

EL FONDO NACIONAL DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 7 DE AGOSTO DE 2018

CLAUDIA HERNÁNDEZ LÓPEZ

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. LAS OBLIGACIONES EN EFICIENCIA ENERGÉTICA: 1. Las exigencias de la Directiva de Eficiencia Energética. 2. Un modelo clásico: sostener una obligación de servicio público con un fondo. 2.3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética.– III. LA CONTROVERTIDA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN ESPAÑA: 1. El origen del litigio. 2. Las cuestiones discutidas: A) No se puede ahorrar energía, solo se puede pagar. B) Las partes obligadas ¿solo pagan las empresas de venta de energía al por mayor?– IV. LA RESPUESTA DEL TJUE: 1. El Fondo sí es conforme a la Directiva, pero es una medida alternativa. 2. Corresponde al TS decidir si la elección de los obligados está justificada.– V. UNA INTERPRETACIÓN LITERAL NO IMPIDE EL DEBATE.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, impuso a los Estados la obligación de conseguir unos objetivos de eficiencia para el año 2020. Esta norma dejó a las autoridades nacionales la elección de los medios para hacerlo dentro de un conjunto de alternativas posibles. En este contexto, España creó el Fondo Nacional de Eficiencia Energética para recaudar recursos, destinarlos a financiar las iniciativas de eficiencia energética del Estado y cumplir con los objetivos europeos.

Este trabajo analiza el Fondo como mecanismo único para mejorar la eficiencia energética a la luz de la STJUE, de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16, en la que algunos operadores del sector energético cuestionaron el modelo español por basarse exclusivamente en la recaudación de recursos económicos.

Palabras clave: fondo sin personalidad; obligaciones; eficiencia energética.

ABSTRACT: Directive 2012/27/EU on energy efficiency, imposed on States the obligation to achieve efficiency objectives for the year 2020. This norm gave the States several alternatives to achieve the objectives. In this context, Spain created the National Energy Efficiency Fund to collect resources, allocate them to finance the State's energy efficiency initiatives and comply with European objectives.

This paper analyzes the Fund as a unique mechanism to improve energy efficiency in view of the judgment of the European Union Court of Justice of August 7, 2018, case C-561/16. In this case, some operators in the energy sector questioned the Spanish model because it was based exclusively on the obtaining of economic resources.

Key words: fund; obligation; energy efficiency.

I. PLANTEAMIENTO

En el año 2014 se creó el Fondo Nacional de Eficiencia Energética —FNEE—. Con este instrumento se trasponía al ordenamiento español una parte de la Directiva de Eficiencia Energética —DEE— (1). La finalidad era recaudar recursos con cargo a determinados operadores para invertirlos en medidas que mejoraran la eficiencia y cumplir las directrices europeas en la materia (2). Aunque este sistema va camino de alcanzar los objetivos para 2020, ha sido cuestionado por las empresas que están obligadas a contribuir al Fondo (3).

Esto ha generado un litigio que ha culminado con la STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16. El tema está zanjado confirmando el sistema español, pero merece atención por la ampliación de los objetivos de eficiencia para las próximas décadas (4).

(1) El Fondo se creó por medio del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que trasponía al ordenamiento 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. Actualmente está previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(2) Sobre la eficiencia energética, en general, J.F. ALENZA GARCÍA, y M. SARASÍBAR IRIARTE (2007); I. GONZÁLEZ RÍOS (2011); F. GARCÍA RUBIO y F. MELLADO RUIZ (2013); S. GALERA RODRIGO (2014); I. GONZÁLEZ RÍOS y R. GALÁN VIOQUE (2016); GONZÁLEZ RÍOS y C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2016).

(3) De conformidad con lo previsto en el artículo 69.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, 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.

(4) El conflicto resuelto por el TJUE no ha sido el único en torno al sistema español de obligaciones de eficiencia energética. Unos meses antes el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 69/2018, de 21 de junio de 2018, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. En particular, en cuanto al sector energético, se discutían las competencias atribuidas al Estado para la *gestión* del Fondo Nacional de Eficiencia Energética y para la *gestión* de los Certificados e Ahorro Energético (CAE). Aunque los argumentos en relación con la gestión del Fondo no fueron admitidos (y el Estado conserva la competencia), sí que se admitieron los relacionados con los CAE: «A diferencia del caso anterior (la «gestión» del fondo nacional de eficiencia energética del artículo 72.3), el término «gestión» de este artículo 71.2 sí alude a una actividad estrictamente aplicativa de normas previamente aprobadas, y lo hace en una materia, la energía, donde las Comunidades Autónomas tienen reservadas esas competencias de gestión y ejecución, sin que pueda justificarse su asunción por el Estado ni en la doctrina sobre las actuaciones de ejecución como complemento necesario de las bases estatales, ni en una aplicación, por lo demás siempre excepcional, del criterio de la supraterritorialidad. Por consiguiente, el inciso final del primer párrafo del artículo 71.2 de la Ley 18/2014 en el que

Para cumplir con las directrices europeas para el año 2050 no basta con adoptar medidas aisladas, es necesario que desde ahora se realicen cambios graduales y profundos que permitan conseguir resultados significativos (5). Tarde o temprano los operadores del sector —ahora obligados únicamente a pagar— tendrán que mejorar la eficiencia en la producción, distribución y venta de energía. Más aun teniendo en cuenta que se persigue conseguir una reducción de un 80-95% de las emisiones. Estos objetivos no solo afectan a las empresas de suministro eléctrico, sino a sectores como el transporte, que debido a ese proceso se van a volver más dependientes de la electricidad (6). Al respecto la Hoja de Ruta de la Energía para 2050 prevé lo siguiente:

«la electricidad tendrá que desempeñar un papel mucho más importante que en la actualidad (casi duplicará su cuota en la demanda final de energía, alcanzando un 36 a 39 % en 2050) y tendrá que contribuir a la descarbonización del transporte y de la calefacción/refrigeración. La electricidad podría satisfacer alrededor del 65 % de la demanda de energía de los automóviles y vehículos industriales ligeros... Para llegar a ello, el sistema de generación de energía deberá someterse a cambios estructurales y lograr un nivel significativo de descarbonización ya en 2030 (57-65% en 2030 y 96-99% en 2050). En estas condiciones queda patente la importancia de iniciar ya la transición y proporcionar las señales necesarias para reducir al mínimo las inversiones que den lugar a una producción elevada de carbono en las próximas dos décadas» (7).

