



Roj: **STS 1387/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1387**

Id Cendoj: **28079130032020100119**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/06/2020**

Nº de Recurso: **233/2018**

Nº de Resolución: **691/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 691/2020

Fecha de sentencia: 08/06/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 233/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: MINISTERIO INDUSTRI Y ENERGIA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 233/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 691/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor



D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 8 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 233/2018, interpuesto por INTEGRACIÓN EUROPEA DE ENERGÍA SAU (INTEGRA), representada por el Procurador D. Juan Luis Navas García, con la asistencia letrada de D. Ramón Nicolás Vázquez del Rey Villanueva, contra la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, para el año 2018. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Integración Europea de Energía SAU (INTEGRA), presentó escrito de interposición el 16 de mayo de 2018.

Se tuvo por interpuesto el recurso contencioso administrativo contra la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018, reclamándose el correspondiente expediente administrativo.

Recibido el expediente administrativo en dos CDs, se requirió a la Administración la remisión del CD 2 en su versión no confidencial.

SEGUNDO.- La mencionada mercantil interpuso demanda mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2018 en la que formulaba los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- Vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido para aprobar la orden recurrida.

1.- Cuestión previa: la Orden ETU/257/2018 no es un acto administrativo sino una disposición de carácter general.

2.- Hubiese sido preceptivo el dictamen del Consejo de Estado.

3.- Incluso si fuera acto administrativo, la Orden debe invalidarse por dos razones fundamentales: (i) por no tener constancia de haberse emitido informe por la Sala de la Competencia de la CNME, y (ii) por no haber sustanciado realmente un trámite participativo de audiencia y no resultar congruente con él la Orden recurrida. (iii) no existe la más mínima consideración en todo el expediente al consumidor, que una vez más, no a resultado afectado por las obligaciones que se imponen, toda vez que la Directiva contempla que son precisamente los consumidores finales los que deben afrontar costes de inversión de medidas que repercuten en la eficiencia energética.

Segundo.- El sistema de aportaciones desarrollado por la Orden recurrida para 2018 es una medida de las previstas en el artículo 20 de la Directiva, aunque contraria a la misma, ni tampoco una medida alternativa de las previstas en el artículo 7.9 de la Directiva, al no regularse el sistema alternativo de CAEs.

Alega que la Directiva 2012/27/UE prevé en el art.7, como uno de los mecanismos para conseguir el objetivo de eficiencia energética, el establecimiento por cada Estado miembro de un sistema de "certificados en blanco" (CAEs) a nivel nacional, mientras que el art. 20 de la Directiva menciona la posibilidad de los Estados miembros de crear un Fondo nacional de eficiencia energética, como mecanismo adicional al sistema de certificados blancos dentro del sistema de obligaciones de eficiencia energética, y como puede verse del tenor de la Directiva, ambos mecanismos no se encuentran en situación de paridad, sino que prima el sistema de "certificados blancos" y considera opcional el sistema de aportaciones a los Fondos nacionales.

Tercero.- El FNEE no cumple con algunos de los requisitos contemplados en los apartados 10 y 11 del art. 7 de la Directiva 2012/27/UE.

La Administración demandada nunca ha considerado el FNEE como una especie de medida alternativa del art. 7.9, sino que se creó al amparo de lo previsto en el art. 20 de la Directiva, cobertura normativa que el TJUE ha rechazado frontalmente.

Cuarto.- La Orden ETU/257/2018 es inválida al haberse dictado sin que previamente se hubiese aprobado un sistema de CAEs: Interpretación de la Ley 18/2014 conforme al **Derecho** Comunitario.



Quinto.- La Orden ETU/257/2018 incurre en discriminación y vulnera el principio de libre competencia de los comercializadores independientes como INTEGRA.

La Orden genera situaciones no objetivas y discriminatorias vedadas por el ordenamiento comunitario por cuanto no se han tenido en cuenta las particularidades nacionales a la hora de determinar como mecanismo único para la consecución del objetivo de eficiencia energética las aportaciones al FNEE.

Sexto.- la Orden es una prestación patrimonial de carácter público. Vulneración de las Directivas sobre impuestos especiales y doble imposición.

Alega que la obligación pecuniaria impuesta por la Orden recurrida constituye una prestación de carácter patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria, lo que determina la vulneración de las previsiones sobre la imposición de impuestos especiales, y en su caso, incurrir en un supuesto de doble imposición en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad.

Por todo ello solicita dicte sentencia en la que, estimándola, con expresa condena en costas a la parte demandada:

(iii) DECLARE la nulidad de la Orden ETU/257/2018.

(iv) Ordena a la Administración a abstenerse de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta que no se desarrolle normativamente el sistema de Certificados de Ahorro Energético.

(v) Caso de considerar la Sala que la Orden recurrida es conforme a la Ley 8/2014, declare la inaplicación de dicha norma por resultar contraria a la Directiva 2012/27/CE.

(vi) Caso de estimación de cualquiera de los anteriores pedimentos, se ordene a la Administración a la devolución a INTEGRA de las cantidades ingresadas como consecuencia de la Orden ETU/257/2018 que correspondan, junto con los intereses legales devengados desde su ingreso.

(vii) Subsidiariamente a los anteriores pedimentos, se ordene a la Administración que en el reparto de las obligaciones de eficiencia energética (i.e., obligación de ahorro en GWh) que impone a INTEGRA, tenga en cuenta por compensación, los ahorros obtenidos directamente de los usuarios finales (sus clientes) a los que se ha hecho alusión en el último de los Fundamentos de la demanda.

Mediante otrosíis digo fija la cuantía en indeterminada, interesa el recibimiento a prueba -documental pública (expediente administrativo), documental privada (documentos acompañados con los escritos de interposición y de demanda), y por último el **derecho** a formular conclusiones escritas.

TERCERO.- El Abogado del Estado mediante escrito de contestación a la demanda de 30 de noviembre de 2018, se opone a los diferentes motivos de impugnación y plantea la inadmisibilidad parcial de pretensiones. Considera que debe ser subsidiariamente desestimada "a *limine litis*" la pretensión consistente en que "(ii) Ordene a la Administración a abstenerse de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta que no se desarrolle normativamente el sistema de Certificados de Ahorro Energético", puesto que no responde a ninguna de las pretensiones del art. 31 LJCA: va más allá de la anulación y del restablecimiento, y pretende ordenar actividades futuras. Al no estar prevista entre las consecuencias de la estimación en el art.71 LJCA, solo puede inadmitirse o subsidiariamente la desestimación.

Y termina suplicando, resuelva este proceso por sentencia que inadmita la pretensión formulada como (ii) de la súplica y en lo demás desestime el recurso; o en su defecto desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su totalidad. Con costas.

Solicita el recibimiento a prueba -documental (Doc.1, Informe elaborado por el IDEA, Doc.2 se traiga el Doc.2 aportado en el rec. 1/159/2018), y Doc.3 informe del IDAE al que se refiere el anterior).

CUARTO.- Por Decreto de 3 de diciembre de 2018, se fija la cuantía del procedimiento en indeterminada.

Mediante Auto de 10 de diciembre de 2018, se abre el proceso a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta por la parte recurrente, pública y privada, teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, y por aportados los documentos adjuntos con los escritos de interposición y demanda. Se admite la prueba documental propuesta por el Abogado del Estado en los apartados 1, 3 y 4 del otrosí de su escrito de contestación a la demanda, quedando unidos a las actuaciones los referidos documentos.

En cuanto a la documental del apartado 2, se requirió a la Abogacía del Estado para que en el plazo de cinco días aportara copia del CD al que se refiere, y no cabe reconocerle el carácter confidencial que atribuye a su contenido, dado que se trata de un proyecto de Directiva que resulta de acceso público en la página web de European Comisión.



QUINTO.- Mediante escrito de la Administración General del Estado, la misma renunció al medio de prueba propuesto como documental 2.

SEXTO.- Terminado y concluso el período de prueba se abrió el trámite de conclusiones sucintas.

Ambas partes presentaron sus escritos de conclusiones insistiendo en los argumentos jurídicos ya esgrimidos.

Quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 29 de abril de 2019, y teniendo conocimiento la Sala de la existencia de un informe elaborado sobre los objetivos de ahorro en el marco del sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido por el RDL 8/2014 y Ley 18/2014, que pudiera tener incidencia en el resultado final de este procedimiento y, de conformidad con lo establecido en el art. 61 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se acuerda, como diligencia de prueba de focio, recabar del Ministerio para la Transición Ecológica el mencionado informe, para lo cual se requerirá el mencionado organismo para que, en el plazo de tres días, remita a esta Sala el mismo.

El Abogado del Estado acompañó el informe requerido, dándose traslado a las demás partes para alegaciones, que fueron evacuadas por ambas partes.

