régimen presupuestario, económico financiero, contable y de control será el previsto en la Ley General Presupuestaria. Su supervisión y control corresponderá a un Comité de Seguimiento y Control adscrito al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, presidido por la persona titular de la Secretaría de Estado de Energía, con la composición que se determine por un real decreto del Gobierno y las funciones enumeradas en el apartado 5. El Fondo estará integrado en el Tesoro Público.

El capítulo II («Régimen de explotación y de capital, de exenciones y compensaciones») se refiere en su artículo 3 a la dotación del Fondo, que incluye: las aportaciones de los operadores en los sectores energéticos definidos como sujetos obligados en el artículo 4, las aportaciones a que hace referencia el apartado 1 de la disposición adicional quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, los recursos provenientes, en su caso, de fondos europeos, hasta un máximo del 10 % de los ingresos anuales del Fondo; y cualquier otra aportación distinta a las ya que se consigne, en su caso, en los Presupuestos Generales del Estado, hasta un máximo del 10 % de los ingresos anuales del Fondo.

El artículo 4 se refiere a las aportaciones por parte de los operadores de los sectores energéticos. Los sujetos obligados son las empresas comercializadoras de gas natural y electricidad y los consumidores directos en estos mercados, y los operadores de productos petrolíferos al por mayor y consumidores no suministrados por estos. Para el cálculo de la aportación se realizará el cálculo de los costes totales a financiar por el Fondo en cada año, de modo que la cuantía total de las aportaciones sea suficiente para financiar dichos costes. La aportación de cada sujeto será proporcional al volumen de sus ventas de energía final.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

El artículo 5 regula las exenciones, y el artículo 6 las compensaciones. Dentro de estas, se incluyen determinados vehículos dedicados al transporte de mercancías y de pasajeros, los taxis y los vehículos utilizados por los servicios de arrendamiento de vehículos sin conductor. El procedimiento para la determinación y práctica de la compensación se fijará por Orden de la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Asimismo, el apartado 5 determina que también tendrán derecho a una compensación los consumidores industriales de electricidad y gas natural pertenecientes a sectores sujetos a riesgo de deslocalización por fuga de carbono.

Finalmente, dentro de este capítulo, el artículo 7 determina el procedimiento para el pago y aplicación de las aportaciones.

El capítulo III se refiere a las infracciones y sanciones. El artículo 8 determina las infracciones muy graves, graves y leves. El artículo 9 establece las sanciones correspondientes a cada tipo de infracción y los límites de las cuantías en determinados casos particulares. El artículo 10 regula el plazo de prescripción de las infracciones y sanciones. En el artículo 11 se ordena el procedimiento sancionador, que será el previsto en la Ley 39/2015, con las particularidades que se recogen en dicho artículo; en particular, se prevé que el plazo máximo para la resolución y notificación de la resolución sancionadora será de dieciocho meses. En el artículo 12 se recogen algunas reglas adicionales en relación con la responsabilidad por comisión de infracciones.

Dentro de la parte final del anteproyecto, la disposición transitoria primera establece que «*la aplicación del FNSSE se realizará de manera progresiva y lineal en los 5 años posteriores al de la entrada en vigor de esta ley*. La disposición transitoria segunda determina la cuantía a abonar por los sujetos obligados en relación con los costes de 2021, que será de 0,84 €/MWh, cantidad que será adaptada de conformidad con los factores establecidos en el anexo II; para establecer las aportaciones, se computarán las ventas o consumos efectuados desde el siguiente trimestre natural completo posterior a la entrada en vigor de la ley. En la disposición transitoria tercera se regula la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

composición del Comité de Seguimiento y Control hasta que no se establezca dicha composición por real decreto.

En la disposición final primera se establece que reglamentariamente se podrá modificar la estructura del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor, para incorporar un término asociado a las aportaciones que los comercializadores de referencia deban hacer al Fondo. La disposición final segunda se refiere a los títulos competenciales que permiten dictar la norma (los recogidos en las reglas 13.ª y 25.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de bases del régimen minero y energético, respectivamente). En la disposición final tercera se incluye una habilitación genérica al Gobierno para aprobar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo, aplicación y ejecución de lo establecido en esta ley, y otra a la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para modificar los factores conversión de los distintos tipos de combustibles en GWh del anexo II de esta ley. La disposición final cuarta dice así: «*Se suprime el artículo 19.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*».

El anexo I recoge el presupuesto de explotación y capital del Fondo. El anexo II se refiere a los factores de conversión para los distintos combustibles, a efectos de determinar las aportaciones al Fondo.

Segundo.- La memoria del análisis de impacto normativo

a.- Indica la memoria que el anteproyecto persigue «*lograr los* ***objetivos*** *de la descarbonización de la manera más eficaz y eficiente posible, habilitando el marco normativo necesario para la electrificación de la economía (...) y la sustitución de la generación eléctrica de origen fósil por tecnologías basadas en energías renovables, generando, a su vez, oportunidades de competitividad e innovación para el conjunto de la economía*». Por ello, se dice, resulta necesario regular una nueva forma de financiar los costes fijos del sistema eléctrico, actualmente imputados a la parte regulada de la factura eléctrica, con el objetivo de facilitar y acelerar la electrificación de la economía,

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

generar las señales adecuadas entre los sectores energéticos para el impulso de la transición energética y dar certidumbre a las inversiones garantizando la sostenibilidad del sistema eléctrico. De esta manera, se pretende que los costes fijos del régimen retributivo específico de las instalaciones de renovables, cogeneración y residuos (RECORE) dejen de ser financiados en exclusiva por los consumidores eléctricos a través de los cargos en la factura, ya que, dado que la descarbonización de la economía es una obligación de todo el sistema, «*los esfuerzos asociados a dicha descarbonización deben ser soportados igualmente por el conjunto del sistema energético y no solo por el sector eléctrico*».

Se menciona, a este respecto, el informe de Análisis y propuestas para la descarbonización, emitido en abril de 2018 por la Comisión de Expertos de Transición Energética, creada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de julio de 2017, en el que se señala que, respecto del sobrecoste de las plantas instaladas en el pasado a un coste superior al actual (RECORE), si las restricciones de la Hacienda pública no permiten su financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, «*existiría la opción de financiar este coste mediante un recargo a todas las fuentes de energía final*».

Por otra parte, se señala que es necesario garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico. Al respecto, se dice lo siguiente:

> «*La reforma operada en los años 2012, 2013 y siguientes (que supuso la aprobación, entre otras, de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, o la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, así como su desarrollo reglamentario posterior) se basaba en la existencia de un contexto de altos precios de la electricidad en el mercado, elevada participación de las tecnologías contaminantes en el mix de generación y crecimientos sostenidos de la demanda. Estas tres circunstancias permitían obtener los recursos suficientes para equilibrar los ingresos y costes del sistema eléctrico sin necesidad de elevar los precios regulados de los peajes de acceso.*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Sin embargo, la situación actual del sistema eléctrico es muy distinta a la descrita. Las políticas de eficiencia energética, la apuesta por las energías renovables y la salida acelerada de las tecnologías de generación fósil del mercado han provocado una contención de la demanda y una caída significativa de los precios de la energía en el mercado mayorista.

Se trata de una situación estructural que no hará sino agudizase en los próximos años, pero que, además, se ha visto exacerbada por las circunstancias coyunturales provocadas por la crisis sanitaria del COVID-19, que ha afectado de manera adicional mediante una reducción de la demanda y de los precios de la electricidad.

En concreto, la demanda eléctrica cayó un 1,6 % en 2019 respecto a la del año anterior y en el año 2020, y como consecuencia del contexto económico y sanitario antes mencionado, la caída de la demanda se ha situado en el 5,6 % con relación al año anterior.

Por su parte, los precios del mercado eléctrico han arrojado un comportamiento aún más acusado: el precio medio de 2019 fue un 17 % inferior al de 2018. De nuevo, y como consecuencia de la situación excepcional, el año 2020 los precios han sufrido un fuerte descenso, concretamente se situaron un 35 % más bajos que el año anterior. Estas caídas de la demanda y de los precios del mercado han deprimido los ingresos regulados del sistema, por la vía de una menor recaudación de peajes de acceso y de los tributos creados por le Ley 15/2012, de 27 de diciembre, y sus efectos han sido tan significativos que ha sido necesario destinar todos los fondos acumulados en la cuenta de superávit en los ejercicios 2019 y 2020. A tal efecto se aprobó la Orden TED/952/2020, de 5 de octubre, por la que se aplica el superávit del sistema eléctrico para cubrir los desajustes temporales y las desviaciones transitorias entre ingresos y costes de los ejercicios 2019 y 2020.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

El uso de estos fondos permitió el cierre en equilibrio de 2019 y se prevé que el cierre de 2020 se acerque a dicho equilibrio. No obstante, se han aplicado todos los fondos existentes por lo que esta herramienta no podrá ser aplicada ni en 2021 ni en futuros ejercicios. La consecuencia de lo anterior es la constatación de que el modelo del año 2012 se ha manifestado como insuficiente en el actual contexto y no cabe esperar que sea válido en los próximos años, no pudiendo ser aceptable que el equilibrio del sistema se consiga a través de una subida de los cargos unitarios que pagan los consumidores eléctricos. Además de ir en contra de las señales para la electrificación, lo anterior afectaría de manera negativa a la competitividad de la economía y a la renta de los hogares en un momento como el actual de recuperación de la crisis económica».

b.- Tras justificar la adecuación del anteproyecto a los principios de buena regulación, se hace un análisis de las **alternativas**; se han considerado las siguientes:

- «*Inacción y que, por tanto, no se den señales adecuadas para la electrificación, se ponga en riesgo la sostenibilidad del sistema o se produzcan incrementos en los precios finales de la electricidad*».

- Financiación de los costes de RECORE a través de los Presupuestos Generales del Estado.

- Introducción de un nuevo esquema de financiación de los costes de las actividades reguladas.

La primera de las opciones -que supondría no tomar medida alguna- se ha descartado, habida cuenta de la caída de ingresos provocados por una menor recaudación de las figuras tributarias reguladas en la Ley 15/2012, teniendo en cuenta, además, la previsible reducción de los ingresos provenientes del mecanismo de comercio de los derechos de emisión de CO_2. Ello supondría un déficit de ingresos del sistema eléctrico. Todo ello, se

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

dice, «*conduciría inexorablemente a un incremento de la factura de los consumidores eléctricos que supondría un freno a la electrificación de la economía ya que serían los consumidores eléctricos los que de manera exclusiva sufragasen la política de descarbonización de la que se beneficiará toda la economía del país*».

En lo que hace a la segunda opción, se señala que «*la financiación de estos costes a través de los Presupuestos Generales del Estado no es asumible ni en la coyuntura económica actual ni el horizonte de corto, medio y largo plazo desde el punto de vista de ingresos y gastos públicos*».

Por ello, se ha optado por la tercera de las opciones señaladas.

c.- Dentro del **análisis jurídico** que se hace del anteproyecto, se expone en la memoria que el anteproyecto de Ley se adecua al orden competencial, al dictarse al amparo de lo establecido en los artículos 149.1. 13.ª y 25.ª de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en relación con las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como en materia de bases del régimen minero y energético, respectivamente.

Por otra parte, es necesario el **rango legal** de la regulación, dado que se establece el marco jurídico de las obligaciones de contribución al Fondo.

Se justifica en la memoria que las obligaciones de aportación al Fondo constituyen «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario», que se ajustan a la jurisprudencia constitucional (se cita la STC 63/2019, de 9 de mayo) y del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de junio de 2020, recurso núm. 856/2020). Por ello, se dice, no es de aplicación la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE, cuyo ámbito objetivo se circunscribe al régimen general de impuestos especiales que gravan directa o indirectamente el consumo.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

d.- Dentro del **<u>análisis técnico</u>** que se hace del anteproyecto, se señala que el «*fondo, generará inevitablemente efectos redistributivos inter-sectoriales e intra-sectoriales: los primeros, porque se desplaza parte de la carga de financiación desde el sector eléctrico a los sectores de hidrocarburos; los segundos, porque dentro de un mismo sector, existe heterogeneidad en las estructuras de consumo, por lo que los impactos tampoco serán homogéneos*». Por ello, se han contemplado diversos mecanismos que actúan desde la perspectiva de equidad y la redistribución de la renta, como es el caso de las exenciones y compensaciones, previstas para la producción de gases renovables, para algunos colectivos (transporte, taxis y servicios de arrendamiento de vehículos con conductor), consumidores industriales con riesgo de deslocalización por fuga de carbono y otros casos en los que lo que se pretende es evitar que determinados consumos deban contribuir dos veces al Fondo.

En lo que hace al cálculo de la aportación, si bien se prevé que normativamente se establecerá la correspondiente metodología de cálculo, con el fin de lograr una aplicación inmediata de la ley, «*la disposición transitoria primera y el anexo de la ley establecen tanto la cuantía en euros por GWh que deberán aportar los sujetos obligados como los factores de conversión para los distintos combustibles el paso desde las unidades de venta habituales de cada uno de ellos a GWh*».

Se razona también, dentro del mismo apartado correspondiente al análisis técnico, que se ha previsto un proceso gradual para la implementación plena del modelo, de cinco años. De este modo, las cuantías requeridas y aplicadas por dicho Fondo se realizarán de manera progresiva y lineal, de tal forma que el quinto año la totalidad de los costes establecidos en el artículo 1 se financiarán con cargo al FNSSE; hasta ese momento, la parte del coste del régimen retributivo específico no cubierta por el FNSSE seguirá financiándose mediante los cargos del sistema eléctrico referidos en el artículo 16 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Asimismo, se indica que, «*con el fin de introducir las señales correctas que impulsen la electrificación de la economía, y dado que se ha*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

comprobado que resulta complejo que los eventuales superávit de ingresos puedan destinarse a la amortización de deudas pasadas, se ha dejado sin efectos el apartado 5 del artículo 19 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que recogía "mientras las partidas de costes del sistema eléctrico reflejen pagos que correspondan a deudas pendientes de años anteriores, los cargos no podrán ser revisados a la baja"». A este respecto, se razona que no parece oportuno que, si hubiera algún superávit, como ha sucedido en el pasado, no se reduzcan los cargos cuando no se puede destinar ese potencial superávit a amortizar deudas pasadas.

e.- En lo que hace a la **tramitación del anteproyecto**, se indica que esta se ha llevado a cabo mediante el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 27.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Asimismo, se dice que se ha prescindido del trámite de consulta previa, dada la urgencia en la tramitación del anteproyecto. En cuanto a la participación de las comunidades autónomas, se señala que estas han podido intervenir a través de la consulta al Consejo Consultivo de Electricidad que se ha llevado a cabo por la CNMC. También se señala que se había recabado el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

f.- En cuanto a los **impactos** que tendrá la norma, se hace referencia a los siguientes:

- Respecto a los efectos sobre la economía en general, se dice que serán positivos, ya que incentivará las inversiones y transformaciones tecnológicas que permitan una descarbonización de la economía y la creación de empleo en sectores vinculados a las renovables y a la electrificación; además, al favorecer la inversión en energías limpias, «*supondrá unas menores importaciones de petróleo y gas natural con el consiguiente impacto positivo en la balanza de pagos*». Además, se exponen los siguientes efectos de la norma:

  - El anteproyecto tendrá efectos progresivos, favoreciendo más intensamente a los hogares con menores rentas, dado que, tal y como reflejan las encuestas de presupuestos familiares y de condiciones de vida de los hogares, el peso de la energía en el

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

gasto total del hogar es mayor cuanto menor es la renta familiar, por un lado, y el peso de la electricidad es mayor en la cesta energética para los deciles de renta más bajos, por otro. Dado que la propuesta normativa reduce el precio relativo de la electricidad para los hogares, la medida beneficiará proporcionalmente más a los hogares con menores rentas.

- Por otra parte, la nueva regulación no modifica las cantidades destinadas a las políticas de fomento de renovables ni la rentabilidad reconocida a los titulares de las instalaciones.

- En cuanto a la distribución de las aportaciones al Fondo por parte de las empresas comercializadoras de cada uno de los sectores (eléctrico, gas natural y productos petrolíferos), adoptando la hipótesis de que su participación en el reparto del mix energético se mantiene constante, supondrá que el volumen de aportaciones se distribuirá de la siguiente manera: la del sector eléctrico será del 31,50 % del total, la del gas natural del 24,80 % y la del sector de los productos petrolíferos del 43,70 %. Las aportaciones se irán incrementando linealmente desde 2021 (que cubrirán el 20 % de los costes RECORE) hasta 2025 (en que la financiación será del 100 %).

- Los impactos sobre los precios finales de los distintos combustibles dependerán del grado en que los comercializadores puedan repercutir, en su caso, las obligaciones sobre dichos precios, en función de la estructura de costes de cada sector, el grado de competencia, los márgenes de actividades y las estrategias de los agentes. No se expone en la memoria la posible repercusión de las aportaciones en los precios del gas natural ni de los productos petrolíferos.

- En todo caso, se señala que, dado que la financiación del Fondo sustituirá los cargos que pagan los consumidores

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

eléctricos, este mecanismo reducirá las necesidades presupuestarias derivadas del Estatuto de Consumidores Electrointensivos.

- En cuanto al impacto sobre los diferentes consumidores eléctricos, suponiendo que se produce una repercusión por parte de los sujetos obligados del 100 % sobre los precios de venta, arroja los valores incluidos en el siguiente cuadro:

Segmento consumo / año	1	2	3	4	5
2.0 (Doméstico)	-2,72%	-5,41%	-8,06%	-10,66%	-13,22%
3.0 (Pyme)	-2,43%	-4,81%	-7,13%	-9,40%	-11,60%
6.1 (Pyme industrial)	-1,35%	-2,63%	-3,82%	-4,92%	-5,92%
6.2 (Industria media)	-1,08%	-2,15%	-3,21%	-4,24%	-5,25%
6.3 (Grandes consumidores)	-0,88%	-1,75%	-2,60%	-3,44%	-4,24%
6.4 (Muy grandes consumidores)	-0,24%	-0,46%	-0,65%	-0,83%	-0,98%

[Dicho cuadro recoge los datos derivados de la bajada de la tarifa en relación con cada segmento, pero no incluye, al parecer, los datos derivados del coste que puede suponer el incremento de los costes derivados de las aportaciones].

- El ahorro esperado en los Presupuestos Generales del Estado será de 15,20 millones de euros el primer año, e irá incrementándose, hasta ser de 76,4 el quinto año.

- El anteproyecto supondrá la imposición de nuevas cargas administrativas por parte de los sujetos obligados a la contribución al Fondo (que se estima que son unos 600), los cuales deberán realizar cuatro pagos anuales entregando la correspondiente información. El coste anual de tales cargas se valora en 147.000 euros.

Además, conllevará también cargas para aquellos sujetos que puedan acogerse a una compensación; en relación con estos conceptos, se estiman unas cargas anuales de 4.242.000 euros, y una carga de una sola vez -por inscripción en el registro- que se valora en 75.144.000 euros. Para los

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

sectores en fuga de carbono, el total de las cargas anuales se cuantifica en 10.500 euros.

