

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064763

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 368/2020, de 12 de marzo de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 455/2017

SUMARIO:

Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética. Actos administrativos de aplicación. Inexistencia de vulneración del derecho de la Unión Europea. Actos propios y confianza legítima. Prestaciones patrimoniales de carácter público.

En contra de lo que afirma la parte recurrente, la Orden ETU/258/2017 no es una disposición de carácter general, sino un **acto administrativo de aplicación**, eso sí, con destinatario múltiple. 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 2017, aplicando con ello las previsiones de los artículos 69 a 75 de la Ley 18/2014. El hecho de que esta Ley, 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. Por ello, 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.

El sistema implantado por la Ley 18/2014 y desarrollado por la Orden impugnada es susceptible de alcanzar los objetivos establecidos por la Directiva 2012/27/UE, pese a no resultar posible una comprobación material efectiva de si los programas financiados por el Fondo cumplen en todo punto las exigencias de la norma comunitaria y de si los resultados al final de período contemplado, que llega hasta 2020, alcanzan plenamente el objetivo de ahorro. Pero tal circunstancia no impide rechazar las objeciones globales al sistema formuladas por los diversos recurrentes, que consideran el sistema previsto en la Ley 18/2014 y desarrollado por la Orden impugnada contrario a la Directiva o, al menos, que no constituye una adecuada trasposición de la misma. A lo cual ha de añadirse 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 en el asunto C-561/16. 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 y la consiguiente contrariedad a derecho de la Orden.

En cuanto a la **doctrina de los actos propios**, la comunicación a la Comisión no impide a la Administración optar por un sistema distinto al tiempo de transponer a nivel interno la normativa de la Unión, sin que ello, por sí mismo, determine la nulidad del modelo elegido. No debe olvidarse que la normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual al Fondo de Eficiencia Energética, ha sido declarada conforme a la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la STJUE mencionada. El **principio de confianza legítima** no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha «confianza» se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la «apariencia de legalidad» que la actuación administrativa a través de actos concretos revela.

Las contribuciones financieras al FNEE son obligaciones 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; son, por tanto, **prestaciones patrimoniales de carácter público que carecen de naturaleza tributaria**, pues no persiguen una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tengan 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, 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.

PRECEPTOS:

Directiva 2012/27/UE (eficiencia energética), arts. 1, 7 y 20.6.

Constitución Española, arts. 31 y 133.

Ley 50/1997 (Ley del Gobierno), art. 24.

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, arts. 69 a 75.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 368/2020

Fecha de sentencia: 12/03/2020

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

Número del procedimiento: 455/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: AVJ

Nota:



REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 455/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 368/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 12 de marzo de 2020.

Esta Sala ha visto en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 455/2017, interpuesto por la mercantil Factor Energía, S.A., representada por el procurador de los tribunales don Antonio Ortega Fuentes, con la asistencia de la letrada doña Iria Calviño Garrido, contra la Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, para el año 2017.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado y la mercantil Operadores de Castilla y León A.I.E., representada por la procuradora de los tribunales doña María Luisa Maestre Gómez y bajo la asistencia letrada de don Manuel Lamela Fernández.

Ha sido ponente Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El representante legal de la sociedad Factor Energía SA, asistida por la letrada Iria Calviño Garrido, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017.

El recurso se funda en los siguientes motivos:

1º La orden recurrida es nula por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido.

Considera que dicha Orden es un reglamento de naturaleza ejecutiva que desarrolla, ejecuta y completa los preceptos contenidos en la Ley 18/2014, en concreto los artículos 70.1 y 75.5, y que en su elaboración no se han cumplido los requisitos del procedimiento previstos para la elaboración de las normas.

En primer lugar, denuncia que el trámite de audiencia concedido fue de diez días, incumpliendo lo dispuesto en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, que establece un trámite de audiencia durante un plazo razonable no inferior a quince días. En segundo lugar, considera que no se han solicitado los informes o dictámenes preceptivos, exigidos en el art. 24.1.b) de la Ley del Gobierno, entre ellos el dictamen del Consejo de Estado.

2º La Orden recurrida es contraria al derecho de la Unión Europea al vulnerar lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE.