Queda claro que quienes producen, distribuyen y venden energía están obligados a realizar cambios orientados a la descarbonización y a mejorar la eficiencia. En este contexto, cobra sentido preguntarse si el modelo español,

se dispone que la «gestión» de los certificados de ahorro energético «corresponderá al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía», órgano de la Administración del Estado, debe ser declarado inconstitucional y nulo por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias. Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad debe extenderse igualmente al inciso «y certificación» del artículo 72.3, en cuanto considera gastos de administración del fondo nacional de eficiencia energética los de certificación de los ahorros energéticos» (FJ 5º).

(5) *«Si las inversiones se retrasan, su coste será mayor de 2011 a 2050 y crearán una mayor perturbación a largo plazo. Es urgente desarrollar estrategias para después de 2020. Las inversiones en energía tardan en producir resultados. En esta década se está produciendo un nuevo ciclo de inversión, puesto que las infraestructuras construidas hacen 30 o 40 años necesitan ser sustituidas. Actuar ahora puede evitar cambios costosos dentro de algunas décadas y reduce los efectos de retraimiento». Véase la Hoja de Ruta de la Energía para 2050. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. COM (2011) 885 final, pág.2.*

(6) Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050. COM (2011) 112 final.

(7) Hoja de Ruta de la Energía para 2050. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. COM (2011) 885 final, págs. 6-7.

basado casi exclusivamente en una fórmula de pagos es el idóneo o si, por el contrario, sería más apropiado que se favoreciera un ahorro real en las empresas energéticas.

II. LAS OBLIGACIONES EN EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. Las exigencias de la Directiva de Eficiencia Energética

La Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en adelante DEE, presenta la eficiencia como un «medio valioso» para limitar el cambio climático, superar la crisis o abordar la dependencia energética de la UE (considerando 1) (8). Para alcanzar esos fines fija un objetivo de ahorro energético del 20% para el año 2020 y, para conseguirlo, impone a los Estados miembros la obligación de comunicar un objetivo de eficiencia y de adoptar medidas para lograrlo.

Dentro de las medidas a adoptar destaca el deber de crear un sistema de obligaciones de eficiencia energética que permita a las empresas distribuidoras de energía y minoristas de venta de energía que designe el propio Estado alcanzar el ahorro de energía que se establece en el artículo 7.1 (9). Pero, al mismo tiempo, el apartado 9 del propio artículo 7, establece varias alternativas a la imposición de obligaciones a esas empresas para la consecución de ese resultado final.

(8) El considerando 1 establece lo siguiente: «La Unión se enfrenta a retos sin precedentes debido a una creciente dependencia de las importaciones de energía y a la escasez de recursos energéticos, así como a la necesidad de limitar el cambio climático y superar la crisis económica. La eficiencia energética es un medio valioso para superar estos retos. Mejora la seguridad de abastecimiento de la Unión al reducir el consumo de energía primaria y las importaciones de energía. Asimismo, ayuda a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero de manera rentable en relación con los costes, y de este modo, a mitigar el cambio climático. El cambio a una economía más eficiente en el consumo de energía también debe acelerar la difusión de soluciones tecnológicas innovadoras y mejorar la competitividad de la industria de la Unión, impulsando el crecimiento económico y creando empleos de alta calidad en varios sectores relacionados con la eficiencia energética».

(9) Artículo 7.1: «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. 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».

Como se puede observar la DEE, obliga a los Estados en cuanto al resultado, pero deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En concreto, el apartado 9 permite sustituir esa imposición de obligaciones a las empresas por la creación de tributos, incentivos fiscales, normas y acciones para la aplicación de nuevas tecnologías o técnicas eficientes, sistemas de etiquetado energético, medidas de formación y educación de clientes finales, entre otras (10). Además de ello, el artículo 20.6 de la DEE, también permite sustituir la imposición de obligaciones por una contribución anual de los sujetos obligados a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética (11). Y

(10) «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. 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 CO₂ 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 asesoramiento 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 V, 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».

(11) Artículo 20.6 de la DEE: «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».

esta ha sido la opción escogida por el legislador español (arts. 71 y siguientes de la Ley 18/2014) (12).

2. Un modelo clásico: sostener una obligación de servicio público con un Fondo

Como se apuntó, en España se optó por crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, en adelante FNEE. Por medio del mismo se imponen unas obligaciones de pago a los operadores del sector con el fin de recaudar recursos en cuantía equivalente al coste de las inversiones que sean necesarias para conseguir los objetivos de eficiencia (13). En consecuencia, en el sistema español son los sujetos obligados a contribuir al FNEE quienes soportan, económicamente hablando, la carga del ahorro energético.

La eficiencia energética es uno de los ámbitos que admite la imposición de OSP (14). El artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes

(12) La libertad de formas concedida por la DEE ha dado lugar a que cada Estado tenga un sistema de obligaciones de eficiencia distinto. Algunos modelos se basan en certificados de ahorro energético con los que se puede comerciar —*certificados blancos*—. Este, por ejemplo, es el caso de Italia, que dispone de un sistema de certificados desde hace catorce años (*titoli di efficienza energetica, TEE*). Inicialmente, estaba dirigido al sector residencial. Sin embargo, en 2012 se trasladó al sector industrial. Ahora el sector residencial se beneficia de un sistema de incentivos fiscales y subvenciones (*Conto Térmico*). En esta misma línea se encuentran Reino Unido (*white certificates/energy efficiency obligations, EEO*) y Francia (*certificat d'économie d'énergie, CEE*). Véase la configuración de esos modelos, respectivamente, en Decreto Legislativo 4 julio 2014, n. 102, *Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE* —Italia—; *Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique* —Francia—; y *Communication of the United Kingdom's approach and analysis for complying with the requirements of Article 7 of the Energy Efficiency Directive* —Reino Unido—. Otros Estados se han decantado por medidas distintas. En Grecia, por ejemplo, su modelo de eficiencia se asienta sobre incentivos financieros, programas de formación, estándares y normas. Similar es el caso de Países Bajos, que creó impuestos, instrumentos financieros e incentivó la celebración de acuerdos voluntarios; o de Alemania, que creó impuestos, instrumentos financieros, normas, estándares y favoreció los acuerdos voluntarios. En algunos casos han tenido más éxito que en otros. Sobre todo esto se puede consultar el Informe de la Comisión de Industria, Investigación y Energía —ITRE— sobre aplicación sobre la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética —2015/2232(INI)— y la Evaluación que lo acompaña: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579327/EPRS_STU\(2016\)579327_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579327/EPRS_STU(2016)579327_ES.pdf).