- En cuanto al impacto de género, se dice lo siguiente:

«... los datos que arroja el informe del Ministerio de Trabajo y Economía Social, "situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2019", siguen poniendo de manifiesto la mayor tasa de paro de larga duración entre las mujeres, circunstancia que se suma a los menores ingresos medios percibidos por este grupo de población y a su especial representatividad dentro de las familias monoparentales, de las cuales alrededor de un 80 % están encabezadas por mujeres (hogares monomarentales).

En la medida en que la presente norma tiene unos efectos netos positivos sobre la economía, particularmente en el ámbito doméstico, y elementos de progresividad sobre los hogares, tal y como se ha explicado más arriba, se considera que su efectiva aplicación contribuirá a la reducción de las desigualdades de género actualmente existentes».

- El anteproyecto carece de otros impactos: sobre la infancia y adolescencia, en la familia, por razón de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con movilidad reducida.

- En cuanto al impacto medioambiental, se señala que el anteproyecto tiene entre sus objetivos favorecer la electrificación de la economía, la mejora de la eficiencia y la generalización de la energía renovable, favoreciendo la reducción de emisiones y el cumplimiento de los objetivos de energía y clima, por lo que contribuirá a la lucha contra el cambio climático y a la mejora del medioambiente y la salud de las personas

g.- Por último, en lo que hace a la ***evaluación ex post***, se señala que el anteproyecto de Ley no ha sido incluido en el Plan Anual Normativo de la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Administración General del Estado para 2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de septiembre de 2020.

Tercero.- Expediente remitido

a. Trámite de audiencia e información pública

Se ha llevado a cabo el trámite de audiencia e información pública entre el 15 de diciembre de 2020 y el 11 de enero de 2021, a través de la publicación de un anuncio en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Presentaron alegaciones diversas entidades y asociaciones, representantes de los intereses de los distintos sectores.

Entre las alegaciones realizadas, cabe hacer la siguiente síntesis.

Por parte de algunas entidades representativas de intereses de las empresas españolas, se consideraba necesario un riguroso análisis de costes y beneficios que aporta el anteproyecto, en particular sobre las PYME, debiendo tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad; también se proponía valorar la simplificación de la carga burocrática asociada.

Algunas entidades del **sector de hidrocarburos** manifestaban comentarios críticos al anteproyecto; en particular, se señalaba lo siguiente:

- numerosas entidades ponían de manifiesto que la norma podía afectar a la competitividad de las empresas, tanto a aquellas de productos petrolíferos que tienen que competir en el mercado internacional como a las industriales que están sujetas a competencia internacional;

- se ha señalado que las empresas del sector de hidrocarburos están desarrollando inversiones para llevar a cabo la transición energética, por lo que el escenario creado por el Fondo suponía «*una suerte de doble gravamen*»; en este sentido, se señalaba que el mecanismo del Fondo se dirigía a sufragar los «*errores del pasado*», cuando no se supo adaptar el ritmo

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

de la inversión con la curva de aprendizaje de las diferentes tecnologías renovables;

- muchas de las entidades afirmaban que existían otras vías para acometer la solución del problema, como eran los Presupuestos Generales del Estado o la modificación de la fiscalidad ambiental; también se argumenta que el mecanismo no tiene otro propósito que bajar el precio de la electricidad al consumidor residencial, penalizando otros consumos energéticos, sin haber realizado un riguroso análisis de coste-beneficio; en este sentido, se proponían algunas soluciones alternativas, como la de establecer una tasa sobre los beneficios extraordinarios (los denominados *windfall profits*);

- alguna entidad argumentaba que no existía un problema de déficit eléctrico que justificase la urgencia de la medida, y que los cargos de las energías renovables podían compensarse con las bajadas en el precio del mercado;

- se aducía igualmente que garantizar la sostenibilidad eléctrica con cargo a sectores ajenos al sistema eléctrico es contrario al principio de neutralidad tecnológica y suponía subsidios cruzados entre subsectores del sector energético; además, podía generar distorsiones en la formación de precios y en la capacidad de elección del consumidor;

- alguna entidad señalaba que para que el mecanismo previsto fuera razonable y equitativo, debía también prever que los costes que supone la introducción de energías renovables en el transporte (biocarburantes) fueran también asumidos por el sector eléctrico (de forma simétrica a como el sector de hidrocarburos deberá contribuir al coste de la introducción de renovables en el sector eléctrico);

- se indicaba también por algún agente que la medida era retroactiva, dado que iba dirigida a financiar costes en los que el sistema eléctrico incurrió en el pasado (costes RECORE).

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Algunas asociaciones representativas de los intereses de **empresas industriales y de transporte** manifestaban lo siguiente:

- se indicaba que la nueva norma tendrá un elevado impacto para el sector industrial, sin que la memoria haya valorado debidamente dicho impacto; el impacto -se dice- también será negativo (mayor coste) para los consumidores de la tarifa 6 -consumidores industriales-; una de las entidades valora dicho impacto en la demanda no exenta de las aportaciones al Fondo (PYME e industria no exenta) en 1.181 millones de euros para 2025, sin que se diera un plazo suficiente para el desarrollo de las nuevas tecnologías que sustituyan al gas; para evitar este perjuicio, se proponía por una de las entidades excluir del mecanismo las instalaciones incluidas en el esquema de comercio de derechos de emisión;

- en particular, se ponía de manifiesto el impacto que podía tener la norma para la industria siderúrgica, y se señalaba que existía el riesgo de que la implantación del Fondo diera lugar a una aportación mayor, a pesar de la aprobación del Estatuto del Consumidor Electrointensivo; otras asociaciones representativas de industrias electrointensivas valoraban, en cambio, favorablemente la propuesta, si bien proponían algunos cambios; también se propuso la exención de la aportación a los consumidores industriales intensivos en gas natural;

- se ha aducido también que mientras los transportistas que usen gasóleo tendrán una compensación conforme al anteproyecto, este no será el caso de los que hayan optado por sistemas de gas natural, lo que suponía una merma de competitividad para las empresas que han optado por una tecnología más limpia;

- una asociación representativa de algún sector cerámico ponía de manifiesto que el impacto global de la medida en el quinquenio 2021-2025 sería de 213,5 millones de euros (16 % en electricidad y resto en gas natural), lo que sería prácticamente equivalente al beneficio de la industria en 2018; análogas consideraciones se hacía por los representantes de otras industrias (como la del papel).

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Los distintos **agentes del sector eléctrico** o que operan en este sector y en otros, adujeron lo siguiente:

- se incluían valoraciones de diferente signo del anteproyecto, pues mientras algunas entidades comparten sus objetivos y las soluciones previstas (si bien proponían medidas adicionales, como la progresiva eliminación de impuestos), otros tienen un carácter crítico, y abogaban por utilizar otros mecanismos para la financiación de la RECORE (como los presupuestos o instrumentos de fiscalidad ambiental); en particular, la valoración más favorable se producía por aquellas asociaciones que representan las empresas de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables;

- algunas comercializadoras aducían que, dado que se establece una nueva obligación de financiación a los comercializadores de referencia de energía eléctrica (COR) y de gas natural (CUR), en las actividades reguladas que realizan dichas empresas debía preverse el coste de tales aportaciones, recogiéndose en las metodologías de cálculo del PVPC (electricidad) y de la TUR (gas), pues, de otra manera, se produciría una vulneración de los principios de competencia;

- también se proponía por alguna entidad que en el reparto de las aportaciones se tuvieran en cuenta criterios medioambientales, como puede ser el volumen de emisiones asociado a la energía suministrada, de forma que aquellos operadores que suministren energía con garantías de origen (renovable) pudieran ver disminuidas sus aportaciones; otras entidades proponían dejar exenta de la aportación el total de la energía final de origen renovable; en fin, se proponía también por alguna entidad excluir las ventas de gas natural o productos petrolíferos destinados a la cogeneración de electricidad;

- se indica por algún agente que las medidas previstas podían tener efecto en los contratos ya firmados para suministros futuros (para suministros de 2021 y 2022); por ello, debía preverse algún mecanismo, bien para dejar exentas de las aportaciones a dichos contratos o bien para

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

permitir que la aportación se pudiera repercutir automáticamente en estos contratos;

- se proponía incluir un mandato para la revisión periódica de las exenciones y compensaciones, atendiendo a criterios técnicos, económicos y medioambientales, y considerando el ciclo económico del país;

- alguna entidad exponía que la señal de precios pretendida por la creación del Fondo no iba a operar en Canarias, dada su condición de sistema aislado y su dependencia energética del petróleo como energía primaria, lo que da lugar a que un aumento del consumo de energía suponga, paradójicamente, un mayor consumo de combustibles fósiles;

- por una asociación representativa de las empresas eléctricas se señalaba que la derogación del artículo 19.5 de la Ley del Sector Eléctrico, que impide revisar a la baja los cargos mientras haya deudas pendientes de años anteriores, no es respetuosa con el principio de sostenibilidad económico-financiera, en particular cuando en los últimos años se está produciendo un incremento del déficit;

- por algún operador se señaló la existencia de un gran número de comercializadoras que incumplen sus obligaciones de pago, y la demora que se produce en la inhabilitación y traspaso de clientes de dichas comercializadoras, lo que ocasiona un grave quebranto económico; por ello, se señala la conveniencia de que los plazos para la inhabilitación de las comercializadoras incumplidoras sean semejantes a los de otros países;

- un agente del sector de renovables adujo que la implementación del mecanismo previsto en el anteproyecto debía realizarse junto a medidas de acompañamiento que compensen el efecto de reducción del término variable que conlleva la disminución de costes a recuperar vía cargos.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

En relación con las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia, la memoria recoge una valoración que se sintetiza a continuación:

«Cabe señalar de antemano que, con carácter general, se puede distinguir entre aquellas alegaciones que valoran positivamente la implementación de la presente medida -agentes principalmente vinculados al sector eléctrico- y aquellos agentes -los vinculados a otros sectores energéticos- que critican la medida por trasladar a estos vectores energéticos costes adicionales que desincentivan su consumo. Al respecto de aquellas alegaciones que critican en términos generales el presente anteproyecto de ley, debe remitirse al contenido de la exposición de motivos del anteproyecto de ley, así como a la presente memoria de análisis de impacto económico, donde precisamente se pone de relieve que constituye uno de los objetivos de la medida el proporcionar las adecuadas señales de precio de la energía que coadyuven al fomento de la electrificación de los usos finales de la energía.

Relacionado con lo anterior, cabe destacar la pluralidad de propuestas que solicitan, bien una compensación, bien una exención, de tal forma que las ventas asociadas a estos combustibles no computen a efectos del cálculo de las aportaciones individuales al fondo –entre otros, la solicitud de exención de las ventas de energía eléctrica para la producción de hidrógeno verde, la exención del GNL empleado en la navegación o la exención de las ventas de gas natural destinadas a emplearse como combustible para el transporte terrestre por carretera-. A este respecto debe señalarse que, valorando el sentido de algunas de estas alegaciones, deben establecerse límites a los combustibles que pueden resultar eximidos para el cómputo total de la energía suministrada, dado que en base a esta referencia se obtendrá finalmente el grado de aportación por unidad de energía que deberán afrontar los sujetos obligados. Por ello, cualquier exención adicional realizada supone que los restantes combustibles deberán soportar una carga mayor para obtener

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

finalmente los ingresos equivalentes al coste de financiación del RECORE. Por tanto, se juzga razonable, justificada y ponderada la propuesta de exenciones planteada en el artículo 5 del anteproyecto de ley.

Existen por otro lado una serie de alegaciones específicas que, valorando positivamente la medida introducida en esta norma, proponen algunos aspectos de mejora para el texto legislativo. En otros, cabe destacar aquellas ponen de relieve el efecto negativo pueda provocar en otros sectores de relevancia, como es el caso del autoconsumo.

En relación con esta actividad, algunos agentes ponen de manifiesto que la reducción del coste de pago del RECORE a través de los cargos devuelve el peso de la parte de la factura eléctrica regulada a los peajes de transporte y distribución, fundamentalmente de naturaleza fija -asociadas al término de potencia-, lo que genera un desincentivo para el despliegue de este tipo de tecnologías. Por ello, se solicita incrementar el término variable de los peajes de transporte y distribución.

A este respecto, en cuanto a si la norma perjudica al autoconsumo, cabe señalar que esta ley en modo alguno impone a este ninguna carga administrativa ni ningún coste, sino que mejora con carácter general el coste de la electricidad para todos los consumidores.

Adicionalmente a lo anterior y con respecto a la solicitud del incremento del término variable de los peajes, debe señalarse que, tras la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho de la Unión Europea en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

mercado interior de la electricidad y del gas natural, corresponde a esta autoridad el establecimiento de la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución, así como los precios unitarios aplicables a dichos peajes, por lo que será esta Comisión la que establezca los principios y criterios aplicables a la financiación del coste de retribución de las actividades de transporte y distribución, teniendo en cuenta las orientaciones de política energética establecidas por el Gobierno.

Finalmente, algunas alegaciones recibidas recogen sugerencias que no se ciñen en sentido estricto al objeto del presente anteproyecto de ley. En este sentido, propuestas tales como la obligación de la contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética por parte de los Consumidores Directos, la aplicación de liquidaciones separadas para los peajes de transporte y distribución y los cargos, o la modificación del Estatuto de los consumidores electrointensivos regulado en el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, son elementos que desbordan el ámbito objetivo de la medida propuesta en este anteproyecto de ley».

b. Consulta a las comunidades autónomas

Si bien no se ha llevado a cabo la consulta directa a las comunidades autónomas, consta que algunas de ellas presentaron escritos de observaciones como consecuencia de la publicación de la apertura del trámite de audiencia e información pública mediante la publicación de un anuncio en la página web del departamento (Principado de Asturias, País Vasco y Cataluña) y otras en el trámite de consulta a los consejos consultivos de electricidad e hidrocarburos, llevado a cabo por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (País Vasco y Galicia). Se sintetizan a continuación las observaciones presentadas.

- Principado de Asturias. Se valora positivamente el anteproyecto, dado que va encaminado a establecer un reparto de los costes fijos vinculados

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

a la transición energética más equitativo; no obstante, se considera necesario abordar de forma integral una reforma de la fiscalidad ambiental que permita optimizar las señales de precio y, con ello, las decisiones de inversión y la eficiencia de los consumos energéticos. Se sugería, asimismo, que las aportaciones se vinculasen con el nivel de emisiones de los diferentes productos energéticos. También se considera importante la participación de las comunidades autónomas en la gestión del Fondo, puesto que las decisiones que se tomen en este ámbito podrían tener un importante impacto en determinadas regiones como la asturiana. Se indica que se debía realizar un análisis del impacto en los consumidores vulnerables. En lo que se refiere a estas observaciones, cabe reseñar las siguientes consideraciones incluidas en la memoria:

- Se indica que «*el instrumento finalmente articulado trata de alcanzar un compromiso entre los diferentes sectores afectados por la normativa, de tal forma que no se implementen medidas que supondrían un mayor agravamiento para la situación de determinados colectivos que a partir de la entrada en vigor de este Fondo pasarían a financiar, parcialmente, el RECORE (como podría resultar de la implementación de un instrumento que vinculase las aportaciones al Fondo en virtud del grado de emisiones de cada vector energético, tal y como se propone)*».

- Se expone que, conforme a lo señalado en el cuerpo de la memoria, la medida tendrá carácter progresivo, «*como consecuencia del mayor peso que tiene el consumo energético en el conjunto del gasto conforme se reduce la renta de los hogares, y que de este consumo la electricidad representa el principal gasto energético*».

- Cataluña. Se considera que la creación del Fondo «*va a ser un buen instrumento para la electrificación de la demanda térmica, al reducir los cargos del sistema eléctrico para los consumidores finales de energía eléctrica y aumentar los costes de la energía a los consumidores finales de energía térmica fósil, dando señales claras para su descarbonización en línea con las*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

estrategias de la transición energética». El informe recoge algunas observaciones al articulado, relativas a la exención de las ventas de gasóleo en el transporte ferroviario, la exención del gas natural destinadas a la navegación, o la compensación a los consumidores industriales pertenecientes a sectores sujetos a riesgo de deslocalización de los consumos de productos petrolíferos. En relación con este aspecto, se indica en la memoria que «*deben establecerse límites a los combustibles que pueden resultar excluidos del cómputo total de la energía suministrada, dado [que] cualquier exención adicional realizada supone que los restantes productos energéticos deberán soportar una carga mayor para obtener finalmente los ingresos necesarios para asumir los costes de financiación del RECORE. Por tanto, se juzga justificada y ponderada la propuesta de exenciones planteada en el artículo 5 del anteproyecto de ley*».

- País Vasco. En primer lugar, presentó alegaciones el Ente Vasco de Energía. Si bien se valora favorablemente el objetivo perseguido, no se considera positivo el anteproyecto, dado que supondrá «*una clara merma de competitividad de la industria, que puede lastrar, más aún, su posicionamiento y recuperación*». Se señala que la reforma de la fiscalidad energética-ambiental hubiera dado las señales de mercado adecuadas para progresar de forma coste-efectiva en el proceso de descarbonización de la economía. Expone que la aplicación de las directrices europeas sobre ayudas estatales 2014-2020 podría afectar negativamente a algunos sectores industriales. En cuanto a las alegaciones concretas, se señalaba que en la memoria no se había incluido un análisis del impacto económico que puede tener la ley en los diferentes sectores consumidores (industriales, transporte, doméstico, servicios); este análisis debiera realizarse considerando el impacto por sector/subsector en cada combustible (electricidad, gas natural y productos petrolíferos); tampoco había un análisis del impacto fiscal de la ley, incluyendo las variaciones de consumo previsibles, especialmente en los productos derivados del petróleo. Se estimaba, asimismo, que debieran contemplarse compensaciones en el sector eléctrico como en el caso del gas natural, y no solo a los considerados electrointensivos. En lo que hace estas observaciones, la memoria se remite a lo ya expuesto en otros puntos de dicho documento.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

También presentó alegaciones el Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente, que valoraba positivamente el objetivo perseguido «*siempre que se mejore la competitividad general de los costes energéticos de las empresas y se reduzca la factura energética de los hogares*». También se recogía una valoración negativa de la falta de estimación de los impactos económicos para los distintos subsectores.

- Xunta de Galicia. Se proponen varias alternativas respecto al régimen de exenciones y compensaciones reguladas en este anteproyecto de Ley; así, se propone incluir como exenciones, y no como compensaciones, las ventas de energía eléctrica a los consumidores *hiperelectrointensivos*, la reducción del límite de 7,5 toneladas del peso máximo de los vehículos destinados al transporte, o la ampliación del colectivo industrial susceptible a compensación. En relación con estas consideraciones, se señala lo siguiente en la memoria:

  - La consideración de las ventas de energía eléctrica a consumidores electrointensivos como compensables, y no como exenciones, tiene en última instancia un efecto positivo para estos consumidores, ya que si bien las compensaciones resultan de directa aplicación a los sujetos beneficiarios (asegurándose, por tanto, que los mismos no soportan la posible repercusión de las aportaciones al Fondo), no se puede decir lo mismo de las exenciones asociadas de dichas ventas de electricidad. Por tanto, el esquema adoptado parece el idóneo para alcanzar los objetivos perseguidos.