La citada Directiva, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 7 y 20.6, impone a los Estados miembros la obligación de crear un sistema de obligaciones de eficiencia energética en el que, entre otras, las empresas minoristas de venta de energía implemente las medidas de eficiencia energética necesarias para cumplir con los objetivos de ahorro a nivel de usuario final y solo subsidiariamente pueden permitir (no obligar) a las empresas minoristas de venta de energía a realizar una aportación al FNEE que sea equivalente a las obligaciones de ahorro establecidas y así liberarse de sus obligaciones de cumplimiento. De forma que la Directiva diseña un sistema de ahorro basado en dos niveles: un primer nivel de obligado cumplimiento para los Estados miembros y los operadores obligados que debe permitir alcanza el ahorro energético previsto y un segundo nivel optativo y complementario en el que se podrá establecer que los obligados puedan cumplir con sus obligaciones de eficiencia energética mediante la contribución a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética. Sin embargo, el Estado Español ha configurado un sistema inverso al establecido por la Directiva imponiendo de los operadores obligados la contribución al FNEE como único medio para cumplir con sus obligaciones de eficiencia energética y tan solo ha previsto la posibilidad de crear a futuro un sistema de cumplimiento real de estas obligaciones mediante certificados de ahorro energéticos.

España, mediante el Plan Nacional de Acción de eficiencia energética 2014-2020, informó a la Comisión Europea, con fecha 30 de abril de 2014 que el FNEE se creaba como complemento al sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética. Y así mismo en el informe a la Comisión de la forma en la que pensaba transponer la Directiva 2012/27/UE que se permitiría que las partes obligadas pudiesen optar por cumplir con las obligaciones que se deriven del sistema mediante una contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética con las cantidades que se determinen.

Por ello considera, en atención a los principios de aplicabilidad directa y primacía del derecho comunitario, procede anular la Orden impugnada o, en su caso, proceder al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

3º Nulidad de la Orden por ser contraria a los actos propios y al principio de confianza legítima.

La Administración escogió imponer a los sujetos la obligación de contribución al FNEE para el año 2017 con la aprobación de la Orden recurrida, optando por no desarrollar el sistema de certificados de ahorro energéticos previsto en la Ley 18/2014, por lo que, el hecho de dos después de aprobar la Ley 18/2014 se apruebe la Orden recurrida, en contra de lo informado por España a la Comisión supone una quiebra del principio de los actos propios de la Administración.

Y, además, la quiebra del principio de confianza legítima de los sujetos obligados que confiaron, cuando se aprobó la Ley 18/2014 que se desarrollaría reglamentariamente el sistema de certificados para cumplir con los objetivos de la Directiva 2012/27/UE, y llevaron a cabo sus previsiones conforme a la información proporcionada por España a la Comisión.

4º La Orden recurrida es contraria a derecho por cuanto configura los elementos esenciales de un tributo vulnerando el art. 31 de la CE.

Argumenta que la aportación al FNEE diseñada por el Real Decreto-ley 8/2014 y la Ley 18/2014, y el posterior desarrollo por la Orden impugnada, suponen una flagrante violación del principio de reserva de ley en materia tributaria, tanto desde el punto de vista formal como material.

Considera que la obligación de aportación económica constituye, en realidad, un impuesto para financiar las iniciativas del Estado en materia energética cuyos sujetos pasivos son las empresas comercializadoras de gas y electricidad y que grava la venta de energía eléctrica. Entiende que la configuración de este tributo vulneraría el principio de reserva de ley tributaria, pues no es admisible que una norma con rango inferior a la ley ni la figura del decreto ley configure los elementos esenciales de un tributo. Y en el caso que nos ocupa, los elementos esenciales han sido regulados por la Orden recurrida, configurando: el hecho imponible (la obligación de ahorro anual que corresponde a cada sujeto obligado en el 2017 sobre sus respectivas ventas de energía del año 2015)

la base imponible (se obtiene al repartir el objetivo de ahorro anual del año 2017 entre los sujetos obligados proporcionalmente calculado a partir de los volúmenes de ventas de energía correspondientes al año 2015) el tipo de gravamen (la equivalencia económica calculada para el periodo de aplicación correspondiente al año 2017).

La configuración normativa de este tributo imposibilita que el obligado tributario pueda conocer de antemano como será determinada su cuota tributaria, máxime cuando estos criterios son aprobados con carácter anual, siendo modificados de un ejercicio a otro.

La Orden recurrida es contraria al principio de reserva de ley tributaria, art. 133 de la CE y art. 8 de la LGT. Y el impuesto regulado vulnera el principio de capacidad económica, pues establece una cuota de ingresos partiendo del volumen de ventas del consumidor final cuando la capacidad real para contribuir la determinan los beneficios netos y no el volumen de ventas.

