



Roj: **STS 1571/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1571**

Id Cendoj: **28079130032019100128**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/05/2019**

Nº de Recurso: **302/2015**

Nº de Resolución: **623/2019**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 623/2019**

Fecha de sentencia: 13/05/2019

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

Número del procedimiento: 302/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia:

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

Transcrito por: ELC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 302/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 623/2019**

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 13 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 001/302/2015 interpuesto por el procurador D. Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de CIDE HC ENERGÍA, S.A. contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y IBERDROLA CLIENTES, S.A.U., representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, bajo la asistencia letrada de don Gerardo Codes Calatrava.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador D. Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de CIDE HC ENERGÍA, S.A. interpuso con fecha 28 de abril de 2015 recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 001/0302/2015, contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

**SEGUNDO.-** En su escrito de demanda de fecha 22 de diciembre de 2015, la representación procesal de CIDE HC ENERGÍA, S.A. alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que, tenga por presentado este escrito junto con todos los documentos que lo acompañan y por devuelto el expediente administrativo, se sirva admitirlo y, en su virtud, previos los trámites oportunos, dicte en su día Sentencia por la que:

(i) Declare la nulidad del Anexo I de la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015 y de su Anexo II en la parte referida a CIDE HC ENERGÍA, S.A.

(ii) Reconozca la situación jurídica individualizada de mi representada, a cuantificar en fase de ejecución de sentencia, consistente en la devolución de las cantidades indebidas abonadas hasta la fecha de presentación de esta demanda y las que tenga que ingresar como consecuencia de posteriores liquidaciones hasta la conclusión definitiva de este procedimiento, junto con los intereses devengados desde el momento del ingreso de las cantidades correspondientes hasta su total devolución.

Por Primer Otrosí solicita para el supuesto de que esa Sala no declare directamente la nulidad de la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, proceda al planteamiento por esa Sala, en el momento procesal oportuno, de cuestión de inconstitucionalidad relativa a la vulneración por parte de las normas recurridas de los artículos 31.1 y 86 de la Constitución Española, toda vez que de dicho pronunciamiento depende la validez de las normas impugnadas en los presentes Autos; y otorgue a esta representación el plazo correspondiente establecido en el apartado 2 de dicho precepto a fin de alegar sobre la pertinencia del planteamiento de dicha cuestión de constitucionalidad.

Por Segundo Otrosí fija la cuantía del presente recurso en indeterminada.

Por Tercer Otrosí solicita el recibimiento a prueba de este procedimiento y señala los medios de prueba sobre los que habrá de versar.

Por Cuarto Otrosí interesa se acuerde el trámite de conclusiones escritas previsto en dichos preceptos.

Por Quinto Otrosí se expresa que este escrito de término se presenta a tenor de lo preceptuado en el artículo 128 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución."

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 10 de febrero de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, por recibidos los autos y el expediente administrativo que ahora se devuelven, para, previa la tramitación legal



correspondiente, resolver este proceso por sentencia que DESESTIME el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con costas.

Por Primer Otrosí expone que se opone al recibimiento del pleito a prueba solicitado de contrario, por ser innecesario para la aportación documental pretendida.

Por Segundo Otrosí considera el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad innecesaria para que la Sala anule una Orden Ministerial.

Por Cuarto Otrosí considera innecesaria la celebración de vista pero no se opone a la realización de conclusiones por escrito."

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2016 se dio traslado de la demanda al codemandado IBERDROLA CLIENTES SAU a fin de que conteste a la demanda en el plazo de veinte días, teniéndole por caducado en el dicho trámite mediante diligencia de ordenación de 17 de marzo de 2016.

**QUINTO.-** La Letrada de la Administración de Justicia dictó Decreto el 18 de marzo de 2016, por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso- administrativo en indeterminada.

**SEXTO.-** La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 30 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

"1) Recibir el recurso a prueba.

2) Admitir las propuestas por la demandante y la Administración.

3) Practicar los medios de la demandante, para lo que se tienen por reproducidos el expediente administrativo y los justificantes de pago realizados por CIDE HC ENERGIA SA.

4) Practicar los medios de la Administración, para lo que se tienen por reproducidos los documentos 1, 2 y 3 adjuntos a la contestación de la demanda. Además, tráigase copia testimoniada del CD-2 confidencial obrante en el recurso 165/2015, quedando a disposición de la Sala bajo custodia de la Letrada de la Administración de Justicia; y una vez recibida la versión no confidencial solicitada en aquél, se acordará."

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 21 de abril de 2016, no constando la llegada de la versión no confidencial del CD-2 solicitada a la Administración en el recurso de esta misma Sección nº 165/2015 y con traslado del oficio que indica su carácter confidencial, se acuerda dar traslado a las partes por plazo común de diez días, lo que se efectuó con el siguiente resultado:

El Procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de CIDE HC ENERGÍA, S.A., presentó escrito de alegaciones con fecha 17 de mayo de 2016, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

" que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, una vez evacuado el trámite conferido, en su virtud, tenga por realizadas las manifestaciones contenidas en el mismo."

El Abogado del Estado presentó el día 19 de mayo de 2016 escrito de alegaciones, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

"Que tenga por presentado este escrito, por formuladas las consideraciones que en él se contienen y acceda a la incorporación del CD que nos ocupa como prueba al presente proceso, manteniendo su confidencialidad; O, subsidiariamente, y en el caso en que la Sala considerase que no ha lugar a incorporar como prueba el CD a estos autos manteniendo su confidencialidad, se nos tenga por renunciados a su incorporación."