  - Por otro lado, y en relación con la propuesta de ampliación del colectivo industrial susceptible de compensación, se indica que como consecuencia de las alegaciones (de esta y otras de similar orientación), se había optado por ampliar el colectivo de consumidores industriales sujetos a compensación por su consumo de energía eléctrica (antes referido a los consumidores electrointensivos, de conformidad con el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, y ahora ampliado a

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

todos los consumidores pertenecientes a sectores sujetos a riesgo de deslocalización por fuga de carbono).

- En relación con la consideración que proponía ampliar el plazo de aplicación gradual del Fondo de cinco a diez años, se indica que el plazo de cinco años se estima suficiente.

c. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la tramitación urgente del anteproyecto, de conformidad con el artículo 27.1.b) de la Ley 50/1997, de 15 de diciembre de 2020

Se incluye el certificado de la Vicepresidenta Primera del Gobierno, de 15 de diciembre de 2020, en el que se deja constancia del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en la misma fecha.

d. Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 13 de enero de 2021

De forma previa a la emisión del informe, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) consultó a los consejos consultivos de electricidad e hidrocarburos. Dentro del expediente se incluyen las alegaciones realizadas en dicho trámite. En particular, entre otros agentes -la mayor parte de los cuales habían presentado en el trámite de audiencia e información pública expuesto con anterioridad-, presentó un escrito el Consejo de Consumidores y Usuarios, sin formular alegaciones sobre el anteproyecto; sí que intervino, y formuló alegaciones, otra asociación representativa de los intereses de los consumidores (FACUA).

En cuanto a la **valoración general** del anteproyecto, el informe manifiesta que la CNMC comparte plenamente el objetivo del anteproyecto, dado que mejora la competitividad de la energía eléctrica frente a los combustibles fósiles y supone un impulso a la electrificación y la descarbonización de la economía; esta necesidad, se dice, había sido puesta de manifiesto por la CNMC en sucesivos informes, y ,más recientemente, en el Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se establece la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

metodología de cálculo de los cargos del sistema eléctrico. No obstante, se formulan algunas observaciones.

El informe hace referencia a otras alternativas regulatorias, como sería la financiación de aquellos costes a través de los Presupuestos Generales del Estado («*alternativa que, en todo caso, no trasladaría ninguna señal del coste de la descarbonización que pretende financiar el Fondo*») o la reforma de la fiscalidad energética y medioambiental basada en una tasa al CO_2 o la contribución del conjunto de usos finales de energía, atendiendo a su factor de emisión de CO_2. En este sentido, se señala que, si bien el mecanismo previsto en el anteproyecto «*es una solución más adecuada de financiación de RECORE que la situación vigente, la solución óptima a medio plazo, teniendo en cuenta sus efectos redistributivos, tendría que dirigirse hacia una reforma global de la fiscalidad energética y medioambiental que, teniendo en cuenta todos los consumos energéticos –no solamente el eléctrico- aplique el principio de que "quien contamina, paga", proporcionando las señales adecuadas para la descarbonización de la economía, a todos los consumos energéticos*». En relación con este aspecto, se señala en la memoria que la actual propuesta supone ya una traslación importante de los costes de financiación correspondientes al régimen retributivo específico de la actividad generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, a otros sectores productivos y vectores energéticos que hasta la fecha han estado exentos de contribuir al referido coste de financiación. Por más que a medio y largo plazo la implementación de una nueva regulación fiscal energética y ambiental podría resultar adecuada, un cambio integral de la fiscalidad necesita un largo periodo de estudio y un enfoque más global de la fiscalidad medioambiental y energética que garantice su coherencia. Además, el instrumento jurídico propuesto asegura la correcta canalización de las aportaciones realizadas a la consecución de los fines perseguidos.

Por otra parte, también indica el informe de la CNMC que el criterio del anteproyecto para calcular las aportaciones al Fondo es homogéneo, proporcional a las ventas de los comercializadores y consumo de los consumidores directos. La aplicación de un criterio de reparto en función de emisiones de CO_2 asociadas a las ventas y consumos energéticos

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

proporcionaría una señal más robusta hacia los objetivos medioambientales, aunque penalizaría aún más a las comercializadoras de productos petrolíferos y gasistas respecto al criterio de proporcionalidad establecido en el anteproyecto.

Entre las **observaciones generales** que se hacen, cabe hacer referencia a las siguientes:

- Se aborda en el informe la cuestión relativa al cierre del ejercicio 2020. Tras recordar que la exposición de motivos del texto del anteproyecto que fue sometido a informe señalaba que el déficit de dicho ejercicio podía alcanzar los 1.500 millones de euros, y que ello podría dar lugar a que la parte regulada de la factura se incrementaría cerca del 15 % para las PYME, un 10 % para la industria y los consumidores domésticos y un 7 % para la industria electrointensiva, se sugería incluir una disposición adicional que reconociera total o parcialmente el déficit como coste del sistema eléctrico, ya que de lo contrario se rebasaría el límite del 2 % previsto en la Ley del Sector Eléctrico, lo que debiera traducirse en un incremento automático de los cargos.

- Se analiza el impacto del anteproyecto sobre los consumidores de los distintos productos energéticos. En lo que hace al coste de la electricidad, se señala que el impacto del mecanismo del anteproyecto es doble: por un lado, supone una reducción de los cargos, pero por otra parte, las aportaciones de la comercializadora serán recuperadas a través del componente del coste de la comercialización en lugar de los peajes y cargos. En coherencia con ello, según el cálculo efectuado, «*en 2025, la factura eléctrica de los consumidores medios conectados en baja tensión se reducirá entre el 9 % y el 11 % (entre 11 €/MWh y 17 €/MWh). Asimismo, la factura eléctrica de los consumidores electrointensivos se reducirá entre el 2 % y el 5 % a (entre 1 €/ MWh y 7 €/MWh) dependiendo del nivel de tensión al que estén conectados, con reducciones menores cuanto mayor sea la tensión de conexión. Por el contrario, la factura eléctrica del resto de consumidores no electrointensivos conectados en alta tensión (peajes 6.2 TD, 6.3 TD y 6.4 TD) aumentará entre el 5 % y un 7 % (entre 3 €/MWh y 5 €/MWh)*»; este diferente impacto, se explica porque la imputación realizada de este cargo según la metodología de la propuesta de Real Decreto de cargos de electricidad es

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

proporcionalmente superior para los consumidores más inelásticos (domésticos) e inferior para los consumidores cuya demanda es más elástica al precio (PYME e industria). Por ello, se dice, «*se considera que el mecanismo de compensaciones que se establezca deberá resolver dichos posibles impactos en los precios para no afectar a la competitividad de la industria*».

- En cuanto al impacto en el precio final de los consumidores de gas, se observa que, de forma análoga al sector eléctrico, «el *impacto es mayor para aquellos colectivos para los que el coste de la energía representa mayor porcentaje de su factura total y no están sujetos a compensación*». Se indica, a este respecto, que el impacto en aquellos sectores industriales que tengan derecho a una compensación dependerá del reglamento que desarrolle los términos y condiciones, según el artículo 6 del anteproyecto. «*Si se supone -se dice- que no hay compensación para estos consumidores tipo industriales, con una contribución al Fondo de 1,1 €/MWh en el primer año, que se iría incrementando anualmente hasta 5,5 €/MWh en el año 2025, y un traslado del 100 % al precio final, éste se incrementaría en 0,0055 €/kWh resultando en un precio final de 0,0438 €/kWh, un 17,94 % en 2025 superior al precio inicial sin considerar el impacto del FNSSE. Según este cálculo de estática comparativa, España se situaría como el quinto país de precios más elevados en el segmento de consumidores industriales*» (en la actualidad, según el gráfico que se adjunta, es el decimoséptimo país). Por ello, «*como se ha señalado en el caso de los precios de electricidad para el consumidor industrial, el mecanismo de compensaciones que se establezca deberá resolver dichos posibles impactos en los precios para no afectar a la competitividad de la industria*». En lo que hace al consumidor doméstico, el efecto sobre un consumidor tipo (11.000 kWh), el precio pasaría de 869 € a 936 € lo que haría que el precio de gas natural pasara de ser el séptimo más caro al cuarto más caro del entorno europeo.

- En cuanto al impacto en el precio de los productos petrolíferos, se señala que «*los consumidores finales en el año 2025 podrían estar soportando un gasto en hidrocarburos líquidos superior al actual en más de 4 c€/l (escenario 1) o en más de 6 c€/l (escenario 2). Estas cifras se traducen, por ejemplo, en que para el titular de un vehículo que consuma 6 litros cada*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

100 km y recorra 20.000 kilómetros en el año, su gasto anual en carburante se verá incrementado en 2025 en 52 euros/año (escenario 1) o en 75 euros/año (escenario 2)».

- También hace referencia el informe a los impactos sobre los diferentes agentes del sector energético (eléctrico y gasista) y sobre los comercializadores, señalando, en particular, en relación con estos últimos, que tendrá efectos en la competitividad entre los comercializadores y, por lo tanto, en el «*resultado dinámico sobre los márgenes de comercialización*».

- La CNMC llama la atención, con carácter general, sobre el volumen significativo de impagos de las obligaciones económicas de varios comercializadores de gas y electricidad; en los últimos años la deuda generada por estas situaciones de impago supera los 100 millones de euros en el sector eléctrico y de 35 millones de euros en el gasista. De ello resulta que «*los plazos que trascurren desde que se detectan los impagos hasta que se procede a la inhabilitación y al traspaso de clientes a las comercializadoras de referencia son excesivamente largos*». Por ello, se estima que, con el fin de desincentivar el impago de aportaciones al Fondo, es necesaria la inclusión de este incumplimiento entre las causas que pueden motivar la inhabilitación de los agentes. En la memoria se indica que la incoación de un procedimiento de inhabilitación se sustentaría en el incumplimiento de los requisitos establecidos para el desempeño de estas actividades de suministro, y que tales requisitos se encuentran regulados en normas de rango reglamentario. Por ello, se considera que la adopción de esta medida no necesita un tratamiento con rango de ley, siendo suficiente con el desarrollo reglamentario.

- Señala también la CNMC que, a la vista del nuevo régimen del Fondo, se tendrán que revisar los precios regulados, como el precio voluntario del pequeño consumidor de energía eléctrica (en lo que sigue, PVPC) y las tarifas de último recurso (TUR) del sector gasista. En lo que se refiere a las modalidades de gases licuados del petróleo (GLP), se señala que los precios de las modalidades de suministro de GLP reguladas no podrán absorber el incremento derivado de las aportaciones, lo que daría lugar a que se trasladara, previsiblemente, a los segmentos liberalizados; por ello, se indica que cabría

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

recoger el coste de las aportaciones al Fondo en las fórmulas de determinación de los precios máximos de venta de las referidas modalidades reguladas y, en concreto, en su término de comercialización. En la memoria se indica que, en relación con esta observación, se ha incorporado una habilitación al desarrollo reglamentario, con el fin de reconocer dichas aportaciones como un término más en la estructura de estos precios regulados.

Por otra parte, entre las **observaciones más concretas** del informe, cabe reseñar las siguientes:

- Proponía la CNMC que se modificaran los plazos de las aportaciones de los sujetos obligados, de forma que para aquellos con unas ventas anuales superiores a 1 GWh, la periodicidad fuera mensual, manteniendo el mismo ingreso trimestral para los restantes sujetos obligados. Esta observación ha dado lugar a una modificación en la redacción final del anteproyecto.

- También sugiere la CNMC la incorporación de sendas modificaciones en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, para agilizar el traspaso, de manera cautelar, de los clientes de los comercializadores con impagos a los comercializadores de último recurso. A este propósito se indica en la memoria la procedencia de ponderar «*la necesaria sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico con el principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica que debe presidir cualquier procedimiento que pueda afectar al normal funcionamiento de las comercializadoras afectadas*».

- En relación con las compensaciones previstas en el artículo 6 del anteproyecto, considera la CNMC que las que se reconocen a los consumidores electrointensivos podrían instrumentarse mediante la aplicación de una cuota reducida en su contribución al Fondo, con las limitaciones que se deriven de las directrices europeas sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, con el fin de evitar la complejidad que subyace en el cálculo individual para las más de 600 empresas electrointensivas previstas en el referido real decreto. Sobre esta cuestión, se señala en la memoria que su

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

posible aplicación se contemplará cuando se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del artículo 6, por lo que no se considera imprescindible su inserción en la presente norma.

- Se indica que se contemplan compensaciones en relación con las compras, exclusivamente de gasóleo, realizadas por los titulares de vehículos destinados al transporte de mercancías y de pasajeros. No se incluyen las compras por parte de estos titulares de otros carburantes que se considera oportuno incluir como, por ejemplo, el GLP auto (gas licuado del petróleo) que también puede verse afectado por la traslación a su precio final de las aportaciones al Fondo (cabe recordar que el GLP de automoción se comercializa a precios libres, a diferencia de otras modalidades de suministro de GLP sometidas a precios regulados).

- En materia de régimen sancionador, la CNMC sugirió reconfigurar algunos aspectos concretos del artículo 12 de la ley, lo que se ha llevado a cabo en la redacción final de la norma. También se han incluido otros aspectos dirigidos a mejorar la redacción de la norma y se han corregido algunas erratas detectadas por la CNMC.

- Finalmente, la CNMC proponía llevar a cabo algunas modificaciones legislativas de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre: aspectos como la inclusión de nuevo apartado en el artículo 13 de la referida ley para incluir los gastos ocasionados por las liquidaciones provenientes de los Presupuestos Generales del Estado para la retribución parcial de actividades en los territorios no peninsulares, o la modificación del artículo 33 de la citada ley para eliminar la obligación de elaboración de informe preceptivo en todos aquellos conflictos de conexión que se susciten. En la memoria se señala que el anteproyecto consultado no es la sede apropiada para abordarlas, dada la falta de conexión de su objeto con dichas propuestas.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

e. Observaciones de la Oficina Española de Cambio Climático, de 5 de febrero de 2021

Las observaciones, formuladas por correo electrónico, cuestionaban algunas de las exenciones previstas en los artículos 5 y 6; se indica al respecto lo siguiente:

> *«Si el espíritu de la ley es gravar los combustibles fósiles para compensar sobre costes en generación eléctrica que ha realizado un mayor esfuerzo de inversión renovable no habría que discriminar actividades económicas.*
>
> *Por otro lado no es comprensible que por ejemplo los taxis o vehículos con conductor no tengan una rápida transición hacia el vehículo eléctrico. Igualmente los transportes de larga distancia de mercancías y pasajeros que compiten con medios electrificados no internalicen este coste medioambiental».*

f. Informe de la Dirección General de Régimen Autonómico y Local, de 5 de febrero de 2021

El informe, tras constatar que el anteproyecto se funda en los títulos competenciales recogidos en las reglas 13.ª y 25.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de bases del régimen minero y energético, respectivamente, indica que «*debería reflexionarse sobre la conveniencia de incluir un representante de las Comunidades Autónomas en el Comité de Seguimiento y Control regulado en el artículo 2.3 del anteproyecto*». También se recomendaba dar audiencia a las comunidades autónomas en la tramitación de la norma. Por último, se indica que, dada la conflictividad recurrente en la materia, no cabe rechazar que el anteproyecto genere controversias competenciales.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

g. Aprobación previa del Ministro de Política Territorial y Función Pública, de 19 de febrero de 2021

La aprobación se adjunta de un informe de la Secretaría General Técnica del citado departamento, en el que se hacían algunas observaciones al anteproyecto y la memoria, fundamentalmente de índole formal y técnica normativa.

h. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 1 de marzo de 2021

Se indica en la memoria que se había consultado a la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, la cual había formulado observaciones.

Se expone que la Secretaría General Técnica no encuentra obstáculos de naturaleza jurídico-formal que impidan la tramitación de este proyecto normativo, considerando que el mismo se ajusta a Derecho y se está tramitando de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido; no obstante, se añade a continuación, «*se albergan dudas acerca de que la creación del Fondo sea el mejor instrumento para el objetivo perseguido de financiación de la generación eléctrica renovable, ya que la memoria del impacto de análisis normativo no justifica de forma adecuada la razón de descartar la financiación desde los Presupuestos Generales del Estado, como recomendaba el informe de la Comisión de Expertos*». Añade a continuación lo siguiente:

> «*Tampoco se analiza la solución a través de mecanismos tributarios, a través de los cuales se podría modular la contribución de los distintos sectores, así como la posible exención para consumidores electrointensivos y grandes consumidores de gas natural industriales, evitando el establecimiento de complicados sistemas de compensación de costes indirectos, de gestión administrativa compleja, y que provoca incertidumbre a las empresas, más aun teniendo en cuenta que su autorización por la*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Comisión Europea no está asegurada. La financiación de renovables a través de cargos, peajes o mecanismos tributarios permite el cálculo más preciso del coste repercutido sobre las empresas, pero un coste indirecto a través de la factura energética no ofrece un cálculo claro.

Por otra parte, el propio mecanismo de creación del FNSSE presupone una prevalencia del sistema eléctrico frente a otras energías, no respetando la neutralidad tecnológica. La descarbonización de la economía no debe estar basada casi exclusivamente en su electrificación. Se necesitan, casi al mismo nivel, otras tecnologías. Los combustibles bajos en carbono, biocombustibles, y combustibles sintéticos serán, sin duda, un aspecto fundamental de la descarbonización, sobre todo en el transporte pesado, marítimo o en aviación, así como en soluciones de calor industriales de alta temperatura. Aplicando el mismo principio, las inversiones necesarias en el desarrollo de los biocombustibles y combustibles sintéticos o en el hidrógeno deberían ser sufragadas también por las compañías eléctricas recíprocamente, y plantearse un mecanismo de financiación equivalente».

A continuación recoge la norma diversas observaciones, algunas de técnica normativa y otras de fondo. Entre estas últimas, se cuestiona la solución prevista en el artículo 3 del anteproyecto, en el sentido de establecer un límite del 10 % los ingresos del Fondo para los recursos provenientes de fondos europeos, así como los provenientes de los Presupuestos Generales del Estado; se considera que los Presupuestos Generales del Estado debieran aportar «*el máximo posible compatible con sus proximidades, reduciendo de esta forma la carga sobre los consumidores eléctricos*». Por otra parte, se señala que en el artículo 5 se podría plantear que no computen las ventas de energía, electricidad o gas natural, a los consumidores electrointensivos ni a otros consumidores que se podrían identificar como "calorintensivos", como los consumidores industriales de gas natural.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

i. Informe del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 3 de marzo de 2021

El informe recoge una opinión favorable del departamento, dado que se considera necesario para garantizar la coherencia de los precios energéticos con el proceso de electrificación de la economía, y que, dentro de las posibilidades de diseño existentes, el sistema propone una solución equilibrada entre la necesidad de asegurar el cumplimiento de los ambiciosos objetivos de descarbonización asumidos por España y la conveniencia de asegurar una gradualidad que permita la absorción progresiva de los impactos por parte de los sectores más afectados.

