



EL IMPUESTO PORTUGUÉS SOBRE LA ENERGÍA Y EL ESTADO DE DERECHO

João Macedo Vitorino / João Comenda António

Un viento tributario que viene de España

Todo empieza en año de 2013, cuando en España se publica la Ley 15/2012, de 27 de diciembre (modificada posteriormente por la Ley 9/2013, de 13 de julio), creando un impuesto especial del 7% cobrado a los productores de electricidad: el Impuesto al Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (IVPEE). Le siguió en Portugal el Decreto-Ley 74/2013, de 4 de junio (la "Ley de Clawback") estableciendo un mecanismo con la finalidad anunciada de corregir los desequilibrios entre los productores de electricidad, causados por distorsiones derivadas de acontecimientos en otros Estados miembros de la Unión Europea.

El impuesto energético español ha generado mucha controversia judicial. El Tribunal Supremo español argumentó la ilegalidad de este mecanismo al considerar que este impuesto no sería exclusivamente un impuesto medioambiental, ya que gravaría indiscriminadamente a todos los productores de energía. Además, creaba un posible problema de doble imposición con el Impuesto de Actividades Económicas al que ya estaba sometida la producción de energía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español rechazó este entendimiento y se pronunció por la adecuación del impuesto energético a la Constitución española. El asunto llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y España arriesga un caos en las cuentas de su sistema eléctrico si el TJUE se pronuncia en contra el IVPEE (el cual vale 1.500 millones de euros al año, habiendo sido ya recaudado en el entorno de los 10 mil millones de euros desde 2013) dando razón a quienes entienden que su verdadera naturaleza es la de un impuesto indirecto sin finalidad específica, con exclusiva voluntad recaudatoria.

En 2018, las autoridades españolas decidieron suspender el impuesto sobre la energía durante seis meses con el fin de reducir los precios de la electricidad para los consumidores. Esta decisión fue temporal y aparentemente contraproducente. El impuesto sobre la energía se volvió a efectivizar en 2019.

Con la creación del IVPEE, las compañías eléctricas españolas habrán aumentado sus precios de mayorista impactando en el precio del mercado en OMIE (el mercado diario del MIBEL), lo que supuestamente benefició a los productores portugueses integrados en el mismo mercado y que no pagaban el impuesto español, recibiendo así beneficios inesperados.

Portugal responde

En Portugal, el Gobierno impuso una tasa a la producción de energía (el "Clawback") de 6,5/MWh, mediante la Orden nº 11566-A/2015, de 3 de octubre, que la Orden número 9955/2017, disminuiría a 4,75 euros/MWh. Esto se hizo al amparo de la Ley de Clawback, con el citado argumento de que los productores portugueses estaban recibiendo beneficios extraordinarios. Dicha Orden nunca llegó a aplicarse por falta de mecanismos de cálculo del Clawback.

El Decreto-Ley 104/2019, de 9 de agosto, modifica la Ley de Clawback permitiendo un prepago para mitigar temporalmente el desfase entre la comprobación del hecho externo (en este caso, la comprobación de que el impuesto energético español sigue vigente) y la respectiva compensación (es



decir, el Clawback portugués). También permitió ajustar el evento externo a la tecnología de producción de electricidad en la que se centra, para evitar distorsiones de aplicación indiferenciada a las diferentes fuentes de producción de energía. Es importante destacar que el nuevo artículo 1.º-A de la Ley de Clawback estableció expresamente que los clawback se aplican a los productores de electricidad.

En el Decreto 282/2019, de 30 de julio fue requerido que ERSE, el regulador del mercado energético portugués, presentase, anualmente, un informe sobre el impacto en la formación del precio medio de la electricidad en el mercado mayorista portugués para medidas y eventos registrados en la Unión Europea. El ERSE publicó su primer informe en septiembre de 2019, en el que consideraba que la reinstauración del impuesto energético español era un evento que podía causar un desequilibrio en el mercado que requería una compensación a través del mecanismo de clawback.

