

LA INTEGRACIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL MERCADO ENERGÉTICO¹

Roberto Galán Vioque

Profesor Titular de Derecho administrativo

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA POLÍTICA EUROPEA DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA APUESTA POR UN MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA.- III. EL PAPEL DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO.- IV. EL ENCAJE DE LOS MECANISMOS DE APOYO A LA PRODUCCIÓN DE ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- V. LA CONSIDERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES COMO AYUDAS DE ESTADO Y COMO RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE MERCANCIAS.- VI. LA INCLUSIÓN DE LA ENERGÍA PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES DENTRO DE LAS OBLIGACIONES SERVICIO PÚBLICO.- VII. EL ACCESO A LA RED DE LAS INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES RENOVABLES.- VIII. UN CAMINO INEXPLORADO POR RECORRER: LA FISCALIDAD AMBIENTAL EN LA PRODUCCIÓN DE ELÉCTRICIDAD.- VIII. CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN.-

La apuesta que ha hecho la Unión Europea en las últimas décadas por las energías renovables la ha situado a la vanguardia de las energías. Cuando esta próximo el umbral del año 2020 parece factible que se logren los porcentajes obligatorios marcados. Lo que ha sido posible por una normativa que progresivamente ha ido afianzando la posición de las energías dentro del mercado de la energía, incluso en tiempos de crisis.

Ante la necesidad de que se aprueba una nueva regulación en materia de energías renovables son muchas las incertidumbres que se abren ante una progresiva integración de las energías renovables en el mercado de la electricidad.

II. LA POLÍTICA EUROPEA DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA APUESTA POR UN MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA.-

Se puede decir que la preocupación por la energía se encuentra dentro de las raíces de lo que hoy se conoce como la Unión Europea (UE) –antigua Comunidad Económica Europea(CEE)- como lo demuestra el hecho de que la primera Comunidad Europea que se creó fue la del Carbón y del Acero (CECA), cuyo Tratado constitutivo se aprobó en 1951, que atendía a unas de las principales fuentes de energía de aquella época y de que

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013-48329-C2-1-P1 “*Recursos naturales y Energía*” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

la tercera Comunidad Económica Europea fuera la de la energía atómica, conocida como EURATOM, que se creó en 1957 simultáneamente con la CEE².

Décadas después las instituciones europeas pondrían en marcha una intensa política de liberalización económica de los principales sectores de la economía que hasta entonces se habían comportado como auténticos monopolios naturales, bajo la órbita de la protección de la noción de servicio público, que afectaría también a la energía. El instrumento normativo utilizado fueron las Directivas que en el caso del sector energético tuvo lugar en tres impulsos conocidos como los “paquetes eléctricos” concretados, respectivamente, en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 96/92/CE, de 19 de diciembre; 2003/54/CE, de 26 de junio y 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad³.

III. EL PAPEL DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO.-

Dentro de la política energética de la UE cobran una especial importancia las energías renovables, como alternativa a las fuentes convencionales basadas en combustibles fósiles o en la energía nuclear. De este modo se ha acabado positivando al máximo nivel normativo en el artículo 194. 1 c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que establece, entre sus objetivos, en <<el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente>> el de <<fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables>>. Aunque la UE no puede condicionar a los Estados miembros a la hora de determinar <<las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético>>⁴, salvo que se opte por el procedimiento especial previsto en el artículo 192.2 del TFUE que exige unanimidad de los Estados miembros cuando se trate de <<medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético>>.

El marco jurídico de la UE del apoyo a las energías renovables se encuentra en la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, del Parlamento y del Consejo europeos de Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables⁵ que establece la obligación de que

² Véase *in totum* a PARENTE, Alessio: *Principios de derecho europeo de la energía*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

³ En la doctrina española véase a MUÑOZ MACHADO, *Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia* en la obra que dirige *Derecho de la regulación económica III, tomo I*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 17 y ss. .

⁴ Párrafo segundo del apartado 2 del artículo 194 TFUE.

⁵ Sobre el alcance de esta Directiva véanse, en la doctrina española, a GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 98 y ss.; MORA RUIZ, *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables*, Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, nº 257, 167 y ss.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2012, 200 págs. 83 y ss. .

en la UE en el próximo año 2020 la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía como mínimo sea del 20% y marca un objetivo obligatorio para cada país⁶, que en el caso de España coincide con esta cuota mínima del 20%⁷. Para asegurarse de que se cumple este mandato la Directiva obliga a los Estados miembros a aprobar un Plan de acción nacional en materia de energías renovables que será evaluado por la Comisión europea, que se ocupará de velar por su cumplimiento y que tiene que remitir al Parlamento europeo⁸. Como ha señalado MORA RUIZ la Directiva 2009/28/CE ha atribuido a las Instituciones comunitarias un ámbito de control en relación con las actuaciones de los Estados miembros en materia de energías renovables⁹. Hay que destacar que esta Directiva fue aprobada en abril de 2009, es decir en plena crisis económica y financiera mundial, por lo que se trataba de una clara apuesta por el fomento de las energías renovables que requiere una fuerte inversión financiera, como uno de los pilares en los que basar la recuperación económica¹⁰. Ya se está elaborando la modificación de esta Directiva que tendrá que establecer un nuevo marco normativo para el periodo 2020-2030¹¹

Pero la atención de la UE por las energías renovables arranca de mucho antes, prácticamente desde la mitad de la década de los años 70 ya del siglo pasado¹². Habría que hacer mención a la Recomendación del Consejo, de 16 de septiembre de 1988, 88/349/CEE sobre el desarrollo de la explotación de las energías renovables en la

⁶ En su anexo I. SANZ RUBIALES, Iñigo en *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, Revista General de Derecho Administrativo, nº 25, 2010, pág. 6 de la edición digital, analiza este reparto de cuotas que se realiza en función del PIB y del punto de partida de cada Estado miembro. Por medio de la Directiva 2013/18/UE, de 13 de mayo, se adapta la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, con motivo de la adhesión de la República de Croacia.

⁷ Como ha recogido el art. 78.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible.

⁸ Apartados 4 a 6 de la Directiva 2009/28/CE.

⁹ Cfr. su *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014, pág. 6 de la edición digital.

¹⁰ Como recoge PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit., pág. 107, nota 183, señalando que en <<el marco de la crisis económica global, la Comisión estimó que el desarrollo de recursos energéticos renovables es un factor fundamental en la lucha contra el cambio climático, parte de la solución en las mejoras de la seguridad y fiabilidad del abastecimiento energético y además una valiosa contribución al crecimiento y al empleo>>.

¹¹ En la Comunicación de la Comisión europea, de 30 de noviembre de 2016, COM (2016) 767 final se acaba de publicar la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre promoción del uso de la energía procedente de fuentes renovables. Se puede consultar en http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3eb9ae57-faa6-11e6-8a35-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF

¹² La evolución de las políticas de la UE en materia de energías renovables se puede ver en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables...*, op. cit., págs. 28 y ss. y 98 y ss, quien califica la posición de la UE como una <<postura <<proenergías renovables y eficiencia energética>>>> (pág. 31); MARTÍNEZ DE ALEGRÍA MANCISIDORA, DÍAZ DE BASURTO URAGA, MARTÍNEZ DE ALEGRÍA MANCISIDORA y RUIZ DE ARBULO LÓPEZ, *European Union's renewable energy sources and energy efficiency policy review: The Spanish perspective*, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 2009, 13, págs. 100 y ss.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit., págs. 22 y ss. RUIZ OLMO, *Electricidad verde en Europa. Especial referencia al marco normativo de la energía fotovoltaica*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2013, págs. 13 y ss. y SÁNCHEZ SÁEZ, Voz "Energías renovables" en ALONSO GARCÍA y LOZANO CUTANDA, *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 568 y ss. .