El informe hacía algunas observaciones, gran parte de las cuales han sido aceptadas en la redacción final del anteproyecto.

j. Informe del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de 22 de marzo de 2021

El informe recoge diversas observaciones formuladas por órganos del departamento y organismos adscritos a él. En particular, se incluían las observaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, la Dirección General de Transporte Terrestre, el Ente Público Puertos del Estado y RENFE. Entre las observaciones, se señala la conveniencia de incluir entre las compensaciones el uso de GLP para el transporte.

k. Informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda, de 24 de marzo de 2021 y de 27 de abril de 2021

El primer informe de dicho órgano, emitido el 24 de marzo de 2021, tras señalar que las prestaciones previstas en el anteproyecto tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, plantea la duda de si la norma es o no conforme con la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE. Asimismo, se planteaban dudas acerca de la previsión recogida en el artículo 3.1.c), que

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

prevé que el Fondo esté dotado con recursos provenientes de fondos europeos, dado que, según las normas de la UE, las ayudas del régimen retributivo de las energías renovables deben dirigirse a costes de inversión y no de funcionamiento, y deben tener un efecto incentivador, por lo que no parece que pudieran ser aplicables para financiar instalaciones preexistentes, como es el caso del Fondo. El informe recogía, además, otras observaciones.

Con posterioridad a dicho informe, se redactó un nuevo texto del anteproyecto, y se redactó una nota del departamento proponente, en relación con las observaciones formuladas con anterioridad por el Ministerio de Hacienda. En dicha nota se señala que «*el mecanismo propuesto se ha configurado como una prestación patrimonial de carácter público no tributaria*», por lo que «*no le resulta de aplicación la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (...), cuyo ámbito objetivo se circunscribe al régimen general de impuestos especiales que gravan directa o indirectamente el consumo (ya se ha mencionado que la naturaleza del Fondo es no tributaria) y otros gravámenes indirectos con fines específicos aplicables a los productos sujetos a impuestos especiales*».

El 27 de abril de 2021, a la vista del nuevo texto remitido, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda emitió informe favorable.

I. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de 21 de abril de 2021

El informe no formula observaciones al anteproyecto.

Cuarto.- Documentación remitida estando ya el expediente en el Consejo de Estado

Ya el expediente en el Consejo de Estado, se recibió el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, referido a una versión anterior del anteproyecto. Dicho órgano hacía diversas observaciones de índole formal al anteproyecto y a la memoria (como la relativa a la necesidad de

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

instrumentar la disposición final cuarta como disposición derogatoria); las observaciones que se consideran más relevantes son consideradas en el apartado VII de este dictamen. Particular interés tiene la observación realizada en relación con la evaluación *ex post* de la norma, en relación con la cual se dice lo siguiente: «*Se sugiere, por tanto, valorar la procedencia de someter el Anteproyecto a evaluación por sus resultados, en cuyo caso, adicionalmente, se deberían indicar los criterios en función de los cuales se va a realizar la evaluación; los objetivos y fines de la norma a estos efectos; los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de su aplicación; la sistemática que se va a utilizar en la evaluación* ex post *y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo*».

Y, en tal estado de tramitación, se emite la presente consulta, que ha sido remitida para su despacho con carácter urgente.

Ya en el Consejo de Estado el expediente, diversas entidades solicitaron la apertura de un trámite de audiencia, siéndoles concedido un plazo para la presentación de alegaciones. Durante dicho período, presentaron alegaciones la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE), Asociación de Empresas de Energía Eléctrica (AELÉC), la Asociación Española de Cogeneración (ACOGEN), la Asociación Española de Empresas Eléctricas (ASEME), la Asociación Española de Gas (SEDIGAS), la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP), Asociación para un Gas Industrial Competitivo, Endesa, la Federación Empresarial de la Industria Química Española (FEIQUE), Iberdrola España, Naturgy Energy Group, S. A., Political Intelligence (en representación de Asociación Gas Licuado).

Entre otras observaciones realizadas, las más relevantes son las siguientes:

- algunas entidades valoraban positivamente la solución prevista, y se justificaba por diversas entidades la procedencia de adoptar esta medida y su conformidad a Derecho; no obstante, algunas entidades consideraban que las aportaciones del sector eléctrico (que se instrumentan, además de mediante las contribuciones al Fondo, a través de los tributos vigentes) era excesiva; otra

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

entidad, aun valorando favorablemente el anteproyecto, proponía prever que las aportaciones tuvieran la consideración de coste regulado -de forma que se repercutieran a los consumidores e incluir una previsión de que los sujetos obligados no tendrían que abonar las cantidades que correspondieran a «desviaciones económicas» derivadas de «impagos del consumidor, descenso de su demanda o cualquier factor exógeno a los sujetos obligados»; también se señalaba por alguna entidad que las aportaciones tenían, en realidad, naturaleza tributaria;

- otras asociaciones hacían una valoración crítica del anteproyecto; señalaban, en particular, que el anteproyecto era contrario al principio de proscripción de la arbitrariedad, de reserva de ley y que produce un efecto retroactivo no admisible; en cuanto al principio de reserva de ley, se señalaba que el artículo 1.2 permitía incluir nuevos costes entre aquellos que serían financiados por el Fondo, lo que hacía que no pudieran determinarse de antemano las aportaciones que tendrían que hacer los agentes; se aducía, en análogo sentido, que era contrario a Derecho que los operadores de un sector económico tuvieran que soportar los costes de un sector distinto y que la regulación del Fondo -y de las exenciones y compensaciones- era contraria el principio de libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución); también se argumentaba que la norma era contraria a las reglas europeas sobre ayudas de Estado, ya que suponía, *de facto*, que las empresas del sector eléctrico se iban a ver beneficiadas por aportaciones de los operadores de otros sectores; se impugnaba la configuración de las aportaciones como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, y se argumentaba que eran contrarias al principio de neutralidad tecnológica;

- se recuerda que para la CNMC, la solución óptima era la revisión de la fiscalidad energética y ambiental, y que el mecanismo previsto podía dar lugar a la desaparición de agentes del sector energético de pequeño o medio tamaño; otras entidades, favorables a la nueva regulación, proponían la supresión progresiva de los impuestos previstos en el sector eléctrico;

- diversas entidades ponian de manifiesto los riesgos de la norma de cara a la competitividad industrial; se señalaba por una asociación que la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

norma no valoraba el impacto de la medida en los diferentes sectores económicos; también se indicaba la necesidad de aclarar la referencia a la transitoriedad de la medida, con la finalidad de poder hacer previsiones económicas;

- por otra parte, se alegaba por una entidad que, dado que se parte de la existencia de un déficit estructural del sistema eléctrico y que la aplicación del Fondo será gradual, debiera mantenerse la vigencia del artículo 19.5 de la Ley del Sector Eléctrico, el cual determina que mientras que existan partidas de costes del sistema eléctrico que reflejen pagos que correspondan a deudas pendientes de años anteriores, los cargos no podrán ser revisados a la baja;

se sugería la incorporación de diferentes exenciones y compensaciones; así, se proponía el reconocimiento de una exención para las comercializadoras que participen en el sistema de garantías de origen y el etiquetado de la electricidad; otras asociaciones solicitaban la exención de la parte de consumo de gas natural destinado a la producción de calor en la producción combinada de calor y electricidad en la industria y de los consumidores industriales en riesgo de fuga de carbono; una entidad proponía incluir una exención para las ventas de gas natural cuando se utilice como materia prima; otra alegación se refería a la necesidad de que la compensación prevista para el sector industrial alcanzase una parte significativa de los costes indirectos derivados de las aportaciones; asimismo, se hacia referencia a la necesidad de que el esquema de compensaciones se aplicara de forma simultánea a la aplicación del Fondo, prevista en la disposición transitoria segunda; otra asociación consideraba que la exención contenida en el artículo 5.3 -ventas de gas natural o productos petrolíferos destinados a la cogeneración de electricidad y calor, exclusivamente por la parte destinada a la producción de electricidad- debía referirse también a la parte destinada a la producción de calor.

- se indicaba por alguna entidad que se debía establecer como mandato la revisión de la estructura del precio voluntario para el pequeño consumidor; en análogo sentido, se proponía incorporar en la disposición final

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

primera una referencia a la necesidad de adecuar el precio regulado de los gases licuados del petróleo (en adelante, GLP) envasados, como consecuencia de los efectos derivados de las aportaciones; a este respecto, se indicaba que una de las particularidades en relación con los GLP es la existencia de una regulación de precios máximos, tanto en envasado como en canalizado, que impide la translación al mercado del impacto de los fondos sin el permiso del Gobierno de España.

I.- OBJETO DE CONSULTA

Tiene por objeto la consulta el anteproyecto de Ley por la que se crea el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico.

Se solicita el dictamen del Consejo de Estado con carácter potestativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de su Ley Orgánica, correspondiendo el despacho de la consulta a la Comisión Permanente.

Con todo, no cabe ignorar que la norma presenta una vinculación con el Derecho de la UE, en particular en lo que hace a los objetivos de descarbonización y de la electrificación de la economía.

En la orden de remisión se deja constancia de la urgencia de la consulta, razón por la que se recaba el dictamen en el plazo de quince días.

II.- MARCO NORMATIVO Y PRINCIPALES DECISIONES ADOPTADAS. VALORACIÓN GENERAL DE LA NORMA

Procede, en primer lugar, hacer una referencia sintética al contenido del anteproyecto, los efectos que previsiblemente derivarán de él y las alternativas regulatorias que se han planteado a lo largo de la tramitación.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

1. La finalidad y objeto del anteproyecto

Con el fin de explicar la finalidad, objeto y fundamento del anteproyecto, conviene partir del contexto en el que se inserta.

Dentro de los costes a los que los consumidores de energía eléctrica deben hacer frente con la factura eléctrica, se incluyen diversos conceptos. Así, por ejemplo, en el caso de los precios voluntarios para el pequeño consumidor, regulados en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, se incluyen el coste de producción, los costes de comercialización y también los denominados *costes regulados*, que son los peajes de acceso y cargos que correspondan. Mientras que los peajes tienen por objeto financiar la retribución de las actividades de transporte y distribución, los cargos responden a otros conceptos, vinculados en la mayor parte con decisiones de política energética adoptadas en el pasado, entre los cuales destacan tres: los costes del régimen retributivo de generación a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos (en adelante, RECORE, de conformidad con la terminología utilizada en el expediente); los costes anuales del déficit del sistema eléctrico que se produjo en el pasado; y el coste del régimen previsto en los sistemas eléctricos no peninsulares para garantizar un precio igual de la electricidad en todo el país.

De estos conceptos que integran la factura eléctrica (generación y comercialización, por una parte, y peajes y cargos, por otra), los cargos tienen un peso muy relevante; y, dentro de ellos, el componente principal es el relativo a los costes RECORE, dirigidos a financiar los costes del régimen retributivo de generación a partir de fuentes renovables en los que se incurrió en el pasado, que aglutina a más de 60.000 instalaciones en todo el país. Del importe total de dichos costes, los que deben ser financiados por los cargos del sistema eléctrico son aquellos que resultan una vez descontadas las cantidades provenientes de la recaudación de las subastas de derechos de emisión de CO_2 y los importes equivalentes a la recaudación de los tributos creados por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. Si bien en la memoria no se establece una previsión -salvo error- acerca de las cantidades que deberá financiar el Fondo en relación con el

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

concepto RECORE, cabe señalar que, según los cálculos recogidos en la memoria del análisis de impacto normativo del Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los cargos del sistema eléctrico, remitida al Consejo de Estado con ocasión de la consulta que dio lugar al dictamen núm. 53/2021, de 11 de febrero, los costes relativos a los RECORE hacían una suma de 6.416 millones de euros, si bien deben tenerse en cuenta las aportaciones derivadas de la financiación a través de determinados impuestos (los recogidos en la Ley 15/2012) y los ingresos procedentes de la venta de CO_2. La cifra resultante arroja una cantidad superior a los cuatro mil millones de euros, que es la que financiaría el Fondo, con dos salvedades: primero, que, como se ha dicho, la financiación de estas cantidades por el Fondo se llevará a cabo de forma gradual y lineal (hasta que el año quinto se financie la totalidad de dichos costes); y segundo, que dicha suma será variable en los próximos años.

Ello quiere decir, pues, que en el régimen actual, los costes en los que incurrió el régimen eléctrico para favorecer la penetración de renovables -y los que puedan producirse en el futuro- han de ser financiados por los consumidores de energía eléctrica, lo que es consecuencia de que ha sido el sistema eléctrico el que ha podido hacer y ha hecho mayores esfuerzos para la descarbonización, frente a otros sectores energéticos, en los que las posibilidades y los esfuerzos económicos realizados han sido menores.

Por otra parte, indica la exposición de motivos del anteproyecto que la electrificación de la economía constituye uno de los objetivos fundamentales en la política de lucha contra el cambio climático, precisamente por aquella mayor penetración de renovables. Paradójicamente, sin embargo, aquel mayor esfuerzo realizado, y el mayor coste que se traslada a la factura del consumidor doméstico e industrial de energía eléctrica, constituyen un obstáculo a la electrificación, por el incremento en los costes fijos que supone dicho componente (RECORE) frente a las energías de origen fósil.

Además, los costes RECORE son en su mayor parte fijos, por lo que su peso en la factura eléctrica -esto es, su porcentaje en relación con el total- sube cuando el precio de la energía baja o cuando el consumo de energía

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

es menor, y viceversa: en efecto, cuando el consumo de energía es menor, dado que el citado coste es fijo, resulta que se debe financiar una proporción mayor de dichos costes por cada unidad de energía consumida; del mismo modo, si disminuye el precio de generación de la energía, ello hace que en la factura consumida por cada unidad de energía, el peso de los costes fijos sean mayores. Ello tiene relevancia dado que en los dos últimos años se han producido dos fenómenos, de los que da cuenta la exposición de motivos, que darían lugar a un incremento del peso de dichos cargos: por una parte se ha producido una reducción del consumo, y por otra una bajada del precio de la energía eléctrica en relación con años anteriores.

Se indica a este respecto en la memoria que los precios del mercado eléctrico han descendido, siendo el precio medio de 2019 un 17 % inferior al de 2018, y los de 2020 un 35 % más bajos que el año anterior. También se señalaba en el expediente que en 2020, el déficit previsto sería previsiblemente de unos 1.500 millones de euros, después de que en 2019, en la liquidación definitiva, el equilibrio se hubiera producido tras aplicar parte de la cuenta de superávit de años anteriores.

En esta situación se ha llamado la atención de forma recurrente acerca de la necesidad de modificar el sistema de financiación de los RECORE, ya que su peso en el coste de la energía eléctrica implica un obstáculo muy importante para la electrificación de la economía. Así lo puso de manifiesto, por ejemplo, la CNMC en su informe IPN/CNMC/017/203 sobre el proyecto del que luego sería el Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los cargos del sistema eléctrico; y así lo ha señalado, también, el informe de la Comisión de Expertos de Transición Energética creada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de julio de 2017. A ambos aspectos se hace referencia en la memoria, que ha sido extractada en el antecedente segundo. Para reformar el sistema de dicha financiación se planteaban diversas opciones, que son fundamentalmente tres: acudir a los Presupuestos Generales del Estado (para financiar con ellos los RECORE); reformar la fiscalidad ambiental y energética, introduciendo un tributo que gravara el consumo energético en función de criterios como la emisión de CO_2; y la creación de un Fondo nutrido por las aportaciones de los tres sectores

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

energéticos, solución que, como seguidamente se expondrá, es por la que opta el anteproyecto que se consulta.

Dentro de este contexto, debe considerarse la **finalidad del anteproyecto** sometido a consulta. Esta consiste en la creación de un Fondo (el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico, en lo que sigue, el "Fondo") que tendrá por objeto la financiación de los costes RECORE (del régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos), y que se financiará con las aportaciones que realizarán los operadores de los distintos sectores energéticos (electricidad, gas natural y productos petrolíferos) por cada unidad de energía suministrada o consumida. Las aportaciones de cada sujeto serán proporcionales al volumen de energía final consumido, siendo el total de dichas aportaciones equivalentes al coste total, para cada año, del referido régimen retributivo, descontadas el resto de las aportaciones (artículo 4). De esta forma, pues, se produce un cambio radical -aunque gradual, conforme a la disposición transitoria primera-, pues los costes RECORE dejarán de ser financiados únicamente por los consumidores de energía eléctrica, y serán financiados por todos los agentes (comercializadores, operadores al por mayor, consumidores directos) de los tres sectores, electricidad, gas natural y productos petrolíferos; estos agentes, a su vez, podrán repercutir las aportaciones que hagan en el precio final de la energía, lo que dará lugar a modificaciones en los precios correspondientes de cada tipo de energía.

De este modo, señala la exposición de motivos, el objetivo último de la reforma consiste en contribuir a la electrificación de la economía, esto es, a la mayor aportación de la energía eléctrica en los usos finales, sustituyendo la energía de origen fósil por la generación eléctrica, dada la mayor contribución a dicha generación de las fuentes de origen renovable. Ello se hará mediante la creación del Fondo, que permitirá rebajar el precio para gran parte de los consumidores de energía eléctrica (aunque no para todos, pues se ha puesto de manifiesto en el expediente que dichos precios serán superiores para los consumidores industriales), a costa de un incremento en el precio para los consumidores de gas natural y productos petrolíferos.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Los fundamentos de dicho objetivo se recogen en la exposición de motivos; son dos:

- por un lado, se persigue que los precios relativos a los distintos tipos de energía «*se alineen con los objetivos*» de descarbonización de la economía, de forma que los esfuerzos asociados a dicha descarbonización sean soportados por el conjunto del sistema energético y no solo por el sector eléctrico; dicho de forma expresiva, se trata de lograr que los costes asociados a la penetración de energía de fuentes renovables, cogeneración y residuos en la generación de energía eléctrica en los que se incurrió en el pasado sean financiados no solo por el consumidor eléctrico, sino también por el de gas natural y productos petrolíferos, para compartir de esta forma el esfuerzo de descarbonización que en la actualidad soporta mayoritariamente el sector eléctrico a través de los cargos (dentro de los cuales se incluye, como concepto principal, los RECORE); ello, se dice en el expediente, es coherente con el mayor coste ambiental (externalidades negativas) que tiene la generación fósil frente a la eléctrica y permitirá, según se dice en la exposición de motivos y en la memoria, dar las señales adecuadas al consumidor y al inversor, lo que contribuirá a la electrificación de la economía;

- por otro lado, se persigue garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, según se argumenta en el apartado III de la exposición de motivos; se señala, a este respecto, que el actual contexto, de contención de la demanda y caída de precios de la energía eléctrica en el mercado mayorista dan lugar a una reducción de los ingresos regulados del sistema (peajes y cargos) y también de los tributos previstos en la Ley 15/2012 -que integran otro ingreso del sistema eléctrico-; ello ha dado lugar a que el déficit del sistema eléctrico vuelva a incrementarse en 2019 y, de forma muy importante, en 2020. Se señala al respecto en la exposición de motivos que no es aceptable que el equilibrio del sistema se consiga a través de una subida de los cargos unitarios que pagan los consumidores eléctricos, pues «*además de ir en contra de las señales para la electrificación, (...) afectaría de manera negativa a la competitividad de la economía y a la renta de los hogares en un momento como el actual de recuperación de la crisis económica*».

