

Energía: marco español para la transición europea

SUSANA GALERA RODRIGO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL MARCO REGULATORIO DE LA ENERGÍA: CONFLICTOS PENDIENTES. 2.1. STC 32/2016 sobre la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico. La consolidación de una visión anacrónica de la Política Energética. 2.2. El primer laudo de aplicación del Tratado de la Carta de la Energía. 3. LA DIRECTIVA 2012/27, DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. 3.1. Las obligaciones específicas de la Directiva. 3.2. En particular, la evaluación del potencial de ahorro. Un nuevo instrumento de planeamiento de carácter transversal. 3.3. Su trasposición en España: parcialidad, fragmentación y litigiosidad. 3.3.1. Las obligaciones de ahorro de los actores del sistema. La Ley 18/2014 y la cuestión prejudicial. Auto 25.10.2016. 3.2.2. La evaluación del potencial de cogeneración y distritos urbanos de calor y frío. El Real Decreto 56/2016 y la SCT 171/2016. 3.3.3. Sobre inventario de edificios a renovar. 3.3.4. Compras públicas verdes en el sector de la energía. 3.4. Energy Winter Package 2016: insistiendo y reforzando las obligaciones de eficiencia. 4. REFERENCIAS

RESUMEN: El año 2016 ha sido fundamental en la estrategia de la Transición energética 2050 anunciada por la Comisión Barroso en 2011. Ahora, la Comisión Juncker confirma los planteamientos anteriores, revisa la eficacia de las medidas adoptadas, refuerza los objetivos iniciales e imbrica esta estrategia en otras prioridades de la Unión – e-economía, digitalización-. Esta crónica atiende a uno de estos elementos, la Eficiencia Energética, y a la aplicación, normativa y judicial, de la normativa europea de cabecera. Se apunta al actual sistema de gobernanza energética en España como una de las dificultades importantes, aunque no irremontable, para que la Transición energética sea efectiva y despliegue su potencial en España tal y como está planteada en la UE.

PALABRAS CLAVE: Eficiencia Energética, Transición Energética, Gobernanza energética, Planificación Energética.

KEY WORDS: Energy Efficiency, Energy Transition, Energy Governance, Energy Planning.

1. INTRODUCCIÓN

En el año siguiente a la celebración de la Cumbre de París son numerosas las cuestiones que han aflorado en el sector energético. Aquí atenderemos a dos de ellas. En primer lugar, a algunas de las resoluciones recaídas en 2016 que ponen fin a los numerosos contenciosos pendientes: por una parte, la STC 32/2016, que enjuicia la constitucionalidad de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico (LSE). Se hace también una referencia al muy esperado primer laudo, de 21 de enero 2016, de la larga lista de procesos arbitrales planteados al amparo del Tratado de la Carta de la Energía, cuyo contenido augura futuras resoluciones del máximo interés en el entendimiento y aplicación de un ordenamiento jurídico sectorial de insólita complejidad.

En segundo lugar, se abordará la transposición en España de la Directiva 2012/27/UE, de Eficiencia Energética, que se ha hecho de forma fragmentaria y reveladora del poco entusiasmo que el proceso de transición energética, tal como fue planteado en 2011 en la Hoja de Ruta de la Energía 2050, despierta en nuestro país. En este caso, se atenderá específicamente a las obligaciones de eficiencia energética que la Directiva impone, separadamente al Sector público (“efecto ejemplarizante del sector público”) y al Sector privado. A continuación se localizarán las normas españolas de transposición de estas obligaciones, algunas de las cuales ha dado lugar a procesos judiciales terminados (STC 171/2016) o en curso en otros casos (Auto TS de 25 de octubre 2016, planteamiento cuestión prejudicial ante el TJUE).

La anterior exposición pondrá de manifiesto la brecha existente entre las orientaciones políticas, españolas y europeas, en materia energética, una circunstancia insistentemente señalada en relación con las Energías Renovables aunque no tanto en el marco de la Eficiencia Energética. De persistir en este rumbo, es fácil predecir la profundización de tal brecha, a la vista de la evolución normativa anunciada en el *Energy Winter Package* –noviembre 2016- que, en materia de eficiencia, da continuidad y refuerza los planteamientos anteriores hasta configurar una nueva Política que se

basa en una realidad muy simple: *la energía más limpia y más barata es aquella que ni se produce ni se demanda.*

2. EL MARCO REGULATORIO DE LA ENERGÍA: CONFLICTOS PENDIENTES

2.1. STC 32/2016 SOBRE LA LEY 24/2013 DEL SECTOR ELÉCTRICO. LA CONSOLIDACIÓN DE UNA VISIÓN ANACRÓNICA DE LA POLÍTICA ENERGÉTICA

La resolución del Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la normad de cabecera del Sector eléctrico por la Generalitat de Cataluña no arroja novedades destacables toda vez que resuelve en base a criterios ya establecidos en Sentencias anteriores sobre los títulos competenciales en presencia (Arzoz Santisteban, 2014) que se aplican aquí con notable automatismo. Los reproches de inconstitucionalidad se basaron exclusivamente en cuestiones de titularidad competencial, manifestándose de nuevo la cuestión de la viabilidad de la competencia básica, en energía y coordinación general de la economía ex artículos 149.1.25 y 149.1.13° respectivamente, para amparar facultades de ejecución –normativas y administrativas-.

De nuevo, se afirmó tal posibilidad en base a una interpretación expansiva, ya muy familiar, de dichos títulos competenciales, a una consideración acentuadamente material del concepto de “bases estatales” y a la aceptación de la técnica de la remisión reglamentaria y las funciones ejecutivas como excepción a las exigencias del principio de ley formal (FJ4°) cuando resulten complemento necesario de aquellas bases. Por otra parte, y para salvar la constitucionalidad de un precepto cuestionado se acude a la resbaladiza técnica de la interpretación conforme (FJ 5°) aplicando una interpretación conforme anterior (STC 18/2011 y 181/2013, ambas en relación con la Ley del Sector Eléctrico de 1997, rechazando el cambio de doctrina que se había planteado).