Comunidad¹³, que dio pie a la elaboración de sendos Libros verde (1996)¹⁴ y blanco (1997)¹⁵ sobre energías renovables que culminarían con la aprobación de la primera norma comunitaria sobre fomento de las energías renovables, la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, de Promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad que, a diferencia de la Directiva 2009/28/CE, no fijó ninguna cuota obligatoria, limitándose a establecer unos objetivos indicativos hasta el año 2010 respecto a la parte de electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables en el consumo bruto de electricidad, que con carácter global para toda la UE el citado Libro blanco había situado en el 12%¹⁶.

Esta Directiva, como después la 2009/28/CE, obligaba a los Estados a establecer un sistema de acreditación de la garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes renovables que obedeciera a criterios transparentes y no discriminatorios que sirviera para que sus productores puedan demostrar la procedencia de su electricidad¹⁷. Pero como ha apuntado SANZ RUBIALES¹⁸ en la Directiva 2009/28/CE se fue más allá, dándole “otra vuelta de tuerca” al mecanismo de las garantías de origen configurándola como lo que podría considerarse como un embrión de un mercado europeo de certificados verdes, aunque con carácter voluntario.

En todo caso no se puede desligar la política de la UE de apoyo a las energías renovable con su política ambiental comprometida con la lucha contra el cambio climático. Además, de que sirva como vía para conseguir una mayor diversificación energética en Europa, que tiene una enorme dependencia de la importación de productos derivados del petróleo o del gas. Porque las energías renovables son energías limpias que no producen gases de efecto invernadero. Incluso la biomasa, quizás las más contestada, presenta un balance cero si se tiene en cuenta todo su ciclo de producción.

Por esta razón la Unión Europea ha incluido a las energías renovables dentro de los instrumentos con lo que cuenta para cumplir con sus compromisos internacionales en la

¹³ Publicada en el Diario oficial de las Comunidades Europeas, nº L 160/46, de 28 de junio de 1988.

¹⁴ COM (96) 576 *ENERGÍA PARA EL FUTURO: FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES. Libro Verde para una estrategia comunitaria* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0576:FIN:ES:PDF>).

¹⁵ COM (97) 599 *ENERGÍA PARA EL FUTURO: FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES. Libro Blanco para una Estrategia y un Plan de Acción Comunitarios* (http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_es.pdf)

¹⁶ A pesar de este carácter orientativo la Disposición transitoria 16ª de la Ley 57/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico previó que a finales del <<año 2010 las fuentes de energía renovable cubran como mínimo el 12 por 100 del total de la demanda energética de España>>.

¹⁷ La transposición a nuestro ordenamiento de las garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes renovables la hizo España extemporáneamente mediante la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia ya que el plazo que establecía la Directiva 2001/77/CE era hasta el 27 de octubre de 2003 (Art. 8.1). También tardía ha sido la adaptación de esta Orden por los cambios introducidos por la Directiva 2009/28/CE por medio de la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre (Art. 27.1).

¹⁸ En su *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, Revista General de Derecho Administrativo, nº 25, 2010, pág. 5 de su edición digital, donde sostiene que <<la nueva Directiva “renovables” intenta ir más lejos, porque “normaliza” en bastante medida las garantías de origen e intenta configurarlas como un instrumento polivalente, que pueda ser útil, no sólo como etiqueta, sino como objeto de comercio para estimular la construcción de nuevas instalaciones de generación de renovables>> (Pág. 15).

lucha contra una de las mayores amenazas ambientales a las que se enfrenta la humanidad¹⁹. No obstante, parece claro que es necesario ahondar en la interrelación entre los sistemas de apoyo a las energías renovables y los mecanismos de control de las emisiones²⁰.

IV. EL ENCAJE DE LOS MECANISMOS DE APOYO A LA PRODUCCIÓN DE ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.-

Cuando se aprobó el primer paquete legislativo de la hoy Unión Europea para liberalizar el sector eléctrico la mayoría de los países miembros contaban con diferentes sistemas de fomento para la producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables sobre los que la Directiva 1996/92/CE, de 19 diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad no mostró ninguna atención. De esta forma se producía la paradoja de que en un sector que se pretendía liberalizar se mantenía todo un régimen de ayudas nacionales a la generación de electricidad a través de este tipo de instalaciones de generación limpias. Esta Directiva, como después haría su sucesora la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio²¹, se limitaría a permitir a los Estados miembros imponer a los gestores de las redes de transmisión y distribución la obligación de darles preferencia en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones de generación²².

Habría que esperar hasta la aprobación de la todavía vigente Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, que establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y

¹⁹ Cfr. ALENZA GARCÍA, *El cambio climático y las energías renovables. La nueva Directiva Europea de energías renovables*, TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Directores), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor, 2010, págs.. 55 y ss.; CÍSCAR e HIDALGO, *Energía y medio ambiente, una relación de futuro: los desafíos del Protocolo de Kioto en GARCÍA DELGADO y JIMÉNEZ* (Directores), *Energía: del monopolio al mercado. CNE diez años en perspectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 121 y ss.; DEL GUAYO, CASTIELLA y DOMINGO LÓPEZ, *EL protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero*, Revista de Estudios Locales, nº extraordinario sobre medio ambiente, 2001, págs. 71 y ss.; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *El protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero*, Documentación administrativa, nº 256, 2000, págs. 176; FERNÁNDEZ GÓMEZ, *La recuperación de costes en los mercados de generación en BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS y SALA* (Directores), *Tratado de Regulación del sector eléctrico, Tomo II, Aspectos económicos*, Aranzadi THOMSON-REUTERS, Cizur Menor 2009, págs. 401 y ss.; GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., págs. 28 y ss.; LÓPEZ SAKO, *Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 16, 2009, págs. 239 y ss.; MOLINA DEL POZO, *Energías renovables y cambio climático como políticas públicas de desarrollo en la Unión Europea en ARENILLA SÁEZ* (Coordinador), *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcazar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010. op. cit., págs. 1399 y ss.; MORA RUIZ, *la ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit, pág. 65 y RIBERA RODRÍGUEZ, *Cambio climático y energías renovables en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS* (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen I. Aspectos socioeconómicos y tecnológicos*, op. cit., págs. 83 y ss. .

²⁰ Vid. PÉREZ ARRIAGA (Director), *Influencia de las políticas medioambientales en los mercados eléctricos europeos*, op. cit., pág. 41 y SANZ RUBIALES, *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, op. cit., in totum.

²¹ Arts. 11.3 y 13.4.

²² Arts. 8.3 y 11.3 Directiva 1996/92/CE.

deroga la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio para que se incluyera en el Derecho de la Unión Europea una previsión expresa sobre el encaje de las energías renovables dentro de la estructura de un sector eléctrico liberalizado. Esta norma incluyó una referencia expresa a las energías renovables en su artículo 3.2 en el que habilita a los Estados miembros para que puedan imponer a las empresas eléctricas *<<en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima>>*. Previsión, que en relación con las energías renovables, ha tenido una escasa aplicación. Y añade a continuación que en *<<relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red>>*.