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

El Fondo tiene «vocación de transitoriedad» según señala la memoria, pues los apoyos públicos a las renovables (derivados de costes en los que se incurrió en el pasado) serán decrecientes con el tiempo; por otra parte, estas tecnologías son cada vez más competitivas y su implantación en la actualidad no genera costes regulados para los consumidores. Es también relevante señalar que la regulación no modifica ni las cantidades totales destinadas a estas políticas ni la rentabilidad reconocida a los titulares de las instalaciones.

2. Efectos derivados de la regulación proyectada

Las cuestiones más relevantes que se han planteado en el expediente acerca de la nueva regulación proyectada se refieren a los efectos que provocará en los diferentes sectores. Como de forma expresiva dice la memoria, el Fondo «*generará inevitablemente efectos redistributivos inter-sectoriales e intra-sectoriales: los primeros, porque se desplaza parte de la carga de financiación desde el sector eléctrico a los sectores de hidrocarburos; los segundos, porque dentro de un mismo sector, existe heterogeneidad en las estructuras de consumo, por lo que los impactos tampoco serán homogéneos*».

A este respecto, conviene partir de una consideración: la regulación proyectada se inserta en un marco complejo. Esta complejidad se explica por los distintos tipos de operadores (según el sector al que pertenezcan y la condición que tengan dentro de él -comercializadores, generadores-) y de consumidores (domésticos e industriales), y se manifiesta en la dificultad de prever con suficiente seguridad y exhaustividad los efectos que tendrá, para cada tipo de agente, la regulación proyectada; no cabe olvidar, por otra parte, que estos efectos son dinámicos, esto es, que variarán en función de las decisiones que tomen los consumidores e inversores, decisiones que son el efecto buscado por la regulación. Con el fin de examinar adecuadamente algunas de las observaciones realizadas a lo largo del procedimiento de elaboración del anteproyecto, es necesario hacer una referencia sintética al análisis que se hace de estos aspectos en la memoria del análisis de impacto normativo y en el informe de la CNMC (especialmente expresivo en relación con estos aspectos).

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

- En primer lugar, se señala que se producirá una rebaja del precio de la energía para el consumo doméstico de energía eléctrica, lo que es coherente con la circunstancia de que los cargos vinculados con el RECORE vayan a ser financiados ahora, en parte inicialmente y de forma completa en el plazo de cinco años, por las aportaciones del Fondo, nutridas, como se ha visto, por las aportaciones del sistema eléctrico, gasista y de productos petrolíferos.

- En cambio, de forma paradójica según se dice en el informe de la CNMC, el precio del consumo industrial de energía eléctrica (tarifa 6) se elevará, lo que ha dado lugar a numerosas observaciones en el trámite de audiencia e información pública, en el escrito presentado por alguna comunidad autónoma y a comentarios, también críticos, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo; se señala en estos escritos que ello puede comprometer la competitividad de la industria, aspecto este que, dice la CNMC, deberá ser objeto de evaluación; algún sindicato ha expresado la necesidad de valorar estos aspectos, y su potencial incidencia en el empleo.

- En lo que hace a los consumidores de electricidad y gas natural sujetos a riesgo de fuga de carbono (derivado de la competencia internacional desde otros países en los que el coste sea menor), la ley prevé una compensación con cargo al Fondo para dichos consumidores del aumento del precio, con las limitaciones que deriven de las directrices de ayudas de la UE. El impacto que pueda derivarse de la consideración de dicho mayor coste y de la compensación no puede determinarse ahora, ya que queda pendiente del desarrollo reglamentario que deberá acometerse. Cabe constatar, en todo caso, que las asociaciones que representan a los sectores electrointensivos y termointensivos (esto es, con un uso elevado de energía eléctrica y térmica, respectivamente) han presentado observaciones críticas con el anteproyecto, aduciendo en algunos casos que los mayores costes derivados de esta norma neutralizarán y sobrepasarán los beneficios derivados de la reciente aprobación del Estatuto de los Consumidores Electrointensivos, aprobado por el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre.

- Por otra parte, las aportaciones implicarán un aumento del coste del gas natural y de los productos petrolíferos en todos los ámbitos (doméstico,

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

industriales y transporte); a este respecto, debe subrayarse que el anteproyecto contempla compensaciones por el aumento del coste del gasoil (no de los gases licuados del petróleo o GLP) para el transporte de mercancías, de pasajeros, taxis y servicios de arrendamiento de vehículos con conductor. Este impacto ha sido valorado en el informe de la CNMC que se extracta en el antecedente tercero.

- Por último, un aspecto relevante tiene que ver con el coste social que puede tener la regulación; a este respecto, se expone en la memoria que la norma tendrá efectos progresivos, favoreciendo más intensamente a los hogares con menores rentas, dado que el peso de la energía en el gasto total del hogar es mayor cuanto menor es la renta familiar, por un lado, y que el peso de la electricidad es mayor que el de otras formas de energía en estos sectores de la población.

Las anteriores consideraciones sobre los impactos de la norma deben ponerse en relación con la finalidad, explicitada en la exposición de motivos, de que el nuevo sistema dé las señales de precios adecuadas tanto para el consumo como para las inversiones. Se trataría, con ello, de promover la mayor electrificación de la economía, potenciando el consumo de energía eléctrica (de forma importante y creciente producida por fuentes de origen renovable) frente a la energía de procedencia fósil (con más emisiones de CO_2 y un impacto ambiental notablemente mayor).

3. Alternativas regulatorias

A lo largo de la tramitación, en la memoria, en el informe de la CNMC y en los trámites de audiencia e información pública y de consulta a las comunidades autónomas, se ha puesto de manifiesto la existencia de otras alternativas para lograr los fines previstos. En el apartado de alternativas de la memoria se ha considerado, además de la opción de «no hacer nada», la financiación de los costes RECORE con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; a este respecto, señala la memoria la dificultad de llevar a cabo dicha solución, que supondría incluir en dichos presupuestos partidas por

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

importes de varios miles de millones de euros, lo que, en la actual coyuntura de déficit no se estima realista.

Junto a dichas opciones, y a la finalmente adoptada, también se ha hecho referencia en los informes de los distintos órganos y organismos públicos y en las alegaciones de los agentes privados, a la financiación a través de la fiscalidad ambiental y energética. Aunque esta alternativa no se expone de forma sistemática en el apartado de alternativas en la memoria (lo que debe ser corregido), sí que ha sido considerada como alternativa a lo largo de la memoria, en contestación a aquellas consideraciones y alegaciones.

A partir de lo anterior procede, pues, analizar el anteproyecto consultado.

III.- COMPETENCIA DEL ESTADO

El anteproyecto de Ley funda la competencia del Estado en los títulos recogidos en el artículo 149.1, reglas 13.ª y 25.ª, de la Constitución, relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y a las bases del régimen minero y energético, respectivamente.

A juicio del Consejo de Estado, resulta pertinente la cita de tales títulos competenciales, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, entre otras, cabe citar las SSTC 197/1996 y 223/2000, relativas al régimen de hidrocarburos, y, en relación con el régimen del sector eléctrico, la Sentencia 18/2011, de 3 de marzo.

En lo que hace al título contenido en la regla 13.ª, la citada STC 18/2011, en su FJ 6, recordaba la doctrina conforme a la cual «*dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura "las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector" (STC 95/1986, FJ 4 y, en los mismos términos, STC 188/1989, FJ 4, con cita de*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

las SSTC 152/1988 y 75/1989)». Por ello, dentro de dicha competencia estatal, se incluyen «*no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más especificas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo*».

También es evidente la relevancia del título recogido en la regla 25.ª, dado que la regulación versa sobre aspectos esenciales de los regímenes del sector eléctrico y de hidrocarburos.

En este sentido, como recordaba el dictamen n.º 576/2020, de 22 de octubre, sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica, ha de subrayarse la importancia y alcance que tiene la competencia básica estatal cuando se trata de regular el régimen económico del sistema eléctrico, dado su carácter unitario, que impide que cada uno de sus aspectos sea regulado de forma diversa en cada territorio. Lo mismo cabe decir cuando la norma afecta, además, el sector de hidrocarburos. En este sentido, se citaba en dicho dictamen la STC 18/2011, que decía lo siguiente:

> «*De este modo, la regulación de un régimen económico único para todo el territorio nacional en la materia que nos ocupa tiene naturaleza básica, al ser necesaria esa regulación uniforme para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades destinadas al suministro eléctrico y para repercutir los costes sobre los consumidores*».

Este alcance se manifiesta, incluso, en relación con las competencias ejecutivas, lo que es relevante en el caso de la norma sometida a consulta que prevé la gestión del Fondo por parte del Estado. Así, lo recordaba, por ejemplo, la STC 32/2016, en cuyo FJ 10 se decía lo siguiente:

> «*Comenzando por este último aspecto, la atribución al Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la competencia ejecutiva de resolución de las controversias su examen ha de partir de la*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

doctrina del Tribunal respecto a la asunción por el Estado de facultades ejecutivas en materias en las que ostenta competencias básicas. La STC 102/2013, de 23 de abril, FJ 6, y doctrina allí citada, ha señalado que la consideración como materialmente básicas de funciones ejecutivas ha sido admitida por este Tribunal "cuando las competencias de ejecución están estrechamente vinculadas al mantenimiento y efectividad de las normas de carácter básico". En concreto, por lo que se refiere al sector eléctrico, hemos apreciado ese carácter materialmente básico de ciertas medidas de ejecución que tenían por finalidad la garantía del suministro eléctrico (así, STC 18/2011, FJ 6) o la determinación de su régimen económico [STC 148/2011, FJ 6, con remisión a la STC 18/2011, FJ 21 a)]. Además, en la ya mencionada STC 102/2013 examinamos la medida consistente en el traspaso -por parte del Ministerio competente- de los clientes de un comercializador a otro de último recurso, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones de contratación, pago o prestación de garantías frente al sistema eléctrico, considerando que se trataba de una medida cuyo ejercicio trascendía el ámbito autonómico y cuya finalidad última no era otra que garantizar un suministro de energía eléctrica adecuado y de calidad, concluyendo (FJ 8) que resultaba "complemento necesario para preservar lo básico por su incidencia en el correcto funcionamiento del entero sistema eléctrico (artículo 149.1.25 CE) y, con ello, en el régimen económico de este importante sector para la economía nacional (artículo 149.1.13 CE)"». [Énfasis añadido].

Por todo ello, estima el Consejo de Estado que los títulos competenciales invocados son los pertinentes para regular las materias que son objeto del anteproyecto, y que dichos títulos competenciales habilitan también para recoger aquellas competencias ejecutivas que resultan necesarias e imprescindibles para la determinación del régimen económico de estos sistemas.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Cabría plantear si puede resultar también pertinente la cita del título recogido en el artículo 149.1.23.ª, que atribuye al Estado la competencia en relación con la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. No cabe duda de que existe una vinculación de la norma proyectada con dicha materia, pues, en última instancia, su objeto consiste en determinar cómo se financiarán determinados costes del sistema eléctrico vinculados con la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos (en lo que sigue, y de conformidad con la denominación utilizada a lo largo del expediente, RECORE). Por ello, se estima que sería oportuno recoger también una referencia a este título competencial en el anteproyecto.

Por lo demás, cabe constatar que la Dirección General de Régimen Autonómico y Local, en su cualificado informe, ha llegado a la misma conclusión, si bien ha puesto de manifiesto que, dada la intensa litigiosidad en la materia -y, en particular, en el ámbito constitucional-, no cabe descartar la impugnación por parte de las comunidades autónomas. No obstante, en relación con este aspecto, cabe señalar que las comunidades autónomas que han intervenido en el expediente (Principado de Asturias, Cataluña, Galicia y País Vasco), no han cuestionado la competencia del Estado, a pesar del pronunciamiento crítico que alguna de ellas ha hecho en relación con las soluciones recogidas en el anteproyecto.

En suma, la norma cuyo anteproyecto se consulta es conforme con la distribución constitucional de competencias.

IV.- RANGO DE LA DISPOSICIÓN

Dadas las materias que son objeto de regulación, el rango de ley que tendrá la norma es adecuado y necesario. En efecto, dicha regulación tiene por objeto establecer modificaciones en el régimen del sector eléctrico y de hidrocarburos, que afectan a la regulación legal y a los principios ordenadores de cada sector, establecidos en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, entre otras.

Como ha quedado expuesto, el Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico se integrará con las aportaciones de los sujetos obligados. Esta obligación de aportación al referido Fondo tiene la consideración, según se indica en la memoria, de «prestación patrimonial de carácter público no tributario».

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, dentro de la cual cabe citar, en particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2019, de 9 de mayo, la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario resulta de la concurrencia de determinadas notas, como su coactividad y el hecho de que su finalidad no es la de financiar «todos» los gastos públicos. Estas notas concurren en las prestaciones de las que ahora se trata. En consecuencia, y de conformidad con la citada doctrina constitucional, rige en relación con su imposición el principio de reserva de ley, por más que sus exigencias, en lo que se refiere a estas prestaciones, sean menos intensas que en relación con los tributos, como también se sigue de la sentencia citada. En cuanto al alcance de dicha reserva de ley, dice la sentencia citada (FJ 5.c) lo siguiente:

> *«c) En el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter público en general, sean o no tributarias, se ha reiterado también que el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias fijen la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no vulnera por sí misma el principio de reserva de ley, aunque es cierto que la cuantía "constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial con lo que su fijación y modificación debe ser regulada por ley", ello no significa, sin embargo, "que siempre y en todo caso la ley deba precisar de forma directa e inmediata todos los elementos determinantes de la cuantía; la reserva establecida en el artículo 31.3 CE no excluye la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infra ordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador" [STC 19/1987, FJ 6 c); en el mismo sentido, STC 233/1999, FJ 19]».

En el anteproyecto sometido a consulta, la regulación es coherente con dichos principios, pues establece de forma clara y precisa los criterios conforme a los cuales se determinará la cuantía de la aportación que deberá realizar cada sujeto obligado, delimitando quiénes serán estos y regulando con detalle los casos de exenciones y compensaciones, sin perjuicio del posterior desarrollo reglamentario. No obstante, en relación con los conceptos que serán financiados por el Fondo, se hará una consideración particular al analizar el artículo 1, en el apartado VII de este dictamen.

Por lo demás, estima el Consejo de Estado que la previsión, contenida en el artículo 2.6 del anteproyecto, de que cuando finalice la necesidad de financiación de los costes RECORE y se determine, consecuentemente, la extinción del Fondo, los remanentes se reintegrarán al Tesoro Público. Pues, en efecto, esta previsión no tiene por objeto establecer que las cantidades del Fondo tengan por objeto contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, como sucede con los tributos, sino que se trata de una norma dirigida únicamente a regular la extinción de éste, que tiene un carácter meramente subsidiario y residual respecto a la finalidad principal de las aportaciones, que consiste en contribuir a financiar los referidos costes RECORE.

En definitiva, resulta correcto y necesario que la regulación proyectada tenga rango legal, siendo dicha regulación suficiente para establecer aquellos elementos de las prestaciones que están sujetos a reserva legal.

Por lo demás, dado que el régimen recogido no incluye materias reservadas a ley orgánica y que, como se ha visto, el Estado cuenta con competencia para su aprobación, cabe concluir que no se plantea objeción alguna, desde esta perspectiva, al anteproyecto consultado.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

V.- TRAMITACIÓN DE LA NORMA

En términos generales, la tramitación de la norma ha sido correcta, si bien cabe hacer consideraciones críticas en relación con algunos aspectos.

En primer término, cabe constatar que la norma afectará de forma muy relevante a los consumidores domésticos de los distintos tipos de energía, razón por la cual hubiera sido pertinente consultar al Ministerio de Consumo. En todo caso, cabe constatar que, a través del trámite de consulta a los consejos consultivos de electricidad e hidrocarburos, ha participado el Consejo de Consumidores y Usuarios, «*órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios*» (artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), adscrito a dicho departamento (artículo 1.3 del Real Decreto 894/2005). Por ello, y dada la urgencia de la tramitación de la norma, no se considera necesaria la devolución del expediente. En todo caso, sí que resulta llamativo que dicho órgano, a pesar de la relevancia que tendrá la norma, no haya formulado ninguna observación ni consideración sobre el proyecto, y que entre la amplia participación pública en la elaboración de la norma, solo una entidad representativa de los intereses de los consumidores haya presentado observaciones. Dicha participación, que contrasta con la amplia intervención de los representantes de los agentes de los sectores y de los consumidores industriales, puede ser consecuencia de la complejidad que plantea la regulación -inevitable, como se ha visto-, y de la dificultad de llevar a cabo una identificación clara de los efectos que pueden derivarse de ella. Dada la importancia que tiene su participación, y la necesidad de garantizar una intervención *equilibrada* de los distintos agentes afectados por una regulación, se sugiere que en futuras regulaciones se facilite e incentive, en lo posible, la participación de los representantes de los consumidores, permitiéndoles, a través de los mecanismos que se estimen oportunos, identificar las consecuencias de la regulación.

Por otra parte, de forma reiterada viene poniendo de manifiesto el Consejo de Estado la necesidad de llevar a cabo una consulta directa a las

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

comunidades autónomas en aquellos casos en los que, como ocurre ahora, la regulación proyectada es susceptible de afectar de forma directa o relevante a sus competencias o intereses. Es cierto que están representadas en los consejos consultivos de electricidad e hidrocarburos, y que pueden también intervenir en el trámite de información pública que se instrumenta a través de la publicación de un anuncio en la página web del departamento. Sin embargo, la intervención de las comunidades autónomas no se configura, en rigor, como parte del trámite de audiencia y participación pública -dirigida en principio a los operadores privados-, sino como trámite de consulta, que es el pertinente en relación con otros órganos de la Administración General del Estado y también con las Administraciones autonómicas. En el presente caso, dado que se ha producido una intervención efectiva de las comunidades autónomas (Principado de Asturias, Galicia, País Vasco y Cataluña), que forman parte de los citados consejos consultivos, y habida cuenta de la urgencia en la tramitación de la norma, se estima que no resulta pertinente la devolución del expediente por esta causa. No obstante, se ha de llamar la atención sobre la procedencia de tramitar dicha consulta en la forma expresada en futuros expedientes.

Por otro lado, dado que la norma contiene una regulación que pudiera afectar al régimen de ayudas de Estado, en la medida en que se prevén compensaciones a diferentes agentes y operadores, hubiera sido aconsejable realizar una consulta informal a la Unión Europea (si es que no se hubiera llevado a cabo), con el fin de determinar con claridad y, sobre todo, seguridad que no resulta necesaria la consulta formal y que el régimen previsto no es contrario a la regulación de la Unión Europea. En todo caso, en lo que hace en particular al régimen de las compensaciones a los consumidores industriales de electricidad y gas natural pertenecientes a los sectores sujetos a riesgo de deslocalización por fuga de carbono -donde la incidencia de las normas sobre ayudas de Estado puede ser más relevante-, estima el Consejo de Estado que la regulación proyectada no precisa dicha notificación formal, dado que la ley se remite al desarrollo reglamentario, en el que se deberá concretar el importe y cuantía de dichas compensaciones.