Ninguna novedad destacable... aparentemente. Sin embargo, la Sentencia deja una sensación de paisaje anacrónico en un doble sentido. Por una parte, resulta forzado que las estrategias europeas relativas a la energía y al cambio climático, que están en constante evolución, tengan reflejo entre nosotros en la norma de cabecera del sector eléctrico, de la que se insiste en ofrecer un entendimiento que viene petrificado por una doctrina constitucional elaborada en un momento muy anterior a aquéllas. Y en el marco general de cuestiones competenciales internas. Por otra parte, y por más que se afirma la unidad del sistema energético, y se estire

la potencialidad de la competencia básica, suena también anacrónica la forma en la que se normalizan las decisiones políticas complejas que han de tomarse en un ámbito que involucra un buen número de títulos competenciales, una forma mucho más próxima a la unilateralidad re-centralizadora que a la conformación de una voluntad plural a través de fórmulas de consenso.

Hay que remontarse a la Ley 54/1997, que supuso la renovación del marco energético español, para explicar el déficit de *ambientalidad* de nuestro marco energético: ya entonces se hizo notar (Razquín Lizarraga, 2012) el escaso impacto del componente ambiental en la modernización del marco energético español, componente que sí estaba ya presente en las Estrategias y normativas energéticas europeas a las que esta norma nos aproximaba.

Unos años después, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, vino a adaptar el marco de la Política Energética española –tradicionalmente enfocada a las energías fósiles y nucleares y a las infraestructuras de transporte de energía- al entendimiento europeo del propio concepto de energía, que integraba ahora nuevas fuentes no fósiles, y nuevas estrategias para su aprovechamiento y gestión. Además de la renovación de su alcance, y de acuerdo con la Hoja Europea de Ruta de la Energía 2050 (establecida en 2011), el sector energético se encuentra en el epicentro de una profunda transformación económica y social.

En consecuencia, la Ley 2/2011 vino a establecer unos Principios de Política Energética (artículo 77, apdo. 1), que enmarcaba los objetivos de seguridad en el suministro, la eficiencia económica y la sostenibilidad ambiental en el objetivo más amplio de lucha contra el cambio climático. En consecuencia, planteaba una planificación integral del modelo energético (artículo 77, apdo. 2), añadiendo a la planificación energética vinculante (de transporte de energía, artículo 80, apdo. 1), los planes nacionales de ahorro y eficiencia y los planes de energías renovables (artículo 78, apdo. 4), documentos que debían aprobarse por el Consejo de Ministros y ser remitidos a las Cortes (artículo 80, apdo. 3). Los instrumentos de planificación, vinculante y no vinculante, debían de ser objeto de informe previo de la Conferencia Sectorial de Energía (artículo 78, apdo. 4 y 80, apdo. 2), creada por la Ley (artículo 81), favoreciéndose los marcos de cooperación de las Administraciones locales con las autonómicas y estatal (artículo 81, apdo. 3).

La aprobación dos años después de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico supuso un paso atrás en este proceso de modernización de la política energética: se obvia el propósito de la planificación energética

integral y el cambio climático, declarándose como objeto de la Ley la tradicional preocupación por el “suministro” (artículo 1), lo que constituye, junto con las necesidades de inversión de nuevas instalaciones de transporte de energía (artículo 4, apdo. 1) el objeto de la Planificación Eléctrica. Los planes de eficiencia energética y de renovables quedan ahora contemplados como una eventual posibilidad dirigida a cumplir con los compromisos derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea (artículo 4, apdo. 5). La Ley de 2013 obvia también la dimensión más plural que de la formulación de las políticas y planes energéticos se recogía en la Ley de 2011: ahora se omite cualquier referencia a un eventual informe de la Conferencia Sectorial de la Energía en la aprobación de los planes, aunque, sin mayor concreción, se declara que la planificación eléctrica será realizada por la Administración General del Estado “con la participación de las Comunidades Autónomas”.

Es éste el contexto subyacente en el conflicto resuelto por la STC 32/2016, en el que, entre otros extremos, se cuestionaron las siguientes regulaciones de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico:

- en primer lugar, se pide un cambio de la anterior doctrina, recaída en los exámenes de constitucionalidad de la Ley 54/1997, que salva la inconstitucionalidad de los criterios de potencia (50 MW, artículo 3.13 LSE) para concretar el carácter supracomunitario del aprovechamiento que determina la competencia estatal para su autorización ex artículo 149.1.22 de la Constitución.

- en segundo lugar, se cuestiona la regulación del autoconsumo (artículo 9 LSE) y en particular la obligación de inscripción en el Registro Administrativo de autoconsumo creado por el Ministerio

- en tercer lugar, se cuestiona la intervención de la CNMC, vía informe vinculante, en la otorgamiento o denegación del permiso de conexión a la red cuya autorización corresponde a la Comunidad Autónoma (artículo 33.5);

- en cuarto lugar, se cuestiona la remisión reglamentaria para la regulación de las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras (artículo 40 LSE) y de la calidad del suministro (artículo 51), al considerar que agotan la regulación sin dejar margen a la competencia normativa autonómica

- en quinto lugar, se cuestiona la regulación y facultades de ejecución estatales del procedimiento de resolución de conflictos entre usuarios finales y suministradores cuando no actúen las autoridades de consumo.

Como se ha adelantado, la constitucionalidad de la LSE queda a salvo en unos casos desestimando las alegaciones, y en otros en virtud de una interpretación concreta (Sentencia interpretativa de rechazo) del precepto impugnado. De esta forma de razonar, se quiere llamar la atención sobre dos aspectos específicos en los que subyace el paso atrás que la LSE 2013 dio en la modernización de nuestro sector energético respecto de la Ley de Economía Sostenible de 2011.

