Universidad Carlos III de Madrid

e-Archivo Institutional Repository

Este documento ha sido publicado en:

lar papers at core.ac.uk

provided by

Sánchez Galera, M.D. (2016). La integración de las políticas energéticas y ambientales en la Unión Europea: Paradojas y contradicciones a la luz del paradigma de la sostenibilidad. *Revista General de Derecho Administrativo*, 43, ISSN-e 1696-9650.

© Portal Derecho 2001-2018

LA INTEGRACIÓN DE LAS POLÍTICAS ENERGÉTICAS Y AMBIENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: PARADOJAS Y CONTRADICCIONES A LA LUZ DEL PARADIGMA DE LA SOSTENIBILIDAD*

Por

MARÍA DOLORES SÁNCHEZ GALERA
Profesora Asistente y Marie-Curie Research Fellow Conex
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Administrativo 43 (2016)

RESUMEN: El trabajo parte de la constatación de que en la UE la política integrada ambiental y energética ha tenido consecuencias importantes a nivel constitucional, institucional y administrativo para los Estados miembros. Sin embargo, la recepción a nivel europeo del paradigma de la sostenibilidad topa con muchos obstáculos. La sostenibilidad aun no es tomada como un principio constitucional europeo capaz de liderar una política integrada de la energía y el ambiente. El artículo pretende poner de manifiesto algunas disfunciones que se observan en la conformación de algunas políticas como la energética, en la que se reflejan con gran claridad las tensiones entre la europeización de las políticas energéticas y el nacionalismo que aun pervive.

SUMARIO: 1. La ambientalización del derecho de la energía. 2. El paradigma de la sostenibilidad en la política energética europea: un proceso indefinido y abierto. 3. La sostenibilidad como guía de la regulación energética en la encrucijada de la legislación ambiental. 4. Uno de los principales arquetipos de la sostenibilidad energética: las energías renovables. 5. Paradojas de la integración energético-ambiental a la luz de la sostenibilidad: análisis jurisprudencial. De *Outokompu* a *Ålands*. 6. Conclusiones.

1. LA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

Así como la determinación de los husos horarios y del llamado "horario de verano" fue una especie de norma transversal (que produjo efectos en la energía, los transportes, la industria, el comercio, etc.), y que, de manera poco coordinada y hasta cierto punto insignificante produjo efectos sustanciales sobre el medio ambiente[1], en las últimas décadas a nivel comunitario ha habido ejemplos similares. Es algo parecido a lo que, hace ya más de dos décadas y por tanto en un contexto legal bastante distinto, escribía

* Este trabajo es un *working paper* en el marco del proyecto sobre "*Law and Sustainability*". Agradezco sus sugerencias a los profesores Luciano Parejo y Miguel Beltrán los comentarios que me hicieron sobre las primeras versiones del manuscrito.

[1] Directiva 2000/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a las disposiciones sobre la hora de verano.

Zagrebelsky, intentando delinear las transformaciones de los instrumentos legales condicionados por los cambios sustanciales de su naturaleza constitucional: "*La legge, insomma, non è più garanzia assoluta e ultima di stabilità ma diviene essa stessa strumento e causa di instabilità. Le conseguenze dell'occassionalità delle coalizioni di interesse che la esprime vengono a loro volta moltiplicate in ragione del numero progressivamente crescente di interventi legislativi richiesti dalle nuove condizioni costituzionali materiali*"[2]. Con este ejemplo no se me ocurre un mejor modo de iniciar la discusión sobre las paradojas que se observan en lo que debería ser una política integrada ambiental y energética ampliamente asentada en el marco legal europeo.

Mi análisis no se va a limitar a señalar los fundamentos de la política integrada ambiental y energética que han tenido consecuencias importantes a nivel constitucional, institucional y administrativo para los Estados miembros, sino que intenta encauzar el análisis crítico hacia un discurso sobre la sostenibilidad como principio constitucional europeo. La sostenibilidad, ya se conciba como principio o como objetivo, debiera encabezar una política integrada de la energía y del medio ambiente, y debería presidir la regulación de ambos sectores. Y sin embargo está lleno de incoherencias a pesar - o tal vez a causa de - de la prolífica producción de leyes, estrategias y declaraciones relativas a la sostenibilidad de los recursos energéticos y al aumento de las preocupaciones por la eficiencia energética[3].

El Tratado de Lisboa, como piedra angular del proceso de integración europea, no siempre ha producido respuestas satisfactorias en algunas de las políticas sectoriales que han sido finalmente constitucionalizadas. Sobre todo, para lo que ahora nos ocupa, en lo referido a la estructuración de una gobernanza coherente y efectiva tendente a la sostenibilidad (protección ambiental, uso y creación de infraestructuras adecuadas para la armonización normativa, transición hacía sociedades que apuesten por las energías renovables, empleo y disfrute de los recursos naturales en manera sostenible, etc.). ¿Qué razón(es) explica(n) esta situación insatisfactoria? Cabe hacerse otra pregunta:

[2] G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, Einaudi, 1992, p. 45.

[3] En esta línea, y argumentando una evolución del paradigma energético hacía los tres pilares representados por: la eficiencia, el ahorro, y el control, MARGARIT ROSET, J., "La ciencia energética y las energías renovables: ¿dos caras de la misma moneda?", en BECKER ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L. M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (coord.), *Tratado de energías renovables*, Aranzadi, Pamplona, 2010, 1059-1086. Sobre el proceso de transformación energética y lo que ello comporta para la acción política y la consecución de objetivos de la UE, véase I. del GUAYO CASTIELLA, "Derecho comparado: el contexto Europeo", en *Derecho de la regulación económica*, MUÑOZ MACHADO (dir), vol. 3, Tomo 1, 2010 (Sector energético); S. GALERA RODRIGO, "Del ahorro de la energía a la eficiencia energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* n. 288, Marzo 2014; DELGADO PIQUERAS F., "El marco jurídico de la Política Energética Europea, con especial referencia a la electricidad verde", en *Estudios de la Unión Europea*, L. ORTEGA, S. DE LA SIERRA, (dirs.), Universidad de Castilla la Mancha, 2011.

qué es más importante, desde la perspectiva de la eficacia de los tratados, para construir una hermenéutica interpretativa que favorezca la implementación normativa en esta área: ¿el principio de sostenibilidad, o bien el principio de integración - que supuestamente debe regir todas las políticas europeas en aras de la sostenibilidad? Adelantaré que la respuesta podría estar en una construcción que podríamos denominar procedimental del principio de sostenibilidad en el sector energético que es por ahora prácticamente inexistente pero que con la integración creciente de la política climática en todo el entramado institucional de la Unión, y en todos los niveles de gobernanza, podría ayudar a dotar a los tribunales - nacionales o europeos - del fundamento legal para crear sus propias pautas hermenéuticas alejadas de los mecanismos de mercado y de los criterios de estabilidad económica de los Estados miembros. En el apartado 5 de este trabajo pondré algunos ejemplos de sentencias que se han aproximado - o no - a esta nueva interpretación integrada de la sostenibilidad.