**OCTAVO.-** Por providencia de 27 de mayo de 2016 se declara terminado y concluso el periodo de prueba concedido en este recurso; se unen las practicadas a los autos y se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción , lo que efectuó el Procurador de la sociedad CIDE HC ENERGÍA, S.A presentando escrito de conclusiones con fecha 15 de junio de 2016, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo , tenga por evacuado en tiempo y forma el trámite de conclusiones conferido y en su día, previa la tramitación oportuna, dicte sentencia conforme lo solicitado en el escrito de demanda."

**NOVENO.-** Por diligencia de ordenación de 15 de junio de 2016 se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente, y se entregan las copias a las partes demandadas, otorgándole el plazo de diez días para que presente las suyas, lo que efectuó el Abogado del Estado presentando escrito de conclusiones con fecha 17 de junio de 2016, formulando las siguientes alegaciones:



"Dado que no se ha practicado más prueba que la propuesta con la demanda y contestación, y que la recurrente se limita a remitirse a las alegaciones de su demanda, damos también por reproducido lo argumentado en nuestra contestación, y en nuestro escrito sobre el mantenimiento de la confidencialidad de uno de los documentos propuestos por esta parte."

**DÉCIMO.-** Por diligencia de ordenación de 24 de junio de 2016 se tiene por evacuado el trámite de conclusiones por la Administración demandada y, no constando escrito alguno, por caducado al codemandado IBERDROLA CLIENTES SAU y visto el estado en que se encuentran las presentes actuaciones, se declaran concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de 17 de febrero de 2017 se acordó que, a la vista de las alegaciones formuladas por las partes de que se suspenda la tramitación del presente recurso, que tiene por objeto la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, habiéndose planteado por esta Sala y Sección cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con dicha Orden ( auto de 25 de octubre de 2016 , aclarado por auto de 28 de diciembre de 2016, dictado en el recurso ordinario 1/261/2015), se suspende la tramitación del presente recurso hasta tanto sea resuelta la citada cuestión prejudicial.

**DUODÉCIMO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 10 de septiembre de 2018 se une a los autos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 7 de agosto de 2018, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por esta Sala en el recurso contencioso-administrativo 1/261/2015 mediante auto de fecha 25 de octubre de 2016 , con traslado a las partes para su conocimiento y se alza la suspensión que venía acordada en las presentes actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

**DÉCIMO TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de 20 de septiembre de 2018 se acuerda dar traslado a las partes por cinco días para que realicen las alegaciones que consideren oportunas en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que se efectuó con el siguiente resultado:

El Procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de CIDE HC ENERGÍA, S.A.U, presentó escrito de alegaciones con fecha 1 de octubre de 2018, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

"que, tenga por presentado este escrito y por evacuado el trámite conferido, y, en su virtud, previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia de conformidad con lo interesado en nuestro escrito de demanda."

El Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones con fecha 5 de octubre de 2018 concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

"que, teniendo por presentado este escrito, y por evacuado el trámite de alegaciones, desestime el recurso interpuesto.

Por otrosí digo adjunta los siguientes documentos:

Doc.1- Informe sobre los objetivos de ahorro en el marco del sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido por el RDL 8/2014(Ley 18/2014) y el fondo nacional de eficiencia energética.

Doc.2 Ultimo texto del borrador de modificación de la Directiva de Eficiencia Energética.

Doc. 3 certificado sobre el número de estaciones de servicio."

**DÉCIMO CUARTO.-** Por providencia de 11 de febrero de 2019 para la votación y fallo de este recurso, se señala el día 30 de abril de 2019 y se designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, fecha en que tuvo lugar el acto.

**DÉCIMO QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 8 de abril de 2019 se unen a las actuaciones el escrito presentado por el Abogado del Estado, así como el "Informe sobre los objetivos de ahorro en el marco del sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido por el RDL 8/2014( Ley 18/2014) y el Fondo Nacional de Eficiencia Energética", y se dio traslado a las partes por cinco días para que aleguen lo que a su derecho convenga, efectuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

El Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones con fecha 10 de abril de 2019, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:

"que, teniendo por reproducidas las alegaciones de esta parte sobre la STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16 ,en las páginas más arriba referidas, tenga por evacuado el trámite conferido.."

El Procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de CIDE HC ENERGÍA, S.A.U. presentó escrito de alegaciones con fecha 17 de abril de 2019, concluyendo con el siguiente SUPPLICO:



"que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por evacuado el trámite de alegaciones conferido y por realizadas las manifestaciones contenidas en el mismo. "

**DÉCIMO SEXTO.-** Por providencia de 23 de abril de 2019 se unen los escritos del abogado del Estado y el procurador Sr. Mairata Laviña, se tiene por caducado al codemandado y estese al señalamiento que venía acordado para el próximo día 30/04/2019.

Conviene añadir que a partir de la deliberación del pasado 26 de marzo y en sesiones sucesivas se ha examinado una serie de recursos interpuestos contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, así entre otros los recursos núms. 165/2015, 199/2015, 200/2015, 203/2015, 215/2015, 235/2015, 243/2015, 256/2015, 259/2015, 278/2015, 279/2015, 283/2015, 285/2015, 290/2015, 298/2015, 299/2015, 302/2015, 872/2015, 879/2015, 4026/2015 y 4160/2015, sin perjuicio de las incidencias procesales que han surgido en algunos de ellos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.**

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil CIDE HC ENERGÍA, S.A., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de los Anexos I y II (en la parte referida a la mencionada sociedad mercantil) de la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

La impugnación de la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, se fundamenta, en primer término, en el argumento de que la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, vulnera 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, en la medida que en su artículo 7.1 dispone que las compañías obligadas han de alcanzar un objetivo de ahorro de energía acumulado a nivel de usuario final.