5º La Orden recurrida vulnera lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución por ser retroactiva.

La Orden recurrida establece la obligación de realizar una contribución económica para el 2017, pero para cuantificar la contribución utiliza la cifra de ventas a clientes finales del año 2015, por lo que resulta contraria al principio de irretroactividad en cuanto toma como elemento determinante de la cuantificación de la aportación circunstancias ocurridas en el pasado.

Segundo. *El Abogado del Estado se opone a la demanda.*

- Por lo que respecta a los pretendidos defectos de tramitación en la Orden Ministerial, la demandante parte de que la misma es una disposición de carácter general, pero se trata, en realidad, de un mero acto de aplicación plúrimo, tal y como resulta de su propio contenido y, en cuanto a tal, sujeta a los trámites de la Ley 30/1992 que han sido respetados. No hay ninguna innovación, y se limita a fijar, conforme a lo dispuesto en la propia Ley, las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia para 2017, delimitando sus elementos cuantitativos, explicitando la metodología seguida para tal cuantificación y concretando los sujetos obligados, dentro de los parámetros fijados por la Ley.

- Por lo que respecta a la correcta transposición de la Directiva. El art. 20 de la Directiva confiere inequívocamente a los Estados la opción de crear el Fondo que nos ocupa y de disponer que se cumplan los objetivos de ahorro mediante la realización de aportaciones al mismo por los sujetos obligados, y lo hace sin carga de subsidiariedad ni residualidad alguna, siendo una opción de obtención de un mecanismo de financiación para las medidas de ahorro energético perfectamente razonable en el marco de evaluación de cuales sean los instrumentos más eficientes.

- Por lo que respecta a la pretendida infracción del principio de confianza legítima y de los actos propios.

Razones de urgencia y de eficacia administrativa plenamente respaldados por la Directiva justificaron la adopción de este sistema.

La rapidez de comenzar con acciones que computen ahorros frente a la lentitud de desarrollar y poner en marcha un sistema de certificados, recogida en el Preámbulo de la ley 8/2014, aconsejaron la implementación de este sistema.

- Por lo que respecta a la presunta infracción de los principios reguladores de los tributos, la parte demandante se basa de que la aportación que nos ocupa es un tributo, sin considerar que existen otras prestaciones patrimoniales de carácter público que no son tributarias a las que no le son de aplicación los principios que rigen el sistema tributario. No estamos ante un tributo sino ante una prestación patrimonial de carácter público, pues la aportación que nos ocupa, no se destina al sostenimiento de los gastos públicos con carácter general, mediante su ingreso en el Tesoro público, sino que se afecta a un concreto fin público, ingresándose como depósito.

A las prestaciones patrimoniales de carácter público le es de aplicación del principio de reserva de ley, pero los principios que la Constitución consagra en el art. 31.1, que operan como criterios inspiradores del sistema tributario, son exigibles, aunque con diferente intensidad, respecto de las prestaciones patrimoniales de naturaleza no tributaria.

En cuanto a la presunta infracción del principio de capacidad económica por la utilización como parámetro las ventas y no los beneficios, afirma que dicho principio no es aplicación porque no estamos ante un tributo. En todo caso, añade que, incluso en el ámbito tributario, las ventas han sido utilizadas como indicio de capacidad, por ejemplo, en las tributaciones modulares de los autónomos, así que no existe disociación con el principio de capacidad económica que se pretende de contrario. Pero es que, además, la utilización de las ventas como criterio que, aplicando la equivalencia financiera, resulte el montante de la aportación, es una exigencia derivada de la propia Directiva que se transpone, ya que el art. 20.6 señala que: "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". Y para fijar el montante de las obligaciones del art. 7.1 el propio precepto se remite a las ventas, al indicar que el objetivo de ahorro "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 tres años previos al 1 de enero de 2013".

No es cierto que la Ley deje a la Orden Ministerial la determinación de los elementos esenciales de la obligación que se configura. Es la Ley 18/2014 establece los elementos definitorios de la prestación que la Orden Ministerial se limita a aplicar, pues determina los sujetos obligados (art. 69.1 y el Anexo) crea la obligación de contribución financiera (art. 71.1) y delimita los elementos que definen la aportación (art. 69.1, párrafo segundo respecto del total a repartir, art. 70.1 párrafo segundo en cuanto al factor tenido en cuenta para el reparto proporcional, art. 71.1 respecto de la conversión de la cuota de ahorro en contribución financiera y el cálculo de la equivalencia financiera).