Antes, en la primera normativa comunitaria sobre fomento de las energías renovables, la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, se había constatado la existencia de distintos sistemas nacionales de apoyo en los países miembros ²³ y de su necesidad para compensar el mayor coste económico que supone la producción de electricidad por estas vías frente al uso de combustibles fósiles o mediante fusión nuclear que aún no han internalizado los costes ambientales, entre otros, que generan por la producción de gases de efecto invernadero responsables del cambio del clima en nuestro planeta o por la generación de residuos radiactivos.

Pero como no todas las tecnologías para la producción de E-FER tienen el mismo grado de madurez las medidas de fomento habrán de tener en cuenta la situación en que se encuentra la “curva de aprendizaje” de cada una de ellas. Estos sistemas de apoyo nacionales pueden ser muy variados. Siguiendo la sistematización que hizo la propia Comisión europea en su Comunicación de 7 de diciembre de 2005, COM(2005) 627, El apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables los distintos modelos de fomento de las energías renovables se pueden clasificar en: a) sistemas de primas en las tarifas (Feed-in) que consiste en garantizar un precio específico por un periodo de varios años que suelen asumir los suministradores de electricidad en función de su volumen de ventas. El coste adicional se acaba repercutiendo en el consumidor final de la electricidad. Este es el modelo que eligió España aunque para algunas tecnologías lo combina, o mejor dicho lo combinaba, con la posibilidad de que el productor de energías con fuentes renovables optara por vender su electricidad en el mercado libre con el derecho a recibir una prima extra (este es el sistema que se aplicaba también Alemania y Dinamarca); b) sistema de certificados verdes en el que los productores de electricidad a partir de renovables venden su electricidad en el mercado libre pero se obliga al conjunto de los consumidores o de los productores a adquirir a los productores de electricidad procedente de fuentes renovables un determinado número de certificados verdes -que es distinto a la garantía de origen- que corresponda a un porcentaje del consumo o de la

²³ Considerando 14º de la Directiva 2001/77/CE.

producción total de energía eléctrica. Lo que reciben por estos certificados verdes, para cuya contratación existe un mercado secundario, sirve para compensarles por el sobre coste en que incurren en la producción de la electricidad. Este sistema viene acompañado por un régimen de sanciones económicas para los consumidores o productores que no cumplan con su cuota (lo utilizan Bélgica, Italia, Polonia, Reino Unido y Suecia); c) procedimientos de licitación en los que los Estados convocan licitaciones para el suministro de electricidad con origen en fuentes renovables. El productor recibirá la contraprestación que se fije en el contrato mientras que los consumidores asumirán el coste suplementario mediante un gravamen específico (este el sistema inicialmente seguido en Francia e Irlanda y que parece ha adoptado la Comisión europea y d) sistemas de incentivos fiscales mediante desgravaciones en la tributación (como hacen en Malta y Finlandia y como un instrumento adicional en Chipre, el Reino Unido y la República Checa). Todos estos sistemas de fomentos tienen sus ventajas e inconvenientes.

Esta diversidad de sistemas de apoyo llevó a esta Directiva a encomendar a la Comisión europea una evaluación de todos estos mecanismos de fomento apoyo para que se pudiera calibrar la conveniencia, o no, de un sistema de apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables a nivel de la UE²⁴.

En su ya citada Comunicación de 7 de diciembre de 2005, COM (2005) 627, El apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables²⁵, dictada en cumplimiento precisamente de este mandato, la Comisión Europea concluyó que no se consideraba <<adecuado presentar un sistema europeo armonizado en esta etapa>>.

De aquí que en su segunda Directiva de fomento de las energías renovables, la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, no sólo no se incluyera un mecanismo armonizado a nivel europeo de apoyo a las energías renovables sino que se habilitaba expresamente a los Estados miembros, en su artículo 3.3 a), a aplicar sus propios sistemas de apoyo.

En la reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre promoción del uso de la energía procedente de fuentes renovables que se ha publicado en la Comunicación de la Comisión europea, de 30 de noviembre de 2016, COM (2016) 767 final parece que se quiere avanzar al menos un poco más en la europeización de los sistemas de apoyo a las energías renovables. En el nuevo artículo 4, que se propone, se establecen unos principios generales que se aplicarían a los mecanismos de apoyo de los Estados miembros de apoyo a la producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables basados en la necesidad que los sistemas nacionales de fomento se orienten al mercado y que respeten las normas sobre ayudas de Estado. Estos sistemas de fomento nacionales deberán diseñarse <<de forma que se eviten distorsiones innecesarias de los mercados de la electricidad y se garantice que los productores tengan en cuenta la oferta y la demanda de electricidad, así como las posibles restricciones de la red>>. Para ello deberán perseguir la integración de la electricidad procedente de fuentes renovables en el mercado de la electricidad garantizando que los productores de energías renovables responden a las señales de precios del mercado maximizando sus ingresos en

²⁴ Art. 4 de la Directiva 2001/77/CE.

²⁵ Con esta Comunicación se efectuó el informe de síntesis sobre la aplicación de la Directiva 2001/77/CE previsto en su artículo 8.

el mercado. El régimen de las ayudas debe concederse de forma abierta, transparente, competitiva, no discriminatoria y atendiendo a su rentabilidad. Además, se vuelve a prevér que en el plazo máximo de cuatro años la eficacia de los distintos sistemas nacionales de apoyo tengan que ser objeto de evaluación para que puedan mantenerse o prorrogarse.

La Unión Europea sigue sin atreverse, no obstante, a establecer un sistema armonizado de fomento de las energías renovables, como ha demandado en nuestra doctrina DELGADO PIQUERAS²⁶, para poner fin a los desequilibrios que se están produciendo entre los Estados miembros debido a la existencia de distintos sistemas nacionales de apoyo²⁷²⁸.

En todo caso es necesario que los mecanismos de apoyo que se pongan en marcha a partir del 2020, sean estatales o a nivel europeo, persigan la mayor eficiencia de las tecnologías de modo que las instalaciones de energías renovables se sitúen allí donde sea posible una mayor capacidad a los menores costes positivos. Lo que no puede repetirse es que una actividad industrial como es, sin duda, la producción de electricidad vuelva a convertirse en una suerte de producto financiero.

V. LA CONSIDERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES COMO AYUDAS DE ESTADO Y COMO RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE MERCANCIAS

Este reconocimiento por parte del Derecho de la UE a la existencia de sistemas nacionales de apoyo a las energías renovables no podía dejar de producir fricciones con su política liberalizadora del sector eléctrico tendente a la creación de un mercado interior de la energía. Desde esta perspectiva era inevitable que los distintos regímenes nacionales de fomento tuvieran que enfrentarse a su compatibilidad con las normas sobre ayudas de Estado (Art. 107 y ss TFUE) y sobre libertad de circulación de mercancías en la medida que fomentan la generación de electricidad dentro de cada país en detrimento de la producida en los demás Estados miembros incluso aunque puedan tener su origen también en fuentes de energías renovables.