Se aduce, al respecto, que la normativa española para los años 2014 y 2015 ha establecido las cantidades con las que ha de contribuirse al Fondo Nacional de Eficiencia Energética para cada una de las empresas obligadas de forma unilateral, sin tener en cuenta el servicio público que prestan los comercializadores de referencia obligados a ofrecer tarifas de último recurso.

Se argumenta que la normativa española vulnera la Directiva 2012/27, por designar de forma discriminatoria a los sujetos obligados, en cuanto que excluye a los consumidores directos en mercado, que adquieren la energía para su propio consumo.

En segundo término, se alega la vulneración del principio de reserva de ley material regulado en el artículo 31 de la Constitución, puesto que el legislador español ha introducido en el ordenamiento jurídico una prestación de carácter patrimonial a través de un Decreto-ley.

En tercer término, se aduce la infracción del artículo 86 de la Constitución española, por cuanto no se cumplen los requisitos previstos para la extraordinaria y urgente necesidad por los que fue dictado el Real Decreto-ley 8/2014.

En cuarto lugar, se postula que se declare la nulidad de la Orden IET/289/2015 por vicios formales, partiendo de la premisa de que es una norma reglamentaria, dado que innova el ordenamiento jurídico, y por tanto, no se trata de un mero acto administrativo. En este sentido se alega la falta de trámites esenciales para la validez de la norma, en cuanto que no consta la emisión de dictamen del Consejo de Estado, así como del preceptivo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En quinto lugar, se aduce la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, en la medida en que el contenido de la Orden impugnada es arbitrario e injustificado en lo que respecta a la realización de los cálculos correspondientes que son inadecuados, al no permitir la realización de una valoración objetiva y transparente de los mismos.

Se alega también la infracción del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto obliga a contribuir a empresas que no puedan repercutir el coste a los clientes finales.

En último término, se postula el reconocimiento de una situación jurídica individualizada relativa a la devolución de todas las cantidades indebidamente satisfechas por CIDE HC ENERGIA ,S.A al Fondo Nacional de Eficiencia Energética.



**SEGUNDO.- Sobre el contexto normativo y jurisprudencial en que se inserta el enjuiciamiento de la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.**

**A) Planteamiento.**

Para abordar adecuadamente el examen de los motivos de impugnación esgrimidos contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, procede precisar el marco normativo en que se inserta la adopción de la referida Orden ministerial, así como cabe referir el contexto jurisprudencial que tiene incidencia relevante para su enjuiciamiento.

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 y la creación por los Estados miembros del Fondo Nacional de Eficiencia Energética, está integrado por las siguientes disposiciones cuyo contenido procedemos a transcribir:

El artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE, bajo la rúbrica "*Sistemas de obligaciones de eficiencia energética*", establece:

"1. Cada Estado miembro establecerá un sistema de obligaciones de eficiencia energética. Dicho sistema velará por que los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía que estén determinados como partes obligadas con arreglo al apartado 4, que operen en el territorio de cada Estado miembro alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final, antes del 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.

2. Dicho objetivo será al menos equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2020, del 1,5 % de las ventas anuales de energía a clientes finales de todos los distribuidores de energía o empresas minoristas de venta de energía, en volumen, como promedio de los últimos tres años previos al 1 de enero de 2013. Se podrán excluir total o parcialmente de este cálculo las ventas de energía, en volumen, empleada para el transporte.

Los Estados miembros decidirán cómo repartir a lo largo del período la cantidad calculada de nuevo ahorro a que se refiere el párrafo segundo.

a) realizar el cálculo previsto en el apartado 1, párrafo segundo, aplicando un valor del 1 % en 2014 y 2015; del 1,25 % en 2016 y 2017; y del 1,5 % en 2018, 2019 y 2020;

b) excluir del cálculo una parte o la totalidad de las ventas de energía, en volumen, empleada para las actividades industriales enumeradas en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE;

c) permitir que el ahorro de energía obtenido en los sectores de la transformación, distribución y transporte de energía, incluida la infraestructura urbana de calefacción y refrigeración eficiente, como resultado de la aplicación de los requisitos establecidos en el artículo 14, apartado 4, el artículo 14, apartado 5, letra b), y el artículo 15, apartados 1 a 6 y apartado 9, se contabilice en la cantidad de ahorro de energía exigida en virtud del apartado 1, y



d) contabilizar en la cantidad de ahorro de energía a la que se refiere el apartado 1 el ahorro de energía derivado de toda nueva actuación individual ejecutada desde el 31 de diciembre de 2008 que siga teniendo repercusiones en 2020 y que pueda medirse y comprobarse.

3. La aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 no dará lugar a una reducción de más del 25 % en la cantidad de ahorro de energía a que se refiere el apartado 1. Los Estados miembros que vayan a aplicar el apartado 2 deberán notificarlo a la Comisión antes del 5 de junio de 2014, señalando los elementos del apartado 2 que aplicarán y adjuntando un cálculo que muestre su repercusión en la cantidad de ahorro de energía a que se refiere el apartado 1.