OCTAVO.- Se fijó para votación y fallo del presente recurso 1/233/2018 el día 21 de abril de 2020, si bien, por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la deliberación no pudo tener lugar hasta el día 26 de mayo de 2020, por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Se ha deliberado de manera conjunta con la de los recursos 1/144/2018, 1/145/2018, 1/148/2018, 1/159/2018, 1/160/2018, 1/215/, 1/217/2018 y 1/447/2018, dirigidos por diversos recurrentes contra la misma Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, que es aquí objeto de impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La orden impugnada y los motivos de impugnación.

Se interpone por Integración Europea de Energía SAU (INTEGRA), recurso contencioso administrativo contra la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018.

Como hemos visto en los antecedentes, la parte actora solicita que se declare: 1º) La nulidad de la Orden ETU/257/2018; 2º) que se ordene a la Administración se abstenga de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta que no se desarrolle normativamente el sistema de Certificados de Ahorro Energético. 3º) si la Orden recurrida es conforme a la Ley 8/2014, se declare la inaplicación de dicha norma por resultar contraria a la Directiva 2012/27/UE. 4º) de estimarse los pedimentos, ordene a la Administración la devolución a INTEGRA de las cantidades ingresadas como consecuencia de la Orden ETU/257/2018 que correspondan, junto con los intereses legales devengados desde su ingreso.

Para fundamentar tales pretensiones la parte actora aduce, dicho ahora en forma resumida, los siguientes argumentos de impugnación:

1.- Vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido para aprobar la Orden recurrida.

La parte aduce que la Orden no es un acto administrativo, sino una disposición de carácter general, por tal razón considera que hubiese sido preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, y que tendría que haber participado en el procedimiento de elaboración de la orden recurrida, habida cuenta que impone obligaciones económicas solo a algunos operadores de los sectores de la energía, gas e hidrocarburos líquidos. Añade que tampoco se ha observado debidamente el trámite de audiencia previsto en la Ley 50/1997.

Alega, que incluso si se tratara de un acto administrativo, la orden debe invalidarse por no haberse sustanciado materialmente el trámite de audiencia y por defectos sustanciales en la resolución del procedimiento.

2.- La Orden ETU/257/2018, ha vulnerado la Directiva y la Ley 18/2014, interpretada conforme al **derecho** comunitario, al no regularse el sistema alternativo de CAEs.

Alega, que la Directiva 2012/27/UE prevé en su art. 7, el establecimiento por cada Estado miembro de un sistema de "certificados blancos" (CAEs) a nivel nacional, mientras que el art. 20 de la Directiva menciona la posibilidad de los Estados miembros de crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, como mecanismo adicional al sistema de certificados blancos dentro del sistema de obligaciones, y que ambos mecanismos



no se encuentran en situación de paridad, sino que prima el sistema de CAEs y considera opcional el sistema de aportaciones al FNEE.

3.- La Orden ETU/257/2018 incurre en discriminación y vulnera el principio de libre competencia respecto de los comercializadores independientes como INTEGRA.

Expone que MINETUR no ha tenido en cuenta la realidad imperante en el sector de la comercialización de productos petrolíferos, sino que ha aplicado indiscriminadamente el criterio del reparto proporcional sin tener en cuenta la distinta incidencia que tiene entre los sujetos obligados, pues, en efecto, las situaciones de las empresas verticalmente integradas son notoriamente distintas a las de un comercializador independiente como INTEGRA, ya que el comercializador independiente dispone de unos márgenes muy reducidos, derivados exclusivamente de su actividad de comercialización y necesarios para poder ser mínimamente competitivos, mientras que los comercializadores no independientes disponen de mayor margen, habida cuenta de que pueden trasladar el coste de estas operaciones a otras ramas de su actividad (generación, por ejemplo).

4.- La Orden es una prestación patrimonial de carácter público, con vulneración de las Directivas sobre impuestos especiales y doble imposición.

Sostiene la parte que la obligación pecuniaria impuesta por la Orden recurrida constituye, una prestación de carácter patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria, lo que determina que vulnera las previsiones sobre la imposición de impuestos especiales, y en su caso, incurrir en un supuesto de doble imposición en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad.

5.- La Orden no ha tenido en cuenta los ahorros energéticos que hayan podido obtener ya los sujetos obligados: necesidad de compensación.

La mercantil recurrente solicita que declaremos la nulidad de la Orden impugnada y que se ordene a la Administración a abstenerse de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta tanto no se desarrolle el sistema de Certificados de Ahorro Energético. Con carácter subsidiario solicita que se ordene a la Administración tener en cuenta por compensación los ahorros energéticos ya obtenidos. En todo caso solicita que se condene a la Administración a devolver las cantidades ingresadas como consecuencia de la aplicación de la Orden impugnada.

En los fundamentos siguientes examinaremos las cuestiones suscitadas en los motivos que se acaban de enunciar, en buena medida coincidentes con muchos otros ya concluidos por sentencias de esta Sala, en relación con las órdenes análogas correspondientes a los años 2015 (289/2015, de 20 de febrero), 2016 (IET/359/2016, de 17 de marzo), 2017 (ETU/258/2017, de 24 de marzo), y la aquí impugnada de 2018, por lo que al resolver el presente recurso seguiremos los razonamientos ya efectuados por la Sala en las sentencia que en las sentencias que resolvieron cuestiones similares en relación con las Ordenes anteriores.

En especial, tenemos ahora en cuenta los razonamientos de nuestras sentencias de 11 de noviembre de 2019 y 21 de mayo de 2010 recaídas respectivamente en los recursos 441/2017 y 179/2018, interpuestos por distintos recurrentes, contra las Ordenes ETU/258/2017 y ETU/257/2018.

SEGUNDO.- Sobre la inadmisibilidad parcial alegada por la Administración del Estado.

Solicita la inadmisibilidad o en todo caso "a limine litis" la pretensión consistente en que "(ii) Ordene a la Administración a abstenerse de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta que no se desarrolle normativamente el sistema de Certificados de Ahorro Energético" pues no responde a las pretensiones del art. 31 LJCA, y va más allá de la anulación y del restablecimiento, y pretende ordenar actividades futuras.

No se aprecia la desviación procesal alegada en la articulación de las pretensiones que guardan relación con la Orden ETU/257/2018, siendo así que la abstención de reclamación del pago que se solicita en el apartado ii) del suplico de la demanda sería una consecuencia ineludible de la nulidad de la orden impugnada, por vulnerar la normativa comunitaria y nacional en los términos que se exponen en la demanda, que no precisaría siquiera un pronunciamiento explícito de la Sala más allá de la declaración de nulidad de la orden recurrida.

De modo que cabe rechazar el alegato de desviación procesal, y procede entrar al examen del fondo de la controversia.

Pero antes de abordar el examen de las cuestiones controvertidas procede que exponamos unas consideraciones de carácter general.

TERCERO.- Sobre el contexto normativo y jurisprudencial en que se inserta la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo.

A) Planteamiento.



En la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que procede a transponer al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2012/27 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, se instituye el Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el marco de las medidas en materia de eficiencia energética y de la instauración de un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética impuestas a las empresas que operan en los sectores del gas y la electricidad.

El Fondo Nacional de Eficiencia Energética, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la citada Ley 18/2014, se crea con la finalidad de financiar medidas necesarias de eficiencia energética que permitan la puesta en marcha de los mecanismos de apoyo económico y financiero, asistencia técnica, formación e información u otras, encaminadas a aumentar la eficiencia energética en ambos sectores del gas y la electricidad, que sean adecuadas para la consecución de los objetivos establecidos en la citada Directiva de Eficiencia Energética.

El referido Fondo Nacional de Eficiencia Energética se nutre, entre otras aportaciones, por las que deben sufragar los sujetos obligados por el sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética.

B) La normativa europea.

El **Derecho** de la Unión Europea, que regula el sistema de obligaciones de eficiencia energética viene dado por los preceptos de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética. De esta directiva son en particular relevantes el artículo 7 ("*Sistemas de obligaciones de eficiencia energética*"), el artículo 20 ("*Fondo Nacional de Eficiencia Energética, financiación y apoyo técnico*"), y el considerando 20 de su Preámbulo. Este último señala lo siguiente:

"(20) Se ha realizado una evaluación de la posibilidad de establecer un régimen de "certificados blancos" a nivel de la Unión que ha mostrado que, en la actual situación, este sistema generaría costes administrativos excesivos y que existe un riesgo de que el ahorro de energía se concentre en una serie de Estados miembros y no en toda la Unión. El objetivo de dicho régimen a nivel de la Unión podría conseguirse más fácilmente, al menos en esta fase, mediante sistemas nacionales de obligaciones de eficiencia energética para las empresas de gas y electricidad u otras medidas de actuación alternativas que consigan la misma cantidad de ahorro de energía. Para que el nivel de ambición de estos sistemas se plasme en un marco común a nivel de la Unión, dejando, al mismo tiempo, una flexibilidad considerable a los Estados miembros, es conveniente tener plenamente en cuenta la organización nacional de los agentes del mercado, el contexto específico del sector de la energía y los hábitos de los consumidores finales. El marco común debe dar a las empresas de gas y electricidad la opción de ofrecer servicios energéticos a todos los consumidores finales y no solo a aquellos a los que venden energía. Esta situación aumenta la competencia en el mercado de la energía porque las empresas de servicios pueden diferenciar su producto aportando servicios energéticos complementarios. El marco común debe permitir a los Estados miembros que incluyan requisitos en su régimen nacional cuya finalidad sea social, especialmente a fin de asegurar que los consumidores vulnerables tengan acceso a los beneficios que supone una mayor eficiencia energética.