Sobre la primera cuestión, la compatibilidad de los sistemas nacionales de apoyo, en concreto los que consisten en otorgar primas a la generación (*Feed in Tariff*), tempranamente tuvo que pronunciarse el entonces Tribunal de Justicia de las

²⁶ Cfr. *La política europea de fomento de las energías renovables frente al cambio climático*, Derecho y Cambio Climático, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, citado por RUIZ OLMO, Irene, *Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014, pág. 26 de la edición digital.

²⁷ La Letra k) del artículo 1 de la Directiva 2009/28/CE define como <<<«sistema de apoyo»: cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a éstos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas»>>.

²⁸ Que ya se está analizando como se atestigua con la publicación de la Comunicación de la Comisión europea de 27 de marzo de 2013 COM (2013) 169, *LIBRO VERDE, Un marco para las políticas de clima y energía en 2030*.

Comunidades Europeas (TJCE) en su importante sentencia de 13 de marzo de 2001 recaída en el Caso *Preussen Elektra AG contra Schleswig* que hasta hace relativamente poco tiempo ha sido el *leading case* en la materia. Esta sentencia, que resolvió una cuestión prejudicial que le había elevado el Tribunal administrativo de Kiel (*Landgericht Kiel*), tuvo que determinar si el régimen primado que había establecido la Ley alemana, de 7 de diciembre de 1990, sobre Alimentación de la red pública con electricidad procedente de energías renovables²⁹ que obligaba a las empresas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por las energías renovables y a retribuirla a un precio superior al del mercado, constituían ayudas de Estado incompatibles con el mercado común o si subsidiariamente podían considerarse como restricciones cuantitativas a la importación o medidas de efecto equivalente³⁰. De la importancia que tenía este fallo da prueba el hecho de que fuera dictada por el Tribunal en Pleno³¹.

El TJCE descarta que el régimen privilegiado aplicable a la producción de fuentes renovables en Alemania pueda calificarse como una ayuda de Estado porque no implicarían la aportación de fondos públicos³². Afirma, en su parágrafo 58º, de forma discutible que

<<...resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales se consideran ayudas a los efectos del artículo 92, apartado 1, del Tratado [Actual art. 107 TFUE]. En efecto, la distinción que establece esta norma entre las «ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante fondos estatales» no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales

²⁹ *Gesetzüber die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz*

³⁰ Actual artículo 34 TFUE.

³¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, *Costes de transición a la competencia y ayudas públicas, reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pruessen Elektra, de 13 de marzo de 2001*, *Diario la Ley*, nº 5324, 2006, págs. 1 y ss.; BOUQUET, *Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir des sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatif aux aides d'Etat*, AJDA 2006, págs. 697 y ss.; BROKELMANN, *El Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado* en BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS y SALA (Directores), *Tratado de Regulación del sector eléctrico, Tomo I aspectos jurídicos*, op. cit., págs. 185 y ss.; DOMINGO LÓPEZ, *La promoción de las energías renovables en la Unión Europea: el modelo italiano versus el modelo español* en PÉREZ MORENO (Coordinador), *El derecho de la energía. XV Congreso Italo-español de Profesores de Derecho administrativo*, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla 2006, pág. 564 y RAZQUÍN LIZARRAGA, *El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado común (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2001, C-379/98, PREUSSENELEKTRA)*, *Revista jurídica de Navarra*, nº 31, 2001, págs. 167 y ss. .

³² Como explica NEBRADO PÉREZ en relación con el sistema español de fomento de las energías renovables que era muy semejante al alemán en su *El régimen especial de producción eléctrica* en MUÑOZ MACHADO (Director), *Derecho de la regulación, económica III, tomos I, op. cit.*, págs. 386 se trata de un sistema de subvenciones privadas que constituye <<una excepción a la liberalización del sector eléctrico, ubicado en el ámbito de la iniciativa privada en régimen de libre competencia,, por varias razones: a) porque se basa en un régimen subvencional, si bien privado y regulado, extraño a la libre competencia, aunque no contradictorio; b) porque establece la discriminación a favor de las energías en él producidas, respecto de las generadas en régimen ordinario, y c) porque en sus mecanismos de retribución se admite la tarifa, como precio regulado y primado, cuando hasta en el ámbito del consumo, en el que históricamente las tarifas han existido, desaparecen éstas, salvo para los denominados suministros de último recurso>> (Págs. 386 y 392).

como si no, pues su único objeto es incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado.>>

Aplicando esta jurisprudencia al asunto litigioso concluye que

<<...procede señalar que la obligación, impuesta a las empresas privadas suministradoras de electricidad, de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables no supone ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad.>> **(Párrafo 59º)**

Lo que le lleva a remachar en el siguiente párrafo 60º que

<<...el reparto de la carga financiera derivada para estas empresas privadas suministradoras de electricidad de dicha obligación de compra entre ellas y otras empresas privadas tampoco constituye una transferencia directa o indirecta de recursos estatales>>.

No sucede lo mismo en relación con la apreciación de la existencia de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación porque, obviamente, la obligación legal de adquirir esta electricidad dentro del territorio alemán no podía satisfacerse con la electricidad producida en otro Estado miembro aunque tuviera también su origen en fuentes de energías renovables. La sentencia, partiendo de esta evidencia, pasa a desplegar toda una batería de argumentos para justificar la compatibilidad de esta medida al amparo de las excepciones que ahora figuran en el artículo 36 del TFUE que dispone que esta la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación o de la adopción de medidas de efecto equivalente <<*no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial*>>. Aunque estas medidas <<*no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros*>>.

La STJCE *Preussen Elektra* destaca, en primer lugar, la finalidad ambiental que tiene la utilización de fuentes procedente de energías renovables para la producción de electricidad por su contribución a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en cuya lucha la UE se había comprometido al suscribir la Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático, aprobada en nombre de la Comunidad y el Protocolo de la tercera conferencia de las partes de esta Convención, conocido como Protocolo de Kyoto³³. Recalca, además, que la política de fomento de las energías renovables tiene conexión con <<*la protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales*>> que son algunas de las causas recogidas en el citado artículo 36 del TFUE y se apoya en la normativa de la UE sobre el sector eléctrico que contemplan la integración de la generación de electricidad

³³Vid. la Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993 y la firma del Protocolo de Kyoto por la Comunidad Europea y sus Estados miembros de 29 de abril de 1998.

procedente de fuentes de energías renovables lo que le lleva a concluir afirmando, de forma enigmática, en su párrafo 81º que

<<[h]abida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en el estado actual del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad, una normativa como la «Stromeinspeisungsgesetz, modificada», no es incompatible con el artículo 30 del Tratado[actual Art. 34 TFUE].>>

Pero la consideración de los regímenes de primas a las renovables como ayudas de Estado era una cuestión que distaba mucho de estar cerrada. Sobre todo teniendo en cuenta la rápida evolución del sector eléctrico y la cada vez más intensa penetración de las energías renovables³⁴. Sólo unos años más tarde la STJCE de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord*, también por vía prejudicial, no tendría ninguna duda en calificar como ayudas de Estado la creación de un impuesto para financiar un suplemento de tarifa para costear la producción de electricidad a través de fuentes de energías renovables. Al tratarse de un impuesto, el Estado retiene el control de los fondos.