- Por lo que respecta a la pretendida retroactividad prohibida, no existe, pues se trata de la utilización de una metodología de aplicación, tomando el legislador como base de cálculo un ejercicio anterior (el 2015) pero para aplicar siempre de futuro la norma, a partir del ejercicio siguiente, por lo que no existe aplicación retroactiva de una capacidad pretérita sino solamente un modo de cálculo de una obligación, en base a datos contrastados por los órganos competentes

Tercero.

No habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se emplazó a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que llevaron a cabo la parte actora y la Administración demandada mediante sus respectivos escritos.

Cuarto.

Evacuado dicho trámite, se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 10 de marzo de 2020, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El representante legal de la sociedad Factor Energía SA, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017.

Segundo. Sobre las irregularidades en la tramitación.

Considera que dicha Orden es un reglamento de naturaleza ejecutiva que desarrolla, ejecuta y completa los preceptos contenidos en la Ley 18/2014, en concreto los artículos 70.1 y 75.5, y que en su elaboración no se han cumplido los requisitos del procedimiento previstos para la elaboración de las normas. En primer lugar, denuncia que el trámite de audiencia concedido fue de diez días, incumpliendo lo dispuesto en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, que establece un trámite de audiencia durante un plazo razonable no inferior a quince días. En segundo lugar, considera que no se han solicitado los informes o dictámenes preceptivos, exigidos en el art. 24.1.b) de la Ley del Gobierno, entre ellos el dictamen del Consejo de Estado.

Por lo pronto debemos señalar que, en contra de lo que afirma la parte recurrente, la Orden ETU/258/2017 no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo de aplicación, eso sí, con destinatario múltiple.

En efecto, la mera lectura de su preámbulo, así como de los dos apartados de su parte resolutive o dispositiva y de sus anexos I y II, permite constatar que la Orden impugnada no tiene contenido normativo ni vocación regulatoria sino que, sencillamente, fija y cuantifica las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de

Eficiencia Energética en el año 2017, 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, 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 ETU/258/2017 es un acto de aplicación y no una norma tampoco queda desvirtuada por el hecho de que para el año anterior (2014) fuese la propia Ley 18/2014, de 15 de octubre, la que en su Anexo XII dejó fijadas las aportaciones que debían realizar los sujetos obligados al Fondo de Eficiencia Energética. Sucede que la citada Ley, después de establecer, con un incuestionable carácter normativo, la regulación del sistema nacional de obligaciones y del Fondo Nacional de Eficiencia Energética (artículos 69 a 74), fija por sí misma, en el artículo 75, los parámetros aplicables para el año 2014 -objetivo de ahorro y equivalencia financiera- y cuantifica, en el Anexo-XII, las aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética que debían realizar los sujetos obligados para ese año 2014. Pero el hecho de que la Ley 18/2014, además de la regulación de carácter general, albergase también la aplicación de los criterios y pautas que en ella se establecen para aquel concreto año de su entrada en vigor (la Abogacía del Estado lo califica como "autoaplicación") no confiere naturaleza normativa a los actos de aplicación referidos a ejercicios posteriores. Es la propia Ley 18/2014 (artículo 70.1) la que establece que para los ejercicios posteriores -años 2015 y siguientes- el objetivo de ahorro anual, así como los porcentajes de reparto entre los sujetos obligados, las cuotas u obligaciones de ahorro resultantes y su equivalencia financiera "[...] serán fijados anualmente mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previo informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía".

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

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

Tercero. *Sobre la pretendida vulneración del derecho de la Unión Europea: la Directiva 2012/27/UE.*