La ambientalización del derecho europeo de la energía[4] siguiendo el criterio de sostenibilidad debería desarrollarse en paralelo a la ambientalización de la regulación de los Estados. Sin embargo, está bastante claro que ello no ha sido así. No creo que la razón haya sido la indefinición, a nivel de Derecho originario de la UE, de las implicaciones jurídicas de la noción de "desarrollo sostenible" (art. 3 (3) TUE), que claramente reconcilia la protección ambiental con consideraciones de naturaleza social y económica. Pienso que el momentáneo fracaso de la sostenibilidad como herramienta jurídica que permita la integración de diversas políticas y sectores se debe a que nació y se ha desarrollado en un contexto demasiado ligado a intereses económicos y de mercado. Ello genera no ya incertidumbre sino inseguridad jurídica respecto de la sostenibilidad misma sino también en relación con una política europea (des)coordinada de las heterogéneas políticas energéticas de los estados miembros[5]. La situación actual en la UE, tanto en lo que se refiere a la estructura de la industria energética como al régimen jurídico de la energía, hunde sus raíces en las circunstancias que hace más de treinta años dieron lugar a la recepción en Europa de la *energy regulation* (de inspiración anglosajona)[6]. Este nuevo paradigma ayudó a los administrativistas a reconstruir el derecho público económico, ya sea a nivel nacional o a nivel Europeo, y en particular lo

[4] Tomo la expresión de del Guayo, en DEL GUAYO, I., "La situación de los Entes locales ante el nuevo paradigma de sostenibilidad energética", en F. GARCÍA RUBIO y L. MELLADO RUIZ (dirs.), *Eficiencia Energética y Derecho*, 2013, Dykinson, Madrid, pp. 287-300.

[5] En esta línea, N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford University Press, 2014, pp 220-227.

[6] Del GUAYO, "La situación…." cit, p. 288.

relativo a la energía[7]. Sin embargo se ha incorporado a nuestros ordenamientos como una especie de trasplante jurídico que viene a regular categorías clásicas de servicios públicos, energéticos y de actividades económicas ancladas en multitud de intereses nacionales y políticos de difícil conciliación con principios u objetivos constitucionales de naturaleza tan transversal y tan proclive a interpretaciones jurídicas abiertas como es el desarrollo sostenible.

El precepto específicamente dedicado a la energía introducido por el TFUE en 2009, a través del artículo 194 [8], genera dudas sobre la futura evolución de las infraestructuras energéticas de los Estados miembros, tan vinculadas a aspectos políticos, jurídicos y económicos de difícil conciliación en un contexto tan heterogéneo a nivel nacional - en particular en tiempos de crisis[9]. Independientemente de esto, nos parece evidente que dos sectores que originariamente han sido concebidos por separado (la energía y la protección ambiental), son ahora dos caras de la misma moneda, debido esencialmente al paulatino empoderamiento de la idea de sostenibilidad, de la concienciación de la necesidad de la transición energética que requieren nuestras sociedades, y del reciente auge de la lucha contra el cambio climático. Es precisamente aquí donde se sitúan nuestras reflexiones sobre el valor constitucional del principio de sostenibilidad como fundamento de la aparentemente ya aceptada y asumida integración, a nivel político y legislativo, del binomio energía-ambiente. ¿Es factible que la jurisprudencia europea lo aplique con el fin de determinar la acción institucional y las políticas a nivel nacional? A intentar responder a esta pregunta dedicaré el apartado 5.

Tomemos el ejemplo de España. El principio de sostenibilidad ambiental como plano de actuación estratégico en muchas políticas sectoriales, según sucede a nivel europeo

---

[7] Según del GUAYO, en *ibid*, pp. 288-289, el nacimiento del actual Derecho de la energía está marcado por cuatro hitos: el primero, las reformas que pusieron en marcha, en los ámbitos jurídico y político los primeros ministros Thatcher y Major (1979-1996), y los presidentes Reagan y Bush padre (1980-1992), como respuesta práctica a una corriente de ideas nacidas a comienzos de la década de los setenta, reformas que contribuyeron a detener e invertir la evolución que habían experimentado los sistemas políticos y económicos de inspiración keynesiana y que luego se extendieron a la mayoría de los países desarrollados y en vías de desarrollo (merced al Consenso de Washington, a partir de 1989); en segundo lugar, las reformas dieron lugar al nacimiento de la idea del Mercado Interior, en las entonces CCEE, cuyo *Libro Blanco*, de 1985, sentó las bases de la normativa europea que se aprobó a finales de la década de los noventa., en tercer lugar, la llamada "revolución de terciopelo", que produjo la caída del Muro de Berlín, en 1989, y con él, de la única alternativa clara a la economía de mercado; por último, dio paso a la gestación y ratificación del Tratado de Maastricht, en 1993, impulsando políticas económicas, monetarias y presupuestarias, bien alejadas de las que se habían seguido en Europa, hasta esas fechas.

[8] Hasta entonces, las medidas en materia de ahorro energético tomaban su base jurídica en diversas disposiciones del Tratado: medidas ambientales, medidas de armonización del Mercado interior o medidas habilitadas por unanimidad de los Estados en virtud del antiguo artículo 235 TCEE (hoy artículo 353 TFUE).

[9] VEDDER H., "The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy", *Journal of Environmental Law* (2010) 22 (2), pp. 285-299, la cita en p. 285.

y en otros países miembros, viene recogido en la Constitución, que incluye en su art. 45.2 una formulación de este nuevo paradigma al establecer un mandato a los poderes públicos "*para velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"*. Se ha dicho, y con razón, que el art. 45.2 no se limita a una mera formulación de una directriz o idea sino que es por lo menos una de las vertientes de la sostenibilidad (la llamada "sostenibilidad ambiental"), de manera que constituye una sólida fundamentación para el ordenamiento jurídico-administrativo arraigada en las bases constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho[10]. Pero en España, al cabo de casi cuatro décadas de existencia de este principio, no hay resultados evidentes de que ello haya tenido impacto sobre la cada vez más numerosa normativa energética. En cambio en otros sectores como el urbanismo sí se ha visto reflejado: la evaluación estratégica ambiental, y en general la evaluación ambiental del planeamiento urbanístico, constituyen una verdadera dimensión procedimental del urbanismo sostenible, y la piedra angular de sus claves jurídicas[11]. De hecho, aquí los criterios como la sostenibilidad vienen siendo usados por alguna jurisprudencia de manera más amplia y concreta[12], incidiendo en la esfera de discrecionalidad que se reconoce tradicionalmente al planificador urbano[13].

---

[10] Sobre las bases constitucionales del desarrollo sostenible en clave ambiental puede verse los trabajos PAREJO ALFONSO, L., "La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿Hacía un Estado ecológico de Derecho?" *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, vol. II, n.100-101 (1994) (Número especial sobre "Región y Ciudad ecológicas"), pp. 219-231. También MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho ambiental. Recursos Naturales*, T. III, Trivium, Madrid, 1997, así como de MONTORO CHINER, M.J. "El Estado ambiental de derecho: Bases constitucionales", *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Coord. F. SOSA WAGNER, III, 2000, pp. 3437-3466. Y para un acercamiento más actual del tema, PAREJO ALFONSO, L. "Cambio climático, riesgo global, innovación y Derecho" en PAREJO ALFONSO, L. (Dir.) *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 33 y ss.

[11] Así, A. M. MORENO MOLINA, *Urbanismo y Medio Ambiente. Las claves jurídicas del planteamiento urbanístico sostenible*, Tirant, Valencia, 2008, p. 325.

[12] Para un análisis de la temática y de la jurisprudencia más significativa que ha sentado las bases de esta línea jurisprudencial "eco-amigable", vid. A.M. MORENO MOLINA, *Urbanismo…* cit, p. 283 y ss. Véase la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que hace eco de una hermenéutica interpretativa evolutiva hacía la sostenibilidad ambiental, STC 24 octubre de 1996, *Kraaijeveld*, asunto C-72/95, Rec. I-5403 (Tol 230291),

[13] Así, A.M. MORENO MOLINA *Urbanismo*… cit p. 77, haciendo referencia a DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción, teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, 1997. Piénsese por ejemplo en el "informe de la sostenibilidad ambiental", que es uno de los documentos más importantes que deben producirse en el marco de toda evaluación ambiental estratégica, p. 358. Las dificultades de la aplicación de criterios de sostenibilidad fueron ya expuestas hace años por Jean-Jacques SCHUL, "Sostenibilidad en el diseño y ejecución de proyectos: implicaciones prácticas", *Información Comercial Española* nº 800 (2002), monográfico dedicado al desarrollo sostenible, pp. 123-138.