Pero, de forma mucho más trascendente, la sentencia del ya Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 diciembre 2013, *Vent De Colère* y otros vendría a acabar con el “mito” de que los sistemas de primas a las renovables no constituyen ayudas de Estado³⁵. Este fallo resuelve, una vez más, una cuestión prejudicial que le había planteado en esta ocasión el Consejo de Estado francés en el marco de un recurso planteado, entre otros, por la Asociación Viento de cólera contra unas órdenes de los Ministerios franceses de Ecología, Energía, Desarrollo sostenible y ordenación del territorio y de Economía, Industria y Empleo que establecían las condiciones de compra de electricidad generada por instalaciones que utilizan energía eólica por un precio superior al del mercado. Para compensar este sobrecoste la Ley nº 2000-108, de 10 de febrero de 2000, de Modernización y desarrollo del servicio público eléctrico³⁶ preveía la creación de un fondo que se nutría de unas tasas obligatorias fijadas anualmente por el Gobierno francés a pagar por los consumidores de electricidad cuya gestión correspondía a la Caja de Depósitos y Consignaciones. La naturaleza pública de este ente lleva al TJUE a concluir que los pagos que realiza, como sostenían los recurrentes en el proceso *a quo*, tienen la consideración de ayudas de Estado. Lo que se reforzaría por el hecho de su presidente sea nombrado en Consejo de Ministros por el Presidente de la República y sus miembros por la Asamblea Nacional, el Senado y otras instituciones públicas, y porque preste también servicios de gestión administrativa, financiera y contable para la Comisión de regulación y de la Energía, que es la autoridad administrativa independiente encargada de velar por

³⁴ Como se señala en PÉREZ ARRIAGA (Director), en *Influencia de las políticas medioambientales en los mercados eléctricos europeos*, op. cit., pág. 65, cuanto mayor sea el porcentaje de la electricidad procedente de fuentes renovables mayor será el extracoste que supone para el sistema eléctrico.

³⁵ Esta sentencia ha sido comentada por CISNAL DE UGARTE y Rat, *Beyond Preussen-Elektra? – EU State Aid and the Promotion of Renewable Energy. Annotation on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2013 in Case C-262/12, Association Vent de Colère! Fédération nationale and Others v Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Energy Law Review, 3, 2014, págs. 253 a 259.

³⁶ *Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*

el buen funcionamiento del mercado de la electricidad y del gas en Francia, y que no obtiene beneficio con esta actividad, por lo que

<<...debe considerarse que los importes de este modo gestionados por la Caisse des dépôts et consignations permanecen bajo control público.>>
(Parágrafo 33º)³⁷

Esta nueva doctrina jurisprudencial ha recibido recientemente un fuerte espaldarazo con la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 10 de mayo de 2016, recaída en el asunto T-47/15, República Federal de Alemania contra la Comisión Europea en la que este Estado recurría su Decisión (UE) 2015/1585, de 25 de noviembre de 2014, relativa al régimen de ayudas SA. 33995 (2013/C) que consideraba como ayudas de Estado compatibles con el mercado interior, las tarifas reguladas y las primas de mercado establecidas por la Ley, de 28 de julio de 2011, por la que se establece una nueva regulación del marco jurídico de la promoción de la electricidad generada a partir de energías renovables³⁸ que garantizaban a los productores de electricidad procedente de fuentes de energías renovables un precio, más elevado por la electricidad que producen que el precio de mercado. Lo que no hizo con las reducciones del recargo para financiar estas primas recogidas en esta Ley para determinados grandes consumidores de energía, salvo que pertenecieran a ciertas categorías de instalaciones. Estas exoneraciones se declararon incompatible con el mercado interior. Lo que explica que la última reforma de la legislación alemana sobre energías renovables³⁹ haya sido objeto de un procedimiento previo de autorización de ayudas de Estados que fue resuelto por medio de la Decisión de 20 de diciembre de 2016, C(2016) 8789 final en un sentido favorable. Precisamente por esta razón, la falta de notificación previa, y en base a una curiosa “autodenuncia” del Gobierno español, el nuevo régimen de primas a las renovables instaurado primero por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico y después recogido en la Ley 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico⁴⁰, se encuentra sometido a un procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado⁴¹ que ha sido incoado por parte de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea.

Pero tampoco el sistema de certificados verdes, el otro gran sistema de apoyo a las energías renovables instaurado por los países de la UE, ha estado exenta de controversia jurídica. Y ello a pesar de que en este mecanismo de fomento, como son las empresas suministradoras las que tienen que cumplir con la obligación de comprar las certificaciones verdes en el mercado hasta alcanzar la cuota establecida, no se plantearía en principio la posibilidad de que existan ayudas de Estado. Como ha reconocido la propia

³⁷ Además, de declarar aplicable el régimen de ayudas de Estado, rechaza la petición del Gobierno galo de que se limitasen los efectos temporales de la sentencia.

³⁸ Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien.

³⁹ La reciente Ley de Energías Renovables 2017 (Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017 – EEG 2017).

⁴⁰ Ha sido objeto de desarrollo reglamentario por medio del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y también por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos

⁴¹ Referencia SA 40348 2014/N.

Comisión europea⁴². El problema se plantea porque en muchos de los sistemas nacionales de certificados verdes restringen la compra de estos certificados, que no de la electricidad producida, a los emitidos en sus propias fronteras. Este fue el asunto resuelto en la importante, y discutible, STJUE de 1 de julio de 2014, Caso *Ålands Vindkraft AB y Energimyndigheten*, dictada por la Gran Sala en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de *Linköping* de Suecia. La empresa *Ålands Vindkraft AB* había instalado un parque eólico en el archipiélago de las islas *Åland* en Finlandia y en 2009 solicitó a la Agencia sueca de la Energía que le homologará sus certificados verdes para venderlos en este mercado eléctrico. Lo que se le deniega porque la electricidad no se ha generado en territorio sueco. El TJUE, después de constatar que la Directiva 2009/28/CE permite a los Estados miembros limitar la aplicación de sus sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes de energías renovables a la electricidad producida en su territorio, no duda, en contra del criterio defendido en el procedimiento por los Gobiernos suecos y alemán, de que se trata de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación porque puede obstaculizar, al menos indirecta y potencialmente, las importaciones de electricidad, sobre todo las procedentes de energías renovables. Aunque estas restricciones estarían justificada porque persiguen como objetivo promover el uso de fuentes de energía renovables en la producción de electricidad. Para el Tribunal de Luxemburgo las restricciones impuestas a los certificados verdes generados fuera del territorio sueco serían proporcionales, entre otros motivos, porque dada

<<...la naturaleza fungible de la electricidad que se encuentra en las redes de transporte y de distribución, dichas garantías no permiten demostrar que una determinada cantidad de electricidad proporcionada por estas redes sea precisamente la procedente de fuentes de energía renovables sobre cuya base se otorgan las mismas garantías, de modo que la singularización sistemática de la electricidad como electricidad verde en las fases de la distribución y del consumo sigue siendo difícil en la práctica.>> (Parágrafo 90º)

Aunque, como hizo en la sentencia *PreussenElektra*, esta compatibilidad se condiciona a la situación jurídica existente en ese momento, lo que prueba el resto de mala conciencia que le deja dictar un fallo con un contenido tan netamente “antierupeista” ya que lo admite, en el parágrafo 92º, porque

<<...en el estado actual del Derecho de la Unión, tal limitación territorial puede considerarse en sí misma necesaria para cumplir el objetivo legítimo perseguido en el caso de autos, consistente en promover el incremento del recurso al uso de las fuentes de energía renovables para la producción de electricidad>>.