(13) La normativa prevé que su finalidad es la financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información, u otras medidas orientadas a aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores de modo que contribuyan a conseguir los objetivos marcados por la UE

(14) De hecho, el considerando 43 de la DEE, se refiere expresamente a esta posibilidad: «de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE y con el

para el mercado interior de la electricidad, establece que los Estados pueden imponer a las empresas eléctricas, en aras del *interés económico general*, obligaciones de servicio público que podrán referirse «a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima». Como es lógico, esas obligaciones de servicio público deberán «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables» (15).

Pese a que es habitual asociar las OSP a sectores liberalizados en los que, de una forma u otra, es necesario garantizar la prestación de un servicio allí donde no llega el mercado, lo cierto es que no se limitan a estos casos. También están vinculadas a la satisfacción de un *interés económico general* —que no tiene porqué ser la prestación de un servicio público en el sentido prestacional del término—. De hecho, la Directiva 2009/72CE no se refiere a un *servicio de interés económico general*, sino que emplea un concepto más amplio de *interés económico general*, que justifica, en su caso, la imposición de las OSP (16).

Pese a que normativa española no califica al FNEE como instrumento para la imposición de OSP, lo cierto es que lo es. Como se verá, la ausencia de referencias explícitas a ello no elimina tal condición.

En el sector eléctrico y de los hidrocarburos no se reconoce expresamente ninguna OSP distinta al abono de la cuota del bono social (17). Y sin embargo, es posible identificar multitud de obligaciones que representan una restricción a las libertades empresariales reconocidas en la UE (18). Esas cargas solo son

artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73/CE, los Estados miembros podrán imponer a las empresas que operen en los sectores de la electricidad y del gas obligaciones de servicio público relativas a la eficiencia energética»

(15) La calificación de las obligaciones de pago al FNEE como obligaciones de servicio público en I. GONZÁLEZ RÍOS (2016: 202-206); De un modo más general, sobre las OSP, G. ARIÑO ORTIZ, J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (1997); J.C. LAGUNA DE PAZ (2009); A. GONZÁLEZ SANFIEL (2010).

(16) «La consecuencia fundamental de un interés económico general es la habilitación para que el Estado miembro pueda imponer obligaciones de servicio público relacionadas con la seguridad del abastecimiento, la regularidad, su universalidad y asequibilidad, la libre competencia o la protección del medio ambiente, entre otros...», F. VILLAR ROJAS (2016: 262-263).

(17) Previsto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

(18) VILLAR ROJAS, identifica y señala numerosas obligaciones impuestas a productores, transportistas, distribuidores, comercializadores de referencia y comercializadores de autoconsumo que sin ser calificadas como OSP tienen tal condición: «...la legislación española está muy lejos de esta regulación. La Ley del Sector Eléctrico solo reconoce una obligación de servicio público: el deber de los grupos de empresas, que desarrollan simultáneamente actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, de abonar la cuota parte que les corresponda del bono social...Ninguna otra obligación se reconoce en la legislación eléctrica; tampoco en la ley de hidrocarburos. Siendo así es necesario preguntarse ¿qué son

legítimas si se enmarcan en una razón imperiosa de interés general, cuáles son: «*la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima...*» (19). Pero siendo estas las razones que justifican la imposición de aquellas obligaciones, esas cargas deben ser tratadas como OSP (y, por tanto, deberán respetar la proporcionalidad, transparencia, la objetividad y la no discriminación) (20).

Al igual que en los casos señalados, en el ámbito de la eficiencia energética, el legislador español se ha decantado por imposición de OSP a determinados operadores. No es extraño que haya escogido la creación de un FNEE. La mejora de la eficiencia requiere, inevitablemente, que se realicen inversiones y la trasposición de la Directiva se hizo en plena crisis económica —2014—. En ese momento, la Administración estaba incapacitada para destinar recursos propios a ese tipo de acciones (21). Por ello, la creación de un FNEE para

y cómo se regulan entonces, todas las obligaciones y cargas que recaen sobre operadores de las distintas actividades de los suministros de gas y electricidad, en particular aquellas que afectan a la iniciativa empresarial? ¿cuál es su fundamento jurídico? ¿es conforme con el derecho comunitario?... la obligación de mantener la capacidad de producción autorizada (art. 24.1 de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de hacer ofertas económicas de venta de energía (art. 23.1 y 26.3 d) de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de adherirse a las condiciones de funcionamiento del sistema de ofertas (23.3 g) de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de percibir la tarifa regulada por la Administración (art. 15.8 de la Ley del Sector Eléctrico); ...o la obligación de hacer ofertas de adquisición de energía (art. 23.1 Ley del Sector Eléctrico). (...) Valoradas en conjunto las obligaciones descritas suponen en mayor o menor medida, cargas que afectan a las libertades de contratación, de planificación e inversión empresarial, incluso de fijación de precios... esas restricciones serán legítimas si traen causa de una razón imperiosa de interés general. Pero siendo así, esos deberes deben ser analizados como obligaciones de servicio público». F. VILLAR ROJAS (2016: 262-263).

(19) El artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE es claro al respecto: «*En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.*».

(20) Algunas de esos límites a las OSP, como la *no discriminación* han sido valorados en la STJUE que es objeto de análisis en el presente trabajo.

(21) El contexto de crisis económica ha propiciado el uso de este instrumento, idóneo para obtener y canalizar recursos y hacerlo, además, con más flexibilidad de la que es habitual en la Administración. Véase el listado de Fondos carentes de personalidad jurídica en los PGE 2018.

recaudar recursos e invertirlos en eficiencia se presentó como una solución. De hecho, el Fondo es un instrumento clásico para imponer obligaciones de pago entre los operadores de un sector y sostener, entre todos los obligados la carga a repartir (22).

3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética

Los fondos públicos son instrumentos habituales de la Administración española (23). Aparte de los Fondos del Servicio Universal, desde hace más de una década se han creado numerosos fondos para financiar acciones de todo tipo. Muchos de ellos se han orientado a solucionar los problemas de la crisis económica —*Fondo de Financiación de Entidades Locales, Fondo de Ayuda al Comercio Interior o Fondo de Apoyo a la República Helénica*— (24). Otros, en cambio, se han empleado para financiar servicios o actividades de interés público —*Fondo de Garantía de Alimentos, Fondo para Inversiones en el Exterior o Fondo de Atención a la Dependencia*— (25).