En consecuencia, el Clawback aplicable a los productores portugueses respecto a la producción de energía se fijó en el valor en 6,27 euros/MWh para 2018 y en 4,18 euros/MWh para 2019, mediante la Orden número 8521/2019, de 26 de septiembre.

El prepago para 2020 se ajustó a 2,24 EUR/MWh mediante la Orden número 6740/2020, de 30 de junio, para internalizar hechos locales que afectaron al Sistema Eléctrico Nacional ("SEN") como la fiscalidad de los productos petrolíferos y de la energía; la contribución extraordinaria sobre el sector energético y; la tarifa social de la electricidad.

Resoluciones y aclaraciones

Toda esta compleja producción normativa suscitó muchas dudas entre los productores, primero sobre cómo funcionarían los mecanismos de clawback, ya que en la versión inicial de la Ley de Clawback faltaban las herramientas para calcular el importe que se cobraría a los productores. Posteriormente, sobre a quién se aplicaría el Clawback.

La Secretaría de Estado de Energía portuguesa emitió el 16 de diciembre de 2019 una resolución (la "Resolución") en la que se establece, en primer lugar, que la activación del mecanismo de la Ley Clawback se limita a eventos externos al SEN con efectos en la formación de los precios de mayorista en OMIE; en segundo lugar, que todos los productores eléctricos que vendan electricidad a un precio por referencia a OMIE, independientemente de la fuente primaria utilizada por las respectivas centrales, estarían cubiertos por este régimen.

Por otro lado, los productores eléctricos que operan centrales eléctricas con una retribución que no depende directamente del mercado diario del MIBEL no están cubiertos por este mecanismo, aunque participen en el OMIE, siempre que los ingresos obtenidos por las respectivas centrales estén predeterminados en los respectivos contratos de desinversión, y no varíen en función de la evolución de los precios en el mercado diario del MIBEL.

El mismo entendimiento debe aplicarse a los contratos de compra de energía entre los productores de electricidad que no se benefician de ningún mecanismo de retribución fija y los clientes finales/suministradores, para la entrega física de la electricidad en un punto concreto, a un precio determinado, ya que no generarán ningún beneficio inesperado.

Pero si generan algún beneficio inesperado, aunque el artículo 1.º-A de la Ley de Clawback sólo establecía que este cargo se aplicaría a los productores de electricidad, la Resolución extiende el Clawback también a los suministradores, a las empresas comercializadoras de electricidad.



En una aclaración adicional, con fecha de 27 de julio de 2020 (la Aclaración"), la Secretaría de Estado de Energía portuguesa determinó que en el caso en que el suministrador adquiera electricidad de un productor en virtud de un PPA a precio fijo para venderla en OMIE, recibiendo el respectivo precio marginal como retorno, se producirá un aumento de la ganancia con la naturaleza de un beneficio inesperado en la esfera del proveedor, que debe estar sujeto al mecanismo de la Ley de Clawback. En estos casos, el proveedor deberá abonar el importe del cargo de Clawback al productor, siendo éste el responsable de entregarlo a la REN (que, como operador de la red de transporte, ha sido elegida como responsable de la recaudación del cargo de Clawback).

Se pierde la confianza en los reguladores

Cuando creó el Clawback utilizando la Ley de Clawback para ese efecto, el Gobierno portugués (y ERSE) asumió que una variación en la fiscalidad española de la energía crea una ventaja extra-mercado en Portugal que tiene que ser contrarrestada a través del mecanismo de la Ley de Clawback.

Esta suposición es, cuando menos, discutible. La intención declarada (otra podría ser la oculta) de la Ley de Clawback era proteger el mercado eléctrico mediante la corrección de distorsiones no originadas en el entorno del propio mercado. Pero, por su naturaleza, no podemos incluir en tales distorsiones las causadas por cualquier acción voluntaria de los Gobiernos ibéricos, especialmente si esas acciones toman la forma de un impuesto. Las diferencias entre los impuestos portugueses y españoles no son susceptibles de ser equilibradas por el simple mecanismo de clawback creado por la Ley de Clawback: los tipos de IVA más bajos aplicables en España, son un buen ejemplo, ya que no han causado ni deben causar que el Gobierno portugués ofrezca ningún incentivo a los productores de energía portugueses para contrarrestar el tipo más alto del IVA portugués.