En primer lugar, el Informe Vinculante¹ de la CNMC en la resolución de conflictos relacionados con los permisos de conexión cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma, en la medida en que afecta a las condiciones de ejecución de inversiones en redes de transporte y distribución de energía eléctrica, materia ateniende a la planificación energética de competencia estatal. Como señala el Abogado del Estado, (FJ 8º, párr.5), el carácter vinculante del informe no es sino la consecuencia de ese mismo carácter vinculante atribuido a la planificación eléctrica de la red de transporte.

Es obvio que las competencias autonómicas –de informe previo de las autorizaciones estatales de instalaciones y de participación en la planificación energética que afecte al territorio autonómico ex artículo 133 Estatuto Autonomía- tenían una visibilidad mayor en la Ley de Economía Sostenible 2011, en la medida en que la planificación, vinculante o no, estatal venía previamente informada por la Conferencia Sectorial y que la planificación vinculante venía integrada en la planificación energética integral. Ahora, y salvo declaraciones generales de participación que no se concretan, no se encuentra referencia a las CCAA ni en la planificación ni en la aprobación estatal de los planes de inversiones de las empresas distribuidoras.

En segundo lugar, tampoco parece la mejor solución salvar la constitucionalidad del procedimiento estatal de resolución de conflictos entre usuarios y suministradores creando la posibilidad de procedimientos múltiples –estatal y autonómicos- lo que, como se señala (Vid. Voto Particular Dña. Adela Asua) es contrario a la doctrina que reputa como “indeseada consecuencia” la duplicación de intervenciones administrativas.

A tal fin hay que considerar las previsiones específicas en las Directivas relativas al autoconsumo y en particular el específico

¹ “vinculante en lo relativo a las condiciones económicas y las condiciones temporales relativas a los calendarios de ejecución de las instalaciones de los titulares de redes recogidas en la planificación de la red de transporte y en los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la Administración General del Estado”, artículo 33.5

mecanismo de resolución de conflictos, reforzado y voluntario que se pone a disposición del usuario final que sea persona física para la defensa de los derechos específicos que la regulación sectorial le reconoce. Esta diferenciación en base al sujeto, particular o empresarial, que realiza actividades de autoconsumo explica la diferenciación de régimen jurídico que puede teóricamente establecerse. Sin embargo, nuestro Tribunal no es sensible a esta diferencia y acude a los criterios ya expresados en su doctrina anterior, en particular al principio de red única (STC 102/2013) para considerar que la “excepcional reserva de funciones ejecutivas” resulta precisa para la efectividad de las funciones ejecutivas. Y ello sin perjuicio de que sea *también* “posible que las Comunidades Autónomas, en su propio ámbito de competencias, regulen asimismo dicho procedimiento de resolución de conflictos”.

2.2. EL PRIMER LAUDO DE APLICACIÓN DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

El cambio del régimen español de apoyo a la producción de energía renovable ha provocado también una alta litigiosidad al margen del marco jurisdiccional, poniendo en marcha mecanismos arbitrales de reclamación previstos en el Tratado de la Carta de la Energía, que España ratifica en 1997, precedente de la posterior Carta Internacional de la Energía de 2015 (Del Guayo Castiella, 2016). El Tratado representa una especificidad en el ámbito de la energía de los Tratados Bilaterales de Inversión, (BITs en su acrónimo inglés), tiene por objeto proteger a los inversores *extranjeros* de los riesgos no comerciales como el trato discriminatorio y la expropiación, y establece el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El 21 de enero de 2016, la Cámara de Comercio de Estocolmo adopta el primer Laudo de lo que será una larga serie –a tenor de los numerosos conflictos planteados contra España-, en el marco del Arbitraje 062/2012, *Charanne BV, Construction Investment c. Reino de España*. La reclamación trae causa en las primeras reducciones de primas a las RES establecidas por el Real Decreto Ley 4/2010 y el Real Decreto 15665/2010.

El laudo rechaza la pretendida calificación de las medidas españolas como “expropiación indirecta”, así como la pretendida violación del trato justo y equitativo que garantiza el Tratado. Y se basa, precisamente (apdo 506), en la doctrina jurisprudencial española: STS de 15 de diciembre de 2005 (“ningún obstáculo legal existe ... para que una materia fuertemente regulada como la eléctrica modifique un concreto sistema de retribución...”) y STS de 25 de octubre de 2006 (los titulares de las instalaciones no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen retributivo...), confirmando además que para “poder ampararse en

expectativas legítimas los demandantes deberían haber realizado un análisis diligente del marco jurídico” (apdo. 505).

Quizás lo más interesante del Laudo –que el ministerio correspondiente hizo público inmediatamente en su página web- son algunas de las interesantes cuestiones planteadas por las partes, no son resueltas en la resolución arbitral, y que ponen de manifiesto la enorme complejidad del ordenamiento jurídico aplicable al sector energético. En particular, habrá que atender cómo los futuros arbitrajes que han de producirse –y en los que se considerarán otras normas- resuelven jurídicamente las siguientes cuestiones:

- la cuestión del “inversor protegido” que, de acuerdo con el Tratado, es un inversor extranjero requiriéndose pues “la diversidad de nacionalidades” entre el inversor y el lugar de la inversión: alegaba el Reino de España (apdo. 412) que los demandantes, compañías holandesas y luxemburguesas, son *cascarones vacíos* mediante los cuales dos personas naturales de nacionalidad española, José G., y Luis Antonio D., realizan sus inversiones”, permitiéndoles beneficiarse de una protección que el TCEn garantiza a inversiones extranjeros y no a los domésticos”;

- cláusula de desconexión implícita para las relaciones intra-UE (apdo. 426), en tanto “el Derecho de la UE no permite a los Estados miembros de la UE acordar el sometimiento de la presente disputa a un mecanismo de resolución de controversias distinto del que prevé la UE”, con cita a la STJUE de 30 de mayo de 2006, C-459/03, Comisión c. Irlanda (Sentencia MOX Plant: *ninguna controversia entre Estados miembros puede ser resuelta por un tribunal arbitral ad-hoc*, apdo. 439).