Con independencia del sector o actividad en el que se encuentren, su objeto es afectar, acumular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados, a fines públicos. Aun cuando las normas que los regulan establecen diferencias entre ellos, constituyen una categoría diferenciada dentro de las formas de las que se sirve la Administración para realizar su actividad (26). De hecho,

(22) Sirva de ejemplo el Fondo del Servicio Universal en Telecomunicaciones regulado en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y en Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

(23) Sobre los Fondos públicos, C. HERNÁNDEZ LÓPEZ (2017).

(24) Regulados respectivamente en el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y otras de carácter económico; en el Real Decreto 1786/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior; y en el Real Decreto-ley 7/2010, de 7 de mayo, por el que se crea el Fondo de Apoyo a la República Helénica y se autoriza un crédito extraordinario por importe de 9.794.387.450 euros para su dotación.

(25) Véase respectivamente el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos; el Real Decreto 1226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del Fondo para inversiones en el exterior y el Fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa; y Real Decreto 1226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del Fondo para inversiones en el exterior y el Fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa.

(26) La importancia creciente de estos instrumentos ha hecho que desde el año 2012 se incluya un listado de fondos públicos en forma de anexo en las Leyes de Presupuestos

como es conocido, la Ley 40/2015, en adelante LRJSP, los ha incluido como instrumento del sector público institucional dentro del catálogo de entidades disponibles (27).

El *Fondo Nacional de Eficiencia Energética*, en adelante FNEE, es un Fondo carente de personalidad jurídica de los previstos en la LRJSP (28). Su objeto es financiar iniciativas nacionales de eficiencia. Desde su creación, se ha empleado para poner en marcha numerosas acciones como las ayudas para la rehabilitación energética edificios, las actuaciones de eficiencia en PYMEs y grandes empresas del sector industrial, o la concesión de ayudas para mejorar la eficiencia en desaladoras (29).

Se nutre principalmente de contribuciones obligatorias de las comercializadoras de energía que tienen naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas (30). Hasta ahora, por estos conceptos ha recaudado 870 millones de euros aproximadamente (31). No obstante, estos no son los únicos recursos que percibe. También se nutre de recursos presupuestarios, de aportaciones del FEDER

Generales del Estado. En este listado se pueden encontrar todos los fondos públicos vigentes. Sirva de ejemplo el Anexo XI del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2019, BOCG, núm. 38-1, serie A: proyectos de ley, 16 de enero de 2019.

(27) Véanse los artículos 137 a 139 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(28) La normativa lo excluyó de este régimen inicialmente, probablemente porque su creación fue anterior a la entrada en vigor de la Ley en 2015 y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria —única regulación vigente en ese momento— de los fondos carentes de personalidad exigía que se dotara mayoritariamente con cargo a los PGE. Por ello, probablemente, no se incorporaron al listado de fondos carentes de personalidad de los PGE hasta el ejercicio 2018.

(29) Sirva de ejemplo el Programa de Ayudas para actuaciones de rehabilitación energética de edificios existentes (PAREER). Resolución de 14 de diciembre de 2017, del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, por la que se publica la Resolución de 6 de marzo de 2017, del Consejo de Administración, por la que se establecen las bases reguladoras de segunda convocatoria del programa de ayudas para actuaciones de rehabilitación energética de edificios existentes, publicada en el BOE, núm. 309, de 2017.

(30) Sobre la naturaleza de este tipo de pagos, F. VILLAR ROJAS (2000).

(31) Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018. En total se exigen 204.563.086,19 euros; Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017. Se imponen unas obligaciones de pago por 205.471.473,86 euros; Orden IET/359/2016, de 17 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2016. En total se exigen 216.771.504,11 euros; 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. El importe de los recursos en favor del fondo asciende a 243.960.873,47 euros.

y de «cualquier otro recurso destinado a financiar actuaciones que tengan como objetivo implementar medidas de ahorro y eficiencia energética» (32).

De acuerdo con lo descrito, todo el dinero destinado a la eficiencia se ingresa en el FNEE. Esto permite afirmar que este instrumento no solo persigue recaudar y canalizar los recursos de los operadores, dando cumplimiento a la OSP. También se encarga de reunir todos los recursos destinados a la mejora de la eficiencia energética, aun cuando no vengan de los obligados a contribuir.

Esta puede ser otra de las razones que haya llevado al legislador a escoger un fondo carente de personalidad de los previstos en la LRJSP (33): el régimen presupuestario, contable y de control de esos instrumentos coincide con el previsto para fundaciones y sociedades públicas (34). Esto es, elaboran un presupuesto estimativo de explotación y capital, se sujetan a un régimen contable más flexible que el previsto para la Administración pública, y sus recursos se pueden mantener separados del resto de recursos públicos. Este régimen permite incluso que retengan sus recursos de un ejercicio a otro y los mantengan afectados a sus fines (35).

Se sujetan a un marco que ha sido diseñado para entidades de base privada dotadas de personalidad jurídica —sociedades y fundaciones—, por lo que resulta llamativo que se aplique a los fondos públicos y, en particular al FNEE. No obstante, si se analizan los fines y el funcionamiento del FNEE parece que ese marco es coherente con el objeto que persigue: agrupar todos los recursos y, de alguna forma, mantenerlos separados y afectados al objeto del Fondo.

En relación con las cuestiones organizativas del FNEE, debe señalarse que se asemeja al resto de fondos carentes de personalidad jurídica. Aun cuando la LRJSP no establece unas reglas comunes es posible identificar un modelo que se repite. Su gestión se ha encomendado al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía —una entidad pública empresarial—. Además, posee un Comité de Seguimiento que está formado por representantes de varios Ministerios. Su finalidad es elaborar informes y supervisar, en general, la actividad del Fondo.

(32) Véase el artículo 74.1 letra d) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(33) Cuando se creó el FNEE, la LRJSP aún no se había aprobado, pero estos instrumentos ya se encontraban regulados en la LGP.

(34) El artículo 139 de la Ley 40/2015 prevé que los fondos carentes de personalidad jurídica están sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la Ley 47/2003, General Presupuestaria. En particular véanse los artículos 64 y siguientes, que equiparan el régimen de los fondos al de sociedades y fundaciones.

(35) Sobre el régimen económico-financiero de los fondos carentes de personalidad jurídica véase A. ECHENIQUE CONDE (2012); S. GALERA RODRIGO (2014).

