

# El Fondo Nacional de Eficiencia Energética a debate: las conclusiones de la abogada general Kokott

**Luis Gil Bueno**

Socio del Área de Administrativo y Regulatorio de GA\_P

**Cristina Matia Garay**

Asociada del Área de Administrativo y Regulatorio de GA\_P

---

*Se han publicado las conclusiones, de fecha 12 de abril del 2018, de la abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) Juliane Kokott con respecto a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo sobre el Fondo Nacional de Eficiencia Energética.*

## 1. Introducción

El 12 de abril del 2018 se publicaron las conclusiones de la abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Juliane Kokott relativas a una petición de cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo sobre un recurso contra la Orden IET/289/2015, que aprobaba las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015 (asunto C-561/16: Saras Energía, S. A., y otros contra la Administración del Estado).

Estas conclusiones se conocen apenas un mes después de que se publicara la Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

al Fondo Nacional de Eficiencia Energética para el año 2018 —la cual está siendo, igualmente, recurrida por varios sujetos obligados a satisfacer aportaciones a dicho fondo—<sup>1</sup>.

Como veremos, la Orden IET/289/2015 (que motiva la cuestión prejudicial que se analiza en estas conclusiones) constituyó el primer desarrollo reglamentario de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que transpuso la Directiva 2012/27/UE.

Por ello, las conclusiones que aquí analizamos y la decisión prejudicial que en su día alcance el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a buen seguro tendrán una especial relevancia para todos los recursos que penden en impugnación de las órdenes ministeriales que establecen las obligaciones anuales de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética desde el 2015 hasta la actualidad.

## **2. Análisis de la Directiva 2012/27/UE, su transposición en la Ley 18/2014 y la Orden IET/289/2015, en lo que se refiere a la cuestión prejudicial planteada**

La Directiva 2012/27/UE sobre eficiencia energética fue aprobada con el objetivo general de llegar al 2020 con un ahorro del 20 % en el consumo de energía primaria de la Unión y de conseguir nuevas mejoras de la eficiencia energética más allá de ese año<sup>2</sup>.

Para ello, su artículo 7 desarrolla el sistema de obligaciones de eficiencia energética que cada Estado miembro (1) deberá establecer para alcanzar un determinado objetivo de ahorro de energía acumulado, en el nivel del usuario final, antes del 31 de diciembre del 2020 (art. 7.1) y que (2) deberá designar a las partes obligadas, con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios<sup>3</sup> (art. 7.4). Como alternativa, el artículo 7.9 recoge la posibilidad de que los Estados miembros adopten otras medidas de actuación para conseguir ahorros de

---

<sup>1</sup> En la fecha de redacción de la presente nota, se han publicado en el *Boletín Oficial del Estado* las interposiciones de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra la Orden ETU 257/2018 por parte de varias empresas del Grupo Disa (Disa Red de Servicios Petrolíferos, Disa Península, Disa Gas y Disa Retail Atlántico); Saras Energía, S. A.; Kuwait Petroleum España, S. A.; BP Oil España, S. A. U.; BP Gas Europe, S. A. U.; Vitogas España; Endesa Energía XXI, S. L. U.; Endesa Energía, S. A.; varias empresas del grupo Cepsa (Cepsa Comercial Petróleo, S. A. U.; Cepsa Gas y Electricidad, S. A. U.; Cepsa Gas Comercializadora, S. A., y Atlas, S. A.; Combustibles y Lubricantes), y la Asociación Española de Operadores de Gases Licuados del Petróleo.

<sup>2</sup> Considerando 10 de la Directiva 2012/27/UE.

<sup>3</sup> Podrán ser designadas «partes obligadas» los distribuidores de energía y las empresas minoristas de venta de energía que operen en el territorio del Estado miembro correspondiente —incluidos, en su caso, los distribuidores o empresas minoristas de combustible para transportes— tal y como estos sujetos vienen definidos en el artículo 2 de la Directiva 2012/27/UE.

energía (equivalentes a los exigidos) entre los consumidores finales, y aporta una lista no limitativa de posibles medidas de actuación o combinaciones de éstas<sup>4</sup>.

Por su parte, el artículo 20.6 permite a los Estados miembros estipular que las partes obligadas puedan cumplir las obligaciones del artículo 7.1 contribuyendo anualmente a un fondo nacional de eficiencia energética<sup>5</sup> en la cuantía equivalente a las inversiones exigidas para el cumplimiento de dichas obligaciones.