4. Sin perjuicio del cálculo de ahorro de energía para cumplir con el objetivo de acuerdo con el apartado 1, párrafo segundo, cada Estado miembro designará, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios, a las partes obligadas entre los distribuidores de energía y las empresas minoristas de venta de energía que operen en su territorio, y podrán incluir a distribuidores o minoristas de combustible para transportes que operen en su territorio. La cantidad de ahorro de energía para dar cumplimiento a la obligación será obtenida por las partes obligadas entre los clientes finales, designados, según proceda, por los Estados miembros, independientemente del cálculo efectuado con arreglo al apartado 1, o, si así lo deciden los Estados miembros, a través de ahorros certificados procedentes de otras partes, tal como se contempla en el apartado 7, letra b).

[...] 9. 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 pro-gramas nacionales de eficiencia energética.

Entre las medidas de actuación a que se refiere el párrafo primero podrán incluirse, aunque sin limitarse a ellas, las siguientes medidas de actuación o combinaciones de las mismas:

- a) tributos sobre la energía o sobre las emisiones de CO<sub>2</sub> que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final;
- b) 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;
- c) reglamentaciones o acuerdos voluntarios 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;
- d) estándares y normas cuya finalidad sea mejorar la eficiencia energética de productos y servicios, también de edificios y vehículos, salvo en aquellos casos en los que, en virtud del Derecho de la Unión, dichos estándares y normas sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros;
- e) sistemas de etiquetado energético, con excepción de los que sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión;
- f) formación y educación, incluyendo programas de asesora-miento energético, que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que tengan el efecto de reducir el consumo de energía de uso final.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión, a más tardar el 5 de diciembre de 2013, las medidas de actuación que piensan tomar a efectos de la aplicación del párrafo primero y del artículo 20, apartado 6, de acuerdo con el marco que se establece en el anexo Y, punto 4, y mostrando de qué modo conseguirían la cantidad de ahorros exigida. En el caso de las medidas de actuación que se contemplan en el párrafo segundo y en el artículo 20, apartado 6, esta notificación demostrará cómo se cumplen los criterios previstos en el apartado 10. En el caso de medidas de actuación distintas de las que se contemplan en el párrafo segundo o en el artículo 20, apartado 6, los Estados miembros explicarán cómo se consigue un nivel equivalente de ahorro, supervisión y verificación. La Comisión podrá presentar propuestas de modificación durante los tres meses siguientes a la notificación.

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 res-ponsables 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).

12. Los Estados miembros velarán por que, en caso de solapamiento de la repercusión de las medidas de actuación o las actuaciones particulares, no haya doble contabilización del ahorro de energía".

El artículo 20 de la mencionada Directiva 2012/27/UE , titulado "*Fondo Nacional de Eficiencia Energética, financiación y apoyo técnico*", establece:

"1. Sin perjuicio de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , los Estados miembros facilitarán el establecimiento de mecanismos de financiación o el recurso a los existentes, a fin de que se aprovechen al máximo en las medidas de mejora de la eficiencia energética las ventajas de la presencia de múltiples flujos de financiación.

2. Si procede, la Comisión asistirá a los Estados miembros, directamente o a través de las instituciones financieras europeas, en el establecimiento de mecanismos de financiación y planes de asistencia técnica, con el fin de aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores.

3. La Comisión facilitará el intercambio de buenas prácticas entre las autoridades u organismos nacionales o regionales res-ponsables, por ejemplo, mediante reuniones anuales de los organismos reguladores, bases de datos públicas con información sobre la aplicación de medidas por parte de los Estados miembros y comparaciones entre países.

4. Los Estados miembros podrán crear un Fondo nacional de eficiencia energética. El objetivo de este Fondo será respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética.

5. Los Estados miembros podrán autorizar que las obligaciones previstas en el artículo 5, apartado 1, se cubran mediante contribuciones anuales al Fondo nacional de eficiencia energética, de una cuantía equivalente a la de las inversiones necesarias para el cumplimiento de dichas obligaciones.

6. Los Estados miembros podrán estipular que las partes obligadas puedan cumplir las obligaciones previstas en el artículo 7, apartado 1, contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones.





7. Los Estados miembros podrán emplear los ingresos que perciban de la asignación anual de emisiones conforme a la Decisión n 406/2009/ CE para la creación de mecanismos de financiación innovadores que lleven a la práctica el objetivo del artículo 5 de mejorar el rendimiento energético de los edificios".

Finalmente, merece destacarse el Considerando 20 de la indicada Directiva que señala:

"(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: la Ley 18/2014.**

En el Derecho español, el artículo 69 de la Ley 18/2014 , bajo la rúbrica "*Creación de un sistema nacional de obligaciones*", establece lo siguiente:

"1. Se crea el sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, en virtud del cual se asignará 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 de ámbito nacional, denominada obligaciones de ahorro.

Las obligaciones de ahorro resultantes equivaldrán, de forma agregada para el periodo de duración del sistema, al objetivo asignado a España por el artículo 7 de la Directiva [2012/27 ], una vez deducidos los ahorros provenientes de las medidas alternativas contempladas en el artículo 7.9 de la citada Directiva.

2. El periodo de duración del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética comprenderá desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, hasta el 31 de diciembre de 2020.

3. A efectos de verificar la trayectoria hacia el cumplimiento del objetivo asignado a España se podrá llevar a cabo una revisión del sistema para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2020".

El artículo 70 de la citada Ley, titulado "*Reparto del objetivo de ahorro anual*", en su apartado 1, dispone:

"El objetivo de ahorro anual, los porcentajes de reparto entre los correspondientes sujetos obligados, así como 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.



El objetivo de ahorro energético anual que se determine se repartirá entre los sujetos obligados proporcionalmente, en el caso de las comercializadoras de gas y electricidad, al volumen de sus ventas de energía final a nivel nacional a consumidores finales, y en el caso de los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, al volumen de sus ventas de energía final a nivel nacional para su posterior distribución al por menor y a consumidores finales, expresadas en GWh [gigavatios hora], durante el segundo año anterior al periodo anual de la obligación".