2. EL PARADIGMA DE LA SOSTENIBILIDAD EN LA POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEA: UN PROCESO INDEFINIDO Y ABIERTO

Pese a que tanto la UE como algunos Estados miembros han incorporado la sostenibilidad a sus constituciones y a sus legislaciones ambientales, no se ha conseguido llegar a una armonización normativa del sector energético ni tampoco darle un papel al desarrollo sostenible que exceda de las aun incipientes políticas contra el cambio climático. Es a través del denominado principio de integración horizontal y vertical que transitan los logros y los fracasos de este proceso dinámico y casi siempre inacabado de integración ambiental[14], tal y como viene formulado por el artículo 11 del TFUE (antiguo artículo 6). A través de este principio de integración la normativa y las políticas de la UE persiguen combinar o considerar conjuntamente el sector energético y el sector ambiental o la protección ambiental, y también en última instancia el bienestar y la justicia sociales. Si ello es así, puede resultar irrelevante discutir si el desarrollo sostenible es un principio tal y como viene proclamado por el artículo 37 de la CDFUE y en el párrafo 9 del TUE, o si es más bien un objetivo, en función de los artículos 3(3) y 3 (5) y del artículo 21(2) (d) y 21(2) (f) TUE. En este punto, Krämer argumenta que el artículo 11 del TFUE y el artículo 37 de la CDFUE han sido formulados de la manera más taxativa posible ("*must be integrated*") y de acuerdo con ello los principios deben ser sopesados para poder establecer un marco de acción. Si ello es así, y creemos que lo es, entonces el artículo 11 TFUE constituye un objetivo clave de la política Europea y no un mero principio[15].

La sostenibilidad ambiental no deja de ser una vertiente de la eficacia administrativa desde la perspectiva del criterio de la eficiencia y de la utilización racional de los recursos[16]. Por ello, será la eficiencia la que irá desarrollándose a medida que se robustezca el principio de integración, en buena medida porque los poderes públicos, en sus diferentes niveles de actuación para la implementación y la optimización de las

[14] Así lo afirma Ludwig KRÄMER, "Giving a voice to the environment by challenging the practice of integrating environmental requirements into other EU policies", en Suzanne KINGSTON (ed.) *European Perspectives on Environmental Law and Governance*, Routledge, Londres, p. 84. KRÄMER argumenta que "*as regards Article 11 TFEU, its declared aims is 'promoting sustainable development'. Obviously, the provision is based on the concept that sustainable development presupposes a process of bringing environmental requirements closer to EU policies and activities. The decisive point is that 'integration' is not a single, isolated, action, but that it is a continuous process; in this, integrating environmental requirements is not different from integrating the EU Member States into a European Union, or integrating immigrants into the running and the daily life of their host society*".

[15] L. KRÄMER, "Giving…" cit., p. 85.

[16] F. J. SANZ LARRUGA, "Sostenibilidad Ambiental y Derecho Administrativo: ¿Nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 3, mayo 2011, pp. 1-9, citando a autores como SCHMIDT-ASSMANN.

políticas sectoriales, necesitan que éstas se interconecten y coordinen. Con lo cual esta especie de "directriz política, que es mucho más agresiva que la simple coordinación sectorial"[17] debe ser la que refuerce la actuación de los tribunales - nacionales o europeos - para la materialización normativa del principio de sostenibilidad. No obstante, y esto es lo relevante, hoy por hoy el sector energético, tan fuertemente vinculado a intereses económicos y variables políticas, va por detrás de otros sectores (estudios estratégicos ambientales, informes de impacto ambiental) que han alcanzado un elevado nivel de integración de los criterios de sostenibilidad. En seguida lo comprobaremos, cuando hablemos de ciertas decisiones de política energética - en particular las energías renovables.

El proceso de afirmación y constitucionalización en la UE del desarrollo sostenible es bien conocido y no es el caso de volver a detallarlo ahora[18]. Lo importante es que Lisboa (2009) incorpora una versión bastante acabada del principio de desarrollo sostenible, que aun siendo *soft law* - al menos para el sector energético - tiene mucha relevancia. En efecto, a pesar del alto grado de indeterminación del concepto, las instituciones de la UE y en particular el TJUE podrían perfectamente haber construido una hermenéutica interpretativa que dote de contenido al desarrollo sostenible y le permita guiar la política europea[19], del mismo modo que se ha construido una hermenéutica interpretativa del

[17] A.M. MORENO MOLINA, *Urbanismo….* cit. p. 82.

[18] Baste con recordar que el proceso arranca del llamado informe Brundtland (1987) y que se plasmó en tratados internacionales como el Convenio-Marco de Cambio Climático de 1992 y el Protocolo de Kyoto de 1997 que pasaron a ser acuerdos internacionales de naturaleza vinculante, y por ello decisivos para el desarrollo de la sostenibilidad a nivel comunitario. Esta que podríamos denominar "concepción integrativa de base" se convirtió en una fuerza catalizadora de multitud de instrumentos internacionales que fueron acogidos por la UE para proveer un contenido sustancial al del "desarrollo sostenible". A nivel Europeo el desarrollo sostenible fue recogido por el Tratado de Amsterdam (1997) que lo codifica como objetivo principal en el proceso de integración Europea, y que lleva a cabo una nueva redacción del preámbulo y del artículo 2 del TUE que añadirá a los objetivos de promover un progreso económico y social "un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible [...]". Así como del artículo 2 del TCE, donde también viene introducida una nueva redacción del artículo 6 , que recoge el "principio de integración", tal y como vendrá recogido por Derecho originario ratificado en el seno de la UE con el Tratado de Lisboa (2009) que no hace más que reafirmar lo que se acordó ya en Amsterdam, consagrando "el principio de desarrollo sostenible" en el artículo 3(3)-(5) TUE, artículo 21 (2) (d)-(f) TUE, artículo 11 TFUE así como el artículo 37 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales como uno de los objetivos clave del orden legal de la UE. Al respecto puede verse, por todos, Domingo JIMÉNEZ BELTRÁN "La estrategia de desarrollo sostenible de la Unión Europea en el contexto global: de Río a Johannesburgo" *Información Comercial Española*, 800 (2002), especial dedicado al desarrollo sostenible, pp. 97-122.

[19] Siguiendo a P. SANDS, podemos decir que "existen cuatro elementos esenciales de la sostenibilidad: justicia inergeneracional, sostenibilidad del uso de los recurso naturales, justicia intrageneracional y el principio de integración": *Principles of Environmental Law,* Cambridge University Press, 2003, p. 253.

Derecho europeo del medio ambiente a través del principio de precaución[20]. Naturalmente, la cuestión esencial que resta por determinar es si el desarrollo sostenible podrá ser tan efectivo respecto de la política energética como lo ha sido el principio de precaución para la política ambiental.

A este respecto, no debemos perder de vista que en la UE, desde los años 90, ha habido intentos de formular alguna estrategia de sostenibilidad con repercusiones para el sector energético - sobre todo en documentos de estrategia ambiental, pero no exclusivamente. Ya el *Tercer Plan de Acción Medioambiental*, que cubría el periodo 1982-1986, defendió la necesidad de integrar el medio ambiente en las políticas sectoriales. Y después el *Quinto Programa Comunitario de Actuación en materia de Medio Ambiente: Hacía el desarrollo sostenible*[21], que cubrió el periodo 1992-2000, se ocupó específicamente de los objetivos y los retos del desarrollo sostenible, siendo la primera manifestación del desarrollo sostenible como elemento esencial de las políticas de la Unión. Este documento se refería a la política energética desde un punto de vista integrado, es decir, vinculando el desarrollo económico con la sostenibilidad energética (seguridad y suministro). Emerge aquí por primera vez esta perspectiva integrada, que viene recogida también por el *Libro Blanco de la Política Energética* de 1995[22]. Se trató de un elemento fundamental para la política medioambiental europea, y en su momento representó un hito en la historia comunitaria hacia la sostenibilidad y la integración con el medio ambiente de las demás políticas europeas - particularmente de la política energética, por ser considerada clave en el nuevo paradigma de la sostenibilidad.