Bajo este marco que establecía la Directiva 2012/27/UE, los Estados miembros quedaban obligados a notificar a la Comisión (no más tarde del 5 de diciembre del 2013) las medidas de actuación que pensaban adoptar en cumplimiento de los artículos 7.1 y 20.6, con el objetivo de mostrar de qué modo conseguirían la cantidad de ahorros exigida<sup>6</sup>.

El contenido analizado de la Directiva 2012/27/UE fue transpuesto por España en la Ley 18/2014<sup>7</sup>, por la que adoptó un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética que designaba como sujetos obligados (1) a las empresas comercializadoras de gas y electricidad, (2) a los operadores de productos petrolíferos al por mayor y (3) a los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor.

La Ley 18/2014 creó el Fondo Nacional de Eficiencia Energética (art. 72)<sup>8</sup> y permitió hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético por medio de una contribución financiera anual a dicho fondo por parte de los sujetos obligados (art. 71). Asimismo, estableció la posibilidad alternativa —pendiente de desarrollo reglamentario— de establecer un mecanismo de acreditación de la consecución de una cantidad de ahorro energético equivalente al cumplimiento de las obligaciones del sistema mediante la presentación de certificados de ahorro energético (CAE) negociables<sup>9</sup>.

Con estas bases legislativas se ratificó su desarrollo reglamentario en la Orden IET/289/2015, que aprobaba las condiciones para que se hiciesen efectivas las aportaciones al Fondo Nacional de Eficiencia Energética correspondientes al año 2015 por parte de los sujetos obligados.

---

<sup>4</sup> Véanse: tributos, mecanismos e instrumentos financieros o incentivos fiscales, sistemas de etiquetado energético, etcétera.

<sup>5</sup> Creado, en su caso, al amparo del artículo 20.4 de la Directiva 2012/27/UE.

<sup>6</sup> Artículo 7.9 de la Directiva 2012/27/UE.

<sup>7</sup> Capítulo IV, sección 1.<sup>ª</sup> (arts. 69 a 75).

<sup>8</sup> Al amparo del artículo 20 de la Directiva 2012/27/UE.

<sup>9</sup> Artículo 71.2 de la Ley 18/2014.

### 3. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo

La Orden IET/289/2015 fue recurrida ante el Tribunal Supremo por muchos de los sujetos obligados a realizar aportaciones financieras específicas y cuantificadas por vez primera en dicha orden<sup>10</sup>.

Concretamente, fue el recurso interpuesto por Saras Energía —en el que alegaba que dicha orden contradecía la Directiva 2012/27/UE— el que dio lugar a que el Tribunal Supremo decidiera remitir una petición de decisión prejudicial<sup>11</sup> al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup> donde se planteaban las siguientes cuestiones:

- 1) La compatibilidad de los artículos 7.1 y 7.9 de la Directiva 2012/27/UE con una regulación de un Estado miembro que establece un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética cuya *forma de cumplimiento primaria consista en una contribución financiera anual a un fondo nacional de eficiencia energética* creado al amparo del artículo 20.4 de la Directiva 2012/27/UE.
- 2) La compatibilidad de los artículos 7.1 y 20.6 de la Directiva 2012/27/UE con una regulación nacional que prevea *la posibilidad de cumplir las obligaciones de ahorro energético mediante la acreditación del ahorro conseguido como una alternativa a la contribución financiera a un fondo nacional de eficiencia energética*.
  - En caso afirmativo, la compatibilidad de los artículos 7.1 y 20.6 de la Directiva 2012/27/UE con establecer una posibilidad alternativa de cumplimiento de las obligaciones de ahorro energético como la referida, (a) que sólo tendrá verdadera eficacia si el Gobierno la desarrolla discrecionalmente por vía reglamentaria, o (b) cuando el Gobierno no proceda a desarrollar dicha posibilidad alternativa.
- 3) La compatibilidad de los artículos 7.1 y 7.4 de la Directiva 2012/27/UE con *un sistema nacional que considera partes sujetas a las obligaciones de eficiencia energética sólo a las*

---

<sup>10</sup> A modo indicativo, BP, Gas Natural Fenosa, GDF Suez, Kuwait Petroleum España, Galp, Villar Mir Energía, Madrileña Suministro de Gas, Energya VM Gestión de Energía, Factor Energía, Unión de Petroleros Independientes (UPI) —que representa a Axoil, Disa, Dyneff, Esergui, GM Fuel y Meroil—, Saras, Tamoil, la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP) —que representa a empresas como Repsol, Cepsa, Galp, Saras, Shell y BP—, Acciona, HC —filial de EDP España— y E.ON España recurrieron la Orden IET/289/2015.