- en contra del principio general, ¿es posible una fiscalización indirecta de una resolución arbitral?; y ello a la vista de la Decisión de la Comisión 2015/1470, Asunto Micula (apdo. 99), que impedía la ejecución de un Laudo Arbitral por suponer una vulneración del Derecho europeo de la Competencia (ayudas estatales).

3. LA DIRECTIVA 2012/27, DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

La actual Directiva 2012/27/UE de Eficiencia Energética, da continuidad a la anterior Directiva (2006/32/CE) que empezó el proceso de emancipación respecto a los edificios (Mellado Ruiz, L., 2013, Galera Rodrigo 2014) al ampliar a otros ámbitos las medidas de ahorro, y se alineaba ya con los compromisos de clima y energía; en particular, asignaba un papel de indiscutido liderazgo en la Eficiencia Energética al

Sector Público –*papel ejemplarizante del Sector Público*-. La revisión de los efectos de la Directiva, cuyos resultados se consideraron insatisfactorios por la Comisión, determinó la aprobación de un nuevo plan de eficiencia energética (2011) y de una nueva Directiva que daba continuidad a la anterior aunque reforzando los objetivos y convirtiendo en obligaciones lo que antes eran meras recomendaciones. La Directiva impone tres tipos de obligaciones: obligaciones generales dirigidas al Estado, al que le resta un margen de aplicación aun importante para su concreción, y obligaciones distintas dirigidas a destinatarios diferenciados –Sector Público y Sector Privado- que se caracterizan por tener un importante grado de concreción. Conviene diferenciarlas con claridad, toda vez que su incorporación en España no facilita distinguir con claridad las distintas medidas de eficiencia que contempla la Directiva.

3.1. LAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LA DIRECTIVA

Se pueden distinguir tres grupos de obligaciones de ahorro energético articuladas por la Directiva.

En primer lugar, impone a los Estados que establezcan un *sistema de obligaciones de eficiencia energética* dirigido a los actores del sistema (artículo 7) con los siguientes perfiles:

- los distribuidores de energía **y/o** las empresas minoristas de venta de energía deben de alcanzar un objetivo de ahorro acumulado a 2020 referenciado a sus niveles de venta anuales a clientes finales (1.5% venta energía, apdo.1);
- la designación de los obligados debe realizarse entre distribuidores y empresa de venta minoristas con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios (apdo. 4)
- no obstante, los Estados podrán optar por otras medidas de actuación alternativas a esos objetivos: tributos, incentivos, estándares y etiquetados no obligatorios... (apdo. 9);

Este sistema debe de apoyarse en mecanismos de financiación, entre ellos la *posible* creación de un Fondo Nacional de Eficiencia energética nutrido por las contribuciones de los obligados por los objetivos de ahorro que se prevén el artículo 7.

En segundo lugar, y en virtud de su función socialmente ejemplarizante, impone un grupo de *Obligaciones específicas del sector público*, y en particular:

i) Renovación de edificios existentes propiedad de los “organismos públicos” (artículo 5): a partir del 1 de enero de 2014, debe renovarse anualmente el 3% de la superficie edificada total propiedad de y ocupado por sus organismos públicos, con calefacción y/o sistema de refrigeración, para acercarse progresivamente a los requisitos de rendimiento energético mínimos que se establecen en la Directiva. Los edificios afectados son aquellos con una superficie edificada de más de 500m². A tal fin, los Estados deben publicar el correspondiente *inventario*.

ii) Compras Públicas Ecológicas (artículo 6 y Anexo III): a la Administración Pública como “consumidora” se le señalan las obligaciones de:

- adquirir o arrendar solamente edificios que cumplan los requisitos mínimos de rendimiento energético, que deberán estar certificados conforme a la Directiva de eficiencia energética de los edificios (2010/31/UE);

- adquirir productos que cumplan los criterios de rendimiento establecidos en las normas comunitarias –cuando tales normas existan–;

- exigir en sus licitaciones para adjudicar contratos de servicios que los suministradores del servicio utilicen sólo productos referidos en el apartado anterior (vid. Anexo III).

iii) Promoción de la eficiencia en la calefacción y la refrigeración (artículo 14), que contempla una serie de obligaciones para identificar, territorialmente y para determinados proyectos, el potencial de ahorro energético y el análisis de coste de beneficio que traería su optimización. Por su importancia, se trata separadamente (vid. infra apdo. d/).

iv) Publicar los regímenes de certificación o de cualificación (artículo 16) equivalentes para los *proveedores de servicios* energéticos, auditorías energéticas y medidas de mejora de la eficiencia energética, incluidos los instaladores de elementos de edificios.

v) fomentar el mercado de servicios energéticos (artículo 18) y facilitar el acceso de las PYMEs a este mercado, para lo que deberá publicarse una lista de actualización regular de proveedores de servicios energéticos, que incluya los servicios que ofrecen (apdo. c/) y proporcionar modelos de contratos de rendimiento energético en el sector público, cuyo contenido mínimo establece en el anexo XIII (apdo. d/);

En tercer lugar, *Obligaciones del sector privado*, imponiendo, desde 31 de diciembre de 2015, la realización de auditorías energéticas (artículo

8) a todas las empresas con excepción de las PYMES. Así mismo prevé la colocación de contadores individuales y los requisitos de facturación (artículos 9 y 10), cuyas informaciones, en ambos casos, establece en los Anexos.

3.2. EN PARTICULAR, LA EVALUACIÓN DEL POTENCIAL DE AHORRO. UN NUEVO INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO DE CARÁCTER TRANSVERSAL

Mención separada merece la obligación establecida en el artículo 14 de la Directiva, que exige a los Estados miembros que determinen el potencial de cogeneración de alta eficiencia y de los sistemas urbanos eficientes de calefacción y refrigeración para analizar los costes y beneficios de las oportunidades que pudieran derivarse de los mismos. Por una parte, se pretende la reutilización del frío y calor residuales que se producen en los procesos industriales y que actualmente se pierden, cubriendo las necesidades de edificios cercanos; por otra parte, se quiere impulsar los distritos urbanos de calefacción que presentan un nivel mucho más reducido de pérdidas.