El TJUE completa su razonamiento *obiter dicta* invocando el principio de seguridad para afirmar que para

⁴² Como ha destacado SANZ RUBIALES en su *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, op. cit., pág. 10 la <<propia Comisión niega también el carácter de ayudas públicas de los mercados de certificados verdes>>, citando su la Decisión de 25 de julio de 2001, relativa al sistema flamenco de certificados verdes.

<<que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales, manteniendo al mismo tiempo la confianza de los inversores>> (Parágrafo 99).

Remachando a continuación en su parágrafo 103, en lo que parece un mensaje subliminal a Estados como España que han reducido drásticamente sus sistemas nacionales de apoyo en perjuicio de los titulares de instalaciones de energías renovables, que estos sistemas de apoyo

<<a la energía verde cuyo coste de producción es, como han recordado concretamente el Gobierno sueco y la Comisión, todavía bastante elevado en comparación con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, tiene por objeto, en esencia, favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. De este modo, la efectividad de tal sistema requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones>>.

Esta doctrina la volvería a reiterar poco más tarde en su STJUE, de 11 de septiembre de 2014, recaída en el Caso *Essent Belgium NV y Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt* en un asunto todavía más extremo en el que se daría por válidas las restricciones impuestas a la admisión de certificados verdes que no procedieran de tan solo una parte del territorio de un Estado miembro, como es la región belga de Flandes.

Por otra parte, en la coetánea y también confusa STJUE, de 26 de noviembre de 2014, dictada en el Caso *Green Network SpA contra Autorità per l'energia elettrica e il gas* el Tribunal de Luxemburgo reivindicaría la competencia de la UE, frente a los Estados miembros –en este caso Italia–, para determinar mediante acuerdos con terceros países la posibilidad de comercializar certificados verdes procedentes de países terceros.

Toda estos conflictos jurídicos que han surgido tanto en relación con los regímenes de primas o de certificados verdes han tenido una clara repercusión en las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 aprobadas por la Comisión europea que se han recogido en la Comunicación (2014/C 200/01)⁴³. Este documento, que como ha señalado JOHNSTON⁴⁴ tiene un contenido quasinormativo, se ha establecido de forma detallada los requisitos que deben cumplir los distintos regímenes de ayudas nacionales, que pueden ser tanto de primas como de certificados verdes. Su objetivo principal es que en el horizonte 2020-2030 las fuentes de energía renovables pasen a ser competitivas en la red y, por lo tanto, no

⁴³ Publicado en el Diario oficial de la Unión Europea C 200/1, de 28 de junio de 2014. Este documento se puede obtener en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014XC0628\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014XC0628(01))

⁴⁴ Cfr. su *The impact of the new EU Commission guidelines on State aid for environmental protection and energy on the promotion of renewable energies*, en *EU Renewable Energy Law, Legal challenges and new perspectives*, University of Oslo-Scandinavian Institute of Maritime Law, 2014, págs. 13 a 57.

precisen de ningún régimen de apoyo. Y ello aunque el periodo temporal de estas Directrices concluya en el año 2020.

Para conseguir este objetivo de progresiva reducción de las ayudas pública a las energías renovables hasta su definitiva desaparición se apuesta por la utilización de mecanismos de mercado como son las subastas o los procedimientos de licitación abiertos. Solo escapan de estos procedimientos las instalaciones que tengan una capacidad eléctrica instalada muy baja o los proyectos de demostración, excepto los eólicos para instalaciones con capacidad eléctrica instalada baja o con un número reducido de unidades de producción. Aunque la Comisión europea reconozca que hay todavía tecnologías poco maduras que van a seguir requiriendo de medidas de fomento para las que permite a los Estados establecer procedimientos de licitación específicos.

Las ayudas a la energía procedente de fuentes renovables pueden concederse en calidad de ayudas a la inversión, que se someten a la regulación general contenida en estas Directrices⁴⁵ o de funcionamiento a las que se les aplicará además del régimen general existente para esta clase de ayudas⁴⁶ las disposiciones específicas previstas para la electricidad producida a partir de fuentes renovables⁴⁷ que contemplan un periodo gradual de aplicación. Lo esencial es que los titulares de instalaciones de energías renovables están obligados a vender la electricidad que producen en el mercado y estén sujetos a las obligaciones del mercado. Se limita la autorización de estos regímenes de ayudas a un período máximo de 10 años. Por lo que si se quieren mantener deberán ser objeto de una nueva autorización.

Las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 contienen una regulación específica para los sistemas de certificados verdes. Con el sistema de certificaciones se beneficia indirectamente a los titulares de instalaciones de energías renovables porque se les garantiza una demanda para la energía que producen a un precio superior al precio de mercado de la energía convencional. Aunque el precio de estos certificados ecológicos no está establecido de antemano ya que depende de la oferta y la demanda que haya en el mercado. Para que un sistema de certificados verdes sea compatible con el régimen de las ayudas de Estado la Comisión exige que los Estados cumplan tres condiciones: a) una demostración de la necesidad de las ayudas para garantizar la viabilidad de las fuentes de energía renovables; b) que no suponga una compensación excesiva tanto en el tiempo como entre las distintas tecnologías y c) que no disuada a los productores de energías renovables para ser más competitivos.

Estas tensiones que se han dado entre los mecanismos nacionales de fomento de las energías renovables y el régimen de las ayudas de Estado y la libertad de circulación han acabado también reconociéndose en la ya citada propuesta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre promoción del uso de la energía procedente de fuentes renovables. De este modo su artículo 4 que regula los mecanismos financieros nacionales de apoyo a las energías renovables comienza dejando expresamente a salvo su plena sujeción al régimen de las ayudas de Estados. Y el artículo siguiente obliga a los Estados

⁴⁵ Punto 3.2.

⁴⁶ Punto 5.1

⁴⁷ Puntos 3.1 y 3.3.2

miembros a abrir progresivamente sus sistemas de apoyo para la electricidad producida a partir de fuentes renovables a los generadores situados en otros Estados miembros. En el periodo 2021 y 2025 al menos el 10% de la capacidad que se beneficie de estos mecanismos nacionales de apoyo deberá provenir de otro Estado miembro. Porcentaje que se eleva como mínimo al 15% en el periodo 2026 y 2030. Para lograr estos objetivos se pueden establecer regímenes de ayuda abiertos a la participación transfronteriza. Para determinar la financiación que se realiza y establecer el cómputo de la electricidad producida a partir de fuentes renovables que se atribuye a cada Estado miembro se habrá de contar con los correspondientes acuerdos de cooperación que deben partir del principio de que la electricidad debe dirigirse hacia el lugar donde se encuentre la instalación.