La demanda considera que la Directiva 2012/27/UE, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 7 y 20.6, impone a los Estados miembros la obligación de crear un sistema de obligaciones de eficiencia energética en el que, entre otras, las empresas minoristas de venta de energía implemente las medidas de eficiencia energética necesarias para cumplir con los objetivos de ahorro a nivel de usuario final y solo subsidiariamente pueden permitir (no obligar) a las empresas minoristas de venta de energía a realizar una aportación al FNEE que sea equivalente a las obligaciones de ahorro establecidas y así liberarse de sus obligaciones de cumplimiento. De forma que, la Directiva diseña un sistema de ahorro basado en dos niveles: un primer nivel de obligado cumplimiento para los Estados miembros y los operadores obligados que debe permitir alcanza el ahorro energético previsto y un segundo nivel optativo y complementario en el que se podrá establecer que los obligados puedan cumplir con sus obligaciones de eficiencia energética mediante la contribución a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética. Sin embargo, el Estado Español ha configurado un sistema inverso al establecido por la Directiva imponiendo de los operadores obligados la contribución al FNEE como único medio para cumplir con sus obligaciones de eficiencia energética y tan solo ha previsto la posibilidad de crear a futuro un sistema de cumplimiento real de estas obligaciones mediante certificados de ahorro energéticos.

Por ello considera, en atención a los principios de aplicabilidad directa y primacía del derecho comunitario, procede anular la Orden impugnada o, en su caso, proceder al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

A) Planteamiento.



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

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

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

B) La decisión del TJUE.

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.

Ello nos permite abordar la conformidad de nuestro ordenamiento con dicha Directiva, al sustituir la obligación de ahorro energético por una contribución económica a un fondo para financiación de planes de eficiencia.

Tras resumir las razones que han llevado a esta Sala a formular las tres primeras preguntas, el Tribunal de Justicia les da una respuesta conjunta, señalando en primer lugar que la Directiva 2012/27, en su considerando 20, ha querido reconocer a los Estados miembros "una amplia facultad de apreciación en la determinación de los medios adecuados para alcanzar los objetivos de eficiencia energética fijados en el artículo 1, apartado 1, de esta Directiva", ya que la misma "tiene por objeto establecer a nivel de la Unión unos principios generales que constituyan un marco para la reducción del consumo de energía, dejando en manos de los Estados miembros la decisión sobre la manera de aplicar tales principios. Por lo tanto, la Directiva 2012/27 pretende únicamente establecer, como indica en su artículo 1, un marco común de medidas para el fomento de la eficiencia energética dentro de la Unión a fin de asegurar la consecución del objetivo de un incremento de un 20% de la eficiencia energética de la Unión para 2020 y de preparar el camino para mejoras ulteriores de eficiencia energética más allá de ese año".

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

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

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

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

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

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

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

- a) las medidas de actuación establecerán como mínimo dos períodos intermedios hasta el 31 de diciembre de 2020 y buscarán alcanzar el nivel de ambición previsto en el apartado 1;
- b) se definirán las responsabilidades de cada una de las partes encargadas, partes participantes o autoridades públicas responsables de la ejecución;
- c) el ahorro que haya de conseguirse se determinará de forma transparente;
- d) la cantidad de ahorro exigida o que haya de conseguirse por medio de la medida de actuación se expresará en términos de consumo de energía final o primaria, utilizando para ello los factores de conversión previstos en el anexo IV;
- e) el ahorro de energía se calculará aplicando los métodos y principios previstos en el anexo V, puntos 1 y 2;
- f) el ahorro de energía se calculará aplicando los métodos y principios previstos en el anexo V, punto 3;
- g) a menos que no sea viable, las partes participantes presentarán un informe anual, que se hará público, sobre el ahorro de energía conseguido;
- h) se supervisarán los resultados y se adoptarán las medidas oportunas en caso de no progresarse adecuadamente;
- i) se establecerá un sistema de control que comprenda también una verificación independiente de una parte estadísticamente significativa de las medidas de mejora de la eficiencia energética, y
- j) todos los años se publicarán datos sobre la tendencia anual del ahorro de energía.

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, tal como se justifica en la exposición de motivos de la Orden impugnada, España ha comunicado a la Comisión Europea un objetivo de ahorro energético destinado a cumplir con el ahorro energético estipulado por la Directiva para 2020 (15.979 ktep) y en el artículo primero de la disposición se establece el ahorro objetivo para 2017, 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 2017 (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 de período contemplado, que llega hasta 2020, alcanzan plenamente el objetivo de ahorro. Pero tal circunstancia no impide rechazar las objeciones globales al sistema formuladas por los diversos recurrentes, que consideran el sistema previsto en la Ley 18/2014 y desarrollado por la Orden impugnada contrario a la Directiva o, al menos, que no constituye una adecuada trasposición de la misma.

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

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

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

Cuarto. Sobre la vulneración del principio de actos propios y de confianza legítima.