A estos efectos, el concepto de calefacción y refrigeración eficientes (artículo 2, apdo. 42) abarca principalmente el uso del calor derivado de la cogeneración y de fuentes de energía renovables, la recuperación del calor residual procedente de los procesos industriales para satisfacer la demanda de calefacción y refrigeración y, en general, todas las opciones que posibiliten el ahorro de energía primaria.

El planteamiento de la Directiva para impulsar este doble se conecta con la evaluación del potencial existente, lo que se concreta en dos tipos de obligaciones que se establecen en el artículo 14:

- por una parte, se impone al Estado que, para la totalidad de su territorio, realice una evaluación completa del potencial de uso de la cogeneración y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes, cuyo contenido básico se indica en el Anexo VIII. Esta evaluación debe de incluir un *análisis de costes y beneficios* que considere las condiciones climáticas, la viabilidad económica y la idoneidad técnica (de acuerdo con lo establecido en el Anexo IX).

Del resultado de esta evaluación puede derivar una obligación adicional: si se determina la existencia de potencial, cuyas ventajas sean superiores a su coste, los Estados deben *desarrollar una infraestructura* de calefacción y refrigeración urbana eficiente y/o posibilitar el desarrollo de una cogeneración de alta eficiencia y el uso de la calefacción y la

refrigeración procedentes de calor residual y de fuentes de energía renovables.

Tal evaluación debió notificarse el 31 de diciembre de 2015, y actualizarse cada 5 años.

- por otra parte, se impone, con carácter previo a la *autorización de determinadas actividades industriales*, que se realice un *análisis de costes y beneficios*, de acuerdo con una metodología común. Los obligados, desde 5 junio de 2014, son los titulares de instalaciones térmicas de generación eléctrica (nuevas o de renovación) o instalaciones industriales que, en todo caso, superen los 20 MW de potencia térmica. La obligación se aplica también, con el mismo umbral, a redes urbanas de calefacción.

Este planteamiento se refuerza recientemente con la Estrategia de la UE relativa a la calefacción y a la refrigeración², que insiste en el potencial de contribución de estas acciones a los objetivos prioritarios europeos (“la calefacción y la refrigeración consumen la mitad de la energía de la UE y gran parte de esta se pierde.... el 75 % del combustible que utiliza aún procede de combustibles fósiles”). No es superfluo indicar que esta estrategia requiere importantes inversiones que son entendidas como oportunidad de creación de empleo, y que están ya apoyadas en el actual período de programación de fondos 2014-2020³

A nivel interno, estas acciones adquieren singular importancia al recorrer todo el sistema competencial –lo que se ha planteado como conflicto competencial resuelto por la STC 171/2016-. En la evaluación del territorio nacional que se impone en el artículo 14 deberían, de acuerdo con las informaciones impuestas por la Directiva, tener reflejo las estrategias sectoriales con proyección territorial adoptadas en cada nivel de gobierno; y es que, entre las informaciones a incluir en la evaluación, se encuentran cuestiones tan detalladas como el potencial de microgeneración residencial,

² COM(2016)51

³ Los *Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE)* destinarán en torno a 19 000 millones EUR a la eficiencia energética y 6 000 millones EUR a las energías renovables, en particular a los edificios, calefacción y refrigeración urbanas; alrededor de 1 000 millones EUR a las redes de distribución inteligentes así como financiación para la investigación y la innovación a partir, también, de las prioridades seleccionadas en las estrategias de especialización inteligente nacionales o regionales.

El *programa de investigación e innovación Horizonte 2020* asignará 2 500 millones EUR a la eficiencia energética y 1 850 millones EUR a las energías renovables. Además, se prevé movilizar 315 000 millones EUR de inversión adicional gracias al *Fondo Europeo para las Inversiones Estratégicas* basado en una garantía de la UE.

la ubicación más eficiente de nuevas zonas residenciales e industriales o las propuestas de desarrollo de infraestructuras urbanas.

Por otra parte, la segunda obligación que se impone modifica el procedimiento de autorización de instalaciones energéticas, que en nuestro país acude al umbral de los 50MW (y no de 20 MW como se establece en la Directiva) para identificar a la autoridad competente, lo que, como se verá, ya ha determinado un conflicto competencial. Por lo demás, el análisis de costes y beneficios tiene, a efectos de su tramitación, una consideración similar a las evaluaciones de impacto, al acompañar al proceso de autorización del proyecto principal.

3.3. SU TRASPOSICIÓN EN ESPAÑA: PARCIALIDAD, FRAGMENTACIÓN Y LITIGIOSIDAD

Las obligaciones de eficiencia energética establecidas por las anteriores Directivas, mucho más limitadas, se incorporaron en España básicamente en la legislación relativa a la construcción. La Directiva 2012/27/UE, establece obligaciones más amplias que trascienden ampliamente ese sector, y ha empezado a trasponerse en nuestro país de una forma ciertamente accidentada y en textos, normativos o no, de muy distinta tipología. En consecuencia, parece oportuno exponer la trasposición identificando primero las obligaciones más importantes de la Directiva y después el texto interno que las incorpora.

3.3.1. Las obligaciones de ahorro de los actores del sistema. La Ley 18/2014 y la cuestión prejudicial. Auto 25.10.2016

Recordemos que el artículo 7 de la Directiva imponía a los Estados que establecieran mecanismos para que los distribuidores y/o empresas minoristas de energía incrementen su ahorro de energía en un 1,5 % anual respecto de su volumen de ventas. A estos efectos debían designar “con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios, a la partes obligadas entre los distribuidores de energía y las empresas minoristas” (apdo. 4). Adicionalmente, se establecía la obligación de establecer mecanismos de apoyo, entre los que podría estar un Fondo Nacional de Eficiencia energética nutrido por las contribuciones de las partes obligadas (artículo 20)

Ley 18/2014 de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia da en principio cumplimiento a esta obligación, al establecer:

1) La creación de un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética por el que se asigna a los sujetos obligados del sistema de obligaciones una cuota nacional de ahorro (artículo 69);

2) Esta obligación de ahorro debe cumplirse mediante la contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética (artículo 71) cuya cuantía quedará concretada por Orden del Ministerio.