El artículo 71 de la citada Ley 18/2014, bajo el título *lo "Cumplimiento de las obligaciones y Certificados de Ahorro Energético"*, dispone:

"1. 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 al que se refiere el artículo siguiente, por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera que se establezca.

[...]

2. Alternativamente, y en los términos que reglamentariamente por el Gobierno se regulen, se podrá establecer un mecanismo de acreditación de la consecución de una cantidad de ahorro energético equivalente al cumplimiento de las obligaciones del sistema. Este mecanismo se basará en la presentación de Certificados de Ahorro energético (CAE) negociables, que resulten de la realización de las actuaciones de eficiencia energética que se definan en un catálogo y que cumplan con los requisitos y condiciones que en dicho catálogo se establezcan, cuya gestión corresponderá al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía".

El artículo 72 de la Ley 18/2014 bajo la rúbrica *"Fondo Nacional de Eficiencia Energética"* dispone lo siguiente:

"1. Se crea el Fondo Nacional de Eficiencia Energética, sin personalidad jurídica, cuya finalidad será financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, en cumplimiento del artículo 20 de la Directiva [2012/27].

2. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética se dedicará a la financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información, u otras medidas con el fin de aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores de forma que contribuyan a alcanzar el objetivo de ahorro energético nacional que establece el Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia energética previsto en el artículo 7 de la citada Directiva".

El artículo 75 de la Ley 18/2014 regula las *"Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en 2014"*, en los siguientes términos:

"1. Para el año 2014 se establece un objetivo de ahorro agregado de 131 kteps o 1.523,26 GWh.

La equivalencia financiera se establece para el año 2014 en 0,789728 millones de euros por ktep ahorrado o 67.916,58 euros por GWh ahorrado.

2. Los sujetos obligados deberán hacer efectiva su contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética antes del 15 de octubre de 2014 por la cuantía resultante de aplicar dicho coeficiente a sus cuotas de ahorro que resultan de la cuota anual respectiva de las cifras de ventas de energía a clientes finales, en volumen, comunicadas para el año 2012, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha de 25 de noviembre de 2013.

3. Excepcionalmente y únicamente para 2014 no estarán obligados a contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética aquellos sujetos obligados con un volumen de ventas finales en 2012 igual o inferior a 5 kteps.

4. Los sujetos obligados, cuotas respectivas, obligaciones de ahorro y su equivalencia financiera para el período de aplicación correspondiente al año 2014, resultantes de aplicar los criterios anteriormente señalados, se establecen con carácter definitivo en el anexo XII de esta Ley.

5. Los sujetos obligados para el año 2014 incluidos en el anexo XII, y aquellos que resulten obligados de acuerdo con el artículo 69 de esta Ley deberán remitir antes del 30 de septiembre de 2014 a la Dirección General de Política Energética y Minas los datos de ventas de energía correspondientes al año 2012, expresados en GWh.

En caso de que un sujeto obligado hubiese iniciado su actividad de ventas de energía final a nivel nacional durante el año 2012, deberá remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas la previsión de ventas de energía final para el año 2014, expresada en GWh.

Las variaciones que se deriven de los datos suministrados relativos a los sujetos obligados, porcentajes, ventas y demás variables, y los fijados conforme al apartado 2 de este artículo, podrán tenerse en cuenta, en sentido



positivo o negativo, para determinar la cuantía correspondiente para cada sujeto obligado en el año 2015 o para reconocer los derechos de cobro que, en su caso, correspondan".

En el Anexo XII -al que nos remitimos- 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.**

La Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, establece las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, en los siguientes términos:

"Primero. Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia en 2015.

1. Para el año 2015 se establece un objetivo de ahorro agregado de 262 ktep o 3.046,51 GWh.
2. La equivalencia financiera se establece para el año 2015 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 2015.
4. Por su parte, en la tabla del anexo II se establecen los sujetos obligados, las cuotas respectivas de obligaciones de ahorro y su equivalencia económica para el periodo de aplicación correspondiente al año 2015, 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, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador aplicable en el caso de incumplimiento de las obligación exigibles a los sujetos obligados".

La exposición de motivos de la referida Orden ministerial explicita de manera precisa cuales son 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, (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 el considerable potencial de ahorro de energía no realizado:

"La Directiva establece en su artículo 7 la obligación de justificar una cantidad de ahorro de energía para 2020. En cumplimiento de esta obligación, España ha comunicado a la Comisión Europea un objetivo de 15.320 ktep de ahorro energético acumulado para el periodo 2014 a 2020, 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, el artículo 7 de la Directiva, 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, el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, tramitado como Proyecto de Ley y aprobado como 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 asignará 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 de ámbito nacional, denominada obligaciones 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 tres pagos a lo largo de 2015, no más tarde del 28 de febrero, del 30 de abril y del 30 de junio de cada año, por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera correspondiente.

Este Fondo, creado sin personalidad jurídica propia, permitirá 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.

Asimismo, en la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre, se establece el procedimiento de gestión del citado Fondo y la forma en que será dotado económicamente.

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

- a) La obligación de ahorro energético en el año 2015.
- b) Los porcentajes de reparto de esta obligación entre los correspondientes sujetos obligados.
- c) Las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia económica.

