

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, S 18-07-2019, nº 1138/019, rec. 278/2015

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.-**

La representación procesal de Asociación de Comercializadores Independientes de Energía interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, mediante escrito presentado el 23 de abril de 2015, y la letrada de la Administración de Justicia de Sala, por diligencia de ordenación de 30 de abril de 2015, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.-

Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulara demanda, lo que verificó por escrito de 26 de octubre de 2015, en el que alegó: i) la vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido para aprobar la orden recurrida, ii) la Orden IET/289/2015 ha vulnerado la Directiva 2012/27/UE (EDL 2012/234534) y la Ley 18/2014 interpretada conforme al derecho comunitario, al no regularse el sistema alternativo de CAEs, y iii) la Orden IET/289/2015 es una prestación patrimonial de carácter público que vulnera las directivas sobre impuestos especiales y doble imposición.

La parte recurrente finalizó su demanda solicitando a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que, estimándola, con expresa condena en costas a la parte demandada:

- (i) Declare la nulidad de la Orden IET/289/2015;
- (ii) Ordene a la Administración a abstenerse de exigir el pago de las aportaciones al FNEE hasta que no se desarrolle normativamente el sistema de Certificados de Ahorro Energético.
- (iii) Subsidiariamente, ordene a la Administración que en el reparto de las obligaciones de eficiencia energética que impone a cada sujeto obligado, tenga en cuenta por compensación, los ahorros energéticos que los sujetos obligados hayan llevado a cabo desde 2012, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el catálogo que el IDAE elabore, y al que se refiere el artículo 71.2 de la Ley 18/2014 , o hasta tanto que dicho catálogo se apruebe, el que ya si se ha aprobado por el citado organismo para poder gestionar las contribuciones financieras aportadas al FNEE durante el año 2014 y el presente 2015.
- (iv) Caso de estimación de cualquiera de los anteriores pedimentos, se ordene a la Administración a la devolución (total o parcial) de las cantidades ingresadas como consecuencia de la Orden IET/289/2015, junto con los intereses legales devengados desde su ingreso.

TERCERO.-

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda el 9 de diciembre de 2015, en el que se opuso a las alegaciones de la actora, y solicitó a la Sala que resuelva este proceso por sentencia que desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con costas.

Por Decreto de 17 de febrero de 2016 se tuvo por caducado el trámite de contestación a la demanda de la parte codemandada.

CUARTO.-

Al no haberse solicitado el recibimiento del recurso a prueba por la parte recurrente, por providencia de 10 de marzo de 2016 se acordó el trámite de conclusiones, que presentaron la parte recurrente por escrito de 31 de marzo de 2016 y la Abogacía del Estado por escrito de 21 de abril de 2016, declarándose en diligencia de ordenación de 28 de abril de 2016 caducado dicho trámite para la parte codemandada.

Por providencia de fecha 23 de enero de 2017, y dado que las cuestiones suscitadas en este proceso coincidían en lo sustancial con las debatidas en el recurso 261/2015, interpuesto contra la misma orden, se acordó oír a las partes sobre la suspensión de la tramitación del presente recurso, hasta que por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se resolviera la cuestión prejudicial planteada, por auto de 25 de octubre de 2016 dictado en el recurso antes citado.

Por providencia de fecha 17 de febrero de 2017, se acordó la suspensión de la tramitación del recurso hasta la resolución de la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 7 de agosto de 2018, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, y por diligencia de ordenación de fecha 11 de septiembre de 2018 se alzó la suspensión del procedimiento, quedando pendientes las actuaciones de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondiera.

Por providencia de 27 de marzo de 2019, teniendo conocimiento la Sala de la existencia de un informe, elaborado sobre los objetivos de ahorro en el marco del sistema de obligaciones de eficiencia energética establecido por el RDL 8/2014 (EDL 2014/98448), se acordó, como diligencia de prueba de oficio, de conformidad con lo establecido en el art. 61 de la LJCA (EDL 1998/44323), recabar del Ministerio para la Transición Ecológica el indicado informe.

La parte recurrente interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia, que previo el traslado a la Abogacía del Estado para impugnación, fue desestimado por auto de 26 de abril de 2019.

Aportado el informe del Ministerio para la Transición Ecológica, se dio traslado a las partes para alegaciones, que fueron presentadas por escritos de 8 de mayo de 2019 de la parte recurrente y de 14 de mayo de 2019 de la Abogacía del Estado, declarándose caducado el trámite para la parte codemandada por diligencia de ordenación de 16 de mayo de 2019.