<sup>11</sup> En este asunto C-561/16 (Saras Energía, S. A., y otros contra la Administración del Estado), se han personado Endesa, S. A.; Endesa Energía, S. A.; Endesa Energía XXI, S. L. U., Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L.; Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A.U.; Nexus Energía, S. A.; Nexus Renovables, S. L. U.; Engie España, S. L.; Villar Mir Energía, S. L.; Energya VM Gestión de Energía, S. L. U.; Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S. A.; Acciona Green Energy Developments, S. L. U., y Fortia Energía, S. L.

<sup>12</sup> Recibida el 7 de noviembre del 2016.

*empresas comercializadoras de gas y electricidad y a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados del petróleo, y no a los distribuidores de gas y electricidad y a los minoristas de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo.*

- En caso afirmativo, la compatibilidad de los artículos 7.1 y 7.4 de la Directiva 2012/27/UE con la fijación de los sujetos obligados referidos sin determinar las razones que llevan a no incluir como partes obligadas a los distribuidores de gas y electricidad y a los minoristas de productos petrolíferos y gases licuados de petróleo.

#### **4. Apreciación jurídica de la abogada general Juliane Kokott**

En un primer apartado A, la abogada general analiza sendas objeciones planteadas por España a la petición de decisión prejudicial y decreta su admisibilidad y pertinencia en los términos planteados por el Tribunal Supremo.

A continuación, el apartado B lo dedica a analizar conjuntamente las cuestiones planteadas en los apartados 1 y 2 del punto anterior en relación con el cumplimiento de las obligaciones de ahorro únicamente mediante el abono de una contribución a un fondo estatal de ahorro energético.

Juliane Kokott confirma la compatibilidad de la normativa española que establece un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, en el que las empresas obligadas sólo pueden cumplir mediante una contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, al amparo del artículo 20.4 de la Directiva 2012/27/UE. A ese respecto, concluye que dicha contribución puede constituir otra medida de actuación a los efectos del artículo 7.9 de la directiva siempre que se garantice un nivel de ahorro equivalente (art. 7.1 de la directiva) y se cumplan el resto de los requisitos de los artículos 7.10 y 7.11. Asimismo, indica que carece de relevancia el hecho de que la normativa nacional prevea la posibilidad (no utilizada hasta el momento) de permitir el cumplimiento alternativo efectuando ahorros por parte de las empresas obligadas.

Concretamente, Kokott lleva a cabo las siguientes consideraciones:

- Las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren a una «obligación de medios» que impone la directiva a los Estados miembros para que determinadas empresas alcancen ciertos objetivos de ahorro (§ 24-25).
- El artículo 20.6 de la directiva prevé, como una posibilidad, la de abonar la contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, pero no impone una obligación de contribución económica sin alternativa (§ 32-33).
- El artículo 7.9 de la directiva recoge múltiples medidas de actuación consideradas apropiadas para conseguir los ahorros de energía, entre las cuales se puede subsumir la

obligación de contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética sin alternativa<sup>13</sup>, ya que se supone que los recursos de dicho fondo se utilizan para incentivar medidas que mejoren la eficiencia energética (§ 37-39).