Pese a carecer de personalidad, no se encuentra *integrado jerárquicamente* en el ministerio competente, sino que mantiene un vínculo de *adscripción* con el mismo (36). El uso de ese término no está definido en la normativa, por lo que formalmente no se pueden conocer las consecuencias de escoger este concepto. Pero teniendo en cuenta su uso en otros ámbitos, se puede afirmar que parece perseguir subrayar su autonomía respecto del ministerio en línea con la separación económica antes comentada (37).

Esa configuración autónoma del FNEE no solo se observa en su régimen económico financiero, en las cuestiones organizativas o en los vínculos que mantiene con la Administración. También se puede ver en su sostenimiento económico. Con cargo a los recursos que lo nutren se mantiene la propia estructura del Fondo y los gastos que ocasione su administración (38). No funciona como un órgano más del ministerio, sino que se mantiene con sus propios recursos.

En suma, el modelo español de obligaciones de eficiencia energética está basado, principalmente, en la imposición de unas obligaciones de pago —OSP— en favor de un Fondo carente de personalidad jurídica —FNEE— que funciona con autonomía. El objeto de este instrumento es servir de medio para el cumplimiento de las OSP y, a su vez, agrupar, separar, afectar y canalizar todos los recursos que se destinen a la mejora de la eficiencia.

III. LA CONTROVERTIDA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN ESPAÑA

1. El origen del litigio

Como quedó descrito, el origen de la controversia se sitúa en la trasposición que se hizo de la DEE. Pese a que se había creado un ambicioso sistema

(36) El artículo 137 de la LRJSP prevé que los fondos carentes de personalidad jurídica se *adscriben* a la Administración General del Estado.

(37) El término de *adscripción* se ha empleado para calificar el vínculo que mantienen los consorcios con la Administración, orientado probablemente a identificar es el régimen jurídico aplicable —art. 120 de la LRJSP— y para calificar el vínculo que mantienen algunos órganos que, pese a carecer de personalidad, deben ser independientes de la Administración. Por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —art. 45 de la LCSP—.

(38) En este sentido, la normativa señala que se consideran *gastos de administración*, entre otros, aquellos que ocasione la gestión del Fondo, la elaboración de estudios e informes, las asistencias técnicas para la definición de las medidas de actuación, así como para la medición, control, verificación y certificación de los ahorros energéticos obtenidos por la aplicación de las medidas apoyadas por el Fondo, por parte de la entidad a la que se encargue la misma. Véase el artículo 72.3 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

orientado a ahorrar energía, la realidad es que se basa, casi exclusivamente, en la recaudación de recursos.

El modelo español de eficiencia energética funciona de la siguiente forma: la normativa prevé que determinadas comercializadoras de energía —*partes obligadas*— están obligadas a conseguir unos objetivos de ahorro anuales. Sin embargo, tras haber detallado cómo se cuantifica la cantidad de energía que debe ahorrar cada una de ellas —*reparto de ahorro anual*— (39), establece que para hacer efectivo el cumplimiento de esas obligaciones deberán realizar una contribución financiera al FNEE por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro por la equivalencia financiera que se establezca.

Como alternativa a esta obligación de pago se prevé que los operadores obligados pueden ahorrar energía y demostrarlo mediante *Certificados de Ahorro Energético* —CAE— (40). No obstante, estos certificados no se han puesto en marcha. Requieren un desarrollo reglamentario que no se ha producido (41). En consecuencia, las empresas solo pueden cumplir sus obligaciones contribuyendo al FNEE.

Ahí es donde se ha generado el conflicto: los obligados a contribuir consideran que un sistema que no les permite ahorrar energía, sino que los obliga a pagar contradice la DEE. Además de ello, también discrepan del criterio seguido a la hora de determinar cuáles son las empresas obligadas a contribuir y cuáles no.

(39) El SNOEE español se regula los artículos 69 y siguientes de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(40) Los CAE, también conocidos como certificados blancos, son títulos emitidos por los poderes públicos que permiten negociar con cuotas de ahorro de energía. Su funcionamiento es muy similar al comercio de derechos de emisión, operan de la siguiente forma: se imponen obligaciones de ahorro a determinados sujetos que estos pueden cumplir y sobrepasar y, una vez acreditan el nivel de ahorros obtenidos, se emite un certificado que puede ser objeto de comercio. De este modo, aquellas empresas que tengan un mayor nivel de ahorro energético que el impuesto, pueden vender certificados a otras que no hayan alcanzado el objetivo fijado. Véase I. SANZ RUBIALES (2014:60).

(41) El primer párrafo del artículo 71.2 prevé que «*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*».

2. Las cuestiones discutidas

A) No se puede ahorrar energía, solo se puede pagar

Para comprender el pleito hay que analizar, en primer lugar, lo previsto en la DEE. El artículo 7.1 establece que cada Estado miembro debe crear un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética —SNOEE— que perseguirá que los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final, antes del 31 de diciembre de 2020 (42).

Pese a que la creación de este sistema es una obligación, el apartado 9 de ese mismo artículo prevé la posibilidad de imponer medidas alternativas al mismo (43). En particular, establece que los Estados pueden escoger otras opciones para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales.

(42) El artículo 7.1 de la DEE establece que «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. 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». En cumplimiento de ese mandato y del previsto en el artículo 3 de la DEE, España se comprometió a ahorrar de 15.979 ktep durante el período 2014-2020. La tonelada equivalente de petróleo —tep o toe, por sus siglas en inglés— es una unidad de energía. Su valor equivale a la energía que produce una tonelada de petróleo.

(43) «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. 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 CO₂ 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

Dentro de las opciones enumeradas el FNEE no aparece. Ahora bien, ello no quiere decir que no se pueda crear. El propio artículo señala que se trata de un listado abierto: «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».

Donde sí aparece el FNEE es en el artículo 20 de la DEE (44). Este precepto permite a los Estados crear un Fondo con el objeto de «respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia» y establece que pueden estipular que «las partes obligadas cumplan las obligaciones del artículo 7.1 contribuyendo anualmente a un FNEE en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones».

Pues bien, teniendo en cuenta la ubicación del Fondo en la DEE —en el artículo 20, fuera de las medidas del artículo 7.9— y la redacción del precepto que lo regula, parece lógico que surjan dudas sobre la transposición que se ha hecho en España.

Aunque el artículo 20.6 prevé que las partes obligadas pueden cumplir las obligaciones contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones, el propio apartado 4 señala que el objetivo del Fondo será respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética. Es decir, no parece configurarse como una medida principal, sino como un mecanismo de apoyo económico para «respaldar» las iniciativas de eficiencia.

Por ello, desde que en el año 2015 se dictó la primera Orden ministerial de pago, una avalancha de recursos llegó al Tribunal Supremo. Los obligados

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 asesoramiento 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.