Conviene que los Estados miembros determinen, basándose en criterios objetivos y no discriminatorios, a qué distribuidores de energía o empresas minoristas de venta de energía habría que imponer la obligación de cumplir el objetivo de ahorro de energía en el uso final de la energía que establece la presente Directiva.

En particular, debe permitirse a los Estados miembros no imponer esta obligación a los pequeños distribuidores de energía y a las pequeñas empresas minoristas de venta de energía, con el fin de evitarles una carga administrativa desproporcionada. La Comunicación de la Comisión de 25 de junio de 2008 establece principios que deben tener en cuenta los Estados miembros que decidan abstenerse de recurrir a esta posibilidad. Como medio para respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, las partes obligadas en el marco de sistemas nacionales de obligaciones de eficiencia energética podrían cumplir con sus obligaciones contribuyendo anualmente a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética en una cuantía igual a las inversiones que exija el sistema".

C) La normativa nacional:

De los preceptos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, interesa destacar ahora lo dispuesto en los artículos 69 ("*Creación de un sistema nacional de obligaciones*"), 70 ("*Reparto del objetivo de ahorro anual*"), 71 ("*Cumplimiento de las obligaciones y Certificados de Ahorro Energético*"), 72 ("*Fondo Nacional de Eficiencia Energética*"), y 75 ("*Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en 2014*"). Por lo demás, en el Anexo XII de la citada Ley se establece las aportaciones al Fondo de los distintos sujetos obligados.



En el preámbulo de la Ley 18/2014 se subrayan los objetivos que persigue la creación del Fondo Nacional de Eficiencia Energética en los siguientes términos:

"La presente Ley pretende establecer un sistema de eficiencia energética en línea con las directrices europeas.

[...], el artículo 20 de la Directiva [2012/27] permite a los Estados miembros crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, como respaldo de las iniciativas nacionales de eficiencia energética, al cual las empresas obligadas por el artículo 7 podrán contribuir anualmente por cuantía equivalente a la de las inversiones que exija el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho artículo como forma de cumplimiento de las mismas. [...]

Si bien la Directiva [2012/27] da la posibilidad de que los sujetos obligados puedan ser comercializadores o distribuidores de energía, dado que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización (al contrario que en otros países de la UE) sino una actividad regulada de gestión de la red correspondiente, se ha establecido a los comercializadores de energía como los sujetos obligados que es donde la Directiva exige los ahorros de energía.

Se incluye al sector transporte entre los sujetos obligados dado el gran peso que este sector tiene en la demanda de energía final y el gran potencial de ahorros de energía que en él se pueden alcanzar. Para el caso de los productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, tampoco se ha considerado apropiado imponer las obligaciones al gestor de la red, sino que son sujetos obligados las empresas que de hecho realizan la comercialización de los productos de cara a la venta a los consumidores finales y, en concreto, teniendo en cuenta la atomización existente en la comercialización final de estos productos, a los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo.[...]

[...], para poder realizar lo antes posible medidas de eficiencia energética al menos coste posible es necesario contar con recursos económicos suficientes en el Fondo Nacional de Eficiencia que permita poner en marcha esas medidas a gran escala, siendo del máximo interés general la implantación con la mayor urgencia del sistema de obligaciones que permitirá dotar al Fondo con dichos recursos. De entre las opciones valoradas para acometer medidas tempranas de ahorro energético a gran escala, la implantación de un sistema de obligaciones para aportación a un Fondo Nacional de Eficiencia se presenta como la opción que permite disponer en el menor plazo posible de los recursos necesarios para emprender medidas de eficiencia energética que lleven a una contabilización temprana de ahorros de cara al cumplimiento de los objetivos de la Directiva [2012/27] de la forma más económicamente eficiente.[...]."

D) La Orden impugnada (Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo).

La Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, establece las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética para el año 2018, en los siguientes términos:

<< Primero. Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en 2018.

- 1. Para el año 2018 se establece un objetivo de ahorro agregado de 262 ktep o 3.046,51 GWh.*
- 2. La equivalencia financiera para el año 2018 se establece en 0,789728 millones de euros por ktep ahorrado, o 67.916,58 euros por GWh ahorrado.*
- 3. En el anexo I de la presente orden, se establece la metodología empleada para asignar las obligaciones de ahorro y su equivalencia económica para el año 2018.*
- 4. En el anexo II se establece para los sujetos obligados que han aportado datos, sus respectivas cuotas de obligaciones de ahorro para el año 2018 y su equivalencia económica, resultantes de aplicar los criterios establecidos en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia.*

Asimismo, se establece para aquellos sujetos obligados que no hubieran aportado datos conforme al artículo 70.2 de la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre, las cuotas de obligaciones de ahorro para el año 2018 y su equivalencia financiera a partir de la información disponible en la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, sin perjuicio del régimen sancionador aplicable en su caso.

- 5. En el anexo III se establece, para aquellos sujetos obligados que no hubieran remitido la información y de los que no se dispusiera de aquella que permitiese subvenir a tal omisión, las cuotas respectivas de obligaciones de ahorro y su equivalencia económica para el año 2018 conforme a lo establecido en el artículo 70.2 de la citada Ley 18/2015, de 15 de octubre, sin perjuicio del régimen sancionador aplicable en su caso.*



El preámbulo de la Orden ministerial expone las circunstancias y condiciones que determinan la creación del Fondo Nacional de Eficiencia Energética para cumplir los objetivos de ahorro energético establecidos en la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, que crea un marco común para fomentar la eficiencia energética dentro de la Unión y establece acciones concretas a fin de alcanzar el considerable potencial de ahorro de energía no realizado:

<<La Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, (en adelante la Directiva) por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, que crea un marco común para fomentar la eficiencia energética dentro de la Unión y establece acciones concretas a fin de alcanzar un notable ahorro de energía acumulado en el período 2014-2020.

La Directiva establece en su artículo 7 la obligación de justificar, por parte de cada Estado miembro, una cantidad de ahorro de energía acumulado para el periodo 2014-2020. En cumplimiento de esta obligación, España ha comunicado a la Comisión Europea un objetivo de 15.320 ktep, objetivo que se ha incrementado hasta los 15.979 ktep según la última revisión de la metodología realizada por la Comisión Europea.

Por otra parte, dicho artículo 7 determina que cada Estado miembro establecerá un sistema de obligaciones de eficiencia energética mediante el cual los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía quedarán obligados a alcanzar en el año 2020 el objetivo de ahorro indicado mediante la consecución anual, a partir del año 2014, de un ahorro equivalente al 1,5 % de sus ventas anuales de energía.

En consecuencia, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, establece un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética en virtud del cual se asigna a las empresas comercializadoras de gas y electricidad, a los operadores de productos petrolíferos al por mayor, y a los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor, en adelante sujetos obligados del sistema de obligaciones, una cuota anual de ahorro energético denominada obligación de ahorro.

Para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético, los sujetos obligados deberán realizar una contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, a ingresar en cuatro pagos iguales a lo largo de 2017, no más tarde del 31 de marzo, del 30 de junio, del 30 de septiembre y del 31 de diciembre, por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera correspondiente.

Este Fondo, permite la puesta en marcha de mecanismos de apoyo económico y financiero, asistencia técnica, formación e información u otras medidas que permitan aumentar la eficiencia energética en los diferentes sectores y ayudar a conseguir el objetivo de ahorro establecido. Estas medidas podrán ser cofinanciadas con otras fuentes de financiación, incluidos los Fondos Europeos.

La presente orden da cumplimiento al artículo 70.1 de la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre, mediante el establecimiento de:

- a) El objetivo de ahorro energético en el año 2018.
- b) Los porcentajes de reparto entre los correspondientes sujetos obligados.
- c) Las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia económica.

Para fijar los porcentajes de reparto del objetivo de ahorro anual entre los sujetos obligados, se ha tenido en cuenta la información remitida por los mismos sobre sus datos de ventas de energía correspondientes al año 2016, así como la información disponible en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos y la información contenida en la Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017.