A los efectos de esta obligación, los sujetos obligados del sistema de obligaciones son las “empresas comercializadoras de gas y electricidad, los operadores de productos petrolíferos al por mayor, y los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor”, quedando pues excluidas las empresas de distribución.

La primera Orden por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo (Orden IET/289/2015) fue objeto de recurso, que se basa en la eventual contradicción con la Directiva por un doble motivo: en primer lugar, porque la obligación de ahorro quede reconducida a la obligación de aportación al Fondo, sin medidas alternativas, y en segundo lugar por el carácter discriminatorio en la designación de los sujetos obligados, particularmente por la exclusión de las empresas de distribución.

La interpretación del literal de la Directiva (que utiliza las conjunciones “y/o” en un caso, y en otro “y” para la designación de sujetos obligados entre distribuidores y comercializadores) ha dado lugar al planteamiento por el Tribunal Supremo de una cuestión prejudicial ante el TJUE, formalizada por *Auto de 25 de octubre de 2016*. Las cuestiones que suscitan las mayores dudas de inadecuada trasposición al TS son las siguientes:

- la obligación de contribución financiera al Fondo como mecanismo primario y único de cumplimiento de las obligaciones de ahorro, sin que se haya establecido la posibilidad alternativa de cumplimiento a través de medidas de acreditación del ahorro;

- los sujetos obligados, en particular por la exclusión de las empresas distribuidoras, toda vez que, acudiendo a la exposición de motivos de la Directiva, el TS apunta a que la posibilidad que se deriva de la dicción “distribuidores y/o comercializadores” tiene la finalidad de posibilitar a los Estados miembros no imponer estas obligaciones de ahorro a los “pequeños distribuidores de energía y a las pequeñas empresas minorista de venta de energía con el fin de evitarles una carga administrativa desproporcionada” (FJ 5º).

3.2.2 La evaluación del potencial de cogeneración y distritos urbanos de calor y frío. El Real Decreto 56/2016 y la SCT 171/2016

El mencionado Real Decreto tiene como objeto específico asegurar la aplicación efectiva de la Directiva 2012/27/UE así como profundizar en el desarrollo del mercado de servicios energéticos –aunque, como se ha visto, uno de los contenidos más importantes de la Directiva, como es la obligación de eficiencia de los actores del sistema, se ha desarrollado en la mencionada Ley 18/2014.

El Real Decreto regula, con carácter básico, el sistema de Auditorías Energéticas (artículos 2 a 6), el sistema de acreditación de proveedores de servicios energéticos y auditores energéticos (artículos 7 a 12) y la Promoción de la eficiencia energética en la producción y uso del calor y del frío (artículo 13). También modifica (DF 1ª) el Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para dar entrada en los procedimientos de autorización al nuevo trámite de análisis coste/beneficio que afecta a determinados proyectos industriales.

El Real Decreto fue objeto de un conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña resuelto por la STC 171/2016. Resultan particularmente interesantes las cuestiones que allí se plantean en relación a dos cuestiones que, ya lo adelantamos, cruzan el sistema de competencias.

En primer lugar aflora la competencia atribuida al Ministerio de Industria para realizar la evaluación completa del potencial de cogeneración y sistemas urbanos de calefacción (artículo 13 RD 56/2016).

La Directiva pretende que determinadas instalaciones de generación de electricidad e industriales vayan progresivamente equipadas con unidades de cogeneración, para recuperar este calor residual y luego transportarlo allá donde se necesite mediante redes de calefacción urbana. A este objetivo se dirige la Evaluación completa que para todo el territorio y con las informaciones detalladas que se establecen en la Directiva –y que incluyen, entre otras, la evolución de demanda de edificios y diferentes sectores de la industria-. De acuerdo con la Directiva, el análisis global del potencial nacional puede estar compuesto por un conjunto de planes y estrategias regionales o locales; sin embargo, el Real Decreto atribuye la competencia para su realización al Ministerio (artículo 13, apdo. 1). No obstante, (artículo 13, apdo. 2), se reconoce la posibilidad de políticas

autonómicas y locales en la materia, sin que se señale la eventual conexión o imbricación de estas políticas con la estrategia nacional.

A mi entender, la Directiva en este punto es objeto de interpretaciones extremas que ponen de manifiesto el intenso grado de desencuentro y unilateralidad que se ha instalado en nuestros procesos decisorios:

- la Generalitat de Cataluña, que no niega la competencia estatal para realizar la evaluación nacional, defiende sin embargo que este análisis se realice por agregación de las evaluaciones que a nivel autonómico proporcionen las Comunidades Autónomas;

- el TC, en interpretación conforme (FJ6º) que lleva al fallo, considera que se trata de una medida ejecutiva de carácter básico, que satisface las necesidades de coordinación de datos que superan la perspectiva autonómica y la coherencia y homogeneidad técnica de la actuación, lo que justifica que en estos supuestos el Estado ejerza facultades de coordinación (reiterando lo razonado unos meses antes en su STC 53/2016).

Atendiendo a los razonamientos del Tribunal, resulta llamativa, y quizás anacrónica, la rotundidad con la que se afirma la competencia estatal: estas exigencias de coordinación, dice el FJ6º, “hacen inviable la descentralización de dicha actividad y exigen la coordinación por un único sujeto”. Y es que una cosa es la decisión unilateral de un único sujeto, y otra cosa la coordinación de una competencia descentralizada (puesto que, en ausencia de descentralización, nada hay que coordinar). Es también cuestionable que tal función de coordinación se atribuya a un órgano unipersonal, estatal, al que no se le señala obligación alguna de considerar las planificaciones y estrategias de otras entidades, por lo que nada hay que coordinar. Otra cosa es decidir –al hacer la evaluación- unilateralmente.