Esta gradual emergencia del principio integrador vinculado a la sostenibilidad meramente ecológica o ambiental evolucionó hacía una interpretación holística o inclusiva, que sin embargo, en lo referente a las políticas energéticas, se quedó en una simple declaración de intenciones. La idea de sostenibilidad se concibió como una lógica

[20] El principio de precaución, con sus técnicas interpretativas de la normativa ambiental, puede también resultar un instrumento válido para concretar la noción de desarrollo sostenible, tal y como señala SADELEER, "The Precautionary Principle as a Device for Greater Environmental Protection: Lessons from EC Courts" *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 18 (1) (2008), p. 4, señalando que "the laws and policies of the EU in this domain will therefore be assessed with reference to these two principles".

[21] Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, del 1 de febrero de 1993, sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible. Decisión 2179/98/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, del 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible "Hacia un desarrollo sostenible".

[22] White Paper on Energy (COM 1995) con respecto a la integración del desarrollo sostenible en el sector energético considerado parte integrante del desarrollo económico: "*Given the significance of energy in economic development, an important aim of a community energy policy will be to ensure that measures in the energy sector do not conflict with and indeed enhance sustainable development. In general, the pursuit of competitiveness and environmental protection should be complementary and should not create any major tensions*" (COM 1995: 5)

de eficiencia energética, centrada en resolver problemas de seguridad energética y de competitividad, vinculadas ambas al crecimiento económico de los Estados miembros. Siguiendo en esta misma línea se sitúa el denominado proceso de Cardiff, que fue iniciado por la Cumbre de Luxemburgo, en diciembre de 1997, aunque adquirió rango de programa comunitario en la siguiente reunión, en Cardiff, en junio de 1998. La iniciativa de Cardiff se fue perfilando en las posteriores cumbres de Viena, Colonia y Helsinki, y se plasmó gradualmente en un compromiso del Consejo por la cual la UE y los Estados miembros desarrollarán y avanzarán en la integración y el desarrollo sostenible cada uno en sus respectivos ámbitos de competencias, así como a rendir cuentas de los avances o retrocesos en la misma. Aunque inicialmente este compromiso se proyectaba sólo sobre tres sectores clave (transporte, energía y agricultura), el mandato se amplió a otras políticas: mercado interior, ayuda al desarrollo, industria y empresa, asuntos generales, economía y finanzas, pesca. Aunque legalmente su naturaleza vinculante es, como sabemos, bastante débil, el compromiso político era fuerte: existió inicialmente una clara voluntad política, que incluso se vio reforzada en alguna de las cumbres europeas, pero - de nuevo - los resultados fueron muy decepcionantes.

Me parece que ello encierra una enorme paradoja, o si se prefiere, una contradicción. Por un lado, la sostenibilidad se afirma solemnemente a nivel europeo y luego no se lleve a cabo de manera efectiva. Del mismo modo un verdadero proceso de integración europea debería estar liderado hoy por una mayor integración de la sostenibilidad en todas las políticas públicas. Considerar todos estos procesos y resoluciones europeas un fracaso desde el punto de vista de la integración de las políticas sectoriales y de la sostenibilidad no es más que el punto de partida de una serie de contradicciones del proceso de integración Europea que a mi juicio hace aguas por todas partes[23]. De hecho, la incorporación del discurso de la sostenibilidad en la UE queda todavía al margen del *acquis communitaire*, y la sostenibilidad, ya sea como objetivo o como principio, todavía no ha sido utilizada para impugnar ninguna norma Europea. La sostenibilidad ha sido en muchas ocasiones tomada como fundamento de nuevas normas, o de la futura actuación de la UE, pero carece por el momento de fuerza legal capaz de vincular la jurisprudencia europea o la actuación política de las instituciones.

[23] Para un análisis en esta dirección, véase, Ludwig KRÄMER, "Giving a voice…" cit, pp. 84-85. El autor elabora sus conclusiones sobre el principio de integración ambiental del artículo 11 TFUE con un tono muy pesimista y haciendo hincapié en el proceso fallido de Cardiff a través del cual la Comisión designó ocho diferentes sectores de la política europea (transporte, energía, agricultura, mercado interior, desarrollo, pesca, cuestiones económicas y asuntos exteriores), estableciendo una estrategia para poder integrar los requisitos ambientales en estas políticas. Estos documentos, sostiene KRÄMER, fueron discutidos en el Consejo, pero el entero proceso estratégico después de aquello se paró. El documento conclusivo es COM (2004) 394.

Es por ello que con vistas a reforzar el papel de la sostenibilidad una estrategia interesante sería reforzar las competencias de los municipios, así como sus mecanismos de control (no sólo los controles jurisdiccionales). En este sentido ha habido iniciativas Europeas que posiblemente tengan algún impacto en las políticas internas de los Estados miembros, pero que todavía no reflejan un verdadero compromiso de integración europea conforme a la sostenibilidad desde el punto de vista institucional y administrativo. Me refiero, por ejemplo, a *Una política energética para Europa*[24] y al *Pacto de los Alcaldes*[25], que fueron bastante exitosas tanto en lo que se refiere a la movilización de los entes locales y regionales en favor de las cuestiones relativas al clima y la energía, como a la instauración de las estructuras de gobernanza multinivel. Creo que en una política energética (nacional o europea) que tenga en cuenta la sostenibilidad los gobiernos locales deben jugar un papel importante: tanto los procesos de participación ciudadana en la tarea legislativa como la delegación de competencias a los municipios deben ser una parte fundamental de este proceso de integración europea conforme a la sostenibilidad. Porque para alcanzar una mínima efectividad material la integración europea probablemente deba partir desde abajo, e ir acompañada de una delegación clara de competencias. Sin duda, no se me oculta que en ocasiones estas delegaciones, aun estando previstas en los ordenamientos nacionales, no son operativas por la renuencia de los poderes regionales o nacionales a reconocer competencias materiales directas[26] (piénsese en la recogida de basuras, el alumbrado viario, o la

[24] "Con su política europea de la energía, la UE se compromete con determinación a favor de una economía con un consumo reducido de energía-una energía más segura, competitiva y sostenible. Los objetivos prioritarios al respecto consisten en garantizar el funcionamiento adecuado del mercado interior de la energía, la seguridad del suministro estratégico, una reducción concreta de las emisiones de gases de efecto invernadero causadas por la producción o el consumo de energía, así como la afirmación de una voz única de la UE en el ámbito internacional", *vid*. http://europa.eu/legislation_summaries/energy/european_energy_policy/127067_es.htm

[25] El pacto de los Alcaldes es el fruto de una ceremonia solemne que tuvo lugar en el hemiciclo del Parlamento Europeo el 10 de febrero de 2009, donde se reunieron más de 350 ciudades para comprometerse a superar el objetivo energético del 20% del EU a través del *Pacto entre Alcaldes*, lanzado en 2008, el Pacto hace que los gobiernos locales y regionales se comprometan a cumplir y superar los objetivos climáticos y energéticos de la UE. Desde entonces, el número de signatarios ha aumentado a más de 6 500 ciudades y regiones (más de 200 millones de ciudadanos) que han acordado reducir más del 20 % de sus emisiones de carbono para el 2020. Aprovechando este impulso, el Pacto se fusionó recientemente con la iniciativa *Mayors Adapt*, que ayuda a las ciudades y regiones a integrar medidas de mitigación y adaptación, y se fijó un nuevo objetivo de reducción de las emisiones de carbono de un 40 % de aquí a 2030.