Por providencia de 3 de junio de 2019 se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La resolución impugnada y los motivos de impugnación:

Se interpone por la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE) el presente recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

Los motivos de impugnación que desarrolla la parte recurrente en su demanda son los siguientes:

- 1) Vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido para aprobar la orden recurrida.
- 2) La orden IET/289/2015 ha vulnerado la Directiva 2012/27/UE (EDL 2012/234534) y la Ley 18/2014 interpretada conforme al derecho comunitario, al no regularse el sistema alternativo de CAEs.
- 3) La orden IET/289/2015 es una prestación patrimonial de carácter público que vulnera las directivas sobre impuestos especiales y doble imposición.

SEGUNDO.-

El contexto normativo y jurisprudencial en que se inserta la orden recurrida.

A) Planteamiento.

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

En la Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que procede a transponer al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2012/27 del Parlamento Europeo (EDL 2012/234534) y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, se instituye el Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el marco de las medidas en materia de eficiencia energética y de la instauración de un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética impuestas a las empresas que operan en los sectores del gas y la electricidad.

El Fondo Nacional de Eficiencia Energética, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la citada Ley 18/2014, se crea con la finalidad de financiar medidas necesarias de eficiencia energética, que permitan

la puesta en marcha de los mecanismos de apoyo económico y financiero, asistencia técnica, formación e información u otras, encaminadas a aumentar la eficiencia energética en ambos sectores del gas y la electricidad, que sean adecuadas para la consecución de los objetivos establecidos en la citada Directiva de Eficiencia Energética.

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

B) La normativa europea.

El Derecho de la Unión Europea, que regula el sistema de obligaciones de eficiencia energética y la creación por los Estados miembros del Fondo Nacional de Eficiencia Energética, está integrado por las siguientes disposiciones cuyo contenido procedemos a transcribir:

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

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

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

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

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

b) excluir del cálculo una parte o la totalidad de las ventas de energía, en volumen, empleada para las actividades industriales enumeradas en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE (EDL 2003/108770);

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

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

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

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

[...] 9. Como alternativa a la imposición de un sistema de obligaciones de eficiencia energética en virtud del apartado 1, los Estados miembros podrán optar por otras medidas de actuación para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales, siempre que tales medidas de actuación cumplan los criterios establecidos en los apartados 10 y 11. La cantidad anual de nuevos ahorros de energía obtenidos de esta manera será equivalente a la cantidad de nuevos ahorros de energía exigida en los apartados 1, 2 y 3. Siempre que se mantenga la equivalencia, los Estados miembros podrán combinar los sistemas de obligaciones con otras posibles medidas de actuación, como los 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 Y, punto 4, y mostrando de qué modo conseguirían la cantidad de ahorros exigida. En el caso de las medidas de actuación que se contemplan en el párrafo segundo y en el artículo 20, apartado 6, esta notificación demostrará cómo se cumplen los criterios previstos en el apartado 10. En el caso de medidas de actuación distintas de las que se contemplan en el párrafo segundo o en el artículo 20, apartado 6, los Estados miembros explicarán cómo se consigue un nivel equivalente de ahorro, supervisión y verificación. La Comisión podrá presentar propuestas de modificación durante los tres meses siguientes a la notificación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Los Estados miembros podrán emplear los ingresos que perciban de la asignación anual de emisiones conforme a la Decisión n 406/2009/CE (EDL 2009/91862) para la creación de mecanismos de financiación innovadores que lleven a la práctica el objetivo del artículo 5 de mejorar el rendimiento energético de los edificios".

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

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

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

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

C) La normativa nacional: la Ley 18/2014.

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

"1. Se crea el sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, en virtud del cual se asignará a las empresas comercializadoras de gas y electricidad, a los operadores de productos petrolíferos al por mayor, y a los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor, en adelante, sujetos obligados del sistema de obligaciones, una cuota anual de ahorro energético de ámbito nacional, denominada obligaciones de ahorro.

Las obligaciones de ahorro resultantes equivaldrán, de forma agregada para el periodo de duración del sistema, al objetivo asignado a España por el artículo 7 de la Directiva [2012/27 (EDL 2012/234534)], una vez deducidos los ahorros provenientes de las medidas alternativas contempladas en el artículo 7.9 de la citada Directiva.

2. El periodo de duración del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética comprenderá desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (EDL 2014/98448), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, hasta el 31 de diciembre de 2020.

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

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

"El objetivo de ahorro anual, los porcentajes de reparto entre los correspondientes sujetos obligados, así como las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia financiera, serán fijados anualmente mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previo informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía.

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

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

"1. Para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético, los sujetos obligados deberán realizar una contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética

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

[...]