Para fijar los porcentajes de reparto de la obligación para los sujetos obligados se ha tenido en cuenta la información remitida por dichos sujetos sobre sus datos de ventas de energía correspondientes al año 2013, expresados en GWh, así como la información disponible en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos. En aquellos casos en los que los sujetos obligados no han remitido la información solicitada, se ha tenido en cuenta para los cálculos la información disponible en las mencionadas Comisión y Corporación.

Cabe señalar que, tal y como se establece en el artículo 75.5 de la anteriormente mencionada Ley 18/2014, de 15 de octubre, se han tenido en cuenta las variaciones que se derivan de los datos suministrados por los sujetos obligados correspondientes al año 2012 relativos a dichos sujetos obligados, porcentajes, ventas y demás variables, y los fijados en el anexo XII de la citada ley".

#### **E) Los antecedentes de este asunto, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto 2018 .**

En lo que concierne a la determinación y delimitación del contexto jurisprudencial que estimamos que resulta relevante en el enjuiciamiento de este recurso contencioso-administrativo, cabe reseñar que, como ya hemos expuesto en los antecedentes de hecho de esta sentencia, por Auto de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, 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)".

**TERCERO.- Sobre el examen de los motivos de impugnación formulados contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, en relación con vicios formales intrínsecos a la referida Orden ministerial.**

**A) Sobre la infracción del procedimiento de elaboración y aprobación de los reglamentos.**

El motivo de impugnación formulado estrictamente contra la Orden IET/289/2015, basado en motivos de carácter formal, aduciendo la infracción del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, debe desestimarse.

Abordando en primer lugar el argumento impugnatorio de índole formal o procedimental, la parte recurrente alega que la Orden IET/289/2015 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 IET/289/2015 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 2015, 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.

Puede inducir a confusión el hecho de que figure en el expediente administrativo una llamada "memoria de análisis de impacto normativo"; pero, como señala la Abogacía del Estado, 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 IET/289/2015 es un acto de aplicación y no una norma tampoco queda desvirtuada por el hecho de que para el año anterior (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.

La recurrente sostiene que, aunque se trate de un acto administrativo de aplicación, la Orden debe anularse por incurrir en varias irregularidades en su elaboración y aprobación que considera invalidantes.

**CUARTO.- Sobre el examen de los motivos de impugnación formulados contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, en relación con la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.**

#### **A) Sobre la infracción del Derecho de la Unión Europea**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/289/2015, basado en el argumento de que el sistema de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética establecido en la Ley 18/2014 vulnera 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, en cuanto no prevé que las compañías obligadas alcancen un nivel de ahorro acumulado a nivel de usuario final, no puede ser estimado, una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la sentencia de 7 de agosto de 2018 (asunto C-561/16) sobre la compatibilidad del sistema adoptado por el legislador español, consistente en la imposición de una obligación a los sujetos obligados que operan en el sector del gas y la electricidad de contribuir anualmente a dotar de fondos al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, con el Derecho de la Unión Europea, en razón del "amplio margen de apreciación" y de la "gran flexibilidad" de que gozan los Estados miembros para la realización y consecución efectiva de los objetivos de ahorro energético perseguidos por dicha Directiva.

#### **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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

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 289/2015, de 20 de febrero.

#### **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 contemplado directamente 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 2010 (15.979 ktep) y en el artículo primero de la disposición se establece el ahorro objetivo para 2015, 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 2015 (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. Aún así, el informe elaborado por el IDAE, aportado al proceso mediante diligencia para mejor proveer, 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 289/2015.



Frente a lo que ha sostenido la Administración en algunos de los recursos, entiende la Sala 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 contraen a la verificación de la conformidad de la Orden con la Directiva 2012/27, sin duda la muy reciente aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2018/2002 -posterior, por tanto, a la Orden 289/2015-, que reforma la anterior Directiva, refuerza la interpretación mantenida, 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 impugnación de la obligación de contribuir impuesta a determinados sujetos que operan en los sistemas de gas y electricidad**

En lo que respecta al motivo de impugnación esgrimido contra la Orden IET/289/2015, basado en la alegación de la inadecuada trasposición de la Directiva 2012/27 por la Ley 18/2014, al considerar como sujetos obligados a los comercializadores de referencia, sin tener en cuenta el servicio público que prestan en cuanto están obligados a ofrecer tarifas de último recurso, también debe rechazarse, acogiendo los argumentos jurídicos expuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 , en que, en relación con esta cuestión, afirma:

"45 Pues bien, la interpretación del artículo 7, apartado 4, de dicha Directiva también resulta útil para apreciar si, en el contexto de la aplicación de un instrumento financiero cubierto por el apartado 9 de este artículo, un Estado miembro ha designado adecuadamente a las empresas que están obligadas a aportar una contribución a dicho instrumento financiero. En efecto, tal medida, adoptada como "alternativa" al establecimiento del sistema mencionado en el apartado 1 de dicho artículo, debe ir acompañada de garantías equivalentes. Por lo tanto, las condiciones que el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2012/27 establece para la designación de las partes obligadas deben respetarse igualmente cuando esas partes sean designadas en el contexto de un sistema distinto del que se contempla en dicho apartado 1.

46 El hecho de que en la versión en español del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2012/27 no se utilicen los términos "y/o", sino únicamente la conjunción coordinativa "y", no tiene entidad suficiente para poner en entredicho la constatación anterior , dado que, como señaló igualmente la Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, de la estructura general de dicha disposición se desprende que los Estados miembros pueden efectivamente optar por designar como partes obligadas a los distribuidores de energía o a las empresas minoristas de venta de energía y excluir así de la categoría de las partes obligadas a una parte de los actores del sector de la energía.