(44) Los apartados 4 a 6 del artículo 20 se dedican a la creación del FNEE: «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».

a pagar consideraron que esa Orden, y las sucesivas, eran contrarias a la DEE porque no les permitía cumplir sus obligaciones ahorrando energía.

Tras analizar los recursos, la Sala III del Tribunal Supremo acordó plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la Ley 18/2014, al tener dudas sobre la compatibilidad de esa regulación con la DEE (45). En su explicación señaló que de la DEE se desprende que las partes obligadas *«deben, al menos, tener la posibilidad de cumplir los objetivos de ahorro energético de una manera directa»*. Es decir, mediante la adopción de medidas concretas que permitan al usuario final reducir su consumo de energía. Además de ello, el TS explicó que no estaba claro si la contribución anual al FNEE se consideraba una medida *alternativa* en los términos previstos en el 7.9 de la DEE o no (46). Para el TS, la posibilidad de creación de un FNEE por parte de los Estados parecía perseguir el objetivo *«más genérico»* de *«respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética»*, mientras que las *«alternativas»* enumeradas en el artículo 7.9 parecían ser medidas que tenían por *«efecto directo»* una reducción del consumo energético. En

(45) Véase el Auto de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 25 octubre 2016 (RJ 2016\5568).

(46) En particular, FJ 4º del Auto: *«...Teniendo en cuenta la previsión ya comentada de la Directiva de que los Gobiernos podrán prever medidas alternativas al sistema previsto en el artículo 7.1 que en forma ejemplificativa y no exhaustiva se mencionan en el apartado 9 de mismo artículo, es preciso examinar si la contribución anual al Fondo de Eficiencia Energética pudiera calificarse como una medida alternativa de esa naturaleza. Dicha posibilidad no parece admisible, sin embargo, por las siguientes razones:*

— *la posibilidad de creación por parte de los Estados de un Fondo de Eficiencia Energética está prevista de forma expresa en la Directiva en su artículo 20.5, sin que en ningún caso se califique a dicho Fondo como una posible medida alternativa de cumplir con las obligaciones de eficiencia energética en el sentido del artículo 7.9 de la Directiva;*

— *tampoco la Ley española hace referencia al citado artículo 7.9 de la Directiva como fundamento para la creación de dicho Fondo, que se ampara en la finalidad de «financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, en cumplimiento del artículo 20 de la Directiva 2012/27/UE « (artículo 72.1);*

— *las medidas alternativas enumeradas a título no exhaustivo por el artículo 7.9 de la Directiva, parecen ser todas ellas medidas que den lugar o tengan el efecto directo de una reducción del consumo energético, inciso presente en todas ellas. El Fondo previsto en el artículo 20.5 de la Directiva y 71 de la Ley española tiene, por el contrario, un objetivo más genérico, cual es el de «respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética». Y la Ley española lo concibe asimismo como un mecanismo de respaldo, más que como una medida que directamente pueda suponer una reducción del consumo de energía («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».*

consecuencia, se suspendió el procedimiento para comprobar si se había traspuesto correctamente la DEE.

B) Las partes obligadas ¿solo pagan las empresas de venta de energía?

Respecto a la designación de las partes obligadas, los argumentos de los recurrentes fueron los siguientes:

«Se designa como partes obligadas... únicamente a las empresas comercializadoras de gas y electricidad y a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo, excluyendo a los distribuidores de energía, mientras que el apartado 4 de dicho artículo 7, en su versión en español, hace referencia a los distribuidores de energía «y» a las empresas minoristas de venta de energía. Considera además que dicha Ley no justifica las razones por las que el legislador nacional decidió tal exclusión, y se pregunta sobre la compatibilidad con la Directiva 2012/27 de esa designación de las partes obligadas».

Varias cuestiones suscita esta parte del recurso.

En primer lugar, efectivamente el artículo 7.4 de la DEE hace referencia a distribuidores «y» empresas de venta de energía, pero establece que los obligados se elegirán «entre» esos sujetos. Por lo que se deduce que no deben ser todos. Este planteamiento se refuerza si el artículo 7.4 se interpreta a la luz del 7.1, que exige que el sistema de obligaciones de eficiencia del Estado en cuestión vele 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». En este sentido, no parece que el argumento esté bien fundado, por lo que la exclusión de los distribuidores podría ser correcta.

En segundo lugar, en línea con lo anterior debe señalarse que, de conformidad con la Directiva de normas comunes al sector, la imposición de OSP debe «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables». Pues bien, aunque los recurrentes no lo mencionan, parece que el legislador español justifica tal exclusión en el preámbulo de la Ley 18/2014.

En particular explica que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización, sino una actividad de gestión de la red. Por ello se establece «que sean los comercializadores los sujetos obligados que es donde la DEE exige los ahorros de energía». Si bien es cierto que la DEE no prevé expresamente que los obligados deban ser comercializadores de energía, se deduce al definir a los distribuidores como «toda persona física o jurídica, incluidos los operadores de sistemas de distribución, responsable del transporte

de energía con vistas a su entrega a los clientes finales o a las compañías de distribución que venden energía a los clientes finales» (47). En consecuencia, la inclusión de los distribuidores españoles habría sido contraria a la DEE.

Por último, en tercer lugar, se debe destacar que también se designan como sujetos obligados a los operadores de productos petrolíferos y de gas licuado al por mayor, incluido el transporte. El propio preámbulo señala que el sector del transporte tiene un peso importante en el consumo energético y que, a su vez, presenta un gran potencial de ahorro (48).

Resulta llamativo que se escoja como obligados a sujetos que venden esos productos al por mayor cuando la DEE exige que se trate de empresas minoristas de energía que están definidas como «*toda persona física o jurídica que vende energía al cliente final*». Sin embargo, se justifica tal decisión en la atomización del sector —lo cual es lógico—. Ahora bien, ello no impide señalar que hay una contradicción con la DEE. Con todo, los recurrentes no se refieren a este aspecto.

IV. LA RESPUESTA DEL TJUE

1. El Fondo sí es conforme a la Directiva, pero es una medida alternativa

Respecto a la cuestión principal, el TJUE ha dado la razón al Estado español y ha confirmado que el FNEE, como medida exclusiva para el cumplimiento de las obligaciones de ahorro, sí es conforme a la DEE.

El TJUE comienza su argumentación invocando el considerando 20 de la DEE que básicamente viene a señalar que los Estados tienen flexibilidad para escoger las medidas a seguir para conseguir sus objetivos de ahorro.