- Las medidas previstas en los artículos 7.9 y 20.6 no se excluyen mutuamente, sino que pueden adoptarse de manera conjunta —como demuestra el hecho de que los Estados miembros se viesen obligados a comunicar a la Comisión las medidas adoptadas según dichas disposiciones— (§ 40).
- El artículo 20.6 de la directiva no constituye una ley especial (*lex specialis*) frente al artículo 7.9, puesto que recoge, sin carácter exhaustivo, diferentes opciones o alternativas para la financiación de las medidas de ahorro de energía. Si se tratase de una ley especial, se estaría perjudicando la flexibilidad que tienen los Estados miembros para alcanzar los objetivos de ahorro —excluyendo una medida concreta (la contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética sin alternativa) del elenco de medidas de actuación del artículo 7.9— (§ 41-42).
- En ningún caso se desprende que las medidas de actuación previstas en el artículo 7.9 de la directiva (en contraposición con las del artículo 20.6) den lugar necesariamente a ahorros directos. En la práctica, resulta imposible delimitar las medidas que ocasionan ahorros directos o indirectos (§ 46-47).
- Por falta de datos suficientes, se deja al Tribunal Supremo el examen<sup>14</sup> de si, al establecer una obligación de contribución sin alternativa, España ha cumplido los requisitos procedimentales (la obligación de justificar las medidas y el cumplimiento de los requisitos del artículo 7.10) y materiales (el análisis de la equivalencia de los ahorros conseguidos y el cumplimiento de los requisitos de los artículos 7.10 y 7.11) (§ 50-52).
- No hay una vulneración del principio de proporcionalidad. Siempre que la obligación de contribución sin alternativa garantice un nivel de ahorro equivalente<sup>15</sup>, dicha medida será apropiada según el sistema de obligaciones de eficiencia energética del artículo 7.1 de la directiva, y el Estado miembro estará actuando dentro de los límites del amplio margen de configuración con el que cuentan (§ 55-57).

El apartado C, por su parte, analiza la cuestión planteada en el apartado 3, en el que se discute la imposición de obligaciones de eficiencia a determinadas empresas y no a otras, así

---

<sup>13</sup> Apartado b del artículo 7.9 de la Directiva 2012/27/UE: «... los instrumentos financieros [...] 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».

<sup>14</sup> Sin perjuicio de la posibilidad de plantear una nueva petición de decisión prejudicial.

<sup>15</sup> Cuando la cuantía equivalga a las inversiones exigidas para el cumplimiento de las obligaciones de ahorro.

como su justificación. A ese respecto, Juliane Kokott determina la conformidad con los artículos 7.1 y 7.4 de la directiva de imponer obligaciones de eficiencia energética sólo a determinados eslabones de una cadena de suministro.

Destacan las siguientes consideraciones de la abogada general:

- Hay una divergencia en la versión española del artículo 7.4 de la directiva (en comparación con las versiones en otras lenguas) que parece indicar que los Estados miembros deben obligar tanto a distribuidores de energía como a empresas minoristas de venta de energía —en vez de efectuar una elección entre ambos grupos, como se deduce del contexto normativo— (§ 62-65).
- La imposición de la obligación de ahorro de energía acumulativamente a los distribuidores de energía y a las empresas minoristas de energía<sup>16</sup> supondría someter a dos eslabones de una cadena de suministro a la misma obligación de ahorro, duplicándose el volumen total de ahorros necesarios en el cliente final. Por ello, es conforme a los artículos 7.1 y 7.4 de la directiva imponer obligaciones de ahorro sólo a determinados eslabones de una cadena de suministro (§ 67-71).
- No hay datos suficientes para permitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinar si la selección de sujetos obligados al cumplimiento responde a criterios objetivos y no discriminatorios, según viene exigido por el artículo 7.4 de la directiva, por lo que corresponderá examinarlo al Tribunal Supremo (§ 72).
- Reconoce que la designación de determinadas empresas como partes obligadas requiere la exposición de los criterios para incluir a ciertas empresas y no a otras. Ello, sin perjuicio de reconocer que corresponderá al Tribunal Supremo enjuiciar si se ha motivado suficientemente la selección de las partes obligadas de forma que se pueda acreditar la aplicación de criterios objetivos y no discriminatorios, tal y como requieren los artículos 7.1 y 7.4 de la directiva (§ 78-81).

En vista de lo anterior, y sin perjuicio de la decisión que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión prejudicial, la abogada general determina la conformidad de la regulación nacional con la Directiva 2012/27/UE, si bien parece que el Tribunal Supremo tendrá la última palabra para determinar si el establecimiento de una obligación de contribución sin alternativa sobre ciertos sujetos (a) ha seguido el procedimiento de justificación exigido, (b) supone una equivalencia a los ahorros exigidos, (c) cumple los requisitos de los artículos 7.10 y 7.11 de la directiva, y (d) cuenta con una motivación suficiente y adecuada a los criterios de objetividad y no discriminación en lo que se refiere a la selección de sujetos obligados.

---

<sup>16</sup> Tal y como éstas han sido definidas en el artículo 2.20 de la Directiva 2012/27/UE.