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

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

"1. Se crea el Fondo Nacional de Eficiencia Energética, sin personalidad jurídica, cuya finalidad será financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, en cumplimiento del artículo 20 de la Directiva [2012/27 (EDL 2012/234534)].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las variaciones que se deriven de los datos suministrados relativos a los sujetos obligados, porcentajes, ventas y demás variables, y los fijados conforme al apartado 2 de este artículo, podrán tenerse en cuenta, en sentido positivo o negativo, para determinar la cuantía correspondiente para cada sujeto obligado en el año 2015 o para reconocer los derechos de cobro que, en su caso, correspondan".

En el Anexo XII -al que nos remitimos- de la citada Ley se establece las aportaciones al Fondo de los distintos sujetos obligados.

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

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

[...], el artículo 20 de la Directiva [2012/27 (EDL 2012/234534)] permite a los Estados miembros crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, como respaldo de las iniciativas nacionales de eficiencia energética, al cual las empresas obligadas por el artículo 7 podrán contribuir anualmente por cuantía equivalente a la de las inversiones que exija el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho artículo como forma de cumplimiento de las mismas.

[...]

Si bien la Directiva [2012/27 (EDL 2012/234534)] da la posibilidad de que los sujetos obligados puedan ser comercializadores o distribuidores de energía, dado que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización (al contrario que en otros países de la UE) sino una actividad regulada de gestión de la red correspondiente, se ha establecido a los comercializadores de energía como los sujetos obligados que es donde la Directiva exige los ahorros de energía.

Se incluye al sector transporte entre los sujetos obligados dado el gran peso que este sector tiene en la demanda de energía final y el gran potencial de ahorros de energía que en él se pueden alcanzar. Para el caso de los productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, tampoco se ha considerado apropiado imponer las obligaciones al gestor de la red, sino que son sujetos obligados las empresas que de hecho

realizan la comercialización de los productos de cara a la venta a los consumidores finales y, en concreto, teniendo en cuenta la atomización existente en la comercialización final de estos productos, a los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo.[...]

[...], para poder realizar lo antes posible medidas de eficiencia energética al menos coste posible es necesario contar con recursos económicos suficientes en el Fondo Nacional de Eficiencia que permita poner en marcha esas medidas a gran escala, siendo del máximo interés general la implantación con la mayor urgencia del sistema de obligaciones que permitirá dotar al Fondo con dichos recursos. De entre las opciones valoradas para acometer medidas tempranas de ahorro energético a gran escala, la implantación de un sistema de obligaciones para aportación a un Fondo Nacional de Eficiencia se presenta como la opción que permite disponer en el menor plazo posible de los recursos necesarios para emprender medidas de eficiencia energética que lleven a una contabilización temprana de ahorros de cara al cumplimiento de los objetivos de la Directiva [2012/27 (EDL 2012/234534)] de la forma más económicamente eficiente.[...]."

D) La Orden impugnada.

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

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

1. Para el año 2015 se establece un objetivo de ahorro agregado de 262 kteps o 3.046,51 GWh.
2. La equivalencia financiera se establece para el año 2015 en 0,789728 millones de euros por ktep ahorrado, o 67.916,58 euros por GWh ahorrado.
3. En el anexo I de la presente orden, se establece la metodología empleada para asignar las obligaciones de ahorro y su equivalencia económica para el año 2015.
4. Por su parte, en la tabla del anexo II se establecen los sujetos obligados, las cuotas respectivas de obligaciones de ahorro y su equivalencia económica para el periodo de aplicación correspondiente al año 2015, resultantes de aplicar los criterios establecidos en la Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador aplicable en el caso de incumplimiento de las obligaciones exigibles a los sujetos obligados".

La exposición de motivos de la referida Orden ministerial explicita de manera precisa cuales son las circunstancias y condiciones que determinan la creación del Fondo Nacional de Eficiencia Energética para cumplir los objetivos de ahorro energético establecidos en la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo (EDL 2012/234534) y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, (en adelante la Directiva) por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, que crea un marco común para fomentar la eficiencia

energética dentro de la Unión y establece acciones concretas a fin de alcanzar el considerable potencial de ahorro de energía no realizado:

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

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

En consecuencia, el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (EDL 2014/98448), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, tramitado como Proyecto de Ley y aprobado como Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia, establece un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética en virtud del cual se asignará a las empresas comercializadoras de gas y electricidad, a los operadores de productos petrolíferos al por mayor, y a los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor, en adelante, sujetos obligados del sistema de obligaciones, una cuota anual de ahorro energético de ámbito nacional, denominada obligaciones de ahorro.