Por último, se suscitan también algunas consideraciones en relación con la memoria que, en aras de la mayor claridad y para evitar

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

repeticiones innecesarias, se analizarán en el apartado siguiente, relativo a la valoración de la norma consultada.

VI.- VALORACIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO

El examen de la norma sometida a consulta requiere analizar diversas cuestiones que se tratarán a continuación, sin perjuicio de su posterior concreción en el apartado VII siguiente, al realizar observaciones al articulado y a la parte expositiva del anteproyecto.

1. Consideración de carácter general

El anteproyecto que ahora se consulta se inserta dentro de un conjunto de normas de rango legal que se han tramitado en los últimos años, y que tienen por objeto establecer las medidas necesarias para favorecer la transición hacia una economía descarbonizada, de conformidad con los principios y criterios de lucha contra el cambio climático. En este sentido, cabe hacer referencia a otros anteproyectos también consultados al Consejo de Estado, como es el caso de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética (dictamen número 204/2020, de 12 de marzo), el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes (dictamen número 275/2020, de 13 de mayo), o el más reciente anteproyecto de Ley sobre residuos y suelos contaminados (dictamen número 196/2021, de 15 de abril).

Con ocasión de la emisión de los dictámenes correspondientes a dichas consultas, el Consejo de Estado ha advertido que se trata de normas que tienen un impacto notable no solo desde el punto de vista del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático, sino también de índole económica y social; en efecto, este tipo de normas tienen una relevancia notable desde la economía en general, en relación con determinados sectores industriales y productivos (fundamentalmente, en lo que hace a su competitividad) y para los consumidores domésticos (lo que, a su vez, se

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

traduce en impactos sociales y territoriales relevantes). Estos impactos pueden resultar de diversas circunstancias que se presentan habitualmente en las normas en la materia. Así, en algunos casos, las normas persiguen cambios en las pautas de consumo que puedan favorecer la descarbonización (como ocurre, ahora, con la creación del Fondo, que persigue la electrificación de la economía, o con el citado anteproyecto de Ley de residuos); ello viene acompañado, también, de la imposición de costes a determinadas actividades, con el fin de hacer frente a las externalidades negativas de determinadas actividades de producción (lo que es común a todos los anteproyectos citados, y se puso de manifiesto, acaso de forma paradigmática, en el caso de la modificación sobre el régimen del comercio de derechos de emisión); en fin, en otros casos, se trata de favorecer las inversiones en determinados ámbitos productivos, cuyos costes medioambientales son menores (criterio también común a los anteproyectos citados). Todo ello, como se ha señalado, supone que las normas aprobadas tienen, junto a impactos claramente beneficiosos (como los relativos a la lucha contra el cambio climático), otros que es necesario evaluar y ponderar en el momento de aprobar la norma y posteriormente, en lo que hace a sus efectos.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, en los que la evaluación del impacto de una norma se hace bajo criterios de coste-eficacia (sin perjuicio de que este análisis no deba hacerse en todo caso de una forma concreta y explícita), comparando los costes de la aprobación con los beneficios perseguidos, en el caso de las normas en materia de cambio climático, a menudo el marco de referencia es diferente. En efecto, en esta materia, con frecuencia, los fines perseguidos por la regulación vienen ya dados de antemano, en forma de objetivos impuestos normativamente -tanto por las normas internacionales y europeas, como por las internas-, por lo que, de lo que se trata, más que de comparar los costes y beneficios asociados a la norma que se tramita, consiste en analizar si los costes vinculados a la medida son los más eficaces y eficientes para conseguir los fines ya dados. A estos criterios se hacía referencia, por ejemplo, en el dictamen número 204/2020, de 12 de marzo, en el que se decía lo siguiente:

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

«A este respecto, resulta fundamental, entre otros, el principio de coste-eficacia, al cual alude, por cierto, el borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima recientemente remitido a la Comisión, que en la síntesis del documento (apartado 1.1) pone de manifiesto que "la senda trazada para el cumplimiento de los objetivos fijados para el año 2030 se basa en los principios de neutralidad tecnológica y coste-eficiencia". Con dicho criterio, a diferencia del análisis del tipo coste-beneficio (que persigue valorar los costes que conlleva la elaboración de una norma frente a los beneficios que puede suponer), de lo que se trata es de analizar los mejores medios o alternativas para lograr unos fines dados, en particular cuando, como se pone de manifiesto en la norma con la regulación de los mecanismos de transición justa, la transición a una economía baja en carbono puede suponer riesgos o costes económicos y sociales mayores para determinados sectores».

Este tipo de análisis se vincula con los principios de necesidad y eficacia establecidos en el artículo 129.2 de la Ley 39/2015, conforme a los cuales «*la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución*», y se vincula, en última instancia, con el principio de eficacia, conforme al cual han de actuar las Administraciones públicas, conforme al artículo 103 de la Constitución.

Conviene tener en cuenta, además, que el referido principio está recogido en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, en cuyo resumen ejecutivo, de forma expresiva, se señala que «*la senda trazada para el cumplimiento de los objetivos fijados para el año 2030 se basa en los principios de neutralidad tecnológica y coste-eficiencia*».

En trance de elaborar un proyecto normativo -anteproyecto en el caso de leyes-, estos principios se traducen en dos exigencias para la Administración. En primer lugar, determinan que, como criterio general, deba elegirse aquella medida que supone unos costes económicos y sociales

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

menores que aquellas otras que, a igualdad de resultados, suponen unos costes mayores. En segundo lugar, implica la exigencia de llevar a cabo una evaluación de los costes e impactos de la medida, pues solo a partir de dicha evaluación puede llevarse a la práctica el citado criterio; por lo demás, de conformidad con un criterio de proporcionalidad, esta evaluación deberá ser más exigente cuanto mayores sean los impactos y costes que pueden derivar de la nueva regulación.

A la luz de estos criterios, puede examinarse el anteproyecto consultado.

2. Valoración global del anteproyecto

Como primer consideración, se debe **valorar positivamente la finalidad perseguida**.

A este respecto, como se ha señalado, tanto la CNMC, en sus informes, como la Comisión de Expertos a que se ha hecho referencia, pusieron de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una reforma del sistema de financiación de los cargos del sistema eléctrico, y, en particular, aquellos que tienen por objeto financiar los costes RECORE. En efecto, en el sistema actual son los consumidores de energía eléctrica los que afrontan estos costes y los que han de aportar la mayor parte de la financiación de la penetración de renovables en el ámbito energético; siendo estas externalidades negativas comunes a todas las formas de energía -y más intensas, hoy en día, en el uso del gas natural y productos petrolíferos-, la decisión de compartir aquellos costes de descarbonización se estima coherente con los principios y el marco establecido en relación con la lucha contra el cambio climático. Además, la creación del Fondo, al repartir dichos costes entre los distintos sectores energéticos (electricidad, gas natural y productos petrolíferos) persigue contribuir a bajar los precios de la factura eléctrica, contribuyendo de este modo a la electrificación de la economía. Dicha electrificación es un objetivo fundamental de la política contra el cambio climático, dado que este tipo de energía supone un nivel de emisiones de CO_2 inferior al que resulta de la energía procedente del gas natural y de los productos petrolíferos. Dicho lo

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

anterior, estima el Consejo de Estado, frente a algunas de las consideraciones realizadas por los agentes, que el anteproyecto no puede ser considerado contrario al principio de proscripción de la arbitrariedad, ni a la libertad de empresa, establecido en el artículo 38 de la Constitución.

Se señala en la memoria que dicho Fondo tiene vocación de transitoriedad, lo que es consecuencia de que los RECORE hacen referencia a costes de retribución de instalaciones de renovables que se pusieron en marcha en el pasado, y de que, en la actualidad, como señala la exposición de motivos, estas tecnologías son cada vez más competitivas, y el actual régimen contempla la integración de los costes de este tipo de generación en el precio de la energía en el mercado (y no, por lo tanto, a los cargos). Si bien se echa en falta en la memoria una exposición más acabada de esta cuestión, no parece que dicha transitoriedad vaya a neutralizar las señales de precios e inversiones que persigue el nuevo mecanismo. Pues, por una parte, dichos costes RECORE en los que se incurrió en el pasado van a seguir produciéndose en un volumen importante durante un periodo largo de tiempo; y, por otra, debe tenerse en cuenta que la producción de renovables dará lugar, previsiblemente, a una disminución del precio de la energía eléctrica, según se justificaba en la memoria del Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica, cuyo proyecto dio lugar al dictamen número 576/2020).

No obstante, en relación con la finalidad perseguida por el anteproyecto, se suscitan dudas acerca de si la denominación del Fondo (Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico) es la más adecuada. A este respecto, conviene tener en cuenta que si bien el concepto de sostenibilidad es un concepto integral que tiene diversas dimensiones -y, entre ellas, y de forma fundamental, la relativa a la sostenibilidad ambiental-, es lo cierto que en la vigente Ley del Sector Eléctrico la referencia a dicho término se vincula con la sostenibilidad económica y financiera del sector (como muestra la rúbrica de su título III). Sin embargo, se diría que la finalidad de la creación del Fondo no es, principalmente, la de contribuir a dicha sostenibilidad económica y financiera, sino la de ayudar a la electrificación de la economía, aspecto vinculado con la sostenibilidad ambiental. Se considera, por ello, que debiera

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

explicarse este aspecto en la exposición de motivos y, si se estima oportuno para evitar la confusión, reconsiderar la denominación del Fondo.

Emitido un juicio favorable respecto de la finalidad perseguida por la regulación, es **necesario valorar también los efectos de la regulación proyectada y el análisis de las alternativas que se hace en la memoria**.

A este respecto, y de conformidad con las consideraciones realizadas en el apartado 1 anterior, cabe hacer las siguientes consideraciones:

a.- Primero, a juicio del Consejo de Estado, el análisis que se hace en la memoria del análisis de impacto normativo de los efectos que tendrá la regulación en relación con los precios de los distintos tipos de energía y con los consumidores industriales debe completarse.

El informe de la CNMC es más expresivo de tales impactos, en particular en lo que hace a los efectos en relación con el consumo energético (de electricidad y de gas natural y productos petrolíferos) para la industria. En principio, y al margen de las compensaciones previstas en el artículo 6, que precisarán en todo caso de desarrollo reglamentario y que vendrán limitadas por la normativa de la UE en materia de ayudas de Estado, del referido informe de la CNMC resulta, por una parte, que la norma supondrá un incremento de los costes para el consumidor industrial tanto en lo que hace a la energía eléctrica como a otras formas de energía. Esto segundo es natural y coherente con el reparto de costes que se hace entre los distintos sistemas, pues el abaratamiento de la energía eléctrica supone, como contrapartida, la elevación del precio del gas natural y los productos petrolíferos; en cambio, que para los consumidores industriales se vaya a producir también un incremento de los costes de energía eléctrica es algo que, como dice la CNMC, se presenta en principio como paradójico, y es el resultado, según resulta del informe, de que la disminución de los cargos derivada de la creación del Fondo (que afecta en menor medida a los consumidores industriales que a los domésticos) se verá compensada por el aumento del precio que puede resultar de la obligación de los comercializadores y consumidores directos de energía eléctrica de realizar aportaciones al Fondo.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Esta cuestión ha dado lugar a importantes observaciones en el expediente: por parte de la CNMC, en primer lugar, se ha señalado la necesidad de resolver dichos posibles impactos en los precios para no afectar a la competitividad de la industria; en el trámite de consulta a otros órganos y entidades públicas, se han presentado, en algunos casos, observaciones críticas a la regulación desde esta perspectiva (caso del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y la Comunidad Autónoma del País Vasco); y, finalmente, en el trámite de audiencia e información pública, las asociaciones que representaban a los consumidores industriales han presentado observaciones muy críticas en relación con el anteproyecto, aduciendo el impacto negativo que se producirá en la competitividad industrial, y echando en falta en la memoria una evaluación de estos aspectos.

Es cierto que parte de estos efectos podrán corregirse con las compensaciones previstas en el artículo 6, que habrán de ser desarrolladas reglamentariamente, respetando en todo caso la normativa de la UE. Sin embargo, del expediente no resulta ni con qué extensión -en relación con los agentes- ni con que intensidad estas compensaciones serán susceptibles de corregir los problemas de competitividad industrial que se puedan derivar de la regulación. Por otra parte, el hecho de que la articulación del mecanismo se haga, no por vía de revisión de la fiscalidad, sino de compensaciones en los precios, dará lugar, previsiblemente, a importantes limitaciones en las posibilidades de compensación, como consecuencia de la aplicación de las reglas europeas sobre ayudas de Estado.

A juicio del Consejo de Estado, esta cuestión debe ser abordada en el expediente, y se hacen, por ello, las siguientes consideraciones:

- en primer lugar, debe ser objeto de un examen mayor en la memoria, para dar cuenta de una forma más exhaustiva del impacto previsible de las medidas previstas en el anteproyecto en relación con el consumo industrial de los distintos tipos de energía y, con ello, en la competitividad de la industria;

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

- en segundo lugar, dado que los efectos para la competitividad industrial tendrán, previsiblemente, carácter dinámico, esto es, que irán cambiando según las decisiones adoptadas por consumidores y agentes como consecuencia de la aprobación de la ley, dichos efectos deben ser también objeto de una evaluación *ex post*, en términos que serán luego concretados, que permitan adoptar las medidas correctoras que, en su caso, se estimen adecuadas, siempre de conformidad con el principio coste-eficiencia al que se ha hecho referencia más arriba, y que se plasma en el documento del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima;

- en tercer lugar, en línea con lo sugerido por la CNMC, se considera que debieran preverse -y anunciarse en el anteproyecto con la concreción que sea posible- medidas dirigidas a corregir los efectos negativos que las medidas previstas en el anteproyecto puedan tener para la competitividad industrial; a este respecto, se considera que sería conveniente un mayor grado de detalle en la memoria en relación con las posibles compensaciones previstas en el artículo 6 del anteproyecto en relación con el consumo industrial;

- y por último, se estima también pertinente acompasar la adopción de estas medidas con la entrada en vigor de la ley y con su aplicación gradual -esto es, con el incremento progresivo de las aportaciones, previsto en la disposición transitoria primera-; en concreto, dadas las dificultades que plantea la tramitación de una norma reglamentaria relativa a las compensaciones previstas en el artículo 6 citado, derivadas en buena medida de la necesidad de notificar a la Comisión tales medidas y, previsiblemente, de negociar en dicho espacio el alcance, ámbito e intensidad de las ayudas, sería positivo recoger un mandato para la aprobación, en el menor plazo posible, de dichas medidas, cuya tramitación pudiera ya dar comienzo, sin perjuicio de quedar condicionada su aprobación, lógicamente, a la aprobación como ley del texto que ahora se consulta como anteproyecto.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

b.- En lo que hace a la perspectiva del consumidor doméstico, del análisis conjunto de la memoria y del referido informe de la CNMC, resulta que se producirá un abaratamiento de los precios de la energía eléctrica a costa de un incremento del gas natural y de los productos petrolíferos.

Por otra parte, señala la memoria que esta solución tendrá efectos progresivos, dado que los consumidores con menor renta serán los más beneficiados por la solución prevista. Desde esta perspectiva, la norma merece una valoración favorable, si bien sería conveniente un desarrollo mayor de esta cuestión, con un análisis que pueda respaldar de forma más sólida las afirmaciones realizadas, máxime cuando en el trámite de audiencia e información pública una entidad ha presentado un informe en el que se exponía un parecer diferente. Sería adecuado, por ello, que la memoria recogiera una valoración sistemática del impacto social y, en su caso, territorial, en particular en lo que hace a los consumidores domésticos y al consumo en las zonas rurales y en los territorios insulares. Por otra parte, convendría también dejar constancia al impacto que ello supone en relación con la familia, en el apartado correspondiente de la memoria.

c.- Relacionado con lo anterior está el examen sobre las **alternativas** regulatorias y el análisis que se hace de esta cuestión en la memoria. Se trata de un aspecto que ha sido tratado de forma reiterada -y de forma diversa- en el trámite de audiencia e información pública, y que se vincula de forma estrecha con los principios de necesidad y eficacia recogidos en el artículo 129.2 de la Ley 39/2015.

Como se ha señalado, las opciones con las que cuenta el legislador para financiar los cargos con el propósito perseguido de electrificación de la economía eran fundamentalmente tres: la solución adoptada (creación del Fondo), la financiación de estos costes a través de los Presupuestos Generales del Estado y la revisión de la fiscalidad ambiental y energética.

En lo que se refiere a lo primero -financiación de los RECORE a través de los Presupuestos Generales del Estado-, la conclusión expuesta en la

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

memoria de que las limitaciones presupuestarias en el actual contexto económico de déficit público hacen inviable a medio y largo plazo dicha financiación presupuestaria, es una conclusión razonable.

Más escueta y acaso apodíctica es la memoria en lo que hace a la segunda alternativa expuesta, la revisión de la fiscalidad ambiental y energética. Desde luego, no corresponde al Consejo de Estado pronunciarse sobre cuál sería la mejor alternativa. Pero sí que es necesario señalar que, en este aspecto, la memoria debiera tener una explicación más detallada y expresiva de las razones que han llevado a desechar esta solución. Pues si bien es cierto que dicha revisión de la fiscalidad plantea dificultades regulatorias, como ha sido apuntado, no lo es menos que la solución elegida, como se ha visto, es también susceptible de producir impactos de diverso signo que plantean gran complejidad en cuanto a sus efectos; cabría por ello suscitar, como se ha hecho de forma reiterada en el trámite de audiencia e información pública, si esta alternativa regulatoria hubiera permitido corregir con mayor facilidad los posibles impactos que derivan de la regulación para la competitividad industrial, en virtud del diferente juego que tienen en este ámbito las reglas sobre ayudas de Estado.

A este respecto, se dice en el apartado de la memoria que analiza dichas observaciones de la CNMC, lo siguiente:

> *«A este respecto debe señalarse que la actual propuesta ya supone una traslación importante de los costes de financiación correspondientes al régimen retributivo específico de la actividad generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, a otros sectores productivos y vectores energéticos que hasta la fecha han estado exentos de contribuir al referido coste de financiación. Si bien a medio y largo plazo la implementación de una nueva regulación fiscal energética y ambiental podría resultar también adecuado para la consecución de los objetivos perseguidos por esta ley, se considera que un cambio integral de la fiscalidad necesitaría de un largo periodo de estudio y un enfoque más global de la fiscalidad*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

medioambiental y energética que garantice su coherencia. Por ello, el esquema propuesto se juzga como el idóneo para trasladar de una manera más rápida a los sectores productivos las señales precisas de precio de la energía a todos los sujetos afectados, sin generar presiones adicionales y efectos no deseados que se consideran innecesarias. Además, el instrumento jurídico propuesto (F.C.P.J.) asegura la correcta canalización de las aportaciones realizadas a la consecución de los fines perseguidos (financiación del coste de RECORE), evitando las dificultades adicionales que supone la implementación de otras figuras de naturaleza tributaria». [Énfasis añadido].