Por otro lado, cabe señalar que mediante el Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica 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, se incorporó el término variable horario de los costes de comercialización (CCVh) en el cálculo de los otros costes asociados al suministros (OCh) que forman parte del coste de producción de energía (CPh) a considerar para la fijación del PVPC.

Entre los términos que componen el término variable horario de los costes de comercialización (CCVh) figura la Retribución del coste de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética regulado en el capítulo IV del Título III de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, expresado en €/kWh (RFE), valor constante para todas las horas.



Este valor será fijado anualmente mediante orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En la presente orden se procede a actualizar dicho término de Retribución del coste de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 24.2.b) del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, según el cual si la fecha de entrada en vigor de la orden por la que se fije anualmente el valor del término RFE fuera posterior al 1 de enero del año de aplicación correspondiente, hasta la aprobación de la orden mencionada en el párrafo anterior o, en su caso, hasta la extinción de la obligación de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética de estos sujetos, se mantendrá el valor de la retribución del coste de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética (RFE) en la cuantía establecida para el año anterior.

Se ha realizado igualmente el preceptivo trámite de audiencia habiéndose notificado éste a cada uno de los interesados y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, lo dispuesto en la presente orden ha sido informado por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía en fecha 1 de marzo de 2017.

Mediante Acuerdo de 23 de marzo 2017, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha autorizado al Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital a dictar la presente orden>>.

E) La STJUE, de 7 de agosto 2018 (asunto C-561/2016).

Por auto de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, dictado en el recurso contencioso-administrativo 261/2015, se planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciase sobre la compatibilidad del artículo 71 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en la medida que la normativa española establece como obligación principal la ejecución de las obligaciones de ahorro energético el abono de una contribución anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, cuya regulación excluye la posibilidad de que los sujetos obligados cumplan los objetivos de ahorro energético de una manera directa, es decir mediante la implementación de medidas específicas que permitan al usuario final reducir su consumo de energía.

Por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 (Asunto c- 561/2016) se resolvió dicha cuestión prejudicial en el sentido de declarar que los " artículos 7 y 20 de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, siempre que, por una parte, esa normativa garantice la obtención de ahorros de energía en una medida equivalente a los sistemas de obligaciones de eficiencia energética que pueden crearse con arreglo al artículo 7, apartado 1, de esta Directiva y que, por otra parte, se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7, apartados 10 y 11, de dicha Directiva, extremos cuya verificación incumbe al tribunal remitente".

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que el " artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que sólo impone obligaciones de eficiencia energética a algunas empresas determinadas del sector de la energía, siempre que la designación de esas empresas como partes obligadas se base efectivamente en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente".

Sustancialmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fundamenta su pronunciamiento declarativo en las siguientes consideraciones jurídicas:

"33 Por lo tanto, cabe considerar que la obligación de contribuir anualmente al Fondo que se examina en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 9, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2012/27, en la medida en que constituye un instrumento de financiación que induce a que se apliquen tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que da lugar a una reducción del consumo de energía de uso final.

34 De ello se sigue que, aunque la obligación de contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética no constituye un sistema de obligaciones de ahorro de energía en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2012/27, leído conjuntamente con el artículo 20, apartado 6, de la misma, tal obligación constituye sin embargo uno de los medios enumerados en esta Directiva para obtener ahorros de energía entre los clientes



finales. El hecho de que el artículo 7, apartado 9, de dicha Directiva sólo mencione este tipo de medidas como "alternativa" no es sino la expresión de la posibilidad de elegir que se reconoce a los Estados miembros.

35 En la medida en que los Estados miembros disponen en esta materia de una gran flexibilidad y de un amplio margen de apreciación, no es posible concebir la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva 2012/27 sin que cada uno de los Estados miembros disponga de la oportunidad de elegir el régimen que mejor se adapta a su situación particular entre diferentes tipos de regímenes, teniendo en cuenta al efecto sus particularidades nacionales, como se desprende del considerando 20 de esta Directiva (véase, por analogía, la sentencia de 26 de septiembre de 2013, *IBV & Cie*, C-195/12, EU:C:2013:598, apartados 62 y 70)".

Descrito así el marco normativo y jurisprudencial que acabamos de reseñar, iniciamos ya el examen de los distintos motivos de impugnación aducidos por la parte actora; aunque, por razones de sistemática, lo haremos en un orden distinto al seguido en la demanda.

CUARTO.- La Orden no es una disposición general sino un acto administrativo. No se aplican los trámites e informes de las disposiciones generales.

Abordando en primer lugar el argumento impugnatorio de índole formal o procedimental, la parte recurrente alega que la Orden ETU/257/2018 ha sido aprobada con vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido pues, partiendo de que se trata de una disposición de carácter general, hubiesen sido preceptivos una serie de trámites e informes inexistentes en este caso, y tampoco se habría observado debidamente el trámite de audiencia previsto en la Ley 50/1997.

Por lo pronto debemos señalar que, en contra de lo que afirma la parte recurrente, la Orden ETU/257/2018 -como esta Sala declaró en numerosas sentencias respecto de las precedentes Ordenes IET/289/2015, IET/359/2016, y ETU 258/2017- no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo de aplicación, eso sí, con destinatario múltiple.

En efecto, la mera lectura de su preámbulo, así como de los dos apartados de su parte resolutive o dispositiva y de sus anexos I y II, permite constatar que la Orden impugnada no tiene contenido normativo ni vocación regulatoria sino que, sencillamente, fija y cuantifica las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018, aplicando con ello las previsiones de los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia.

Respecto a las órdenes anteriores hemos dicho que pueden inducir a confusión el hecho de que figure en el expediente administrativo una llamada "memoria de análisis de impacto normativo", pero, como señaló la Abogacía del Estado respecto a la inicial IET/289/2015, se trata de un mero error en la denominación de ese documento, pues, en realidad, es una exposición justificativa (motivación) de un acto de aplicación que se agota en sí mismo y que, como decimos, carece de contenido normativo y no alberga, por tanto, una regulación con vocación de permanencia en el tiempo.

La afirmación de que la Orden impugnada es un acto de aplicación y no una norma tampoco queda desvirtuada por el hecho de que para el año 2014 fuese la propia Ley 18/2014, de 15 de octubre, la que en su Anexo XII dejó fijadas las aportaciones que debían realizar los sujetos obligados al Fondo de Eficiencia Energética. Sucede que la citada ley, después de establecer, con un incuestionable carácter normativo, la regulación del sistema nacional de obligaciones y del Fondo Nacional de Eficiencia Energética (artículos 69 a 74), fija por sí misma, en el artículo 75, los parámetros aplicables para el año 2014 -objetivo de ahorro y equivalencia financiera- y cuantifica, en el Anexo-XII, las aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética que debían realizar los sujetos obligados para ese año 2014. Pero el hecho de que la Ley 18/2014, además de la regulación de carácter general, albergase también la aplicación de los criterios y pautas que en ella se establecen para aquel concreto año de su entrada en vigor (la Abogacía del Estado lo califica como "autoaplicación") no confiere naturaleza normativa a los actos de aplicación referidos a ejercicios posteriores.

Es la propia Ley 18/2014 (artículo 70.1) la que establece que para los ejercicios posteriores -años 2015 y siguientes- el objetivo de ahorro anual, así como los porcentajes de reparto entre los sujetos obligados, las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia financiera "*...serán fijados anualmente mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previo informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*".

Por tanto, la Orden impugnada encuentra respaldo expreso y directo en el artículo 70.1 de la Ley 18/2014; y la referencia que allí se hace a la necesidad de un informe previo del IDAE, sin aludir en cambio a los demás informes y trámites que se exigen en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias (artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) no viene sino a corroborar la apreciación de que la Orden impugnada no es una disposición de carácter general sino un acto de aplicación.



Es por ello que, deben rechazarse como motivos invalidantes de la Orden impugnada la ausencia de una serie de trámites e informes preceptivos, exigibles cuando de la elaboración y aprobación de una disposición general se trate, o la ausencia del trámite de audiencia previsto en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997. Y siendo un acto dictado en aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 70 de la Ley 18/2014, se han cumplido los requisitos allí contemplados.

QUINTO.- Sobre las irregularidades formales que se imputan a la Orden ETU/257/2018 partiendo de que se trata de un acto administrativo: i) por no haberse emitido informe por la Sala de Competencia de la CNMC y ii) por no haberse sustanciado realmente un trámite participativo de audiencia y no resultar congruente con él la orden recurrida.

1.- La recurrente considera que, en la hipótesis de que se entendiera -como acabamos de argumental- que la Orden impugnada es un acto administrativo, era necesario contar con el informe de la CNMC, por cuanto la obligación de realizar aportaciones al FNEE solo recae sobre algunos de los sujetos que operan en el sector de la comercialización de energía, gas y combustibles líquidos y ello puede tener importantes consecuencias en el mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados.