Para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético, los sujetos obligados deberán realizar una contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, a ingresar en tres pagos a lo largo de 2015, no más tarde del 28 de febrero, del 30 de abril y del 30 de junio de cada año, por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera correspondiente.

Este Fondo, creado sin personalidad jurídica propia, permitirá la puesta en marcha de mecanismos de apoyo económico y financiero, asistencia técnica, formación e información u otras medidas que permitan aumentar la eficiencia energética en los diferentes sectores y ayudar a conseguir el objetivo de ahorro establecido.

Asimismo, en la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), se establece el procedimiento de gestión del citado Fondo y la forma en que será dotado económicamente.

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

- a) La obligación de ahorro energético en el año 2015.
- b) Los porcentajes de reparto de esta obligación entre los correspondientes sujetos obligados.

c) Las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia económica.

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

Cabe señalar que, tal y como se establece en el artículo 75.5 de la anteriormente mencionada Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), se han tenido en cuenta las variaciones que se derivan de los datos suministrados por los sujetos obligados correspondientes al año 2012 relativos a dichos sujetos obligados, porcentajes, ventas y demás variables, y los fijados en el anexo XII de la citada ley".

E) Los antecedentes de este asunto, en particular, la STJUE, de 7 de agosto 2018.

En lo que concierne a la determinación y delimitación del contexto jurisprudencial que estimamos que resulta relevante en el enjuiciamiento de este recurso contencioso-administrativo, cabe reseñar que, como ya hemos expuesto en los antecedentes de hecho de esta sentencia, por auto de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, se planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciase sobre la compatibilidad del artículo 71 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo (EDL 2012/234534) y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en la medida que la normativa española establece como obligación principal la ejecución de las obligaciones de ahorro energético el abono de una contribución anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, cuya regulación excluye la posibilidad de que los sujetos obligados cumplan los objetivos de ahorro energético de una manera directa, es decir mediante la implementación de medidas específicas que permitan al usuario final reducir su consumo de energía.

Por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 (Asunto C-561/16) se resolvió dicha cuestión prejudicial en el sentido de declarar que los artículos 7 y 20 de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo (EDL 2012/234534) y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, siempre que, por una parte, esa normativa garantice la obtención de ahorros de energía en una medida equivalente a los sistemas de obligaciones de eficiencia energética que pueden crearse con arreglo al artículo 7, apartado 1, de esta Directiva y que, por otra parte, se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7, apartados 10 y 11, de dicha Directiva, extremos cuya verificación incumbe al tribunal remitente".

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que el artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la

controvertida en el litigio principal, que sólo impone obligaciones de eficiencia energética a algunas empresas determinadas del sector de la energía, siempre que la designación de esas empresas como partes obligadas se base efectivamente en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente".

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

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

34. De ello se sigue que, aunque la obligación de contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética no constituye un sistema de obligaciones de ahorro de energía en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2012/27, leído conjuntamente con el artículo 20, apartado 6, de la misma, tal obligación constituye sin embargo uno de los medios enumerados en esta Directiva para obtener ahorros de energía entre los clientes finales. El hecho de que el artículo 7, apartado 9, de dicha Directiva sólo mencione este tipo de medidas como "alternativa" no es sino la expresión de la posibilidad de elegir que se reconoce a los Estados miembros.

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

TERCERO.-

Sobre el motivo de impugnación por vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido para aprobar la orden recurrida.

Abordando en primer lugar el argumento impugnatorio de índole formal o procedimental, la parte recurrente alega que la Orden IET/289/2015 ha sido aprobada con vulneración manifiesta del procedimiento legalmente establecido pues, partiendo de que se trata de una disposición de carácter general, hubiesen sido preceptivos una serie de trámites e informes inexistentes en este caso, y tampoco se habría observado debidamente el trámite de audiencia previsto en la Ley 50/1997 (EDL 1997/25084).

Por lo pronto debemos señalar que, en contra de lo que afirma la parte recurrente, la Orden IET/289/2015 no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo de aplicación, eso sí, con destinatario múltiple.

En efecto, la mera lectura de su preámbulo, así como de los dos apartados de su parte resolutive o dispositiva y de sus anexos I y II, permite constatar que la Orden impugnada no tiene contenido normativo ni vocación regulatoria sino que, sencillamente, fija y cuantifica las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015, aplicando con ello las previsiones de los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia.

Puede inducir a confusión el hecho de que figure en el expediente administrativo una llamada "memoria de análisis de impacto normativo"; pero, como señala la Abogacía del Estado, se trata de un mero error en la denominación de ese documento, pues, en realidad, es una exposición justificativa (motivación) de un acto de aplicación que se agota en sí mismo y que, como decimos, carece de contenido normativo y no alberga, por tanto, una regulación con vocación de permanencia en el tiempo.