VI. LA INCLUSIÓN DE LA ENERGÍA PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES DENTRO DE LAS OBLIGACIONES SERVICIO PÚBLICO.-

Ya se ha indicado como fue en el tercer paquete legislativo relativo al mercado interior de la energía donde se introdujo por primera vez una disposición que preveía la integración de la producción de electricidad a partir de fuentes renovables dentro de la estructura de las obligaciones de servicio público en el sector eléctrico. El artículo 3.2 de la todavía vigente Directiva 2009/72/CE establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer a las empresas que operan en el mercado eléctrico liberalizado obligaciones de servicio público que podrán referirse, entre otros aspectos, a la protección medioambiental, *<<incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima⁴⁸*. Esta previsión, como ha señalado GONZÁLEZ RÍOS⁴⁹, da cobertura a medidas nacionales de fomento en el ámbito de las energías renovables. Teniendo en cuenta que, además, de acuerdo con lo que dispone su artículo 7 entre los criterios que se establezcan para regular la autorización de nuevas instalaciones generadoras de electricidad, que en todo caso deberán ser objetivos, transparentes y no discriminatorios, se atenderá a *<<la contribución de las instalaciones de generación para cumplir el objetivo comunitario general de alcanzar una cuota de un 20% como mínimo de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Comunidad para 2020 a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/28/CE >>*.

La consecuencia que se deriva de incluir la producción de electricidad procedente de fuentes renovables, al menos de los porcentajes obligatorios impuestos a cada Estado miembro en el consumo final bruto de energía, dentro de la categoría de las obligaciones de servicio público es de la mayor relevancia. Como señalara RUSCHE⁵⁰ si los Estados miembros configuran sus regímenes de ayudas a las energías renovables como compensaciones a la prestación de obligaciones de servicio público entonces quedarían exonerados de la obligación de notificarlos como ayudas de Estado ante la Comisión

⁴⁸ Art. 3.

⁴⁹ En su *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., págs. 172 y ss. .

⁵⁰ Vid. *The Production of Electricity from Renewable Energy Sources as a Public Service Obligation*, Journal for European Environmental & Planning Law, nº 6, 2006, págs. 486 a 499.

europea. Siempre, claro está, que se cumplan con los requisitos que se establecieron en la paradigmática STJCE, de 24 de junio de 2003, Caso *Altmark Trnas y Regierungspräsidium Magdeburg* en la que se condiciona la validez de las compensaciones económicas para hacer frente a obligaciones de servicio público a: a) que la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas obligaciones estén claramente definidas; b) que los parámetros para el cálculo de la compensación estén establecidos previamente de forma objetiva y transparente; c) que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable y, finalmente, d) que si la elección de la empresa encargada de ejecutar las obligaciones de servicio público no se ha realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que haya permitido seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios al menor coste, el nivel de la compensación necesaria se calcule sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios pertinentes⁵¹.

Actualmente las condiciones que deben cumplir estas compensaciones para que queden excluidas de la obligación de notificación como ayudas de Estado vienen detalladas en la Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, C(2011) 9380⁵².

En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad⁵³ se sigue manteniendo, ahora en su artículo 9.2, la posibilidad de que los Estados puedan introducir en el sector eléctrico, de acuerdo con circunstancias de interés económico general, obligaciones de servicio público para la protección del medio ambiente que incluye la producción de electricidad a partir de fuentes renovables. Aunque se suprime la previsión que aparece en la actual Directiva 2009/72/CE de que para cumplir con los objetivos de energía procedente de fuentes renovables los Estados miembros pudieran establecer alguna clase de planificación.

Se echa de menos una posición más ambiciosa por parte de la UE. En este sentido se podría haber incluido, como forma de garantizar que no se va a producir ningún retroceso en los porcentajes de energías renovables, que al menos el 20 % del consumo final bruto de energía procedente de energías renovables que se ha de alcanzar en el año 2020 suponen una obligación de servicio público. O ir un poco más allá y extender esta categoría hasta el porcentaje del 27 % no vinculante que se ha marcado la UE para el años 2030.

⁵¹ Parágrafos 88 a 95.

⁵² Si no se cumplen estos requisitos las ayudas habrán de notificar de acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación de la comisión, Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03) publicada en el DOUE, C 8/15, de 11 de enero de 2012.

⁵³ Publicada en la Comunicación de la Comisión COM (2016) 864 final 2016/0380 (COD).

VII. EL ACCESO A LA RED DE LAS INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES RENOVABLES.-

Las redes eléctricas juegan un papel esencial. Dadas las dificultades que existen en el almacenamiento de la electricidad es necesario casar en cada momento la oferta de producción de electricidad con su demanda. Y en este punto las energías renovables, aunque no todas ellas, presentan una dificultad adicional ya que no todas ellas son gestionables porque dependen de fenómenos atmosféricos que son variables.

Antes de la liberalización del sector eléctrico la misma empresa controlaba y se ocupaba de las distintas fases del suministro eléctrico: generación, transporte y distribución. Uno de los pilares de esta liberalización se apoya precisamente en la separación de estas actividades por un lado y en el reconocimiento del derecho a las instalaciones de generación de su acceso en condiciones de igualdad a la red. Pero estas medidas son insuficientes para las instalaciones de energías renovables. El sobrecoste que supone la generación de electricidad a partir de fuentes renovables por ser tecnologías menos maduras, al menos la mayoría de ellos, que las que utilizan combustibles fósiles o la energía nuclear que hasta el momento no se ve compensado con un gravamen a los costes medioambientales estas tecnologías producen.

Esto explica que la propia normativa de la UE por lo que se refiere al acceso a las redes de la electricidad procedente de fuentes renovables haya seguido una progresiva evolución dirigida a facilitar su integración.

Las dos primeras Directivas marco del mercado común de la energía, la 1996/92/CE, de 19 diciembre y la 2003/54/CE, de 26 de junio, tímidamente se limitaron a autorizar, sin ordenar, a los Estados a que impusieran a los gestores de las redes de transmisión y distribución la obligación de darles preferencia en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones de generación⁵⁴. Así se recogió también en la primera Directiva de promoción de las energías renovables en cuyo artículo 7.1 se estableció que sin *<<perjuicio del mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los operadores de sistemas de transporte y de distribución presentes en su territorio garanticen el transporte y la distribución de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables>>*. Añadiendo también en términos opcionales para los Estados miembros que podrán también *<<establecer un acceso prioritario a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables>>* e introduciendo una incipiente priorización en el despacho de electricidad cuando proceda de fuentes renovables al disponer que cuando *<<gestionen la interconexión de las instalaciones de generación, los operadores de los sistemas de transporte darán prioridad a las instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables en la medida en que el funcionamiento del sistema eléctrico nacional lo permita>>*.

El salto cualitativo se daría en la segunda Directiva sobre promoción de las energías renovables, la 2009/28/CE, donde además de preocuparse porque los Estados miembros adapten sus redes eléctricas a las necesidades derivadas de la integración de la electricidad

⁵⁴ Arts. 8.3 y 11.3 Directiva 1996/92/CE.

procedente de fuentes renovables⁵⁵ les ordena en su artículo 16.2, esta vez sí, que sin <<perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red, sobre la base de criterios transparentes y no discriminatorios definidos por las autoridades nacionales competentes>> velen porque <<los operadores de sistemas de transporte y de distribución presentes en su territorio garanticen el transporte y la distribución de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables>> y que establezcan <<un acceso prioritario o un acceso garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables>>. Igualmente obliga a que <<en el despacho de las instalaciones de generación de electricidad los operadores de los sistemas de transporte den prioridad a las instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables en la medida en que el funcionamiento seguro del sistema eléctrico nacional lo permita y con arreglo a criterios transparentes y no discriminatorios>>. Y establecía una serie de cauciones para que la falta de gestionabilidad, que tienen la mayoría de las instalaciones de energías renovables, no pueda suponer una restricción injustificada a la red y el mercado eléctricos.