Como hemos dicho en la sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2019 (recurso 282/2015), y 11 de noviembre de 2019 (recurso 441/2017), lo cierto es que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, no establece la necesidad de emitir un informe respecto de los actos administrativos, aun cuando eventualmente incidan en temas competenciales. El artículo 5 apartado segundo de dicha norma establece que en el ejercicio de sus funciones consultivas debe informar en los procesos de "elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico", pero no en relación con los actos administrativos de aplicación. Tan solo se prevé su intervención, por vía de informe, sobre "las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales", no siendo este el caso.

Y aunque el Gobierno puede recabar un informe de la CNMC cuando lo estime conveniente, su ausencia carece de efectos invalidantes cuando su petición, como es el caso, sea facultativa y no preceptiva.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, en relación con la Orden ETU/257/2018, aquí impugnada, la Dirección General de Política Energética y Minas solicitó informe a la CNMC sobre las ventas de energía, a efectos de los cálculos previstos en el sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, y dicho informe fue remitido por la CNMC en fecha 13 de noviembre de 2017, obrando tal documento en el expediente administrativo.

2.- En cuanto al trámite de audiencia, en este caso, tal y como consta en la propia Orden y así se reconoce por la parte recurrente, se abrió un trámite de audiencia para que los afectados pudiesen presentar alegaciones, cumpliendo así la previsión establecida en el artículo 84.2 de la LRJPAC.

La parte recurrente considera que el trámite de audiencia concedido se sustanció de forma irregular, al no tomarse en consideración sus alegaciones, pero tampoco tal objeción puede tener los efectos invalidantes pretendidos. Las alegaciones formuladas por INTEGRÁ, se dirigen a cuestionar en términos generales la existencia misma del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, y encuentran respuesta en la Introducción de la Memoria Justificativa de la Orden que obra en el expediente, sin perjuicio de que no puede apreciarse indefensión alguna de la parte recurrente, que ha reiterado buena parte de sus alegaciones en esta vía jurisdiccional. La parte recurrente formuló cuatro alegaciones, tres de ellas recogidas y desarrolladas en su demanda, como las relativas a la disconformidad de la Orden propuesta con la Directiva 2012/27/UE, la desigual posición de la recurrente en relación con sus competidores y la vulneración por la orden de las previsiones sobre la imposición en materia de impuestos especiales y doble imposición en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad, y otra alegación que debemos considerar que ha perdido objeto, relativa a la necesidad de suspensión del expediente administrativo hasta que se resolviesen por el Tribunal Supremo los recursos contra la Orden IET/285/2015, afectados por la cuestión prejudicial C- 561/2016, pues ya hemos indicado que esta Sala ya ha dictado numerosas sentencias en los recursos interpuestos contra la citada orden, así como en los recursos interpuestos contra las órdenes de los años siguientes (2016, 2017 y 2018), sin que dichas sentencias apreciaran la disconformidad a **derecho** de las órdenes impugnadas.

SEXTO.- Sobre la vulneración por la ETU/257/2018 de la Directiva 2012/27/UE y la Ley 18/2014, interpretada conforme al **derecho comunitario, al no regularse el sistema alternativo de CAEs.**

A) El planteamiento de la cuestión prejudicial.

A) Planteamiento.



Mediante autos de 25 de octubre y 28 de diciembre de 2016, esta Sala planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cinco preguntas que afectaban a dos cuestiones que se consideraban esenciales para valorar la compatibilidad del sistema nacional de eficiencia energética con la Directiva 2012/27/UE. Las cuestiones que suscitaban dudas eran las siguientes:

- a) si constituía una transposición adecuada de dicha Directiva un sistema que establecía como forma prioritaria de cumplir con las obligaciones de dicha Directiva la previsión de una contribución económica (la cual se destinaría a planes de eficiencia energética) o, en su caso, mediante la acreditación del ahorro conseguido según una normativa cuyo desarrollo era discrecional para el Gobierno (preguntas 1-3), y
- b) si era compatible con dicha Directiva la imposición de las obligaciones de ahorro energético sólo a una parte de los sujetos de los sectores de gas y electricidad y, en caso afirmativo, la necesidad de justificación de tal decisión (preguntas 4-5).

B) La decisión del STJUE.

Ambas cuestiones han recibido una respuesta positiva del Tribunal de Justicia, si bien condicionando la compatibilidad del sistema español a la comprobación por parte de los tribunales nacionales del cumplimiento de ciertas condiciones.

Vamos seguidamente a detallar esta respuesta del Tribunal de Justicia para ver las consecuencias de la misma sobre las dos principales alegaciones sustantivas formuladas en la generalidad de los numerosos recursos entablados contra la Orden impugnada y contra aquellas órdenes que la precedieron.

B.1.- Sobre la sustitución de la obligación de ahorro energético por una contribución económica a un fondo para financiación de planes de eficiencia.

Tras resumir las razones que han llevado a esta Sala a formular las tres primeras preguntas, el Tribunal de Justicia les da una respuesta conjunta, señalando, en primer lugar, que la Directiva 2012/27, en su considerando 20, ha querido reconocer a los Estados miembros "una amplia facultad de apreciación en la determinación de los medios adecuados para alcanzar los objetivos de eficiencia energética fijados en el artículo 1, apartado 1, de esta Directiva", ya que la misma

"(...) tiene por objeto establecer a nivel de la Unión unos principios generales que constituyan un marco para la reducción del consumo de energía, dejando en manos de los Estados miembros la decisión sobre la manera de aplicar tales principios. Por lo tanto, la Directiva 2012/27 pretende únicamente establecer, como indica en su artículo 1, un marco común de medidas para el fomento de la eficiencia energética dentro de la Unión a fin de asegurar la consecución del objetivo de un incremento de un 20% de la eficiencia energética de la Unión para 2020 y de preparar el camino para mejoras ulteriores de eficiencia energética más allá de ese año".

Ahora bien, en el marco de esa amplia **libertad** otorgada a los Estados miembros para cumplir el mandato de la Directiva, el Tribunal de Justicia constata que de un examen conjunto de los artículos 7, apartados 1 a 4, y 20, apartado 6, de la Directiva, se deriva que para que un sistema quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7, debe contemplar medidas de ahorro que las empresas afectadas puedan aplicar ellas mismas a sus clientes finales (párrafo 27), lo que no sucede en el caso español. Por tanto, la obligación de contribuir sin posibilidad de alternativa sólo es compatible con la Directiva "si puede considerarse una de las otras medidas de actuación en el sentido del artículo 7, apartado 9, de la Directiva" (par. 29).

El apartado 9 del artículo 7 prevé, en efecto, que:

"Como alternativa a la imposición de un sistema de obligaciones de eficiencia energética en virtud del apartado 1, los Estados miembros podrán optar por otras medidas de actuación para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales, siempre que tales medidas de actuación cumplan los criterios establecidos en los apartados 10 y 11. La cantidad anual de nuevos ahorros de energía obtenidos de esta manera será equivalente a la cantidad de nuevos ahorros de energía exigida en los apartados 1, 2 y 3. Siempre que se mantenga la equivalencia, los Estados miembros podrán combinar los sistemas de obligaciones con otras posibles medidas de actuación, como los programas nacionales de eficiencia energética."

Como puede observarse, la Directiva condiciona la validez de las alternativas al cumplimiento de los criterios establecidos en los apartados 10 y 11 del precepto y a la equivalencia de los ahorros de energía obtenidos con los contemplados en el sistema establecido por la Directiva en los apartados 1 a 3 del artículo 7. Debemos pues confrontar el sistema establecido por la Orden impugnada para ver si cumple tales exigencias y puede, en consecuencia, ser conceptuado como un sistema alternativo a la obligación prevista de forma primaria por el artículo 7 de la Directiva.



La Directiva facilita esta tarea de comprobación al enumerar en el propio apartado 9 del artículo 7 y a título de ejemplo, una lista no exhaustiva de posibles medidas de actuación. Dentro de esta enumeración de posibles medidas alternativas, la letra b) se refiere a "mecanismos e instrumentos financieros o incentivos fiscales que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final" que puede comprender sin esfuerzo al sistema implantado por el gobierno español. En efecto, el fondo nacional de eficiencia energética encaminado a financiar planes y medidas de ahorro por parte de los sujetos obligados puede sin duda considerarse como un mecanismo financiero que da lugar a una reducción del consumo de energía de uso final.