A tal fin no parece suficiente la displicente previsión (artículo 13, apdo. 2) que expresamente *posibilita* a Comunidades Autónomas y Entes locales la adopción de políticas en esta materia, mucho menos teniendo en cuenta los contenidos que la Directiva impone como parte de la evaluación nacional y que, entre nosotros, involucran incluso instrumentos de ejecución del planeamiento urbanístico.

El Real Decreto tiene fecha de 12 de febrero; la evaluación nacional que regula se presentó con fecha “Abril 2016” a la Comisión Europea en un documento de casi 200 páginas dando cumplimiento a esas obligaciones de

evaluación⁴, en el que se indica que se han utilizado las siguientes fuentes (pág. 156, Anexo I): el Registro de la Propiedad, el INE, el IDEA, los Registros gestionados por el propio Ministerio (de Emisiones y Fuentes Contaminantes, de derechos de emisión), el Catálogo Nacional de Hospitales, el Inventario de Edificios de la AGE, y algún otro.

Parece que ni el Gobierno al aprobar el Real Decreto, ni el Tribunal Constitucional al examinar su constitucionalidad, han visualizado correctamente la transversalidad de las políticas de clima, en general, de las que la evaluación que referimos es pieza esencial. Otra ocasión perdida para activar y articular la estructura institucional y organizativa ya existente –por ej., y entre otras, las Conferencias Sectoriales de Energía y de Medio Ambiente, la Oficina del Cambio climático, el Pacto de los Alcaldes por la Energía y el Clima⁵ articulado a través de la FEMP...- e intentar concretar un pacto nacional que resulte coherente con, y eficaz desde, las distintas estrategias territoriales en la materia cuya eficacia depende de planteamientos complementarios y coordinados con la participación, claro está, de las autoridades competentes.

La segunda cuestión controvertida del Real Decreto 56/2016 se refiere a la modificación del régimen de autorización de instalaciones energéticas que deriva del nuevo trámite (análisis coste-beneficio) que debe de incorporarse al proceso de autorización de determinados proyectos industriales en virtud de la Directiva.

Procede recordar que la LSE, y el Real Decreto 1955/2000 sobre autorización de instalaciones de energía eléctrica, establece el umbral de 50 MW para determinar la competencia estatal de otorgar autorizaciones sobre instalaciones de energía eléctrica. La Directiva impone un trámite adicional a determinadas industrias, el análisis coste-beneficio, a partir del umbral de 20 MW, que se inserta en el procedimiento de autorización.

El Real Decreto 56/2016 encaja este trámite en su artículo 13, apartado 5, y en su Disposición Final primera modifica el Real Decreto 1955/2000, precisando cómo se inserta el nuevo trámite en el proceso de autorización. De acuerdo con esta regulación, para instalaciones de potencia térmica total o superior a 20 MW,

⁴ Está disponible, en inglés, en la web de la Comisión Europea https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/ESArt14_1EN.pdf No he podido encontrar la versión española, ni inglesa, en la página del Ministerio.

⁵ Y que impone a los signatarios la elaboración de planes de energía y clima a nivel local con contenido muy detallado y metodología común.

- el peticionario debe presentar ante el órgano estatal el análisis de costes u beneficios para adaptar el funcionamiento de la instalación proyectada a la cogeneración de alta eficacia,

- se atribuye al órgano estatal – Dirección General de Política Energética y Minas- la potestad de denegar la autorización si no contempla la cogeneración si el análisis es favorable a su incorporación, así como la posibilidad de eximir a determinadas instalaciones concretas aun cuando los beneficios superen a los costes.

Para la demandante, este régimen tiene el efecto de sustraer de la competencia autonómica que tiene reflejo en la LSE la autorización de las instalaciones térmicas entre 20 y 50 MW de potencia. Indica que la cogeneración tiene una importante implantación en Cataluña y aunque ninguna de las instalaciones superan los 50MW, muchas superan los 20 MW, por lo que, habiendo sido autorizadas por la Generalitat, su renovación, y la implantación de nuevas instalaciones equiparables, deberá ser ahora autorizada por el Estado.

El TC afirma la constitucionalidad del precepto, en base a un criterio interpretativo basado, a su vez en Sentencias interpretativas de rechazo anteriores –que se pronunciaban sobre los criterios de potencia térmica indicativos de “extraterritorialidad” que determina la competencia estatal-: en su fundamento jurídico 6º concluye que:

- el Real Decreto no vulnera la distribución competencial *en la medida* en que la aplicación de los criterios técnicos de potencia térmica... coincidan materialmente con los criterios constitucionales del aprovechamiento y del transporte intra-extra comunitarios, y

- respecto de la competencia para eximir o no de análisis individualizado de costes y beneficios en el procedimiento de autorización, corresponde al titular de la competencia para el otorgamiento de la autorización, por lo que... “la referencia que se efectúa a la Dirección general de política energética y minas” *ha de ser entendida* en relación con las instalaciones cuya autorización corresponde al Estado.

3.3.3 Sobre inventario de edificios a renovar

Tanto la anterior Directiva de 2006 como la actual de Eficiencia Energética obligan a comunicar a la Comisión Planes nacionales de eficiencia energética, que deben de revisarse periódicamente según el cronograma establecido. En España, está en vigor el *Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011. Con posterioridad (2014) se

publica una versión actualizada que cubre ahora el período 2014-2020⁶. El plan dedica un capítulo específico a la rehabilitación energética de los edificios públicos, remitiendo a un sitio web del Ministerio donde se ubica el inventario de edificios de la Administración General del Estado que constituye la base del cumplimiento de la obligación de renovar un 3% anual de la superficie inventariada a partir del 1 de enero de 2014 (artículo 4 Directiva 2012/27/UE).

3.3.4. Compras públicas verdes en el sector de la energía

El artículo 6 de la Directiva (“Adquisiciones de los organismos públicos”) obliga a que las Administraciones centrales adquieran solamente productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético: así, construir o arrendar edificios que cumplan los umbrales de eficiencia energética, o adquirir directa o indirectamente –a través de un contrato de servicios- productos con un rendimiento energético específico cuando esté regulado. La regulación se completa en el Anexo III de la Directiva.