[26] Para un análisis de la situación española en materia véase I. del GUAYO CASTIELLA, "La situación de los entes locales ante el nuevo paradigma de sostenibilidad energética". *Cuadernos de la Energía*, 2013, nº 1. pp. 287 y ss. Una sentencia que el autor menciona para señalar los altibajos de la jurisprudencia, al ser reacia al reconocimiento de competencias directas en la materia de eficiencia energética y utilización de energías renovables, es la del TSJ de Aragón 391/2013, de 27 de mayo, que anula la Ordenanza General del Ayuntamiento de Zaragoza de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones, por incompetencia material del municipio.

implementación de la normativa relativa a la eficiencia energética de los edificios públicos)[27]. Los municipios no siempre disponen de los recursos técnicos y económicos necesarios para cumplir sus compromisos, y por ello requieren asistencia, que les suministran los coordinadores del *Pacto de los Alcaldes*, entre los que se incluyen Provincias, Regiones y gobiernos nacionales, ofreciéndoles orientación estratégica y apoyo técnico y económico. Es la oficina del Pacto de los Alcaldes (CoMo - *Covenant of Mayors Office*) la que, administrada por un consorcio de redes que representan a las autoridades locales y regionales, ofrece asistencia diaria tanto administrativa como técnica y promocional a los firmantes y a los facilitadores del Pacto. El nuevo *Pacto de los Alcaldes* lanzado en el verano 2015 establece como uno de sus objetivos prioritarios la cooperación entre el Comité de las Regiones (CDR) y el Pacto de los Alcaldes, y recuerda que el CDR, en su calidad de institución de la Unión Europea que representa la voz de las ciudades y regiones de Europa y de punto de contacto para numerosas redes locales, debe desempeñar un papel central en el sistema de gobernanza multinivel. Ello garantizaría una mayor adecuación de la legislación de la UE a la situación y las necesidades de las ciudades y municipios[28].

3. LA SOSTENIBILIDAD COMO GUÍA DE LA REGULACIÓN ENERGÉTICA EN LA ENCRUCIJADA DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Según vengo diciendo, en los últimos años se ha producido una clara ambientalización del sector energético y del régimen jurídico de la energía. Los tratados internacionales que han suscrito la UE como tal, y también los 28 Estados, han tenido gran incidencia sobre la regulación energética en todos sus sectores. En la UE ya desde los albores de las primeras crisis del petróleo en los años setenta se ha venido promoviendo, con mayor o menor fortuna, el uso de fuentes de energía renovables, y a finales de los 70 comenzó a cobrar relevancia la noción de integración política ambiental - si bien no fue hasta 1997 cuando el Consejo de Europa apostó decididamente por él[29]. El Tratado de Lisboa consagró definitivamente una nueva dimensión de la política

[27] CDR 1536/2015; CDR 1535/2015; CDR 4084/2014; CDR 2691/2014; CDR 6902/2013; CDR 5810/2013; CDR 140/2011; CDR 408/2010; CDR 164/2010; CDR 241/2008.

[28] http://www.pactodelosalcaldes.eu/about/covenant-of-mayors_es.html. El Pacto de los Alcaldes acaba de convertirse en un proveedor oficial de datos de NAZCA, la plataforma de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas (CMNUCC) que encauzó los compromisos de los actores no estatales en el camino a la Conferencia sobre el Clima de París en 2015.

[29] Presidencia del Consejo 1997. Como respuesta la Comisión Europea emitió una comunicación "*Partnership for integration: A Strategy for integration: A strategy for Integrating Environment into EU Policies*" (COM 1998a) partiendo de la premisa que: "*[I]mplementation of the Treaty objectives requires, therefore, …an approach to Community policy making based on the recognition that all policies must contribute to 'sustainable development'*", en (COM 1998a: 5).

energética, al convertirla en una materia en la cual las competencias están compartidas entre la Unión y los Estados miembros (artículo 4 del TFUE). Ello significa que buena parte de lo que hasta entonces se había avanzado sin una verdadera fuerza vinculante (como la iniciativa de Cardiff) puede hora encontrar su base legal en dicho tratado. Es más, aunque la Directiva de Energías Renovables[30] no tenga su base legal en la competencia energética, porque el Tratado de Lisboa entró en vigor con posterioridad a ella, habrá que esperar a ver qué sucederá en un futuro. La directiva de renovables ha dado lugar a bastantes conflictos y dudas interpretativas, que a nuestro juicio los tribunales europeos o nacionales no están resolviendo en sintonía con el nuevo marco constitucional de Lisboa leído bajo el prisma de la sostenibilidad.

Una de las contradicciones más significativas del proceso de integración europea en el área de la energía es precisamente el papel de la política energética. Pese a que dos de sus tratados originarios, la CECA y el EURATOM, tenían por objeto el sector energético, la política energética ha sido una de las grandes olvidadas[31]. El Tratado de Lisboa, en el marco del mercado interior de la energía, y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente al objeto de cumplir con los criterios de sostenibilidad, constitucionalizó la política energética de la UE, al incluirse un Titulo específico sobre energía (artículo 194 del TFUE, en el Titulo XXI). El artículo 194 manifiesta la clara voluntad de la Unión de perseguir, entre otros objetivos relativos al mercado interior, la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables. Por esta razón por ello habilita al Parlamento y al Consejo para establecer las medidas necesarias a fin de cumplir estos objetivos a través de iniciativas de todo tipo, incluidas las legislativas.

El propio TFUE reconoce que los Estados miembros pueden válidamente determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, elegir entre distintas fuentes de energía y establecer la estructura general de su abastecimiento energético. Pero ello sin perjuicio de las acciones que se tomen por unanimidad en el Consejo y con arreglo a un procedimiento legislativo especial, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Este procedimiento permite a la UE adoptar 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 conforme al artículo 192 . No obstante, si tales

[30] Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables

[31] Algunos autores han observado las diferencias entre los objetivos proclamados de la integración europea relativos a los temas energéticos en sus preludios y los resultados efectivos después de varias décadas. Así, A. BELYI, "EU External Energy Policies: A Paradox of Integration", en J. ORBIE (ed.), *Europe's Global Role*, Ashgate 2008, pp. 203 y ss.

medidas tienen un carácter esencialmente fiscal, o si afectan a la ordenación territorial o a los recursos hídricos, o afectan "significativamente" a "la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético", entonces el procedimiento legislativo especial requerirá unanimidad del Consejo y previa consulta al Parlamento. Obviamente esto es simplemente una especie de vía de escape o de protección de la soberanía de los Estados en un tema tan delicado como las medidas de naturaleza fiscal en el ámbito de la regulación energética u otras medidas similarmente incisivas. Ello se suele justificar en la importancia del abastecimiento energético nacional, que es un campo estratégico y estructural en el que los Estados han buscado siempre un método a través del cual bloquear cualquier decisión de la UE. No obstante, han admitido la importancia de realizar actividades conjuntas y coordinadas en este sentido, siendo la fiscalidad un caso especial dentro de estas políticas debido a su enorme relevancia para una efectiva armonización de políticas públicas.

Los Estados miembros, con la inclusión del capítulo de la energía en el Tratado de Lisboa, constitucionalizaron una estrategia de política energética que había dado comienzo algunos años antes - y que había dado pocos resultados[32]. El aumento de las competencias de la UE este sector intenta, además, conciliar los objetivos energéticos de los Estados miembros con la política exterior. La cuestión es cómo hacer compatible la política energética europea (en tanto que parte del modelo económico de la UE y relacionada con el medio ambiente) con la ambiciosa política climática en la que desde Kyoto la UE es un actor esencial y para la cual la Comisión requiere de los Estados miembros un mayor compromiso de acción[33].