La afirmación de que la Orden IET/289/2015 es un acto de aplicación y no una norma tampoco queda desvirtuada por el hecho de que para el año anterior (2014) fuese la propia Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), la que en su Anexo XII dejó fijadas las aportaciones que debían realizar los sujetos obligados al Fondo de Eficiencia Energética. Sucede que la citada Ley, después de establecer, con un incuestionable carácter normativo, la regulación del sistema nacional de obligaciones y del Fondo Nacional de Eficiencia Energética (artículos 69 a 74), fija por sí misma, en el artículo 75, los parámetros aplicables para el año 2014 -objetivo de ahorro y equivalencia financiera- y cuantifica, en el Anexo- XII, las aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética que debían realizar los sujetos obligados para ese año 2014. Pero el hecho de que la Ley 18/2014, además de la regulación de carácter general, albergase también la aplicación de los criterios y pautas que en ella se establecen para aquel concreto año de su entrada en vigor (la Abogacía del Estado lo califica como "autoaplicación") no confiere naturaleza normativa a los actos de aplicación referidos a ejercicios posteriores. Es la propia Ley 18/2014 (artículo 70.1) la que establece que para los ejercicios posteriores -años 2015 y siguientes- el objetivo de ahorro anual, así como los porcentajes de reparto entre los sujetos obligados, las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia financiera"[...] serán fijados anualmente mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previo informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía".

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

Es por ello que, deben rechazarse como motivos invalidantes de la Orden impugnada la ausencia de una serie de trámites e informes preceptivos, exigibles cuando de la elaboración y aprobación de una disposición general se trate, o la ausencia del trámite de audiencia previsto en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997 (EDL 1997/25084).

CUARTO.

Sobre las irregularidades formales que se imputan a la orden recurrida.

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

A) Trámite de audiencia.

Cuestiona el trámite audiencia realizado, por entender que su apertura debió haber sido notificada de forma individual a los afectados, identificados en el Anexo II de la Orden recurrida, y al no haber respetado las exigencias materiales que éste trámite persigue, dado que desde la finalización del plazo concedido hasta la redacción de la memoria de impacto normativo tan solo transcurrieron dos días, sin que existiese tiempo material para valorar y tomar en consideración dichas alegaciones, incumpliendo así la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su STS 15 de marzo de 2012 (recurso 6335/2008 (EDJ 2012/44842)).

La Ley 30/1992 prevé un trámite de audiencia a los interesados, cuya omisión puede determinar la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento si da lugar a una indefensión real y efectiva del interesado. Pero, en este caso, tal y como consta en la propia orden y así se reconoce por la parte recurrente, se abrió un trámite de audiencia por un periodo de 10 días para que los afectados pudiesen presentar alegaciones, cumpliendo así la previsión y el plazo establecido en el artículo 84.2 de la LRJPAC. El hecho de que la apertura de este trámite se hiciese mediante su publicación en el BOE y no mediante notificación individual a cada uno de los afectados, no puede considerarse una irregularidad causante de indefensión, pues esta forma de notificación también es utilizada cuando el acto afecta a un gran número de destinatarios, como el que nos ocupa, en el que se trata de un acto plúrimo dirigido a más de 480 empresas afectadas, sin que su utilización pueda considerarse causante de indefensión. De hecho, la empresa recurrente tuvo conocimiento de su publicación en el BOE y presentó escrito de alegaciones.

Por otra parte, la recurrente considera que el trámite de audiencia concedido incumple las exigencias materiales para alcanzar su fin, dado que desde su finalización hasta la aprobación de la memoria de impacto normativo apenas transcurrieron dos días, lo que, a su juicio, revela la ausencia de un análisis y toma en consideración por la Administración de las alegaciones presentadas.

Tampoco tal objeción puede tener los efectos invalidantes pretendidos, pues la brevedad del plazo transcurrido entre el trámite de audiencia y la fecha en que se elaboró la memoria de impacto normativo o se dictó la orden impugnada, no permite presuponer que la Administración no tomó en consideración las alegaciones presentadas, de hecho la denominada "memoria de impacto", que precede a la orden, afirma expresamente que las alegaciones fueron analizadas y que a la vista de las mismas se introdujeron modificaciones en el Anexo II de la Orden. El reproche, tal y como ha sido planteado, no concreta la alegación o alegaciones que, a su juicio, fueron desconocidas, por lo que tampoco es posible analizar si éstas fueron o no tomadas en consideración al tiempo de justificar el acto impugnado.