Acaso, en relación con este aspecto, pueda tener relevancia la previsión, contenida en la disposición adicional séptima del todavía proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, que en la última versión publicada en el *Diario Oficial de las Cortes Generales* tras la aprobación por el Congreso (de 16 de abril de 2021), contempla en su disposición adicional séptima la constitución de un grupo de expertos para evaluar una reforma fiscal que valorará la fiscalidad verde, reforma que deberá ir acompasada, se dice, con la situación económica.

d.- En definitiva, a partir de las consideraciones expuestas, la regulación proyectada suscita dudas en cuanto a los impactos que puede generar en la competitividad industrial, y en cuanto a la adecuación de la alternativa regulatoria elegida (la creación del Fondo) al fin perseguido, en los términos que han quedado señalados. Estos aspectos pudieran corregirse o disminuirse si se lleva a cabo una adecuada valoración en la memoria, y se consideran las observaciones realizadas.

3. Conformidad a Derecho de la regulación proyectada

A lo largo de la tramitación, distintos agentes han puesto en duda la conformidad a Derecho del anteproyecto. A juicio del Consejo de Estado, por las razones que seguidamente se expondrán, el anteproyecto es conforme a Derecho.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Así, algunas agentes han manifestado que la norma es contraria al *«principio de neutralidad tecnológica»*. A dicho principio alude el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, que expone, ya en su resumen ejecutivo, que «*la senda trazada para el cumplimiento de los objetivos fijados para el año 2030 se basa en los principios de neutralidad tecnológica y coste-eficiencia*». Por su parte, la Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2050 expone también que se construye sobre la base de la neutralidad tecnológica, lo que implica que, en principio, «*las diferentes tecnologías deben tener las mismas oportunidades de desarrollo para ofrecer las mejores soluciones coste-eficientes para la descarbonización de cada uno de los sectores de la economía, no obstante, se deben tener en cuenta el conjunto de externalidades positivas y negativas que acompañan a cada tecnología y su grado respectivo de madurez*». A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, el mecanismo previsto en la ley no es contrario al referido principio, sino al contrario. Pues, por un lado, la norma consultada no se refiere al uso de unas u otras tecnologías, sino de las distintos tipos de generación de energía. Pero, sobre todo, como se sigue del inciso transcrito, el referido principio es compatible con la exigencia de considerar «las externalidades positivas y negativas», lo que, como se ha dicho, es el principio inspirador de la ley, al establecer que los costes de la descarbonización que hoy soporta sobre todo el sistema eléctrico -a través de los cargos que deben abonar sus consumidores para financiar el RECORE- sean también financiados por otras formas de energía (gas natural, productos petrolíferos) que no han contribuido en la misma medida a dicha descarbonización. A este respecto, es expresiva la exposición de motivos de la ley cuando señala lo siguiente:

> *«En síntesis, y puesto que la descarbonización de la economía es una obligación de todo el sistema energético, los esfuerzos asociados a dicha descarbonización deben ser soportados igualmente por el conjunto del sistema energético y no solo por el sector eléctrico, quien por otro lado ha contribuido de manera decisiva al cumplimiento de los sucesivos compromisos de descarbonización asumidos por España en los últimos años».*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

También se ha aducido que el anteproyecto tendría carácter retroactivo, dado que va dirigido a financiar costes en los que se incurrió en el pasado, por el establecimiento de instalaciones de generación renovable, cogeneración de alta eficiencia y renovables. Dicho argumento, de nuevo, carece de fundamento. En efecto, las aportaciones que habrán de realizar los sujetos obligados -comercializadores, consumidores directos y productores al por mayor de los tres sectores energéticos- se refieren a los costes futuros derivados de las retribuciones que, en los próximos años, corresponderá a las instalaciones que hoy están en funcionamiento. En suma, pues, ni la medida es retroactiva, ni, desde luego, puede reputarse contraria, por esta razón, al artículo 9.3 de la Constitución.

En fin, también se ha señalado con anterioridad que, por las razones ya expresadas, no cabe considerar que el anteproyecto sea contrario ni al principio de interdicción de la arbitrariedad ni a la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución.

4. Evaluación *ex post*

En lo que hace a la evaluación *ex post*, señala la memoria lo siguiente:

> *«9. Evaluación* ex post
> *El proyecto de Ley no ha sido incluido en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de septiembre de 2020».*

En relación con esta cuestión, es preciso partir de lo previsto en la Ley 50/1997, del Gobierno, cuyo artículo 25.2 establece, en efecto, que el Plan Anual Normativo debe identificar, con arreglo a los criterios establecidos reglamentariamente, las normas que han de someterse a análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que supone para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Por su parte, el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, establece en su artículo 3 lo siguiente:

> *«2. Los Departamentos ministeriales evaluarán las normas propuestas por cada uno de ellos que hayan sido seleccionadas para su evaluación "ex post", en los términos y plazos previstos en su Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Se analizará, en todo caso:*
>
> *a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.*
>
> *b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias o haberlo sido en menor grado.*
>
> *c) La sostenibilidad de la disposición, considerando los efectos de la norma no previstos directamente por ella que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura.*
>
> *d) Los resultados de la aplicación de la norma, en función del criterio por el que fue sometida a evaluación».*

Como se señalaba en el reciente dictamen número 196/2021, emitido en relación con el anteproyecto de Ley de residuos y suelos contaminados, si bien es cierto que la identificación de las normas que han de ser objeto de evaluación debe hacerse, como regla general, en el Plan Anual Normativo, «*ello no es óbice para que, cuando con ocasión de la tramitación de un proyecto o anteproyecto, se advierte la concurrencia de razones que determinan la conveniencia o necesidad de realizar una evaluación* ex post, *dicha previsión del Plan Anual pueda erigirse en impedimento para ello*». También se recordaba en dicho dictamen que el Gobierno, a la hora de apreciar la necesidad de llevar a cabo una evaluación *ex post*, cuenta con un importante ámbito de discrecionalidad para establecer si procede o no llevar a cabo dicha evaluación. Con todo, el Consejo de Estado, en una doctrina ya reiterada, y que se expone, por ejemplo, en el dictamen número 53/2021, de 11 de febrero, ha señalado lo siguiente:

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

«Ciertamente, los preceptos citados dejan un amplio margen de decisión del Gobierno para adoptar la decisión de si una norma ha de ser objeto o no de evaluación ex post, *por más que, en determinados casos, el Consejo de Estado haya concluido la necesidad de hacer dicha evaluación cuando, a pesar de concurrir las circunstancias contempladas en el artículo 3 del citado Real Decreto 286/2017, la memoria no justifica de forma razonada o razonable la procedencia de hacer la evaluación* ex post».

Dentro de este contexto, pues, cabe plantear las consideraciones incluidas en la memoria sobre la evaluación *ex post*.

En el caso del anteproyecto de Ley que ahora se consulta, se ha puesto de manifiesto a lo largo de la tramitación que tendrá un importante impacto económico general; además, ha sido objeto de especial atención su impacto en el sector industrial (y, en particular, en su competitividad) y social, para los consumidores. Asimismo, resultan relevantes los efectos que tendrá la regulación para los agentes de los diferentes sectores energéticos, derivada no solo del sector concreto en el que desempeñan la mayor parte de su actividad (electricidad, gas natural, productos petrolíferos), sino también del tipo de sujeto de que se trata (generador, comercializador), y la mayor o menor aportación de renovables. Es indudable, por otra parte, el impacto ambiental que tendrá la medida, dado que entre sus objetivos figura el de mandar señales de precios tanto a consumidores como inversores, con el fin de contribuir a la descarbonización de la economía.

Junto a dichas circunstancias, debe tenerse presente, además, que a lo largo de la tramitación se ha señalado la conveniencia de llevar a cabo una revisión de la fiscalidad ambiental y energética (así, por ejemplo, la CNMC), lo que, como se ha señalado, está actualmente previsto en la redacción del proyecto de Ley de cambio climático y transición ecológica, aprobado por el Congreso de los Diputados (pero sin haber culminado la tramitación parlamentaria); la memoria indica, al respecto, que «*a medio y largo plazo la implementación de una nueva regulación fiscal energética y ambiental podría resultar también adecuada para la consecución de los objetivos perseguidos por*

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

esta ley». Se estima, por ello, que de cara a la evaluación de la conveniencia, en su caso, de adoptar medidas en este sentido, resulta necesario evaluar los efectos que derivan de la ley.

Por todo ello, a juicio del Consejo de Estado, debe preverse un mecanismo de evaluación *ex post*, que permita valorar de forma suficiente los importantes impactos que derivarán de la regulación, muchos de los cuales, como se ha indicado, tendrán carácter dinámico. Dicha evaluación, que podría hacerse por la CNMC o por el departamento consultante, permitiría corregir, en su caso, los efectos adversos que pudieran resultar de la regulación y, en todo caso, sería un mecanismo idóneo de cara a futuras medidas relacionadas con la descarbonización que se proponen en el sector de la energía.

5. Problemas planteados en relación con eventuales impagos de las aportaciones

Por diversos agentes, pero sobre todo en el informe de la CNMC, se han señalado los riesgos de impagos por parte de los sujetos obligados a realizar las aportaciones. Se ha subrayado, en este sentido, la difícil situación que se ha producido en los últimos tiempos; así, en el sector eléctrico, se dice, en los últimos años la deuda generada por estas situaciones de impago supera los 100 millones de euros; en el caso del gas natural, los impagos por desbalances superan los 35 millones de euros. Por ello, propone la CNMC que se adopten medidas al respecto, entre las cuales destacan dos: en primer lugar, que se incluya el incumplimiento de las obligaciones de realizar aportaciones entre las causas que pueden motivar la inhabilitación de los sujetos obligados; en segundo lugar, se dice que si bien «*se han reducido considerablemente los plazos de la tramitación de las inhabilitaciones, se considera que habría que establecer medidas adicionales para evitar que la deuda pueda seguir aumentando durante dicho periodo de tramitación, más aún cuando se crea un nuevo concepto como es la aportación al FNSSE que implica el abono de unos importes significativos de carácter trimestral*».

Si bien el segundo aspecto ha de ser objeto de valoración por el departamento consultante, en cuanto podría exigir medidas adicionales a las

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

previstas en el anteproyecto, conviene hacer una consideración en relación con el primer aspecto.

En relación con dicha propuesta, se señala en la memoria que «*las razones que pueden fundamentar la incoación de un procedimiento de inhabilitación se sustentan en el incumplimiento de los requisitos establecidos para el desempeño de estas actividades de suministro, y que tales requisitos se encuentran regulados en normas de rango reglamentario*». «*Por ello -añade-, y valorando la procedencia de esta medida, se pone de manifiesto que su regulación jurídica no necesita de un tratamiento con rango de ley, por lo que se remite al necesario desarrollo reglamentario que esta ley requiere como la sede apropiada para incorporar, en su caso, estas propuestas*».

Ciertamente, la inhabilitación de los agentes está prevista en las normas legales respecto de los incumplimientos de las obligaciones que tienen los operadores de los distintos sectores energéticos; por otra parte, entre dichas obligaciones cabría entender incluidas, tras la aprobación de la ley, la realización de las aportaciones en ella previstas. No obstante, debe tenerse presente que si el propio anteproyecto, en su artículo 9, determina las consecuencias sancionadoras para las conductas tipificadas en el artículo anterior, resultaría cuando menos dudoso que se puedan imponer otras consecuencias no previstas en dicha ley, aunque sean accesorias, por más que estén previstas en otras disposiciones

Por ello, si se estima, como razonadamente propone la CNMC, que debe imponerse la consecuencia de la inhabilitación en los casos de incumplimientos más graves de las obligaciones previstas en ella; y sería más correcto y clarificador que fuera el anteproyecto el que, de forma específica y explícita, estableciera los casos en los que se puede producir dicha inhabilitación. Ello debiera hacerse en el artículo 9, que se refiere a las sanciones por las infracciones tipificadas en el ámbito de la ley. En aras de la mayor claridad, esta consideración será concretada en las observaciones al articulado

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

6. Sobre los criterios para determinar las aportaciones de los sujetos de los sectores energéticos

Otras de las consideraciones realizadas en el trámite de audiencia de forma recurrente por algunas entidades se han referido al cálculo de las aportaciones que deberá hacer cada sujeto obligado. Se ha propuesto que el reparto de las aportaciones tuviera en cuenta criterios medioambientales, como puede ser el volumen de emisiones asociado a la energía suministrada, de forma que aquellos operadores que suministren energía con menor volumen de emisiones vieran disminuidas o incluso suprimidas sus aportaciones.

Se trata, ciertamente, de una de las alternativas regulatorias. No obstante, a juicio del Consejo de Estado tanto la memoria como el informe de la CNMC aportan razones suficientes que justifican la solución adoptada, que consiste en calcular las aportaciones de forma proporcional a la energía aportada, sin tener en cuenta dichos factores. Así, en particular, ha señalado la CNMC que si bien el criterio propuesto «*proporcionaría una señal más robusta hacia los objetivos medioambientales*», también penalizaría aún más a las comercializadoras de productos petrolíferos y gasistas respecto al criterio de proporcionalidad establecido en el anteproyecto. Por otra parte, si, como se ha anunciado, se llevará a cabo una revisión de la fiscalidad ambiental y energética, parece que debiera ser en dicha revisión donde se atienda de forma más directa a los referidos criterios relativos a las mayores o menores emisiones de CO_2.

7. Sobre el impacto de las aportaciones en los precios regulados

Durante la tramitación del expediente, algunas comercializadoras han aducido que, dado que la ley establecerá una nueva obligación de financiación a los comercializadores de referencia de energía eléctrica (COR) y de gas natural (CUR), en las actividades reguladas que realizan dichas empresas debe preverse el coste de tales aportaciones, llevándose a cabo la adecuación de las metodologías de cálculo del precio de venta para el pequeño consumidor (PVPC) y de la tarifa de último recurso del sector gasista (TUR).

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Análogas consideraciones se han realizado en relación con las modalidades reguladas de suministro de gases licuados del petróleo (GLP).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que dichos precios regulados, en el caso del sector eléctrico, deben fijarse de tal «*forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos, aditividad y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado*», de conformidad con el artículo 17.1, segundo párrafo, de la Ley del Sector Eléctrico; análogos criterios se recogen en el artículo 93 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en relación con la tarifa de último recurso.

Atendiendo a estas observaciones, en la última redacción del anteproyecto se ha incluido una disposición final primera, que tiene el siguiente tenor:

> «***Disposición final primera. Actualización del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor y otros precios regulados***.
>
> *Reglamentariamente se podrá modificar la estructura del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para incorporar un término asociado a las aportaciones que los comercializadores de referencia deben realizar al Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico. Esta modificación podrá afectar a otros precios regulados*».

A juicio del Consejo de Estado, lo que debiera recogerse *no es simplemente una habilitación* (en términos potestativos) *sino un mandato* en términos claros y que abarque a todos los precios reguladores que pueden verse afectados por las aportaciones que deberán realizar los sujetos obligados; y dicha adecuación debe ir dirigida a garantizar el principio de suficiencia de

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

ingresos, en línea con lo ya señalado. En aras de la mayor claridad, esta consideración será concretada en las observaciones al articulado.

VII.- OBSERVACIONES AL ARTICULADO

a. Exposición de motivos

En la exposición de motivos, además de corregir algunas erratas (como el cierre del paréntesis en el último inciso del undécimo párrafo del apartado II), debiera modificarse la redacción el último párrafo del apartado IV, en línea con la observación que luego se hace. En dicho párrafo se dice que la disposición final tercera «*elimina*» el apartado 5 del artículo 19 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; la expresión más correcta es «*deroga*» en lugar de «*elimina*», pues este es el mecanismo de pérdida de validez de las normas.

Por otra parte, en el apartado V, relativo a la adecuación de la norma a los principios de buena regulación, cuando se hace referencia a los principios de necesidad y eficacia, sería conveniente justificar por qué la solución adoptada es «el instrumento más eficaz» para conseguir los fines perseguidos, indicando de forma sintética las razones que han llevado a desechar otras alternativas, como las consideradas en la memoria.

b. Artículo 1

El apartado 2 de este artículo dice así:

«2.- El FNSSE se destinará a la financiación, en los términos recogidos en esta ley, de los costes del régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, configurándose por tanto en ingreso del sistema eléctrico de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 24/2013». [Énfasis añadido.]

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

De esta manera, pues, a los ingresos del sistema eléctrico que enumera el artículo 13.2 de la Ley del Sector Eléctrico se une ahora el derivado de la financiación del Fondo. Por ello, y en aras de lograr la coherencia y claridad del marco normativo, debiera modificarse de forma explícita el citado artículo 13.2 en el sentido expuesto, lo que pudiera hacerse en una disposición final.

Por otra parte, en relación con este artículo, se ha discutido en el trámite de audiencia si respeta o no las exigencias del principio de reserva de ley. A este respecto, se ha aducido que la referencia a los «*costes del régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*» deja abierta la posibilidad de que en el futuro se introduzcan nuevos conceptos que serán financiados por el Fondo.

El citado concepto -los costes del régimen específico mencionado- queda definido con suficiente precisión. Se diría que estos costes son los que se ha incurrido en el pasado, que pueden ser determinados de antemano; pero podrían dar lugar también en el futuro a costes adicionales, en la medida en que la falta de madurez tecnológica de determinadas tecnologías pudiera hacer necesario un régimen específico que haya de dar lugar a sobrecostes que, conforme a la finalidad perseguida por la ley, debieran ser soportados por todos los agentes de los distintos sectores energéticos. Con todo, a juicio del Consejo de Estado, lo que exige el principio de reserva de ley al establecer una prestación patrimonial de carácter público no tributaria no consiste en que dichos costes puedan ser determinados de antemano -esto es, que solo se refiera a costes en los que se ha incurrido en el pasado-, sino que se determine con precisión el concepto al que responden. Por ello, en la medida en que dicho concepto queda definido, con remisión, además, al régimen regulado en una norma con rango legal -la citada Ley del Sector Eléctrico-, cabe concluir que el citado apartado es respetuoso con las exigencias del principio de reserva de ley.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

c. Artículo 4

El apartado 1 de este artículo se refiere a los sujetos obligados a realizar las aportaciones al Fondo. Tal y como sugiere la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, sería adecuado que la relación se hiciera en forma de lista, categorizando los distintos sujetos, cada uno en un subapartado distinto de este apartado. De este modo, se daría más claridad a este artículo.

d. Artículo 6

Este artículo regula las compensaciones de costes indirectos. En particular, en los apartados 1 y 2 se establecen compensaciones por las compras de gasóleo a determinados vehículos dedicados al transporte de mercancías y de pasajeros, a los taxis y a los empleados en los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor.