Así pues, si se tiene en cuenta que en la política climática global la UE es un componente muy importante para el objetivo de la sostenibilidad, y que la política energética de la UE en conexión con el modelo económico y del medio ambiente sienta las bases para una economía sostenible basada en la generación de energía a partir de

[32] El Tratado de la Maastricht (que coincide temporalmente con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático) introdujo una mención a la energía, a través de una modificación del artículo 3, añadiendo el punto t) que incluyó dentro del campo de acción de la Comunidad "medidas en los ámbitos de la energía, la protección civil y del turismo" y sentó las bases del artículo 192 del actual TFUE y del proceso legislativo especial al que nos acabamos de referir. Asimismo, las referencias a la solidaridad, y en este caso relacionada a la energía recogida en el artículo 122.1 TFUE (artículo que es también la base del Mecanismo de activación de Medidas de Estabilidad Económica) tiene sus orígenes en el artículo 100 del Tratado de la Comunidad Europea, estableciendo las bases del principio de solidaridad de la gobernanza económica de la UE que, en temas energéticos, es particularmente importante.

[33] European Commission, "A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy", COM (2015) 80 final, en la cual se declara: "*The goal of a resilient Energy Union with an ambitious climate policy at its core is to give EU consumershouseholds and business-secure, sustainable, competitive and affordable energy. Achieving this goal will require a transformation of Europe's energy system*".

fuentes renovables, es difícil explicarse que no exista una gobernanza clara, firme y fundada en la sostenibilidad que establezca los criterios para resolver los problemas y los conflictos de la regulación energética, y que el TJUE no tenga una jurisprudencia avanzada. Para algunos, otra contradicción de esta política energética deriva de que por un lado los Estados no han dejado de dar pasos hacia la integración económica (moneda común, BCE), mientras por otro lado desean mantener intacta su soberanía nacional en temas de política energética[34]. Esto genera una serie de incoherencias no sólo a nivel comunitario sino a nivel estatal[35]. De hecho, la energía es un elemento clave en la reducción de emisiones de Co2 y en la política de lucha contra el cambio climático dentro del paradigma de la sostenibilidad económica y ambiental, y sin embargo se concibe siempre en términos económicos, y son los mecanismos de mercado y la lógica economicista los que lideran otra política clave para el sector energético y para la ambientalización de la energía como es mercado de los derechos de emisión.

Es en esta encrucijada entre lo económico, lo político, lo social, lo ambiental y lo energético en donde fracasa la gobernanza de la UE conforme a la sostenibilidad- y ello pese a que tiene un fundamento claro en los Tratados. Ejemplo de ello es que la sostenibilidad y la protección ambiental son cada vez más los principios rectores de las políticas que rigen los mercados de competitividad industrial[36], y sin embargo no existe jurisprudencia que dé una definición vinculante de la noción de sostenibilidad.

4. UNO DE LOS PRINCIPALES ARQUETIPOS DE LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA: LAS ENERGÍAS RENOVABLES

Cuando el Tratado de Lisboa y el TFCU entraron en vigor el 1 de diciembre de 2009 ya se había dado un nuevo gran paso en la construcción de una política energética

[34] Véase D. PÉREZ BUSTAMENTE-YÁBAR, *Las Energías Renovables en la UE. Régimen Jurídico*. Dykinson, 2012.

[35] Véanse los problemas surgidos con la normativa sobre renovables en España, Italia, Rumanía, el Reino Unido y la República Checa, expuestos por ejemplo en *European Union and Certain Member States -Certain Measures affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS452/1. Se puede consultar en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_111230.pdf; Para una introducción a las medidas económicas con implicaciones para el comercio internacional véase BAHAR, EGELAND y STEENBLIK (2013), "Domestic Incentive Measures for Renewable Energy with Possible Trade Implications", *OECD Trade and Environment Working Papers*, 2013/01, OECD, Paris, p.38; y sobre la supresión a los subsidios en las renovables, RAGAZZI, G., *Il taglio possibile sui sussidi alle energie rinnovabili*, http://www.lavoce.info/il-taglio-possibile-sui-sussidi-alle-energie-rinnovabili/

[36] En esta línea de argumentación, B. SJAFJELL, "The Legal significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States", The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously (Beate SJAFJELL y Anja WIESBROCK, eds.), Routledge. 2915, pp. 51 ss. De la misma autora puede verse "Quo Vadis, Europe? The Significance of Sustainable Development as Objective, Principle and Rule of EU Law", in Cecilia M. BAILLIET (ed.) *Non State Actors, Soft Law and Protective Regimes*, Cambridge University Press, 2012.

común para la UE de la mano de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables [37]. La base legal de una de las directivas más relevantes para el mercado común de la energía, que es también la que ha dado lugar a más conflictos, no hay que buscarla en el capítulo de la energía, sino en el del medio ambiente. De hecho, dado que la Directiva fija los objetivos de utilización de las renovables hasta el 2020, cabe preguntarse si los Estados querrán comprometerse a una transformación energética que no encuentra trabas técnicas sino más bien institucionales[38]. Cabe asimismo preguntarse lo que sucederá después de 2020.

La relevancia de la Directiva deriva de su ambicioso objetivo, ya que establece un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables fijando objetivos nacionales obligatorios en términos de cuotas. De esta forma se plasman algunas de las ideas de la Comisión, que pretende que el marco para una política energética común se sustente sobre unas bases legales sólidas y que permitan desarrollar estrategias efectivas que respondan a unos objetivos claros y sobre todo jurídicamente vinculantes. Lo esencial de esta norma es que introduce por vez primera en el Derecho derivado de la UE reglas jurídicamente vinculantes para la transición energética hacia las energías renovables. Efectivamente, los Estados están obligados a dotarse de una cuota energética procedente de fuentes renovables equivalente al 20% como mínimo, aplicando sistemas de apoyo o mecanismos de cooperación con otros Estados miembros o con terceros países. La cuota para el sector del transporte se establece en el 10%. Cada Estado miembro debió haber elaborado un plan de acción nacional a más tardar el 30 de junio de 2010[39]. Asimismo, se incentivaba la creación de proyectos conjuntos entre Estados miembros o entre Estados miembros y terceros países que estén relacionados con la producción de electricidad, calor o frío procedente de fuentes de energía renovables, pudiendo participar además operadores privados para

---

[37] Modificada parcialmente por la Directiva 2015/1513 por la que se modifican la Directiva 98/70/CE, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo , y la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables .

[38] En este punto vid. M. PEETERS, "Governing Towards Renewable Energy in the EU: Competences, Instruments, and procedures", 21 *Maastricht journal of European and comparative law*, 2014, pp. 39-63. En la misma línea de razonamiento que vengo sosteniendo, PEETERS argumenta que: "*EU renewable energy law is likely to be a tempestuous field of law with an increasing number of court cases, particularly concerning actions brought by citizens against renewable energy projects*", en p. 39.

[39] Véase el plan español en http://www.minetur.gob.es/energia/desarrollo/EnergiaRenovable/Documents/20100630_PANER_Espanaversion_final.pdf (se trataba de un Plan para los años 2011-2020, que quedó seriamente menoscabado al cabo de un año, con la caída del gobierno socialista y con el brusco cambio de rumbo en la política nacional de incentivo a las renovables - que prácticamente desapareció).

un período que no sobrepase el 2020[40]. Los nuevos objetivos para el 2030 deberían continuar con una fuerte política de inversión en las renovables, destinada a que la UE pueda satisfacer sus necesidades energéticas una vez superados los objetivos para el 2020. Estos objetivos se han implementado de manera dispar. Los esfuerzos concentrados en el sector eléctrico, del calor y del frío y en el uso de las renovables en el sector de los transportes (incluyendo los biocombustibles) se han hecho, como señala Cole, de manera policéntrica[41], presentando unas medidas específicas aplicables a cada sector de producción energética y a cada uso de energía. Y ni siquiera los procedimientos administrativos, reglamentos y códigos son los mismos en cada país, y ante esta heterogeneidad, ligada a los complejos sistemas burocráticos nacionales, es difícil pensar en un marco común que verdaderamente cree las bases para una Europa energética sostenible. En relación con los artículos 17,18 y 19 de la Directiva (relativos al criterio de sostenibilidad para los biocombustibles y biolíquidos), hay un dato muy importante, y es que pone de manifiesto otra paradoja. Porque me parece que es una llamativa paradoja que esa sostenibilidad integradora respecto de los biocombustibles, que además establece un alto nivel de protección en función de la salud, la seguridad, la protección ambiental y de los intereses del consumidor, encuentre su base legal en el artículo 114 TFUE, que regula las condiciones para la aproximación de las legislaciones para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26 (mercado interior), es decir, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Que los criterios de sostenibilidad de los biocombustibles y los biolíquidos tengan su base legal en las reglas ordinarias de la consecución del mercado interior es sin duda una enorme contradicción. El resultado de todo esto es un gran caos a la hora de intentar entender como los Estados miembros están desarrollando la transformación hacía el uso de las energías renovables (existen más de 180 medidas y políticas aplicables)[42].