B) Informe preceptivo de la CNMC.

La recurrente considera que en el procedimiento de elaboración de la Orden era necesario contar con el informe de la CNMC, por cuanto la obligación de realizar aportaciones al FNEE solo recae sobre algunos de los sujetos que operan en el sector de la comercialización de energía, gas y combustibles líquidos y ello puede tener importantes consecuencias en los mercados relevantes.

Lo cierto es que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no establece la necesidad de emitir un informe respecto de los actos administrativos, aun cuando eventualmente incidan en temas competenciales. El artículo 5 apartado segundo de dicha norma establece que en el ejercicio de sus funciones consultivas debe informar en los procesos de "elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico" pero no en relación con los actos administrativos de aplicación. Tan solo se prevé su intervención, por vía de informe, sobre "las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (EDL 2007/43994), y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales", no siendo este el caso.

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

C) Falta de motivación de la Orden.

También se aduce la falta de motivación de la Orden, pero esta alegación se plantea en términos vagos e imprecisos, lo que impide conocer cuál es el reproche concreto de justificación que se dirige a la misma.

D) Publicación unos días antes de vencer el plazo del primer ingreso.

Alega también que la Orden debe ser anulada por haberse publicado (el 24 de febrero de 2015) cuando solo restaban cuatro días para que venciese el plazo para el abono del primero de los ingresos previstos (el plazo vencía el 28 de febrero).

Tampoco puede acogerse esta alegación. Las fechas previstas para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético por parte de los sujetos obligados venían determinadas por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (artículo 71.1) y la eventual dificultad en poder cumplir con las mismas tan solo tendría trascendencia si se acreditase que la empresa lo incumplió y la Administración adoptó, por tal motivo, alguna medida perjudicial a sus intereses, en cuyo caso la parte podría defenderse contra esta hipotética y futura decisión invocando la brevedad del plazo del que dispuso para ello. Pero nada de ello consta se haya producido en este caso, no se alude a ningún perjuicio que se le haya irrogado por esta causa, ni dicha objeción guarda relación con la legalidad de la Orden impugnada.

QUINTO.-

Sobre el motivo de impugnación por vulneración por la orden recurrida de la Directiva 2012/27/UE (EDL 2012/234534) y la Ley 18/2014, interpretada conforme al derecho comunitario, al no regularse el sistema alternativo de CAEs.

Para responder a los puntos que plantea la parte recurrente en este motivo de impugnación, hemos de referirnos a la cuestión prejudicial planteada por esta Sala ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la decisión del Tribunal de Justicia.

A) Planteamiento de la cuestión prejudicial.

Mediante autos de 25 de octubre y 28 de diciembre de 2016 esta Sala planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cinco preguntas que afectaban a dos cuestiones que se consideraban esenciales para valorar la compatibilidad del sistema nacional de eficiencia energética con la Directiva 2012/27/UE (EDL 2012/234534). Las cuestiones que suscitaban dudas eran las siguientes:

a) si constituía una transposición adecuada de dicha Directiva un sistema que establecía como forma prioritaria de cumplir con las obligaciones de dicha Directiva la previsión de una contribución económica (la cual se destinaría a planes de eficiencia energética) o, en su caso, mediante la acreditación del ahorro conseguido según una normativa cuyo desarrollo era discrecional para el Gobierno (preguntas 1-3), y

b) si era compatible con dicha Directiva la imposición de las obligaciones de ahorro energético sólo a una parte de los sujetos de los sectores de gas y electricidad y, en caso afirmativo, la necesidad de justificación de tal decisión (preguntas 4-5).

B) La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

Vamos seguidamente a detallar esta respuesta del Tribunal de Justicia para ver las consecuencias de la misma sobre las dos principales alegaciones sustantivas formuladas en la generalidad de los numerosos recursos entablados contra la Orden 289/2015, de 20 de febrero.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dos consideraciones llevan a la Sala a esta conclusión.

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

En efecto, tal como se justifica en la exposición de motivos de la orden impugnada, España ha comunicado a la Comisión Europea un objetivo de ahorro energético destinado a cumplir con el ahorro energético estipulado por la Directiva para 2010 (15.979 ktep) y en el artículo primero de la disposición se establece el ahorro objetivo para 2015, que luego se traduce en una equivalencia financiera que determina la aportación de cada sujeto obligado al Fondo Nacional de Eficiencia Energética. De esa manera, la previsión de un objetivo real de ahorro energético para el cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la Directiva y su posterior desglose en un objetivo para 2015 (reconvertido a continuación en el específico sistema de aportación al Fondo implantado por la Orden) permiten considerar que desde una perspectiva global y a priori, el sistema es idóneo para cumplir con el objetivo de ahorro energético que requiere la Directiva.