47 En efecto, la versión en español del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2012/27 dispone, al igual que otras versiones lingüísticas de esta disposición, que los Estados miembros deben elegir a las empresas obligadas entre los distribuidores de energía y les empresas minoristas de venta de energía.

48 Por lo demás, procede señalar que el artículo 7, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva indica, también en su versión en español, que las empresas obligadas pueden pertenecer a la categoría de los distribuidores de energía "y/o" de las empresas minoristas de venta de energía.

49 Asimismo, la definición de la "parte obligada" que figura en el artículo 2, punto 14, de la Directiva 2012/27 utiliza sólo la conjunción "o", incluso en la versión en español de esta disposición.

50 De ello resulta, en primer lugar, que los Estados miembros son libres de designar como partes obligadas únicamente a ciertos operadores, excluyendo a los demás, y ello con independencia del fundamento de la



medida de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética efectivamente establecida por la normativa nacional.

51 En segundo lugar, según los términos del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2012/27, esta disposición exige que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva, las partes obligadas sean designadas con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.

52 Como señaló la Abogado General en el punto 79 de sus conclusiones, el Estado miembro de que se trate debe indicar expresamente esos criterios objetivos y no discriminatorios.

53 Por lo tanto, incumbe al tribunal remitente verificar si, en el contexto de la implantación por el Reino de España de la obligación anual de contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, controvertida en el litigio principal, la designación de las empresas obligadas se basa efectivamente en criterios expresamente establecidos, objetivos y no discriminatorios.

54 A estos efectos, compete al tribunal remitente tomar en consideración la configuración y las características del mercado nacional, así como la situación de los operadores de ese mercado, como preconiza la Directiva 2012/27, en particular en su considerando 20.

55 Se desprende de las consideraciones expuestas que procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que el artículo 7 de la Directiva 2012/27 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.

La respuesta del Tribunal de Justicia significa 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 en los párrafos 46 y siguientes, 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 la quinta pregunta se inquiría si era 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 de basarse efectivamente *"en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente"*.

Procede en consecuencia, comprobar si la Administración 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, para cuya aplicación 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 aquéllos 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.

En este sentido, también debemos rechazar que la Ley 18/2014 infrinja la Directiva 2012/27, por designar de forma discriminatoria a los sujetos obligados, en cuanto, a su juicio, debería incluirse a los consumidores directos en mercado, pues no apreciamos que concurra el presupuesto de identidad sustancial de las circunstancias y condiciones en que desarrollan su actividad en el sector eléctrico, que permita considerar la existencia de un término válido de comparación, a los efectos de aplicación del principio de igualdad.

## **B) Sobre la infracción del principio de reserva de ley**

En relación con el motivo de impugnación sustentado en la vulneración del principio de reserva de Ley material consagrado en el artículo 31.3 de la Constitución española , en cuanto las contribuciones al Fondo Nacional de Eficiencia Energética establecidas por la Ley 18/2014 son prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria debe desestimarse.

La parte recurrente sostiene que la Ley 18/2014 y la Orden impugnada han creado una contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, que considera una prestación patrimonial coactiva de carácter público y de obligado cumplimiento, de naturaleza tributaria, esto es, un tributo y en concreto un impuesto, de lo que sigue que dicha contribución resulta nula de pleno derecho por cuanto vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria, conforme al cual, y según resulta del artículo 8 de la Ley General Tributaria , se regulará en todo caso por ley "a) la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria", mientras que en el presente caso, la Ley 18/2014 no determina el hecho imponible, y la base imponible y el tipo impositivo no se delimitan por la ley, sino por una orden.

### **a) Sobre la naturaleza tributaria de la prestación patrimonial.**

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, habiendo señalado 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 disposición adicional 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 de la C.E ., 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.

#### **b) 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. CE . 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 2010, 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).

La reserva de ley que resulta del artículo 31.3 CE es una reserva relativa, que vincula al legislador en el "establecimiento" de prestaciones patrimoniales de carácter público, pero admite la colaboración reglamentaria, siempre que *"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).

Así ocurre en el presente caso, en el que la fijación año a año de las cuantías de las contribuciones financieras al FNEE de los sujetos obligados, exige la colaboración reglamentaria en la concreción del objetivo de ahorro anual y la cuota sobre el mismo que corresponda a cada sujeto obligado, en función de sus ventas finales de energía en el año (n-2) que se toma de referencia.

Por tanto, el cálculo de las contribuciones financieras anuales al FNEE correspondientes a cada sujeto obligado, que se efectúa según la metodología detallada en una norma con rango de ley, precisa de la colaboración del reglamento en la concreción de los parámetros de equivalencia financiera y ahorro anual, que la propia Ley 18/2014 fijó para el año 2014 en su Anexo número XII, habilitando el artículo 71.1 del mismo texto legal al Ministro de Industria, Energía y Turismo para la determinación de dichos parámetros en los años posteriores, tarea esta que asumió la Orden impugnada en este recurso en relación con el año 2015.

En conclusión, el establecimiento de las contribuciones financieras al FNEE cumple con la exigencia de reserva de ley del artículo 31.3 CE , pues se efectúa en una norma que formalmente tiene el rango de ley, la citada Ley 18/2014, que establece directa y explícitamente los elementos configuradores de la prestación patrimonial,



sin perjuicio de la colaboración reglamentaria indispensable para la fijación de aspectos complementarios y de desarrollo que se han indicado.

Estos mismos razonamientos sirven para descartar la pretendida vulneración del principio de igualdad ante la Ley tributaria.