Sin embargo, que el sistema español pueda considerarse comprendido en la enumeración de las medidas alternativas no evita la necesaria comprobación de si cumple con los requisitos establecidos en los apartados 10 y 11 del artículo 7, según establece el párrafo primero del apartado 9 y recuerda el Tribunal de Justicia en el fallo de su sentencia. El tenor de dichos apartados es el siguiente:

"10. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 11, los criterios que se seguirán para determinar las medidas de actuación que se adopten en virtud de lo dispuesto en el apartado 9, párrafo segundo, y en el artículo 20, apartado 6, serán los siguientes:

a) las medidas de actuación establecerán como mínimo dos períodos intermedios hasta el 31 de diciembre de 2020 y buscarán alcanzar el nivel de ambición previsto en el apartado 1;

b) se definirán las responsabilidades de cada una de las partes encargadas, partes participantes o autoridades públicas responsables de la ejecución;

c) el ahorro que haya de conseguirse se determinará de forma transparente;

d) la cantidad de ahorro exigida o que haya de conseguirse por medio de la medida de actuación se expresará en términos de consumo de energía final o primaria, utilizando para ello los factores de conversión previstos en el anexo IV;

e) el ahorro de energía se calculará aplicando los métodos y principios previstos en el anexo V, puntos 1 y 2;

f) el ahorro de energía se calculará aplicando los métodos y principios previstos en el anexo V, punto 3;

g) a menos que no sea viable, las partes participantes presentarán un informe anual, que se hará público, sobre el ahorro de energía conseguido;

h) se supervisarán los resultados y se adoptarán las medidas oportunas en caso de no progresarse adecuadamente;

i) se establecerá un sistema de control que comprenda también una verificación independiente de una parte estadísticamente significativa de las medidas de mejora de la eficiencia energética, y

j) todos los años se publicarán datos sobre la tendencia anual del ahorro de energía.

11. Los Estados miembros velarán por que la tributación a que se refiere el apartado 9, párrafo segundo, letra a), se ajuste a los criterios enumerados en el apartado 10, letras a), b), c), d), f), h) y j).

Los Estados miembros velarán por que las reglamentaciones y acuerdos voluntarios que se contemplan en el apartado 9, párrafo segundo, letra c), se ajusten a los criterios enumerados en el apartado 10, letras a), b), c), d), e), g), h), i) y j).

Los Estados miembros velarán por que las demás medidas de actuación que se contemplan en el apartado 9, párrafo segundo, y el Fondo Nacional de Eficiencia Energética a que se refiere el artículo 20, apartado 6, se ajusten a los criterios enumerados en el apartado 10, letras a), b), c), d), e), h), i) y j)."

Un primer examen de los requisitos enumerados en el apartado 10 muestra con claridad que son de muy distinto carácter: la mayor parte de ellos establecen exigencias concretas de las medidas de ahorro (letras a, d, e, f), otros se refieren a criterios de alcance más general (principio de transparencia, letra c), y otros, en fin, aluden a previsiones de supervisión y control más que a las medidas de ahorro propiamente dichas (letras b, g, h, i, j). También se comprueba que se trata de requisitos pensados para planes o medidas de ahorro de energía concretos encaminados a que los sujetos obligados alcancen ahorro de energía "a nivel de usuario final", en los términos del artículo 7.1, esto es, como el sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido como medida originaria por la Directiva. Ello presenta una dificultad considerable a la hora de comprobar si el sistema español cumple tales requisitos, puesto que el sistema establecido por la Ley 18/2014 y la Orden impugnada consiste en la creación de un fondo para financiar ulteriores planes y medidas de ahorro. Ello quiere decir que por lo general los requisitos contemplados en el apartado 10 habrían de proyectarse más sobre tales



planes y medidas financiados por el fondo de eficiencia que sobre el propio sistema consistente en la creación de dicho fondo.

En cuanto al apartado 11, se limita a proyectar gran parte de los requisitos contemplados en el apartado 10 a la tributación, a los acuerdos voluntarios, al resto de medidas de actuación contemplados en el apartado 9, párrafo segundo, así como al Fondo Nacional de Eficiencia Energética previsto en el artículo 20 de la Directiva (fondo que en el sistema español se convierte en la medida alternativa equivalente al sistema del artículo 7.1).

Pues bien, el examen de la Orden impugnada lleva a la conclusión de que el sistema implantado por la misma no puede ser considerado, como se sostiene en los recursos formulados contra la misma, incompatible con la Directiva o, dicho, en otros términos, no puede descartarse su aptitud para alcanzar los objetivos de ahorro energético que ésta impone. Dos consideraciones llevan a la Sala a esta conclusión:

Por un lado, la previsión de ahorro energético establecido por su artículo primero y, por otro, porque su compatibilidad con la Directiva deriva en último término de una serie de medidas y actuaciones cuya realización se ha de producir a lo largo del período contemplado en la misma.

En efecto, tal como se justifica en la exposición de motivos de la Orden impugnada, España ha comunicado a la Comisión Europea un objetivo de ahorro energético destinado a cumplir con el ahorro energético estipulado por la Directiva para 2020 (15.979 ktep) y en el 8 que luego se traduce en una equivalencia financiera que determina la aportación de cada sujeto obligado al Fondo Nacional de Eficiencia Energética. De esa manera, la previsión de un objetivo real de ahorro energético para el cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la Directiva y su posterior desglose en un objetivo para 2018 (reconvertido a continuación en el específico sistema de aportación al Fondo implantado por la Orden) permiten considerar que desde una perspectiva global y a priori, el sistema es idóneo para cumplir con el objetivo de ahorro energético que requiere la Directiva.

En segundo lugar y como ya se ha advertido, la compatibilidad efectiva del sistema implantado por el Gobierno no puede verificarse por este Tribunal de forma preventiva, debido a la propia naturaleza de dicho sistema. Tal como hemos dicho, los requisitos de los apartados 10 y 11 han de proyectarse en realidad sobre los concretos programas de ahorro que se pongan en marcha mediante la financiación del Fondo, más que sobre el propio sistema de contribución a un fondo, y la comprobación de que dichos requisitos son cubiertos por tales programas no es posible efectuarla en este momento dado el diverso estado en ejecución y control de los mismos. Aun así, el informe elaborado por el IDAE, ofrece información sobre el destino de las aportaciones efectuadas al Fondo durante los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017 ofrece información suficiente como para entender que la gestión del Fondo y la ejecución de las líneas de actuación que se han emprendido son susceptibles de cumplir con los requisitos materiales y de control exigidos por la Directiva y puestos de relieve por la sentencia del Tribunal de Justicia.

Así, la gestión del Fondo se asigna al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (organismo responsable de la elaboración del informe), que es la autoridad responsable en términos del apartado 10.b) del artículo 7. Asimismo, en el epígrafe "Sobre los requisitos establecidos en el artículo 7, apartados 10 y 11" del apartado 4 del Informe se da cuenta del cumplimiento de dichos requisitos, con remisión en varios de ellos a otros informes (Informe de respuesta al Proyecto piloto 2017/9257) y a la información que se hace pública con carácter periódico por parte de la Secretaría de Estado de Energía. También se da cuenta de la supervisión y control tanto del Fondo como de las líneas de actuación y programas para el ahorro de energía.

Del examen de todo lo anterior la Sala llega a la conclusión de que el sistema implantado por la Ley 18/2014 y desarrollado por la Orden impugnada es susceptible de alcanzar los objetivos establecidos por la Directiva, pese a no resultar posible una comprobación material efectiva de si los programas financiados por el Fondo cumplen en todo punto las exigencias de la norma comunitaria y de si los resultados al final de período contemplado, que llega hasta 2020, alcanzan plenamente el objetivo de ahorro. Pero tal circunstancia no impide rechazar las objeciones globales al sistema formuladas por los diversos recurrentes, que consideran el sistema previsto en la Ley 18/2014 y desarrollado por la Orden impugnada contrario a la Directiva o, al menos, que no constituye una adecuada trasposición de la misma.

A lo cual ha de añadirse una importante conclusión, y es que el control de legalidad queda cumplido con la verificación de la aptitud del sistema nacional para cumplir con los objetivos establecidos por la Directiva y con los requisitos contemplados por la misma a los que se refiere la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia. El eventual incumplimiento final del objetivo de ahorro o el incumplimiento de algunas de las exigencias previstas en la Directiva por alguno de los programas de actuación podrían constituir, en su caso, una infracción de las obligaciones derivadas del **derecho** comunitario, pero no supondría la contradicción del sistema implantado por la Ley española con la Directiva 2012/27 y la consiguiente contrariedad a **derecho** de la Orden ETU/257/2018.