Ese mismo año la todavía vigente Directiva 2009/72/CE incluyó estas prioridades sobre la red de las energías renovables en la normativa común sobre el mercado de la energía⁵⁶ y estableció entre los objetivos de la autoridad reguladora independiente relativa al sector eléctrico⁵⁷ el de <<contribuir a lograr, de la manera más rentable, el desarrollo de redes no discriminatorias seguras, eficientes y fiables, orientadas hacia los consumidores, y fomentar la adecuación de la red y, en consonancia con los objetivos generales de la política energética, la eficiencia energética, **así como la integración de la producción a pequeña y gran escala de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y la generación distribuida en las redes tanto de transporte como de distribución**>> y el de <<facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación, en particular suprimiendo las trabas que pudieran impedir el acceso a nuevos agentes del mercado y de electricidad procedente de fuentes de energía renovables>> (letras d) y e) del artículo 36 de la Directiva 2009/72/CE).

En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre promoción del uso de la energía procedente de fuentes renovables el acceso a las redes eléctricas proyecta más sombras que luces. En ella desaparece la previsión del acceso garantizado a la red de las energías renovables y también la prioridad de verter esta electricidad a la red con la que, al parecer, se pretende dar un trato igualitario a todas las fuentes de generación eléctrica. Con lo que se desconoce la distinta situación que tienen las energías renovables respecto de las basadas en combustibles fósiles o en la energía nuclear. Consecuentemente en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad se vuelve a contemplar como una opción de los Estados el acceso garantizado de las instalaciones de energía renovables a la red⁵⁸.

⁵⁵ Art. 16.1 Directiva 2009/28/CE.

⁵⁶ Arts. 15.3 y 25.4, respectivamente, de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁷ Que en España es ahora la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que ha sido creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Disposición adicional segunda).

⁵⁸ Art. 31.4.

Si este cambio se acaba materializando se puede aventurar un auge en el ámbito de la UE de energías que no son limpias, que tienen un menor coste económico ya que no tienen internalizados los perjuicios ambientales que producen. Lo que a la postre puede truncar la apuesta que desde hace unas décadas había venido haciendo la UE en relación con las energías renovables.

VIII. UN CAMINO INEXPLORADO POR RECORRER: LA FISCALIDAD AMBIENTAL EN LA PRODUCCIÓN DE ELÉCTRICIDAD.-

Hasta ahora la UE a la hora de fomentar el uso de las energías renovables se ha centrado en dar cobertura a los sistemas nacionales de apoyo, facilitar su acceso a las redes y abrir un resquicio a su inclusión dentro de la categoría de las obligaciones de servicio público. Lo que no ha hecho es apostar por una fiscalidad ambiental que grave aquellas fuentes de generación más contaminantes o que, por el contrario, incentive con créditos fiscales la inversión en energías limpias. Es cierto que de acuerdo con lo que dispone el artículo 192.2 la aprobación de una fiscalidad ambiental a nivel de la UE resulta extremadamente difícil porque requiere, con carácter general, la unanimidad del Consejo.

Este camino si lo ha seguido, por ejemplo, Estados Unidos a nivel federal que ha establecido toda una batería de figuras fiscales pensadas en fomentar la inversión en energías limpias. Con lo que se han logrado unos resultados muy destacados⁵⁹. También es el camino que han seguido algunos países de la UE.

El caso de España es especialmente desolador. Como medida anticrisis y con un mero afán recaudador las Cortes Generales crearon una nueva figura impositiva, el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, por medio de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética. Este impuesto, de carácter directo y naturaleza real, grava << la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central >>⁶⁰. Se aplica un tipo del 7% a todos los ingresos, incluido las primas a las energías renovables, que perciban los productores de electricidad durante el año natural por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica por cada instalación. A pesar de que se aprueba como un impuesto supuestamente de carácter ambiental se aplica, inexplicablemente, también a las instalaciones de energías renovables. La Comunidad foral de Navarra, que goza de autonomía fiscal⁶¹, decidió excluir de este impuesto a << los titulares o cotitulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, de carácter renovable, cuya potencia instalada nominal no supere los 100 kW, por instalación >> y también a los titulares de estas instalaciones << durante un período de cinco años, desde que renueven los equipos de producción actuales por otros nuevos que incrementen la producción >> mediante la Ley Foral 24/2012, de 26 de diciembre, sobre el impuesto de la producción de la energía sobre el valor de la producción

⁵⁹ Citar varios

⁶⁰ Art. 1.

⁶¹ No ha hecho lo mismo la Diputación foral de Vizcaya que ha introducido este nuevo impuesto en los mismos términos que el Estado. Mientras que los territorios históricos de Álava y Guipúzcoa no lo han creado aún.

eléctrica⁶². La STC 110/2014, de 26 junio declaró la inconstitucionalidad de esta Ley por falta de competencia de la Comunidad foral para establecer un nuevo impuesto que grava el mismo hecho imponible que el establecido por el Estado. Por su parte, la posterior STC183/2014 de 6 noviembre, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra este impuesto que, entre otros aspectos, rechazaba su aplicación a las energías renovables porque considera que la configuración que ha hecho de este impuesto las Cortes Generales entra dentro de su margen de configuración. Aunque no parece que esta cuestión haya sido definitivamente zanjada porque el Tribunal Supremo ha cuestionado más tarde esta ley porque puede incurrir en un supuesto de doble imposición⁶³.

VIII. CONCLUSIONES.-

La apuesta de la Unión Europea por las energías renovables constituye una decisión que no puede tener retorno alguno. Ya no porque sea una vía para la diversificación energética sino porque constituye una de las principales herramientas que existen en la lucha contra el cambio climático. En este sentido tienen que aproximarse los mecanismos de apoyo a las energías renovables a los mercados de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

La penetración que las energías renovables ha tenido en el mercado común de la energía ha sido gracias a la acción normativa de la UE. Tampoco puede el Legislador europeo desfallecer en este terreno.

Es cierto que debe incrementarse al máximo la integración de las energías renovables en el mercado eléctrico y buscar la máxima eficiencia de estas instalaciones. Pero en aquellas tecnologías donde sea necesario deberán seguir manteniéndose sistemas de apoyo. Sería deseable que se armonizaran a nivel europeo estos sistemas de apoyo para evitar restricciones a la libre circulación. También debería profundizarse en la posibilidad de que el fomento a las energías renovables se canalizará a través de las obligaciones de servicio público que evitaría tener que aplicar el restrictivo régimen de las ayudas de Estado. Desde luego en cualquier caso debe garantizarse la confianza legítima de los inversores en las energías limpias de una forma clara.

En todo caso el acceso a las redes eléctricas de las instalaciones de energías renovables resulta crucial. Por esta razón resulta preocupante el giro que parece que se está dando por parte de la Comisión europea en relación al acceso garantizado a la red y el despacho prioritario que hasta recogía el Derecho de la Unión Europea.

Quizás ha llegado el momento de que a nivel europeo se plantea un régimen fiscal de apoyo a las energías renovables como se ha venido haciendo en los últimos años con un considerable éxito en los Estados Unidos.

⁶² Art. 2.

⁶³ ATS de 14 de junio de 2016.

En un momento de especiales turbulencias de toda índole Europa tiene que seguir manteniendo el liderazgo en las energías renovables y en la lucha contra el calentamiento global.