A continuación, tras haber explicado que el FNEE forma parte de las medidas capaces de permitir ahorros de energía —en tanto que sus recursos se invierten en acciones de eficiencia—, explica que no se puede encajar en las medidas principales para la obtención de un ahorro energético —previstas en el 7.1 a 7.4 y en el 20—. Esos artículos exigen que el sistema implantado «*establezca obligaciones de ahorro energético que las empresas afectadas*

(47) Artículo 2.20 de la DEE.

(48) Tampoco en este caso se imponen 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*». Véase la exposición de motivos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

puedan obtener ellas mismas entre los consumidores finales». Es decir, para considerar que el modelo español encaja en esos artículos se debería permitir que las empresas pudieran escoger entre ahorrar o pagar, situación que por ahora no se da.

Por tanto, el TJUE entiende que un sistema que solo permite cumplir con la obligación pagando al FNEE es conforme a la DEE siempre y cuando pueda considerarse como una medida alternativa de las previstas en el 7.9 (49). Respecto a esto señala que el Fondo:

«tiene por finalidad financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética. Este Fondo se dedica a la financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información u otras medidas con el fin de aumentar la eficiencia energética, contribuyendo así realización de los objetivos que el Derecho de la Unión y el Derecho español persiguen en esta materia... Por lo tanto, cabe considerar que la obligación de contribuir anualmente al Fondo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 9, párrafo segundo, letra b), de la Directiva, 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».

Como se puede observar, el Tribunal explica que, aunque la obligación de contribuir no constituye un sistema de obligaciones de ahorro de energía en los términos del artículo 7.1 a 7.4, si es, sin embargo, uno de los medios enumerados en la Directiva para obtener ahorros de energía entre los clientes finales. Por ello, considera que el Fondo encaja en las medidas alternativas del artículo 7.9.

Si bien, tras haber dejado esto claro, se esmera por señalar de nuevo que los Estados miembros disponen en esta materia de una gran flexibilidad y de un amplio margen de apreciación por lo que pueden elegir el régimen que mejor se adapta a su situación particular. Sin duda, la idea que subyace bajo esta reflexión es que importa más la consecución de los objetivos que los medios para alcanzarlo.

(49) Según la definición del artículo 2.18 de la DEE, las medidas de actuación que los Estados miembros pueden adoptar son instrumentos de reglamentación, financieros, tributarios, voluntarios o de suministro de información, creados y establecidos oficialmente con el fin de que constituyan un marco de apoyo, un requisito o un incentivo para que los agentes del mercado presten y adquieran servicios energéticos y lleven a cabo otras medidas de mejora de la eficiencia energética.

2. Corresponde al TS decidir si la elección de los obligados está justificada

Respecto a la imposición de las obligaciones solo a determinadas empresas del sector de la energía, el TJUE devuelve la pelota al TS.

Señala que, de acuerdo con la DEE, cada Estado miembro designará a las partes obligadas entre los distribuidores de energía «y/o» las empresas minoristas de venta de energía, con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios. Pese a que el artículo 7.4 de la DEE no emplea la conjunción «o», sino únicamente la conjunción coordinativa «y», no tiene entidad suficiente para tener la obligación de incluir a los distribuidores dado que, «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».

Con todo, termina señalando que incumbe al TS valorar la configuración y las características del mercado nacional, así como la situación de los operadores de ese mercado y verificar si, en ese contexto, la designación de las empresas obligadas se basa efectivamente en criterios expresamente establecidos, objetivos y no discriminatorios.

Por tanto, finaliza explicando que la elección de esas empresas no se opone a la DEE siempre que la designación de las mismas como obligadas se base en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados.

Al respecto el TS no se ha pronunciado, pero tal y como se señaló anteriormente, la exclusión de las distribuidoras parece estar bien justificada en preámbulo de la Ley —se ponen de manifiesto las especiales características de distribución de energía en España y ello sirve de justificación para excluir a ese tipo de sujetos— (50).

(50) Respecto a esto, GONZÁLEZ RÍOS señala que pueden servir de referencia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en las Sentencias 167/2016, 187/2016, 196/2016 y 197/2016 referidas a la posible discriminación en la designación de sujetos obligados en planes de eficiencia energética españoles anteriores a la DEE: «La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional plantea la posible inconstitucionalidad de la forma de financiación de los planes de ahorro y eficiencia energética ...Pues bien, en la STC 167/2016, de 6 de octubre, tras encuadrar la controversia en el ámbito de la regulación del sector eléctrico y de la contención del déficit tarifario, y a la vista de nuestra doctrina sobre el principio de igualdad, hemos razonado que... la medida enjuiciada no introduce una diferencia entre situaciones que puedan calificarse como homogéneas; y, por lo que respecta al resto de empresas productoras de régimen ordinario, que la selección de las once entidades obligadas a financiar los planes de ahorro y eficiencia energética tiene una justificación objetiva y razonable, respetando, asimismo, el canon de proporcionalidad exigible. Y, al haber

V. UNA INTERPRETACIÓN LITERAL NO IMPIDE EL DEBATE

El razonamiento del TJUE a la hora de comprobar si existe conformidad entre el establecimiento del FNEE y la DEE parece correcto. Una interpretación literal de la Directiva admite la creación de un Fondo para conseguir los objetivos de ahorro. Ello se refuerza si, tal y como ha señalado el TJUE, se presta atención al considerando 20, que prioriza la consecución de los objetivos a los medios para hacerlo (51).

Ahora bien, aunque técnicamente la normativa española sea conforme a la DEE, lo cierto es que invita a la reflexión. La obligación de pagar cuando lo que se persigue es ahorrar energía debe ser, cuando menos, cuestionada. Más aun cuando es conocido que los objetivos se van a incrementar en las próximas décadas.

En este contexto, procede preguntarse cuáles son las razones que llevaron al legislador a escoger este sistema, cuáles son sus ventajas e inconvenientes y si admite cambios.

Respecto a las razones se debe señalar, en primer lugar, que es probable que haya cierta desconfianza a depositar los objetivos de eficiencia en las empresas de energía. La complejidad para acreditar el ahorro de energía o, más bien, para comprobarlo, posiblemente haya llevado al legislador a imponer la obligación de contribuir económicamente al Fondo. No obstante, no debe cerrarse la puerta al sistema de los CAE puesto que ha demostrado ser efectivo en Estados como Reino Unido e Italia.