A esta obligación quiere dar cumplimiento la Ley 15/2014, cuya Disposición Adicional 13^a reproduce y desarrolla el artículo 3, regulación que se completa en el Anexo de la Ley.

Es de lamentar que la ley mantenga la limitación establecida en la Directiva de que los contratos a los que se aplica son aquellos que superan el “umbral comunitario” que determina su sujeción al régimen específico de regulación armonizada del LCSP.

3.4 ENERGY WINTER PACKAGE 2016: INSISTIENDO Y REFORZANDO LAS OBLIGACIONES DE EFICIENCIA

Una breve referencia a la planificación normativa del sector energético presentada en el 2016: el 30 de Noviembre la Comisión publica y presenta el llamado Paquete de Invierno [*Energía limpia para los europeos*, COM(2016) 860 final], que refuerza las estrategias energéticas anteriores y contienen una serie de medidas que “pretenden acelerar, transformar y consolidar la transición de la economía de la UE hacia una energía limpia, lo que permitirá generar empleo y crecimiento en nuevos sectores económicos y nuevos modelos empresariales”.

El paquete presentado persigue tres objetivos principales:

- Anteponer la eficiencia energética

6

Accesible en https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/NEEAP_2014_ES-es.pdf

- Lograr el liderazgo mundial en materia de energías renovables
- Ofrecer un trato justo a los consumidores

Estas medidas comprenden propuestas legislativas de modificación de la normativa ya existentes en los siguientes ámbitos: eficiencia energética, energías renovables, mercado de la electricidad, la seguridad del suministro y las normas de gobernanza de la Unión de la Energía.

En su apartado II (pag. 4) el documento explica de forma muy simple su prioridad por el ahorro energético (*Anteponer la eficiencia energética es admitir que la fuente de energía más barata y más limpia es la energía que no necesita ser producida o utilizada*) y detalla las medidas normativas que modificarán el ordenamiento existente, en el sentido de reforzar y extender las obligaciones de ahorro ya previstas.

La propuesta de modificación de la Directiva 2012/27/UE de Eficiencia Energética está contenida en el COM (2016)761. Con entidad propia y separada se desarrolla ahora la *Estrategia de la UE relativa a la calefacción y la refrigeración*, que afina en la integración de la calefacción y la refrigeración en las políticas energéticas [COM (2016)51]

En definitiva, las tendencias recién anunciadas no hacen sino dar continuidad al ambicioso planteamiento de Transición Energética concretado en 2011 con el Horizonte 2050 (Galera Rodrigo 2014), que hace converger las políticas energéticas, ambientales y de cambio climático, y tecnológicas como instrumentos de cambio social y económico. La estrategia aprovecha la ineludible renovación de las infraestructuras energéticas que ya se venía anunciando para la década de los años '20 del presente siglo: haciendo de la necesidad virtud, los poderes públicos europeos se suman a esa ingente inversión, que ya no es sólo una acción keynesiana de gasto público (Heffron, 2015) sino una oportunidad de creación de nuevos sectores económicos, profesionales y laborales de calidad, y el cambio a un modelo de generación energética mucho más limpia, eficiente y de proximidad.

La coherencia en la estrategia europea se mantiene en las revisiones intermedias que comprende, que sucesivamente dan un paso más en objetivos y en acciones, y ello al margen de eventuales cambios políticos en las instituciones –Comisión Barroso, Comisión Juncker-. Donde no resulta apreciable es, en términos generales, en el marco regulatorio y de gobierno español, mucho más dirigido a afirmar un sistema competencial que, con escasas variantes en este ámbito y no obstante el aluvión de novedades que nos llega de la UE, se viene interpretando de la misma manera desde 1978. Este anacrónico proceder puede frustrar que en España

tenga lugar una auténtica transición energética tal y como está diseñada para los países de nuestro entorno, particularmente si no se da un paso adelante para instaurar una forma de gobierno energético mucho más participativo. No parece compatible el actual sistema unilateral de planificación energética en España –que sigue teniendo como eje el transporte de energía y la aprobación estatal de inversiones de empresas suministradoras- con el complejo engranaje de planificación que nos sugieren las estrategias de la UE y que, en clave interna, cruza el sistema competencial, condicionando no sólo las competencias ejecutivas autonómicas, sino las competencias locales urbanísticas y de medio ambiente urbano (González Ríos, 2014). Una unilateralidad, estatal, que resulta también difícilmente encajable en otra dimensión de la participación recién conquistada, la que garantiza el Convenio de Aarhus, y cuya aplicación al ámbito energético ya ha tenido reflejo normativo en los países de nuestro entorno (Heffron y Haynes 2014).

4. REFERENCIAS

- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca Administración Pública*, núm especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014.
- GALERA RODRIGO, S., “Del Ahorro de Energía a la Eficiencia Energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas”, *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, nº 289, 2014.
- GALERA RODRIGO, S., “Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España”, *Revista Vasca Administración Pública*, núm especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica; implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas”, *Revista Vasca Administración Pública*, núm especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014.
- GUAYO CASTIELLA, I. del, “La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables. A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016”, *Cuadernos de Energía*, nº 47, 2016.
- HEFFRON, R.J., *Energy Law: An Introduction*, Springer 2015.

HEFFRON R.J., HAYNES, P., “Challenges to the Aarhus Convention: Public Participation in the Energy Planning Process in the United Kingdom”, *Journal of Contemporary European Research*, 10(2), 2014.

MELLADO RUIZ, L., “Estudio Preliminar. La nueva Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética (entre el equilibrio funcional y la regulación inteligente) y el renovado enfoque de sostenibilidad urbana de la Ley 8/2013 de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, en *Eficiencia Energética y Derecho*, F. García Rubio y L. Mellado (coords.), Dyckinson Madrid 2013.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., “Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 21, 2012.