---

[40] Los países nórdicos y las regiones del norte son quienes que más han optado por esta integración energética.

[41] D.H. COLE, "From Global to Polycentric Climate Governance", 2 *Climate Law, (*2011), pp. 395-413.

[42] Véase en referencia a Alemania, el trabajo de David JACOBS "The German Energiewende - History, Targets, Policies and Challenges", 4 Renewable Energy Law and Policy Review (2012), pp. 223 - 233. En Italia y en España se han producido demandas contra la desaparición de las primas a las renovables en el año 2012. El Gobierno español mantuvo que era insostenible el sistema de incentivos establecido entre 2008 y 2011, años en los que, durante la época de crecimiento económico, a España llegase un flujo crediticio e inversor que situó a España en los primeros puestos de productores de RES en el mundo. Sin embargo, la caída de la demanda de energía derivada de la crisis, unido al cambio de política de ayudas, condujo a que sucesivos gobiernos dictasen normas que afectaron y de manera muy perjudicial, y en la práctica retroactiva, a emprendedores e inversores nacionales y extranjeros. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional españoles han dictado resoluciones sobre esta cuestión, siempre rechazando los recursos de los inversores o productores de RES. La Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 de 17 diciembre no permite ser demasiado optimista en cuanto a una

Si la futura normativa sobre las energías renovables tuviese su base legal en el artículo 194 TFUE, en lugar de en el artículo 192 TFUE, se podría correr el riesgo de sacrificar una protección ambiental más substancial, pues la referencia al medio ambiente en el artículo 194, al ocuparse de energía, es sólo instrumental, para "preservarlo y mejorarlo". Pero tendría la ventaja de ofrecer menos problemas a la hora de establecer procedimientos decisorios más sencillos y que no afectan la soberanía estatal a la hora de elegir sus fuentes energéticas. La nueva normativa en este ámbito debe coordinar de forma vinculante y uniforme la regulación sectorial de los Estados miembros según el principio de sostenibilidad de acuerdo con los criterios fijados por el Derecho originario de la UE, y ello con vistas a una definición clara y vinculante de las responsabilidades de los distintos organismos estatales, regionales y locales, por ejemplo en el caso no proporcionen información exhaustiva sobre la tramitación de solicitudes de autorización, certificación y licencia de proyectos en el ámbito energético, así como sobre ayudas disponibles.

Como conclusión de este apartado diré, siguiendo a Peeters[43], que la promoción de las renovables está mejor garantizada cuando los objetivos de la política ambiental están definidos de manera integral o coordinada con de otros sectores de las políticas públicas. El problema deriva de que aquellos objetivos ambientales son enormemente dependientes de la política energética y del modo en que los Estados miembros regulan sus suministros energéticos. En realidad, a través del artículo 192 (1) TFUE referido a la

---

línea jurisprudencial sensible a una estrategia climática global. El TC no ha podido, o no ha querido, declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por ejemplo basándose en que contraviene la transición energética hacía las renovables o en que da al traste con la colaboración internacional hacía dicha transición conforme al principio de sostenibilidad. El FJ 7 de la sentencia rechaza que se vulnerasen los principios constitucionales de seguridad jurídica y de confianza legítima que se alegaban con el recurso, porque la regulación puede válidamente cambiar cuando existan razones de interés general - sin obviamente razonar lo que se entiende por dicho interés general. El Tribunal descarta asimismo en el FJ 6 la inconstitucionalidad de la norma por no ser la Carta Europea de la Energía un parámetro válido de enjuiciamiento. Esto es importante porque contrasta con lo sucedido en Italia: con problemas similares a los de España en cuanto a la revocación de los incentivos y ayudas a las renovables, el Gobierno italiano decidió en 2015 denunciar el Tratado de la Carta Europea de la Energía, acaso para blindarse frente a las demandas de los inversores en renovables. Como señala DE LUCA, A. ("Non-Pecuniary Remedies under the Energy Charter Treaty", *Occasional Paper*, Energy Charter Secretariat Knowledge Centre, 2015), este Tratado era el gran desconocido hasta que empezaron a surgir problemas sobre las inversiones en energía fotovoltaica, y sin embargo podía ser un elemento importante para la resolución de los litigios internacionales (art. 16 del Tratado sobre la Carta de la Energía, de ahora en adelante TCE), ya que los inversores nacionales están excluidos (art. 17 del TCE) de este procedimiento. De cualquier manera no es el objetivo de mi análisis un estudio en profundidad de esta sentencia. Baste con constatar que se trata de un caso prototípico de cómo los tribunales parecen seguir considerando que la sostenibilidad, o las normas energéticas europeas, siguen siendo *soft law* y que la seguridad jurídica o la irretroactividad no son elementos importantes en el sector de las renovables. Los inversores y los productores de energías renovables afectados deberán esperar una eventual sentencia del TJUE, en el supuesto de que el caso sea enjuiciado a nivel europeo.

[43] M. PEETERS, "Governing…" cit, p. 43.

política ambiental, el legislador de la UE puede encontrar un camino para incidir en las competencias y potestades de los Estados en relación con la energía. Pero el artículo 192 (1) TFUE está prácticamente inaplicado: no existe ninguna praxis o casuística relacionada con las competencias energéticas de los Estados miembros que no afecten directamente su derecho de explotación de las fuentes energéticas. Peeters afirma que esto nos conduce al siguiente interrogante: "W*hether Article 192 (1) TFEU can be seen as valid basis for measures that do not concern significant renewable energy action, but do affect Member State's choices as being formulated in Article 194 (2) TFEU"*[44].

5. PARADOJAS DE LA INTEGRACIÓN ENERGÉTICO-AMBIENTAL A LA LUZ DE LA SOSTENIBILIDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. DE *OUTOKOMPU* A *ÅLANDS*

El TJUE no se ha caracterizado por mantener una línea en favor de una política energética sostenible o de reafirmar el contenido jurídico de la sostenibilidad. En general su jurisprudencia en materia energética se limita a resolver el conflicto de que se trate, sin decantarse a favor o en contra de lo que he denominado ambientalización de la energía. Y se muestra comprensivo en relación con las desordenadas y heterogéneas políticas, europeas y nacionales, sobre energías renovables y con el buen funcionamiento del libre mercado. Veámoslo.

Una primera sentencia en la que ello quedó de manifiesto fue *Outokumpu*[45]. La empresa Outokompu era un importante grupo finlandés productor de acero inoxidable que importaba electricidad sueca. El precio que pagaba a la compañía sueca no diferenciaba entre energía tradicional y energía renovable, mientras que los impuestos determinantes del coste de la energía producida en Finlandia sí diferenciaban, a efectos de coste para el usuario, en función de si era renovable o no. A resultas de ello la energía sueca era bastante más cara que la finlandesa, aunque fuese de origen renovable. *Outokumpu* impugnó el sistema tarifario, por considerar que la no aplicación a la energía importada de los beneficios fiscales de la energía renovable nacional era una exacción de efecto equivalente, proscrita por los artículos 9 y 12 TCE.