Por ello conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, debemos descartar que sea pertinente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que se pronuncie sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido en la Ley 18/2014 por infringir los artículos 31, apartados 1 y 3, y 133.1 de la Constitución española, en cuanto consideramos que la obligación de contribuir establecida en dicha disposición legal es respetuosa con el principio de reserva de ley.

### **C) Sobre la vulneración del artículo 86 de la Constitución**

Se alega por la parte recurrente que la Ley 18/2014 es fruto de la convalidación y tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 8/2014, que estableció por vez primera la obligación de efectuar aportaciones dinerarias al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, sin que concurriese el hecho habilitante constitucionalmente exigido por el artículo 86 de la Norma superior de una extraordinaria y urgente necesidad. Hay que rechazar tal alegación sin necesidad de entrar a discutir las razones que formula la parte actora respecto a la falta de una extraordinaria y urgente necesidad para la implantación del plan de eficiencia energética.

En efecto, tal hipotético vicio afectaría en exclusiva al Real Decreto-ley, y por tanto a la validez del sistema durante la vigencia de esta norma. No así una vez aprobada la Ley 18/2014, momento a partir del cual es exclusivamente ésta el fundamento normativo del sistema de eficiencia energética que se implanta en transposición de la Directiva 2012/27. La posible irregularidad del Real Decreto-ley, es preciso insistir, no afecta ni se transmite a la norma posterior tramitada como ley parlamentaria y siendo esto así, es claro que para nada afecta la existencia o no en su momento de una extraordinaria y urgente necesidad a la validez de la Orden impugnada, que se dicta con posterioridad a la Ley 18/2014 y en aplicación de la misma. La alegación de la parte hubiera podido tener fundamento, tan sólo en la doble hipótesis de no concurrir el hecho habilitante para dictar el Decreto-ley 8/2014 y haberse requerido a la parte la aportación al fondo Nacional de Eficiencia Energética con anterioridad a la aprobación de la Ley parlamentaria posterior, en cuyo caso y de entenderlo así esta Sala hubiera sido preciso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, único competente para valorar la validez del referido Decreto-ley.

En todo caso, cabe añadir que contra el Real Decreto-ley 8/2014, se interpuso el recurso de inconstitucionalidad núm. 5099-2014, promovido por más de cincuenta Diputados, y es inevitable reseñar que por sentencia núm. 199/2015, de 24 de septiembre de 2015, se ha desestimado el recurso, de la que cabe destacar:

"La lectura de los anteriores argumentos basta para entender que, frente a lo alegado por los recurrentes, existe en este caso una justificación de la existencia del presupuesto habilitante que, por lo demás, no se limita a referirse a la necesidad de transponer la Directiva Comunitaria por haber concluido el plazo de trasposición, tal y como afirma la demanda. Hemos de recordar que nuestra doctrina sostiene que "el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo" ( STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9). De nuevo en este caso, es el impacto económico de las medidas adoptadas el argumento expreso susceptible de conformar una necesidad cuya valoración entra dentro del ámbito de atribuciones del Gobierno. Esa valoración es realizada en la memoria y justifica de forma razonablemente suficiente el ahorro económico que, por vía directa y por vía indirecta, van a suponer las medidas adoptadas, por lo que la conexión de sentido parece existir en este caso, como en el resto de los ámbitos materiales cuya regulación afronta el Título III".

### **D) Sobre la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad.**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/289/2015, basado en el argumento de que el artículo 75 y el Anexo XII de la Ley 18/2014 vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, por cuanto -según se aduce- se trata de una norma de carácter singular, "que carece de toda explicación racional", debe desestimarse, por cuanto, como hemos expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos de esta sentencia, ya en el preámbulo de la citada ley se exponen con meridiana claridad cuales son los objetivos de eficiencia energética que persigue la citada



norma, en consonancia con lo explicitado en la Directiva 2012/27, debiendo subrayar además que la Orden impugnada se refiere a la obligación de aportación en referencia al año 2015, por lo que no cabe cuestionar en este recurso la aportación correspondiente al 2014.

#### **E) Sobre la infracción del principio de igualdad.**

El motivo de impugnación formulado contra la IET/289/2015, basado en la infracción del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, no puede ser estimado, pues consideramos que no resulta convincente la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la empresa recurrente, respecto de que la Orden impugnada contiene elementos de designación de los sujetos obligados de carácter discriminatorio, vetada constitucionalmente, al obligar a contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética a compañías que no pueden repercutir el coste a los clientes finales, exonerando a otros agentes de dicha obligación, como son los consumidores directos en mercado.

Cabe subrayar que estos argumentos ya los hemos señalado en los precedentes fundamentos jurídicos, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que goza el legislador para determinar, con base a criterios objetivos, los sujetos de los sectores eléctrico y gasista que están obligados a realizar aportaciones dinerarias al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, de forma proporcional, en relación con el volumen de ventas.

#### **QUINTO.- Sobre el restablecimiento de la situación jurídica individualizada consistente en la reclamación de la devolución de las cantidades satisfechas al Fondo Nacional de Eficiencia Energética.**

En último término, debe rechazarse la pretensión formulada relativa al restablecimiento de la situación jurídica individualizada respecto de la obligación de indemnizar correspondiente a las cantidades satisfechas por CIDE HC ENERGÍA, S.A. en cuanto que la declaración de ser conforme a Derecho la Orden IET/289/2015 determina que dicha reclamación no sea procedente.

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil CIDE HC ENERGÍA, S.A. contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

#### **SEXO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

### **FALLO**

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

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la CIDE HC ENERGÍA, S.A. contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

**SEGUNDO.-** No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor

Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.