Frente a lo que ha sostenido la Administración en algunos de los recursos, esta Sala entiende que no es una cuestión nueva el que el TJUE haya planteado si el sistema español desarrollado por la Orden impugnada puede caracterizarse como una medida alternativa a la obligación de eficiencia energética establecida por el artículo 7.1 de la Directiva. En efecto, entendemos que la controversia no ha variado por ello, dado que la impugnación del sistema establecido por el legislador español se funda en la incompatibilidad del mismo con la Directiva; y aunque las partes se refieran preferentemente a las exigencias de la obligación principal contemplada por el apartado 1 del artículo 7, las medidas alternativas lo son precisamente en tanto que cumplan los requisitos esenciales de dicha obligación principal. Así se deduce de la configuración de las posibles medidas alternativas por parte de los apartados 9, 10 y 11 del artículo 7, que tratan de asegurar la equivalencia de tales alternativas al sistema de eficiencia energética que el apartado 1 exige implantar a los Estados miembros. Por lo demás, las cuestiones principales planteadas en la mayor parte de los litigios se centran en la compatibilidad global de un sistema de contribución en vez de un sistema de ahorro directo y en la selección de los sujetos obligados, cuestión expresamente contemplada por el TJUE y ampliamente argumentada por las partes en sus respectivos escritos.

Para concluir hemos de señalar también que si bien los recursos examinados conjuntamente se central en cuestionar la conformidad de la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, con la Directiva 2012/27, relativa a la eficiencia energética, debe señalarse que la ulterior modificación de la citada Directiva 2012/27/UE llevada a cabo por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2018/2002, de 11 de diciembre de 2018 -posterior por tanto a la Orden ETU/257/2018-, viene a reforzar la interpretación que aquí hemos mantenido, ya que se añade un apartado 7 bis que contempla expresamente la posibilidad de que los Estados miembros decidan que las partes obligadas "cumplan todos sus requisitos de ahorro o parte de ellos en forma de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, apartado 6". Lo que, en concordancia con lo decidido por el Tribunal de Justicia, ratifica la conformidad del sistema español con la Directiva 2012/27.

B.2.- Sobre la imposición de la obligación de ahorro energético sólo a parte de los sujetos de los sistemas de gas y electricidad.

Las dos últimas preguntas formuladas en la cuestión prejudicial atañen a los sujetos obligados. Esta Sala tuvo dudas de si la exclusión de algunos de ellos pudiera ser contraria a las previsiones de los apartados 1 y 4 del artículo 7. La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido que no hay ningún obstáculo a que las obligaciones de eficiencia energética se impongan sólo a "empresas determinadas del sector de la energía" siempre que su designación "se base efectivamente en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados", remitiendo de nuevo a este Tribunal la comprobación de tales extremos.

La respuesta del Tribunal de Justicia señala que la mención del apartado 1 del artículo 7 a "los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía", y del apartado 4 del mismo precepto a "las partes obligadas entre los distribuidores de energía y las empresas minoristas de venta de energía" no han de entenderse en el sentido de que ambos tipos de operadores hayan de ser necesariamente incluidos entre los sujetos obligados al objetivo de eficiencia energética. Como indica el Tribunal de Justicia en los párrafos 46 y siguientes de su sentencia, el que el apartado cuarto en su versión española haya empleado sólo la conjunción "y" ha de interpretarse a la luz del apartado 1 (que emplea la expresión "y/o") y de las versiones en otras lenguas, en un sentido de admitir ambas opciones.

Por otra parte, en el quinto apartado de la cuestión prejudicial se preguntaba si es compatible con los citados apartados 1 y 4 del artículo 7 de la Directiva no determinar las razones de la exclusión de determinados sujetos de la obligación de eficiencia energética. El Tribunal establece taxativamente que la designación de las empresas debe basarse efectivamente "*en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente*".

Procede, en consecuencia, comprobar si la normativa española ha explicitado los criterios objetivos y no discriminatorios que le han llevado a sujetar a la obligación de eficiencia energética, por un lado, a los comercializadores de gas y electricidad y no a los distribuidores de estos productos y, por otro, a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados y no a los minoristas de este sector. Pues bien, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, en cuyo desarrollo se dicta la Orden impugnada, justifica la selección de los sujetos obligados en la exposición de motivos en los siguientes términos:

"Si bien la Directiva da la posibilidad de que los sujetos obligados puedan ser comercializadores o distribuidores de energía, dado que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización (al contrario que en otros países de la UE) sino una actividad regulada de gestión de la red correspondiente, se ha establecido a los comercializadores de energía como los sujetos obligados que es donde la Directiva exige los ahorros de energía.



Se incluye al sector transporte entre los sujetos obligados dado el gran peso que este sector tiene en la demanda de energía final y el gran potencial de ahorros de energía que en él se pueden alcanzar. Para el caso de los productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, tampoco se ha considerado apropiado imponer las obligaciones al gestor de la red, sino que son sujetos obligados las empresas que de hecho realizan la comercialización de los productos de cara a la venta a los consumidores finales y, en concreto, teniendo en cuenta la atomización existente en la comercialización final de estos productos, a los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo".

De los términos expresados se deduce que el legislador ha tenido en cuenta determinados criterios de política económica que, sean o no acertados, son objetivos y no discriminatorios. En efecto, el caso de los distribuidores de gas y electricidad, el legislador español los ha excluido por no desarrollar actividades de comercialización, que entiende que son precisamente aquéllas en las que la Directiva pretende obtener el ahorro de energía. Y en relación con los operadores de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, la exposición de motivos justifica la opción de que sean los comercializadores mayoristas en la atomización existente en el sector de la comercialización minorista. En consecuencia, tampoco se advierte vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE.

Hemos de insistir aquí una vez más que determinadas opciones, como las seguidas en este caso por el legislador español, tanto si son de carácter técnico como si responden a razones de política económica, pueden resultar acertadas o no, pero ello no constituye un óbice de legalidad. Por tanto, la opción del legislador español, expresamente justificada como lo requiere la Directiva en la interpretación del TJUE, al basarse en criterios objetivos y que no pueden ser tachados de discriminatorios, resulta conforme a **derecho**.

SÉPTIMO.- Sobre la discriminación y vulneración del principio de libre competencia por la Orden ETU/257/2018, respecto de los comercializadores independientes como la sociedad recurrente.

La recurrente parte de que la selección de sujetos obligados no se ajusta a la Directiva, y es discriminatoria y arbitraria, considera que produce efectos no justificados sobre la libre competencia, y además constituye una ayuda de Estado, pues favorecerla sin causa a los sujetos que han sido excluidos de la obligación.

Pues bien, ya hemos dicho que no concurren los defectos denunciados en la selección de sujetos obligados (defectuosa trasposición de la Directiva, discriminación, arbitrariedad), por lo que basta remitirse a lo que hemos razonado en el fundamento de **derecho** anterior.

Si la elección de sujetos obligados es conforme a la Directiva aludir a la infracción de la libre competencia - principio implantado en nuestro **Derecho** sobre todo a través del **Derecho** de la UE-, por la selección de sujetos hecha por el legislador español, cuando es la propia normativa de la UE la que permite tal selección, no puede prosperar.

En sendas sentencias de 16 de octubre de 2003 (recursos nº 163/2001 y 167/2001) ante una alegación análoga se indicó que "No por ello padecen los principios de igualdad o de libre competencia, dado que uno y otro se desarrollan a partir de la existencia de un marco o régimen jurídico general regulador (o modulador) de cada actividad económica según ésta venga configurada por las Leyes".

En definitiva, como apunta la Abogacía del Estado, la razonable y razonada opción del legislador por unos u otros sujetos obligados necesariamente ha de tener alguna incidencia en la operativa económica relativa de los operadores del sector, pero no por ello resulta contraria a la libre competencia, En sentencia de 16 de marzo de 2015 (recurso de casación núm. 118/2013) se recoge "En la sentencia de 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) reiteramos, una vez más, nuestra doctrina sobre los cambios regulatorios vistos desde la perspectiva estrictamente jurídica, que no puede confundirse con su juicio de oportunidad político o económico, o con las críticas que de ellos puedan formularse en cuanto factores más o menos desincentivadores de la inversión. Decimos en ella que "[...] Ha de tenerse en cuenta, además -como hemos recordado con frecuencia- que los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica, contienen un sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares. La realidad de estos sistemas regulatorios complejos hace totalmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de una permanencia o inalterabilidad en el tiempo so riesgo de vulneración de los principios invocados. Antes al contrario, la protección de los intereses generales obliga a los poderes públicos en defensa de los mismos, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica""

OCTAVO.- La contribución financiera al FNEE de los sujetos obligados no tiene naturaleza tributaria. No se infringe el principio de reserva de ley.



1.- Sobre la naturaleza no tributaria de la prestación patrimonial establecida en los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014 .

Examinamos seguidamente si la contribución financiera al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, que resulta del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, instaurado por los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014, puede considerarse como una prestación patrimonial coactiva de naturaleza tributaria, es decir, como un tributo, como sostiene la parte recurrente en su demanda.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 182/1997 (FJ 15), ha definido los tributos, desde la perspectiva constitucional, como "prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos" y advierte, con cita de la STC 185/1995, que una interpretación sistemática de la Constitución "lleva directamente a no considerar como sinónimas la expresión 'tributos' del art. 33.1 C.E. y la más genérica de 'prestaciones patrimoniales de carácter público' del art. 31.3 C.E.", por lo que concluye la STC que citamos que si bien todo tributo es una prestación patrimonial de carácter público, no todas estas prestaciones patrimoniales tienen naturaleza tributaria.