En segundo lugar, tal y como se comentó anteriormente, la trasposición se hizo durante la crisis, por lo que la Administración no disponía de recursos para emprender medidas de eficiencia. En este contexto, es razonable que se haya decidido financiar la mejora eficiencia con cargo a los operadores. No obstante, la crisis prácticamente ha terminado y, como quedó apuntado, la UE va a apostar fuerte por la mejora de la eficiencia. Por tanto, cuando finalice el sistema vigente —en 2020—, se podría repensar el modelo actual.

concluido que la norma no quebranta el art. 14 CE, hemos descartado que pueda entenderse infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, toda vez que la medida enjuiciada se asienta en criterios objetivos, legítimos y razonables». I. GONZÁLEZ RÍOS (2016: 205, nota a pie 87).

(51) En relación con esto debe tenerse en cuenta que la eficiencia energética en la UE se encuentra aún en una fase embrionaria. Por ello, es lógico que se impongan únicamente objetivos por Estados y no por sectores. Por ahora, se ha dado prioridad a la reducción del consumo de un modo general. Probablemente en el futuro cambiarán las exigencias y se impondrán objetivos por sectores. Esto obligará a los Estados miembros a posibilitar el ahorro a las empresas energéticas.

Ahora bien, para ello es necesario conocer cuáles son las ventajas e inconvenientes del modelo actual.

En primer lugar, respecto a las ventajas, debe señalarse que el FNEE permite financiar iniciativas que mejoran la eficiencia en consumidores finales en ámbitos que, sin estar directamente relacionados con el sector de la producción, distribución y venta de energía, también contribuyen al ahorro —rehabilitación de edificios, mejora de la tecnología en la industria, concesión de créditos al sector hostelero para reducir el consumo, etc.—.

Asimismo, también se debe recordar que el FNEE no solo se nutre de las prestaciones patrimoniales de los operadores, sino que encarga de agrupar todos los recursos dedicados a la eficiencia y mantenerlos afectados al fin perseguido de forma permanente. Por tanto, su labor va más allá de garantizar el cumplimiento de las OSP. Desempeña un papel importante en las acciones de la mejora de la eficiencia. Por ello, no parece que deba ser eliminado.

Respecto a las desventajas debe señalarse, por un lado, que las obligaciones de contribuir al Fondo van dirigidas a empresas del sector. Pero esas empresas consumen un volumen muy importante de energía, por lo que tarde o temprano se verán forzadas a hacer cambios que directamente contribuyan a mejorar la eficiencia y a la descarbonización. En consecuencia, el sistema tiene el inconveniente de exigir a los obligados un esfuerzo doble: en esta primera etapa se les obliga a pagar y sus recursos se emplean en la financiación de medidas aisladas; y posteriormente, se les pedirá, inevitablemente, que adopten medidas que directamente contribuyan a mejorar la eficiencia —de lo contrario no se podrán conseguir los objetivos programados—.

Por otro lado, debe prestarse atención a la configuración del FNEE. El hecho de que se sujete a unas reglas contenidas en la LRJSP y de la LGP no quiere decir que funcione perfectamente. Su régimen jurídico le proporciona flexibilidad a la hora de gestionar los recursos. Como quedó apuntado, se sujeta a unas normas presupuestarias, contables y de control propias de otro tipo de entidades. Esto le ayuda a agrupar, separar, retener y afectar los recursos. Ahora bien, esa flexibilidad lleva aparejada una elusión de algunas de las reglas que rigen el funcionamiento de la Administración. Tras este instrumento hay una huida del Derecho presupuestario, contable y de control público, exactamente en los mismos términos que sociedades o fundaciones. Por ello, habría que reflexionar sobre la posibilidad de conseguir los mismos fines con sujeción a las reglas diseñadas para la Administración pública.

En suma, el sistema vigente se creó en un momento determinado y para el cumplimiento de unas obligaciones concretas. Con sus limitaciones, ha servido para cumplir los objetivos marcados, pero las circunstancias han cambiado y los objetivos también. El nuevo contexto invita a repensar el modelo. No parece que la solución a los inconvenientes señalados esté en eliminar el FNEE, pero

tampoco en mantenerlo como mecanismo único para el cumplimiento de las obligaciones. Probablemente la clave esté en conservarlo, pero permitiendo que las empresas cumplan sus obligaciones realizando acciones que directamente contribuyan a la mejora de la eficiencia, utilizando las fórmulas alternativas que admite la Directiva sobre eficiencia energética y que, en su momento, fueron descartadas por el legislador español.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco y SARASÍBAR IRIARTE, Miren (2007): *Cambio climático y energías renovables*, Civitas, 1197 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (1997): *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 277 pp.
- CASADO ROBLEDO, Susana (2014): «El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado», *Revista Española de Control Externo*, núm. 47, pp. 83-108.
- ECHENIQUE CONDE, Álvaro (2012): «El limbo de los fondos carentes de personalidad jurídica régimen jurídico y análisis sistemático del gran desconocido», *CISS Técnica Contable*, núm. 747, pp. 99-113.
- GALERA RODRIGO, Susana (2014): «Del ahorro de energía a la eficiencia energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 289, pp. 85-120.
- GARCÍA RUBIO, Fernando y MELLADO RUIZ, Lorenzo (2013): *Eficiencia energética y derecho*, Dykinson, 300 pp.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2011): *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Thomson Reuters-Aranzadi, 375 pp.
- (2016): «Nuevos retos en materia de eficiencia energética en España tras el paquete energético de la UE de 2016», en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel y GALÁN VIOQUE, Roberto: *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 171-210.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel y ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María (2016): *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética: especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 332 pp.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés (2010): *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Iustel, 272 pp.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia (2017): *Fondos públicos. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, tesis doctoral dirigida por VILLAR ROJAS, Francisco, Universidad de La Laguna, 434 pp., en prensa.

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Servicios de interés económico general*, Civitas, 575 pp.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (dir.) (2009): *Financiación de las obligaciones de servicio público: ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, 310 pp.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2014): «Naturaleza y objetivos del mercado de emisiones», SANZ RUBIALES, Íñigo, (coord.): *Cambio climático y UE presente y futuro del mercado de emisiones*, Tirant lo Blanch, 444 pp.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: (estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, Comares, 258 pp.
- (2016): «Servicios de interés general en el sector energético», PARISIO, Vera, AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, NOGUERA DE LA MUELA, Belén (Dir.): *Servicios de interés general y colaboración público-privada*, Tirant lo Blanch y Giappichelli Editore, , págs. 248-270.