Cualquier carga impuesta a los productores o proveedores de energía portugueses para equilibrar un nuevo impuesto sobre la energía en España es, en esencia, un nuevo impuesto en Portugal, una carga impuesta generalmente por el Estado portugués sobre un tipo específico de transacciones: en nuestro caso, la venta de energía cuando se vende en OMIE o a un precio relacionado con OMIE. En España se ha cuestionado qué tipo de impuesto es el IVPEE, pero nunca hubo dudas sobre la naturaleza tributaria de esta contribución sustancialmente idéntica al Clawback (aunque con un alcance más amplio) que los productores de energía han sido llamados a pagar.

Los artículos 165.º y siguientes de la Constitución portuguesa establecen que todo nuevo impuesto, toda modificación del ámbito de aplicación de un impuesto o de los sujetos pasivos y de los tipos impositivos requiere la promulgación de una ley formal del Parlamento portugués. En consecuencia, cualquier tasa creada al amparo de la Ley de Clawback (que, por cierto, es un Decreto-ley promulgado por el Gobierno portugués en el marco de sus competencias legislativas, y no por el Parlamento) que se corresponda materialmente con un nuevo impuesto, como ocurre con el Clawback, viola la Constitución portuguesa.

Para empeorar las cosas, la Resolución y la Aclaración modifican el Clawback y lo extienden a las comercializadoras de energía eléctrica, haciendo tabla rasa del artículo 1.º-A de la Ley de Clawback, que establece claramente que sólo los productores están sujetos al mecanismo de Clawback, sin referencia a las comercializadas. La Resolución y la Aclaración han venido a luz en el marco de las competencias ejecutivas de la Secretaría de Estado de Energía portuguesa, lo que añade una segunda capa de problemas constitucionales y jurídicos: la Secretaría de Estado de Energía portuguesa no tiene competencia legal para pronunciarse sobre el alcance y sobre la base (objetiva y subjetiva) imponible del



Clawback, esta competencia pertenece al Parlamento portugués; tampoco tiene competencia para modificar un decreto-ley dictado por el Gobierno.

Esta larga sucesión de acontecimientos, que hemos intentado resumir en este artículo, penaliza la competitividad del mercado eléctrico portugués con un impuesto aleatorio que, un día se aplica sólo a los productores y a un determinado tipo de transacciones, pero al día siguiente puede aplicarse a diferentes tipos de transacciones y a otros agentes del mercado, con tipos impositivos variables e imprevisibles, todo ello por decisión de un miembro del Gobierno. El Clawback no solamente socava la creación de un mercado de PPAs financieros en Portugal, privando a todos los agentes del mercado de sus beneficios; sino que añade, en un momento en el que Portugal está haciendo un enorme esfuerzo para fomentar la producción solar fotovoltaica nacional, un alto grado de preocupación, especialmente entre los agentes del mercado de las renovables que ya no saben qué esperar de los responsables portugueses de la fiscalidad de la energía.

La imposición del Clawback se hace una manera que, en nuestra opinión, desatiende los límites para protección de todos los ciudadanos establecidos en la Constitución portuguesa en materia de impuestos. Y, lo más importante, pone en causa el estado de derecho (el principio del *rule of law*) que damos por adquirido en países democráticos, pero que en estos días vemos puesto en causa donde menos esperamos.

16 de febrero de 2021

Este artículo (traducción con ligeras modificaciones de otro publicado en inglés el pasado mes de noviembre) refleja únicamente la opinión personal de sus autores, no siendo vinculante para Macedo Vitorino & Associados. Las opiniones expresadas en este artículo que tratan de asuntos legales son de carácter general y no deben ser considerarse como asesoramiento profesional. En caso de necesitar asesoramiento jurídico sobre estas cuestiones, deberá ponerse en contacto con un abogado. Si usted es cliente de Macedo Vitorino & Associados, puede ponerse en contacto con nosotros por correo electrónico dirigido a mva@macedovitorino.com.