La parte recurrente solicita la nulidad de la Orden impugnada alegando la infracción de los principios de actos propios y de confianza legítima.

Argumenta, en primer lugar, que España informó a la Comisión Europea, con fecha 30 de abril de 2014, que el FNEE se creaba como complemento al sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética. Y en el informe a la Comisión se decía que la forma en la que pensaba transponer la Directiva 2012/27/UE permitiría que las partes obligadas pudiesen optar por cumplir con las obligaciones que se deriven del sistema mediante una contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética con las cantidades que se determinen. Y, sin embargo, optó por no desarrollar el sistema de certificados de ahorro energéticos previsto en la Ley 18/2014.

En segundo lugar, alega la infracción del principio de confianza legítima de los sujetos obligados que confiaron, cuando se aprobó la Ley 18/2014 que se desarrollaría reglamentariamente el sistema de certificados para cumplir con los objetivos de la Directiva 2012/27/UE, y llevaron a cabo sus previsiones conforme a la información proporcionada por España a la Comisión.

La comunicación a la Comisión no impide a la Administración optar por un sistema distinto al tiempo de transponer a nivel interno la normativa de la Unión, sin que ello, por sí mismo, determine la nulidad del modelo elegido. No debe olvidarse que la normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual al Fondo de Eficiencia Energética, ha sido declarada conforme a la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-561/16) a la que antes nos hemos referido.

Por otra parte, esa opción inicial y el hecho de que fuese comunicada a la Comisión tampoco tiene relevancia respecto a la actuación de la empresa recurrente, pues no consta que realizase actuación alguna para acomodar su conducta al modelo de certificados de ahorro energéticos y que dicha actuación le generase algún tipo de perjuicio. En todo caso, tal y como hemos señalado en STS nº 682/2019, de 24 de mayo (rec. 289/2015) el sistema alternativo de cumplimiento de las obligaciones de ahorro energético que se contempla en el artículo 71.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, mediante los denominados "certificados de ahorro energético", que no ha sido desarrollado aun reglamentariamente por el Gobierno, vendría a establecer un mecanismo de acreditación de los ahorros energéticos conseguidos, en el que no tendría cabida cualquier ahorro logrado sino únicamente aquéllos que cumpliesen los requisitos y condiciones que se estableciesen en el correspondiente catálogo; y que serían cuantificados mediante los coeficientes de equivalencia de ahorro energético que a tal efecto habrían de establecerse. No existiendo una regulación reglamentaria que permita objetivar la acreditación y cuantificación de los ahorros energéticos logrados por cada sujeto obligado, no es posible tomar en consideración las iniciativas

aisladas adoptadas a nivel individual para reclamar una suerte de compensación individualizada, que socavaría la base misma del sistema instaurado, basado en las aportaciones al Fondo de Eficiencia Energética.

La eventual compensación por los ahorros energéticos que haya podido lograr mediante actuaciones de toda índole llevadas a cabo por su propia iniciativa en ejercicios anteriores no tiene cabida en el sistema ni puede entenderse amparada en esa inicial comunicación.

Tampoco se aprecia la infracción del principio de confianza legítima, que como ha señalado esta Sala en sentencia de 21 de septiembre de 2000 (recurso 7562/1994, entre otras muchas), no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, y en el presente caso, no existe una apariencia de legalidad, fundada en hechos concluyentes producidos por la Administración, de que unas determinadas y concretas actuaciones de eficiencia energética fueran a ser objeto de certificación a los fines del cumplimiento de las obligaciones de ahorro energético, por falta precisamente del desarrollo reglamentario del artículo 71.2 de la Ley 18/2014 y de la elaboración por el IDEA del catálogo de los requisitos y condiciones de las actuaciones concretas objeto de los CAEs, aparte de que la parte recurrente ni argumenta ni prueba la realización de cualquier concreta actuación de ahorro energético que pudiera hacerse valer a través de los CAES.

Quinto. Sobre la vulneración del principio de reserva de ley.

Argumenta que la aportación al FNEE diseñada por el Real Decreto-ley 8/2014 y la Ley 18/2014, y el posterior desarrollo por la Orden impugnada, suponen una flagrante violación del principio de reserva de ley en materia tributaria, tanto desde el punto de vista formal como material.