En su sentencia 83/2014 (FJ 3), el Tribunal Constitucional señala que una determinada prestación patrimonial de carácter público tendrá naturaleza tributaria si "se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos".

Esta misma idea está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2016, que examinó la conformidad a la Constitución de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y que - con dicho propósito- impuso a determinadas empresas productoras de electricidad unas aportaciones para la financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013, que presentan características similares a las contribuciones financieras al FNEE que ahora examinamos: se trata, en ambos casos, de obligaciones de efectuar contribuciones financieras, que revisten la naturaleza de prestaciones pecuniarias impuestas coactivamente por el poder público y que se satisfacen a un ente público sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago, con una finalidad inequívoca de interés público. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado en la indicada sentencia 167/2016 (FJ 4), con cita de la STC 83/2014), que la obligación regulada en la D.A 3ª del RDL 14/2010 constituye una prestación patrimonial de carácter público, conforme a la figura prevista en el artículo 31.3 CE, ahora bien, "[...] no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando en ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación [...] sino que nos hallamos ante una medida adoptada por el Estado al margen de su poder tributario (art.133.1.CE) cuyos destinatarios son llamados a su cumplimiento no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco...de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado como el eléctrico, relación de la que pueden surgir tanto **derechos** como cargas que asumir [...]".

La aplicación de los anteriores razonamientos a la contribución financiera al FNEE que ahora examinamos, nos lleva a rechazar que la indicada prestación patrimonial de carácter público tenga la naturaleza tributaria que le atribuye la parte recurrente, lo que excluye que deba analizarse a la luz de los principios del artículo 31.1 CE, sin perjuicio de que quede sometida al principio de reserva de ley consagrado en el artículo 31.3 CE, observado en este caso por el rango de la norma que instituye la obligación de contribución financiera al FNEE.

2.- Sobre el principio de reserva de ley para las prestaciones patrimoniales no tributarias.

Se puede añadir, por su conexión con la cuestión anterior, que no existe en este caso infracción del principio de reserva de ley exigido por el artículo 31.3 de la Constitución para el establecimiento de prestaciones patrimoniales de naturaleza no tributaria.

En efecto, es una norma de rango legal -la Ley 18/2014- la que define y delimita los elementos configuradores de la obligación de ahorro energético cuestionada, al establecer la propia obligación de ahorro, que de acuerdo con el artículo 69.1 de la Ley 18/2014 equivale, de forma agregada para el período de duración del sistema (desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 hasta el 31 de diciembre de 2020), al objetivo asignado a España y a los demás Estados miembros de la Unión por el artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que fija tal objetivo señalando que será al menos equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año, desde el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2020, del 1,5% de las ventas anuales de energía a clientes finales de todos los distribuidores de energía, y que la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 cifra en 15.979 ktep de ahorro energético acumulado para para todo el período señalado, según se ha comunicado ya a la Comisión Europea.



Además, la citada Ley 18/2014 establece también: i) los sujetos a quienes se impone las obligaciones de ahorro energético (artículo 69.1), ii) la metodología para el reparto del objetivo de ahorro anual entre los sujetos obligados, en proporción a su respectivo volumen de ventas, del que resulta la obligación de ahorro particular de cada obligado (artículo 70.1), iii) la fórmula de cálculo de la contribución financiera de cada sujeto obligado, mediante la multiplicación de su obligación de ahorro energético particular por un índice de equivalencia financiera (artículo 71.1), y iv) el ingreso de las aportaciones así calculadas, con periodicidad trimestral, en el Fondo Nacional de Eficiencia Energética (artículos 71.1 y 74.2).

Por lo demás, es oportuno recordar aquí que la reserva de ley que resulta del artículo 31.3 de la Constitución obliga a que sea el legislador el que decida el "establecimiento" de prestaciones patrimoniales de carácter público, pero admite la colaboración reglamentaria siempre que ésta *"sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley"* y se produzca dicha colaboración en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (STC 150/2003 y las que allí se citan). Pero no abundaremos en este punto pues, como hemos dejado señalado, la Orden ETU/257/2018 aquí impugnada -al igual que sus antecedentes inmediatos, las órdenes IET/289/2015, IET/359/2016 y ETU/258/2017- no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo de aplicación de las previsiones normativas contenidas en la Ley 18/2014.

NOVENO.- Sobre la petición subsidiaria de compensación de ahorros energéticos, al no tener en cuenta la Orden ETU/257/2018 los ahorros energéticos que hayan podido obtener ya los sujetos obligados.

Se aduce en la demanda que la Orden impugnada no ha tenido en cuenta los ahorros energéticos que hayan podido obtener ya los sujetos obligados, cuando, a su entender, habría sido necesario tenerlos en cuenta y establecer la correspondiente compensación. Por ello la recurrente pide, como pretensión de carácter subsidiario, que se ordene a la Administración que en el reparto de las obligaciones de eficiencia energética (i.e., obligación de ahorro en GWh) que le impone tenga en cuenta -por compensación- los ahorros energéticos que haya llevado a cabo, cuya cuantificación ha de deferirse a la ejecución de sentencia.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre alegaciones similares en sentencias de 15 de mayo de 2019 (recursos 200/2015, 203/2015 y 872/2015), 7 de junio de 2019 (recurso 884/2015), y 20 de mayo de 2020 (recurso 179/2018) en las que llegó a la conclusión de que el planteamiento de la recurrente no podía ser acogido y, en consecuencia, su pretensión debe ser desestimada.

Por lo pronto, lo que subyace en la tesis de la demandante es un cuestionamiento general del sistema de aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, y aplicado en la Orden ETU/257/2018 que es aquí objeto de impugnación.

En apartados anteriores de esta sentencia hemos visto que no cabe considerar contraria a la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, la normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual al Fondo de Eficiencia Energética, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-561/16) a la que antes nos hemos referido.

Así las cosas, esta Sala considera que la Directiva 2012/27/UE, no resulta vulnerada por el hecho de que la Ley 18/2014, de 15 de octubre, y la Orden ETU/257/2018 dictada en su aplicación, se atengan a un sistema de aportaciones obligatorias al Fondo de Eficiencia Energética que no contempla compensación o reducción de las aportaciones por razón de los ahorros energéticos que los sujetos obligados hubiesen podido realizar a título particular y por decisión propia.

El sistema alternativo de cumplimiento de las obligaciones de ahorro energético que se contempla en el artículo 71.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, mediante los denominados "certificados de ahorro energético", que no ha sido desarrollado aun reglamentariamente por el Gobierno, vendría a establecer un mecanismo de acreditación de los ahorros energéticos conseguidos, en el que no tendría cabida cualquier ahorro logrado sino únicamente aquéllos que cumpliesen los requisitos y condiciones que se estableciesen en el correspondiente catálogo; y que serían cuantificados mediante los coeficientes de equivalencia de ahorro energético que a tal efecto habrían de establecerse.

Ahora bien, no existiendo una regulación reglamentaria que permita objetivar la acreditación y cuantificación de los ahorros energéticos logrados por cada sujeto obligado, imponer a la Administración esa suerte de compensación individualizada que pretende la recurrente socavaría la base misma del sistema instaurado, basado en las aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética.

La demandante pretende que se le compense por los ahorros energéticos que haya podido lograr mediante actuaciones de toda índole llevadas a cabo por su propia iniciativa en ejercicios anteriores. Pero tal compensación, además de no estar prevista en la norma, no encuentra cabida en la regulación vigente ni resulta



viable, al no existir un catálogo de las actuaciones de ahorro que pudieran ser computadas ni estar fijados los valores de equivalencia que permitirían cuantificar el ahorro energético logrado por cada empresa.

DÉCIMO.- Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de **derecho** conducen a la desestimación del recurso entablado por Integra Europea de Servicios SAU (INTEGRA) contra la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018.

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 139.1 de la LJCA, ese pronunciamiento desestimatorio del recurso no debe conllevar en este caso la imposición de las costas procesales a la parte demandante pues las cuestiones objeto de litigio presentaban las suficientes dudas de **derecho** como para justificar que cada parte soporte las costas causadas a su instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo 1/ 233/2018 interpuesto por INTEGRACIÓN EUROPEA DE ENERGÍA SAU (INTEGRA), contra la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, para el año 2018.

2.- No imponer las costas de este procedimiento a ninguno de los litigantes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. María Isabel Perelló Doménech. -D. José María del Riego Valledor. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Ángel Ramón Arozamena Laso. -Firmado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm^a. Sra. D^a. M^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. -Firmado.