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

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

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

A lo cual ha de añadirse una importante conclusión y es que el control de legalidad queda cumplido con la verificación de la aptitud del sistema nacional para cumplir con los objetivos establecidos por la Directiva y con los requisitos contemplados por la misma a los que se refiere la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia. El eventual incumplimiento final del objetivo de ahorro o el incumplimiento de algunas de las exigencias previstas en la Directiva por alguno de los programas de actuación podrían constituir, en su caso, una infracción de las obligaciones derivadas del derecho comunitario, pero no supondría la contradicción del sistema implantado por la Ley española con la Directiva 2012/27 y la consiguiente contrariedad a derecho de la Orden 289/2015.

Frente a lo que ha sostenido la Administración en algunos de los recursos, entiende la Sala que no es una cuestión nueva el que el TJUE haya planteado si el sistema español desarrollado por la orden impugnada puede caracterizarse como una medida alternativa a la obligación de eficiencia energética establecida por el artículo 7.1 de la Directiva. En efecto, entendemos que la controversia no ha variado

por ello, dado que la impugnación del sistema establecido por el legislador español se funda en la incompatibilidad del mismo con la Directiva, y aunque las partes se refieran preferentemente a las exigencias de la obligación principal contemplada por el apartado 1 del artículo 7, las medidas alternativas lo son precisamente en tanto que cumplan los requisitos esenciales de dicha obligación principal. Así se deduce de la configuración de las posibles medidas alternativas por parte de los apartados 9, 10 y 11 del artículo 7, que tratan de asegurar la equivalencia de tales alternativas al sistema de eficiencia energética que el apartado 1 exige implantar a los Estados miembros. Por lo demás, las cuestiones principales planteadas en la mayor parte de los litigios se centran en la compatibilidad global de un sistema de contribución en vez de un sistema de ahorro directo y en la selección de los sujetos obligados, cuestión expresamente contemplada por el TJUE y ampliamente argumentada por las partes en sus respectivos escritos.

Para concluir hemos de señalar también que si bien los recursos examinados conjuntamente se contraen a la verificación de la conformidad de la orden con la [Directiva 2012/27 \(EDL 2012/234534\)](#), sin duda la muy reciente aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2018/2002 -posterior, por tanto, a la orden 289/2015-, que reforma la anterior Directiva, refuerza la interpretación mantenida, ya que se añade un apartado 7 bis que contempla expresamente la posibilidad de que los Estados miembros decidan que las partes obligadas "cumplan todos sus requisitos de ahorro o parte de ellos en forma de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, apartado 6". Lo que, en concordancia con lo decidido por el Tribunal de Justicia, ratifica la conformidad del sistema español con la [Directiva 2012/27 \(EDL 2012/234534\)](#).

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

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

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

Por otra parte, en la quinta pregunta se inquiría si era compatible con los citados apartados 1 y 4 del artículo 7 de la Directiva no determinar las razones de la exclusión de determinados sujetos de la obligación de eficiencia energética. El Tribunal establece taxativamente que la designación de las

empresas de basarse efectivamente"en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente".

Procede, en consecuencia, comprobar si la Administración ha explicitado los criterios objetivos y no discriminatorios que le han llevado a sujetar a la obligación de eficiencia energética, por un lado, a los comercializadores de gas y electricidad y no a los distribuidores de estos productos y, por otro, a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados y no a los minoristas de este sector. Pues bien, la Ley 18/2014, de 15 de octubre (EDL 2014/174899), para cuya aplicación se dicta la Orden impugnada, justifica la selección de los sujetos obligados en la exposición de motivos en los siguientes términos:

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

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

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

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

SIXTO.

Sobre la naturaleza de la contribución financiera al FNEE y el motivo de impugnación basado en la vulneración por la orden recurrida de las Directivas sobre impuestos especiales y doble imposición en relación con el impuesto especial sobre la electricidad .

La demanda argumenta que la obligación pecuniaria impuesta por la Orden recurrida, constituye, en esencia, una prestación patrimonial de carácter público, lo que le lleva a sostener que vulnera las previsiones sobre la imposición en materia de impuestos especiales y, en su caso, incurrir en un supuesto de doble imposición en relación con el Impuesto especial sobre la electricidad .