Considera que la obligación de aportación económica constituye, en realidad, un impuesto para financiar las iniciativas del Estado en materia energética cuyos sujetos pasivos son las empresas comercializadoras de gas y electricidad y que grava la venta de energía eléctrica. Y los elementos esenciales han sido regulados por la Orden recurrida.

A) Sobre la naturaleza tributaria de la prestación patrimonial.

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

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

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

Esta misma idea está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2016, que examinó la conformidad a la Constitución de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y que -con dicho propósito- impuso a determinadas empresas productoras de electricidad unas aportaciones para la financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013, que presentan características similares a las contribuciones financieras al FNEE que ahora examinamos: se trata, en ambos casos, de obligaciones de efectuar contribuciones financieras, que revisten la naturaleza de prestaciones pecuniarias impuestas coactivamente por el poder público y que se satisfacen a un ente público sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago, con una finalidad inequívoca de interés público.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado en la indicada sentencia 167/2016 (FJ 4), con cita de la STC 83/2014, que la obligación regulada en la D.A 3ª del RDL 14/2010 constituye una prestación patrimonial de

carácter público, conforme a la figura prevista en el artículo 31.3 CE, ahora bien, "[...] no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando en ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación [...] sino que nos hallamos ante una medida adoptada por el Estado al margen de su poder tributario (art.133.1.CE) cuyos destinatarios son llamados a su cumplimiento no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco [...] de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado como el eléctrico, relación de la que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir [...]".

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

B) Sobre el principio de reserva de ley para las prestaciones patrimoniales no tributarias.

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

En efecto, es una norma de rango legal -la Ley 18/2014- la que define y delimita los elementos configuradores de la obligación de ahorro energético cuestionada, al establecer la propia obligación de ahorro, que de acuerdo con el artículo 69.1 de la Ley 18/2014 equivale, de forma agregada para el período de duración del sistema (desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 hasta el 31 de diciembre de 2020), al objetivo asignado a España y a los demás Estados miembros de la Unión por el artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que fija tal objetivo señalando que será al menos equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año, desde el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2010, del 1,5% de las ventas anuales de energía a clientes finales de todos los distribuidores de energía, y que la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 cifra en 15.979 ktep de ahorro energético acumulado para para todo el período señalado, según se ha comunicado ya a la Comisión Europea.

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

Por lo demás, es oportuno recordar aquí que la reserva de ley que resulta del artículo 31.3 CE obliga a que sea el legislador el que decida el "establecimiento" de prestaciones patrimoniales de carácter público, pero admite la colaboración reglamentaria siempre que ésta "sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley" y se produzca dicha colaboración en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (STC 150/2003 y las que allí se citan). Pero no abundaremos en este punto pues, como ha señalado esta Sala en diferentes ocasiones en las que la cuestión se ha suscitado, la Orden ETU/258/2017 no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo de aplicación de las previsiones normativas contenidas en la Ley 18/2014.

Sexto. *Sobre el carácter retroactivo de la Orden.*

La Orden recurrida establece la obligación de realizar una contribución económica para el 2017, pero para cuantificar la contribución utiliza la cifra de ventas a clientes finales del año 2015, por lo que resulta contraria al principio de irretroactividad en cuanto toma como elemento determinante de la cuantificación de la aportación circunstancias ocurridas en el pasado.

No se advierte vulneración de los principios invocados de retroactividad por el hecho de que la norma diseñe un sistema en el que las aportaciones se calculan tomando en consideración las cifras de ventas de energía correspondientes a ejercicios anteriores. Las aportaciones previstas en el Real Decreto-ley 8/2014 y en la

Ley 18/2014 se establecen hacia el futuro, sin perjuicio de que, para determinar la cuota respectiva y la contribución proporcional de cada una de las empresas, se utilicen los datos reales ya disponibles, proporcionados por los órganos competentes y por las empresas afectadas, que, lógicamente, han de estar referidos a ejercicios anteriores, pues de otra manera se estaría estableciendo un cálculo basado en una mera especulación, sin cifras reales que lo avalasen.

Séptimo. Costas.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo. No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la LJCA, ese pronunciamiento desestimatorio del recurso no debe conllevar en este caso la imposición de las costas procesales a la parte demandante, pues las cuestiones objeto de litigio presentaban las suficientes dudas de derecho como para justificar que cada parte soporte las costas causadas a su instancia.

FALLO

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

Que debemos Desestimar el recurso interpuesto por la sociedad Factor Energía SA, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Diego Córdoba Castroverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.