En el trámite de audiencia e información pública, y en algunos informes, se ha señalado que debieran también contemplarse compensaciones, además de por el uso de gasóleo, por el de gases licuados del petróleo (GLP). A este respecto, conviene tener en cuenta que en los últimos años se han aprobado algunas resoluciones que, con distinto alcance, iban dirigidas a favorecer los vehículos que utilizaran GLP, frente a los combustibles tradicionales (gasóleo). En este punto, habida cuenta de que dicha observación ha sido formulada de forma reiterada, se echa en falta una explicación mayor en la memoria, determinando de forma concreta las razones por las que no se considera pertinente dicha compensación en este caso y sí en el supuesto de uso de gasóleo.

Por otra parte, contempla el apartado 4 una habilitación *per saltum* a la persona titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico; dado que dicha habilitación se refiere a un aspecto concreto, como el procedimiento para la determinación y la práctica de la compensación regulada en los apartados anteriores, estima el Consejo de Estado que dicha habilitación no plantea problemas, si bien sería conveniente justificar esta habilitación en la memoria. Además, la referencia que se incluye a que podrá

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

comprender "entre otros" los aspectos que se enumeran debe entenderse en sentido restrictivo, pues, en todo caso, el desarrollo debe ajustarse a los presupuestos establecidos en el propio artículo 6 del anteproyecto, que es el que determina las condiciones previas que se han de cumplir para tener derecho a la compensación; más allá de dichos presupuestos, el desarrollo reglamentario, efectuado además a través de orden ministerial, no puede añadir otros adicionales; todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la necesidad de regular el procedimiento para su reconocimiento, en los términos previstos en dicho precepto.

No obstante, diferente es el caso del apartado 5, en el que la habilitación realizada para regular los términos y condiciones de las compensaciones a los consumidores industriales de electricidad y gas natural pertenecientes a sectores sujetos a riesgo de deslocalización por fuga de carbono implica un amplio ámbito de discrecionalidad para establecer qué entidades podrán beneficiarse de dicha compensación y en qué proporción. Por ello, en este caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, y conforme a las consideraciones realizadas en el dictamen núm. 196/2021 y por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, la habilitación debiera hacerse a favor de la potestad reglamentaria del Gobierno.

e. Artículo 7

Este artículo regula el procedimiento para el pago y aplicación de las aportaciones al Fondo. En el apartado 3 se establece que los sujetos obligados deberán presentar en el primer trimestre de cada año «*las cantidades de energía suministrada y las aportaciones realizadas al Fondo a lo largo del ejercicio anterior*». Lo que se debe remitir, en rigor, es información sobre ambos aspectos, por lo que debe incluirse antes del inciso transcrito una expresión semejante a «... *la información sobre...*».

f. Artículo 8

Este artículo se refiere a las infracciones en el ámbito de las aportaciones al Fondo.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

En el apartado 1.a) se tipifica como infracción muy grave la siguiente conducta:

> *«a) Dejar de ingresar la totalidad de la cuantía anual que corresponda al FNSSE dentro del periodo de la obligación cuando la contribución anual sea superior a 5 millones de euros».*

Estima el Consejo de Estado que la expresión del tipo es ambigua y, en realidad, trata de tipificar una conducta distinta de la que realmente contempla. Esta ambigüedad, que se refiere al inciso "*dejar de aportar la totalidad*", puede exponerse de forma más clara con un ejemplo: si una entidad tiene que realizar una aportación de, por ejemplo, 6 millones de euros, y aporta solo 5,99 millones de euros, ha dejado de ingresar la totalidad de la cuantía total (dado que esta era de 6 millones de euros). Sin embargo, no parece que la gravedad de la conducta provenga tanto de la cantidad que debe aportar la empresa, sino de la que deja de aportar. También podría entenderse que dejar de aportar la totalidad se refiere, en el ejemplo expresado, a no aportar los 6 millones de euros, lo que daría lugar a entender que el tipo no se cumple cuando se aporta una parte (se dejaría de aportar "una parte", pero no la totalidad); pero esta interpretación también sería absurda, pues, en este caso, bastaría con aportar una mínima suma (1 euro), para entender que no concurre la infracción. Procede, por lo tanto, dar mayor claridad al precepto, cualquiera que sea su finalidad. Con todo, estima el Consejo de Estado que el tipo no debe atender -o no exclusivamente- a la cuantía de la aportación que viene obligada a realizar una empresa, sino la cantidad que se ha dejado de aportar. Por ello, parece que sería más correcta la redacción de este precepto si se refiriera a la siguiente conducta: «*Dejar de ingresar todo o parte de la cuantía anual que corresponda al FNSSE dentro del periodo de la obligación, cuando la cantidad no aportada sea superior a 5 millones de euros*» (o la cantidad que se estime ajustada al principio de proporcionalidad de la infracción).

En el apartado 1.b) se tipifica como infracción muy grave «*el falseamiento u ocultación de datos sobre las ventas y/o consumos de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración*». En relación con este apartado, y teniendo en cuenta las exigencias del principio

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

de proporcionalidad, debiera concretarse más la conducta que se tipifica, haciendo referencia a la especial relevancia que tenga dicho falseamiento u ocultación o a la gravedad de sus consecuencias en relación con la aportación que estuviera obligado a realizar el sujeto pasivo.

Por otra parte, debe revisarse, igualmente, la infracción grave contemplada en la letra a) del apartado siguiente, que se formula en los términos siguientes: «a) *Dejar de ingresar la cuantía anual que corresponda al FNSSE dentro del periodo de la obligación cuando la contribución anual sea superior a 500.000 euros e inferior a 5 millones de euros*». En los términos en que está formulada, queda fuera del tipo la conducta de aquella entidad que, debiendo aportar una cantidad de más de 5 millones de euros, deje de aportar cualquier cantidad -por ejemplo, 2,5 millones de euros-, lo que, como se acaba de ver, tampoco parece que sea la conducta que el apartado 1 quiere tipificar como infracción grave. Por otro lado, si el apartado 1 se refiere a supuestos en los que la aportación sea superior a 5 millones de euros y el apartado 2 a supuestos en que sea inferior a dicha cantidad, se dejaría fuera el supuesto -estadísticamente improbable, pero posible- de que la aportación fuera justo de 5 millones de euros. De nuevo, se propone la siguiente redacción: «*Dejar de ingresar todo o parte de la cuantía anual que corresponda al FNSSE dentro del periodo de la obligación, cuando la cantidad no aportada sea superior a 500.000 euros e inferior o igual 5 millones de euros*».

La infracción grave del apartado 2.b) se define en los siguientes términos: «*b) La comunicación de datos inexactos sobre las ventas y/o consumos de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración, cuando suponga un beneficio para el infractor*». De nuevo, este tipo suscita dudas. Dado que dejar de ingresar una cuantía inferior a 500.000 euros no se contempla como infracción grave (sino como leve, apartado 3.a), no parece que sea ajustado al principio de proporcionalidad que se tipifique como infracción grave cualquier omisión o inexactitud sobre las ventas, cuando ella suponga un beneficio, por pequeño que sea, para el infractor. Por ello, debe darse una mayor concreción del tipo, para lo cual pudiera hacerse referencia a la circunstancia de que dicha comunicación de datos inexactos pudiera impedir determinar cuál es la aportación que ha de

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

realizar el sujeto o, cuando como consecuencia de dicha conducta, se pudiera derivar un beneficio importante para el sujeto obligado a realizar la aportación. Se sugiere, por ello, reconsiderar esta infracción, dándole una formulación más adecuada al referido principio de proporcionalidad.

En fin, también plantea dudas la tipificación como infracciones graves de las conductas previstas en las letras c) a f) del apartado 2, relativas al retraso en la comunicación de datos y a supuestos de utilización o suministro de gasóleo por el que se solicita compensación, cuando no se tiene derecho a ella, sin incluir una referencia a la cantidad dejada de pagar. No cabe ignorar que la sanción por las infracciones graves puede ir de 600.001 a 6.000.000 de euros, y que la imposición de una sanción semejante cuando, por ejemplo, se produce un uso esporádico o aislado de gasóleo para el que se solicita compensación por el que no tiene derecho a ello, puede ser contrario al principio de proporcionalidad. En este sentido, para corregir esta situación, pudieran contemplarse como infracción leve las conductas recogidas en los apartados c) a f) cuando por su carácter esporádico o por lo reducido de las cantidades dejadas de aportar, no se estimen merecedoras del reproche asociado a las infracciones graves.

En relación con la infracción leve consistente en «*Dejar de ingresar la cuantía anual que corresponda al FNSSE dentro del periodo de la obligación cuando la contribución anual sea igual o inferior a 500.000 euros*», se propone darle una redacción análoga, *mutatis mutandis*, a la ya propuesta en relación con los subapartados a) de los apartados 1 y 2.

Por último, en el tipo contemplado en el apartado 3.b), en lugar de hacer referencia a que la conducta «*no suponga un beneficio para el infractor*» seria más coherente con el principio de proporcionalidad la sustitución de dicho inciso por otro semejante al siguiente: «*cuando el efecto sobre la deuda sea de poca entidad*», u otra expresión semejante.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

g. Artículo 9

En línea con las observaciones realizadas por la CNMC, y con las consideraciones antes expuestas, en el caso de que se estime que se debe imponer la inhabilitación como sanción a aquellos sujetos que incumplan las obligaciones de realizar aportaciones al Fondo, cuando estas conductas entrañen una especial gravedad, debiera preverse esta consecuencia sancionadora en este precepto. Se sugiere, por ello, reconsiderar esta cuestión.

Además, en relación con el apartado 9 debe considerarse la conveniencia de poner un límite mínimo a las infracciones leves.

Por otra parte, la redacción del apartado 3 y 4 de este artículo debe ser objeto de alguna mejora. En este sentido, no parece acertada la referencia que se hace a la disminución de la antijuridicidad; por ello, en lugar de decir que se aprecie «*una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho*», sería más correcto que se aludiera a «*se apreciara una menor gravedad de la conducta por la disminución de la culpabilidad del infractor o de las consecuencias de los perjuicios causados*». Por otra parte, convendría adecuar y coordinar la redacción de los apartados 3 y 4, contemplando la posibilidad de incluirlos en un solo apartado.

h. Artículo 11

Este precepto establece, en su apartado 1, el plazo máximo para la resolución y notificación de los procedimientos sancionadores, que será de dieciocho meses «*desde la fecha de notificación del acuerdo de iniciación*». Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, con carácter general, la Ley 39/2015 establece que dicho plazo se computará desde la fecha del acuerdo de iniciación (artículo 21.3.a). Se estima, por ello, que sería más adecuado recoger el mismo criterio en este artículo. Por otra parte, en el mismo apartado, mejor que hacer referencia al plazo máximo para la «resolución y notificación en estos procedimientos sancionadores» debiera decirse algo semejante a lo siguiente: «para notificar la resolución».

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

El apartado 2 regula la competencia para la imposición de las sanciones, que será del Consejo de Ministros para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones muy graves, de la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para las graves, y de la Secretaría de Estado de Energía en el caso de las leves.

Si bien, en principio, estas reglas de competencia parecen adecuadas, dado el importe de las sanciones asociadas a cada tipo de infracción, su aplicación práctica pudiera plantear efectos no deseados. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, dentro de las infracciones muy graves, se contempla «*El falseamiento u ocultación de datos sobre las ventas y/o consumos de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración*». No obstante, no cabe ignorar que, aun tipificándose una conducta como muy grave, de conformidad con el apartado 3 del artículo 9, a dicha conducta se le puede imponer la cuantía de la sanción que resulte de aplicar «*la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que preceden en gravedad a aquella*», siempre que se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad o, dada la situación del infractor, se estime que es manifiestamente desproporcionada la sanción correspondiente a infracciones muy graves. Ello puede dar lugar a que se atribuya al Consejo de Ministros la competencia para imponer sanciones por faltas muy graves, aun cuando la cuantía de la multa sea la correspondiente a infracciones graves o incluso leves. Se diría que, en estos casos, pudiera estar justificado que la competencia se atribuya a la persona titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

i. Artículo 12

En este artículo, se diria que los apartados 6 y 7, que recogen ciertas reglas aplicables cuando la infracción pueda ser constitutiva de delito, debieran integrar un único apartado. Por otra parte, se sugiere, en línea con las observaciones realizadas por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, suprimir aquellas reglas de este artículo que no hacen más que reiterar las recogidas con carácter general en la Ley 39/2015, lo que contribuiría a simplificar la redacción.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

j. Disposición transitoria primera

Dice su apartado 1 lo siguiente:

«1. A los efectos de permitir una adecuada adaptación por los sujetos obligados y los consumidores energéticos, la aplicación del FNSSE se realizará de manera progresiva y lineal en los 5 años posteriores al de la entrada en vigor de esta ley».

A juicio del Consejo de Estado, esta redacción pudiera ser objeto de alguna mejora. Lo que ha de ser gradual no es «la aplicación del Fondo», sino el porcentaje de financiación por parte de dicho Fondo de los costes establecidos en el artículo 1. Se sugiere, por ello, mejorar la redacción.

k. Disposición transitoria segunda

Esta disposición determina la cuantía a abonar por los sujetos obligados para cubrir los costes de 2021, que será de 0,84 €/MWh. En la memoria debieran explicitarse de forma más exhaustiva los criterios y, en su caso, cálculos que han determinado el importe de dicha cuantía.

l. Disposición final primera

Esta disposición establece:

«Reglamentariamente se podrá modificar la estructura del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para incorporar un término asociado a las aportaciones que los comercializadores de referencia deben realizar al Fondo Nacional para la Sostenibilidad del Sistema Eléctrico. Esta modificación podrá afectar a otros precios regulados».

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Como se ha señalado en el apartado VI.7, en rigor, esta habilitación seria innecesaria, pues el Gobierno cuenta ya con la genérica recogida en la Ley del Sector Eléctrico para regular dicho precio regulado. Sin embargo, la función que debe tener esta disposición no consiste tanto en recordar dicha habilitación como en introducir el mandato al Gobierno para que adecue la regulación del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor a la regulación recogida en la ley. Por otra parte, también debiera hacerse referencia a otros precios regulados en el ámbito del gas natural y de los productos petrolíferos. Se propone revisar la redacción para establecer la adecuación de dicha regulación a la ley en términos de mandato con el alcance expresado.

Por otro lado, el contenido de esta disposición podría incluirse, como párrafo segundo, en la actual disposición final tercera, lo que daría mayor sencillez a la norma.

m. Disposición final cuarta

Esta disposición establece lo siguiente:

«Se suprime el artículo 19.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico».

Esta previsión plantea dos tipos de consideraciones, una formal -de menor relevancia- y otra de fondo.

En cuanto a lo primero, como indica la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, debiera sustituirse la expresión "suprime" por "deroga", e introducirse en una disposición derogatoria, salvo que, como se propone, se incluyan también en la disposición final otras modificaciones de la Ley del Sector Eléctrico (como la ya propuesta del artículo 13), caso en el cual dicha derogación podría incluirse como uno de los subapartados que lleve a cabo dicha modificación.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

Por otra parte, es preciso también hacer alguna consideración de fondo sobre la solución adoptada. Conviene partir, para ello, de recordar que en el trámite de audiencia e información pública, y también en los escritos presentados ante el Consejo de Estado, se ha señalado por algunas asociaciones y entidades que, dada la situación del sistema eléctrico, en el que se produjo un déficit inicial los daños anteriores, no parecía que la solución señalada fuera la más adecuada.

Para analizar la cuestión, debe partirse de que, como señala la exposición de motivos, resulta importante garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, dadas las circunstancias concurrentes actualmente (que se califican de «situación estructural que no hará sino agudizarse en los próximos años»), caracterizadas por una bajada de la demanda y de los precios; en este contexto, parece obligado adoptar medidas dirigidas a garantizar, en lo posible, dicha sostenibilidad. No cabe duda de que el artículo 19.5 de la Ley del Sector Eléctrico, que impedía revisar los cargos a la baja mientras las partidas de costes reflejen deudas pendientes de años anteriores, se articuló, en principio, como una medida dirigida a garantizar dicha sostenibilidad. Dicho artículo dice así:

> *«5. En todo caso, mientras las partidas de costes del sistema eléctrico reflejen pagos que correspondan a deudas pendientes de años anteriores, los cargos no podrán ser revisados a la baja».*

De este modo, pues, conforme a dicho artículo no es posible revisar a la baja los cargos, como componente de la factura, mientras existan deudas del sistema eléctrico, deudas que son consecuencia del déficit en que incurrió dicho sistema en el pasado, y que, de acuerdo con los propios mecanismos hoy vigentes, se irán pagando en los próximos años (razón por la cual uno de los componentes de los cargos es, precisamente, el relativo a los costes anuales de dicho déficit).

No obstante, la circunstancia de que ahora se establezca que las aportaciones del Fondo irán destinadas a cubrir parte de los costes que se financiaban por los cargos (por uno de sus conceptos, RECORE), determina

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

como consecuencia obligada que dichos cargos vayan a ser reducidos en la cuantía correspondiente a dicha financiación por el Fondo.

Sin embargo, la norma va más allá, pues no solo permite dicha reducción en la medida indicada, sino que elimina totalmente la prohibición, de forma tal que los cargos podrán ser reducidos aunque existan deudas pendientes de los años anteriores. Ciertamente, la razón que se da para ello es relevante: se indica que los superávits de los años anteriores no han podido emplearse en reducir la deuda anterior, por circunstancias, al parecer, vinculadas con el mercado financiero. Siendo ello así, se diría, pues, que no existe razón para mantener dicha prohibición, dado que el superávit de los años anteriores no puede dedicarse a reducir dicho déficit anterior. No obstante, tampoco cabe ignorar que el superávit de años pasados ha permitido corregir, al menos en parte, el déficit inicial que se ha producido en los últimos años, lo que se ha llevado a cabo a través de la Orden TED/952/2020, de 5 de octubre, por la que se aplica el superávit del sistema eléctrico para cubrir los desajustes temporales y las desviaciones transitorias entre ingresos y costes de los ejercicios 2019 y 2020. Esto es: dicho superávit se ha manifestado como un instrumento que ha permitido corregir dicho déficit, aun cuando no de acuerdo con la funcionalidad inicialmente atribuida a la prohibición que ahora se deroga.

A partir de las consideraciones realizadas, el Consejo de Estado no estima que dicha derogación sea objetable. Pero, dada la situación estructural que compromete la sostenibilidad del sistema eléctrico, lo que queda reflejado en la propia exposición de motivos de la ley, resulta necesario -y se diría que urgente- la adopción de medidas dirigidas a garantizar dicha sostenibilidad. En esta línea, sería conveniente, si no se incluyen medidas en el anteproyecto, incluir una referencia a esta cuestión en la exposición de motivos y en la memoria. Ello, en efecto, se estima necesario, desde luego, desde la perspectiva de la garantía de dicha sostenibilidad; pero constituye también una medida adecuada en un contexto económico en el que, como señala el párrafo inicial del apartado III de la exposición de motivos, es necesario dar certidumbre sobre la solvencia económica del sistema eléctrico.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532

n. Anexos

En la memoria debieran justificarse las cuantías y criterios recogidos en el anexo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones realizadas en el cuerpo de ese dictamen, puede V. E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el anteproyecto de Ley sometido a consulta".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 13 de mayo de 2021
LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA CUARTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO.

02 JUN. 2021 19:00:21 Entrada: 130532