En la respuesta a esta alegación ha de partirse de que la contribución financiera al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, que resulta del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética, instaurado por los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014 , puede considerarse como una prestación patrimonial coactiva pero no de naturaleza tributaria.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 182/1997 (FJ 15), ha definido los tributos, desde la perspectiva constitucional, como "prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos" y advierte, con cita de la STC 185/1995 (EDJ 1995/6355) , que una interpretación sistemática de la Constitución "lleva directamente a no considerar como sinónimas la expresión 'tributos' del art. 33.1 C.E. y la más genérica de 'prestaciones patrimoniales de carácter público' del art. 31.3 C.E.", por lo que concluye la STC que citamos que si bien todo tributo es una prestación patrimonial de carácter público, no todas estas prestaciones patrimoniales tienen naturaleza tributaria.

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

Esta misma idea está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2016 (EDJ 2016/198426) , que examinó la conformidad a la Constitución de la disposición final tercera (EDL 1978/3879) del Real Decreto- ley 14/2010, de 23 de diciembre , por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y que -con dicho propósito- impuso a determinadas empresas productoras de electricidad unas aportaciones para la financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013, que presentan características similares a las contribuciones financieras al FNEE que ahora examinamos: se trata, en ambos casos, de obligaciones de efectuar contribuciones financieras, que revisten la naturaleza de prestaciones pecuniarias impuestas coactivamente por el poder público y que se satisfacen a un ente público sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago, con una finalidad inequívoca de interés público. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado en la indicada sentencia 167/2016 (FJ 4), con cita de la STC 83/2014 (EDJ 2014/92610) , que la obligación regulada en la D.A 3ª del RDL 14/2010 (EDL 2010/258556) constituye una prestación patrimonial de carácter público, conforme a la figura prevista en el artículo 31.3 CE (EDL 1978/3879) , ahora bien, "[...] no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando en ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación [...] sino que nos hallamos ante una medida adoptada por el Estado al margen de su poder tributario (art.133.1.CE (EDL 1978/3879)) cuyos destinatarios son llamados a su cumplimiento no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco [...] de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado como el eléctrico, relación de la que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir [...]".

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

Por ello, tiene razón el recurrente cuando afirma que la obligación de contribución al FNEE concurren todos los requisitos para ser considerada una prestación patrimonial de carácter público dado que viene impuesta imperativamente por la ley, es de carácter obligatoria y coactivamente impuesta y tiene como finalidad el cumplimiento de ahorro energético impuesto al Estado español por la Directiva 2012/27/UE, que, en definitiva, constituye un interés público que afecta a toda la sociedad.

Pero el recurrente afirma, a continuación, que nos encontramos ante una prestación de naturaleza tributaria, un gravamen o impuesto indirecto, sujeto a la normativa tributaria de la Unión, que contravendría las normas de la Unión sobre Impuestos especiales o el Impuesto sobre el Valor añadido. Además, considera que se infringe la doble imposición en relación con el Impuesto especial sobre electricidad.

Lo cierto es que, tal y como hemos afirmado, no nos encontramos ante una prestación de naturaleza tributaria lo que impide la aplicación de las Directivas 2003/96/CE y 2008/118/CE o las reglas de la doble imposición, en la medida de las mismas se refieren a los impuestos.

La Directiva 2003/96/CE (EDL 2003/193704) regula los impuestos a los productos energéticos y la electricidad y la Directiva 2008/118/CE (EDL 2008/243389) aparece referida a los impuestos especiales que gravan directa o indirectamente el consumo de varios productos, entre ellos los productos energéticos y la electricidad, y grava estos productos en el momento de su fabricación o importación al territorio de la Unión. En definitiva, ambas Directivas aparecen referidas a impuestos sobre la electricidad y en este caso no nos encontramos ante un tributo por lo que no puede infringirse esta normativa.

Tampoco puede considerarse que se incurra en una doble imposición con el IEE. Y ello porque para ello sería necesario que existiesen dos impuestos y la aportación al FEE no es un tributo, sin que dicho principio se aplique a las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. Y ello, con independencia de que no se soporta una doble carga pues mientras el IEE, conforme a su normativa, debe ser repercutido por lo que grava al consumidor final y no a la empresa prestadora del servicio. Y el método de cálculo del importe de la obligación prevista en la Ley 18/2014, que asocia las ventas al reparto objetivo de ahorro energético anual en relación con la equivalencia financiera, nada tiene que ver con el método de cálculo del IEE de la base imponible, por lo que no existe coincidencia en relación con la riqueza gravada.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.-

Costas

De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA (EDL 1998/44323), no se efectúa imposición de las costas a ninguna de las partes litigantes, al apreciarse en este asunto serias dudas de derecho, que incluso llevaron a la Sala al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Asociación de Comercializadores Independientes de Energía, contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015.

Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.