El tribunal finlandés planteó una prejudicial al TJUE. El problema de fondo era si el legislador finlandés estaba obligado a tener en cuenta - y a financiar - los métodos de producción de electricidad de un Estado vecino como Suecia. De acuerdo con el gobierno finlandés, permitir la entrada en el sistema de la energía importada constituiría un ataque a la integridad de su sistema tributario ligado a la producción de energía renovable - porque, como en seguida se dirá, alegó con éxito que a efectos de aplicarle

[44] M. PEETERS, "Governing…" cit, p. 44.

[45] C-213/96 Outokumpu OY [1998] ECR I-1777.

las ayudas a las renovables, no era posible determinar la procedencia (renovable o no) de la energía sueca. Ello significaba que *Outokumpu*, como cualquier otra empresa que importase energía renovable sueca (con menor coste unitario real que la finlandesa, pero más cara debido a los impuestos que la gravaban), tenía que someterse al impuesto general de producción de energía, sin poder beneficiarse del precio inferior de la energía renovable - aplicable sólo a la energía limpia finlandesa. El TJUE fue muy claro en su sentencia: aplicó su jurisprudencia anterior (*Marinex, Rewe, Copolongo*) conforme a la cual determinadas cargas tributarias escapan a la calificación de exacción de efecto equivalente si forman parte de un régimen general de gravámenes internos que abarcan de modo sistemático categorías de productos según criterios objetivos aplicados con independencia de su origen, en cuyo caso quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 95 del Tratado. Se añadió que para que la carga esté comprendida dentro de un sistema general de gravámenes internos y, por tanto, no sea considerada como exacción de efecto equivalente, deben cumplirse dos requisitos: que la carga a la que se someten los productos debe aplicarse en la misma fase de comercialización. Pero en *Outokumpu* esto se flexibilizó, porque el Tribunal dijo que "*el hecho de que la electricidad importada sea gravada en el momento de la importación y la electricidad de origen nacional en el de la producción no puede dar lugar a diferencia alguna, ya que, habida cuenta de las características de la electricidad, esos dos momentos corresponden a una misma fase de comercialización, que es la de la llegada de la electricidad a la red de distribución nacional*". El otro criterio es que el hecho imponible debe ser el mismo para ambas categorías de productos.

En la práctica, lo que dijo el TJUE fue que el artículo 95 TCE (hoy 110 TFUE) prohíbe la *discriminación* por el origen del producto, sin duda, pero permite la *diferenciación* del impuesto en función del impacto ambiental[46]. ¿Qué es lo que distingue 'diferenciación' de 'discriminación'? De acuerdo con el Tribunal, la respuesta estaría en una justificación objetiva - que en este caso concreto sería la protección ambiental. Este sería un argumento que ampararía de manera objetiva una discriminación en favor de quien produce energía limpia. Sin embargo en este caso el TJUE consideró que la empresa Outokumpu no podía justificar cómo había sido producida esa energía porque al importarla desde Suecia, y ser introducida directamente en la red finlandesa no se podía establecer el origen de producción y no era posible determinar si era ambientalmente limpia. Este argumento, que luego se repetiría en sentencias a las que en seguida aludiré , fue considerado por el Tribunal como una dificultad práctica que de todos modos

[46] La diferenciación no debe confundirse con la discriminación: aquella puede ser legítima, mientras que esta no. En material ambiental véase lo que al respecto escriben VEDDER, y JANS, J.H., *European Environmental law*, European Law Publishing, 3ª ed. 2008, p. 247. Véase también el caso *Wallon Waste* (C-2/90 Comisión c. Bélgica [1992] ECR I-4431).

no podía justificar una discriminación por parte del gobierno Finlandés. En definitiva: no había exacción de efecto equivalente, ni discriminación, porque el sistema tributario finlandés trata por igual a la energía sueca y a la finlandesa y porque, no siendo posible determinar el origen (limpio o no) de la energía sueca al llegar a la red finlandesa, se la trata - objetivamente - como energía no limpia, aunque en realidad lo sea.

Al cabo de unos tres años, en el caso *PreussenElektra*[47] el TJUE volvió a reiterar su doctrina. Se pronunció en vía prejudicial sobre la compatibilidad de una normativa alemana de 1998 que fomentaba el uso de las energías renovables con los artículos 87.1 TFUE (antiguo artículo 92.1), sobre ayudas de Estado, y 28 TFUE (antiguo artículo 30), sobre restricciones a la competencia, del Tratado CE. El caso trata diferentes cuestiones relacionadas con la transición hacía la competencia y con las ayudas públicas en el sector de las energías renovables[48]. Para lo que ahora interesa, me limitaré a mencionar la parte de la sentencia que analiza la norma alemana que, como he dicho, fomentaba las renovables pero implicaba al mismo tiempo determinadas restricciones a la competencia justificadas en función de un criterio nacional de protección ambiental. La ley cuestionada obligaba a los productores y suministradores locales a comprar la electricidad procedente de fuentes de energía renovables de la región en que actuaba la empresa suministradora, dificultándoles importar electricidad de otros Estados. El resultado era que se establecían límites a la libre circulación de mercancías, teóricamente amparados por el Derecho originario europeo. La cuestión, como señala Razquín[49], era si esa medida de fomento de las renovables estaba incluida en el art. 28 TCE (medida de efecto equivalente), y por tanto era ilegal, o si por el contrario era admisible por estar incluida en las excepciones del art. 30 TCE. Las conclusiones del Abogado General Jacobs eran favorables a considerar que la ley alemana, pese a ser una medida del art. 28, estaba justificada conforme al art. 30 y era proporcional. Y eso fue lo que sentenció el TJUE: teniendo en cuenta las peculiaridades del mercado de la electricidad, señaló que el ordenamiento europeo entonces vigente (la Directiva 96/92) no liberaliza el mercado eléctrico más que parcialmente y permite que sigan existiendo obstáculos a los intercambios de electricidad entre los Estados miembros. De manera 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*

[47] C-379/98 *PreussenElektra* AG [2001] ECR I-2099.

[48] Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Costes de transición a la competencia y ayudas públicas: reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *PreussenElektra*, de 13 de marzo de 2001 (C-379/98)" en *Diario La Ley*, nº 5324, 6 de Junio de 2001, pp. 1-4.

[49] J.A. RAZQUÍN LIZARRAGA, "El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado común", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 31 (2001), pp. 167 y ss.

artículo 30 del Tratado". Y empleó el mismo argumento que en *Outokumpu*: la propia naturaleza de la electricidad determina que una vez que ésta se incorpora a la red de transmisión o de distribución es difícil o casi imposible determinar su origen y la fuente de energía - renovable o no - de la que procede. En definitiva, el TJUE mostró una vez más una deferencia a mi juicio excesiva hacía las medidas nacionales, que sería confirmada poco tiempo después por la Directiva de renovables, que permitía la compartimentación de las políticas nacionales de apoyo a las renovables y la limitación de las medidas a los operadores energéticos nacionales[50].

Esta línea jurisprudencial ha sido seguida varias veces, por ejemplo en la sentencia *Polonia c. Comisión*[51]*,* poniendo una vez más de manifiesto que el buen funcionamiento del mercado único es lo que prevalece a la hora de tomar decisiones que afecten al medio ambiente y a la energía en la UE. El caso *Polonia c. Comisión* se refería a una Decisión adoptada por la Comisión en 2011 acerca de la asignación de derechos en el marco del régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea[52]. Polonia consideraba que la Decisión, amparada en Directiva y en las reglas de política ambiental del TFUE (artículo 192 (2)), afectaba al derecho de un Estado a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, la elección entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético (y en consecuencia al artículo 194 (2) TFUE). Polonia es un país productor de carbón, y basaba su recurso en la normativa energética del TFUE y en la vulneración del principio de igualdad de trato, argumentando entre otras cosas que a una planta energética que utilice la tecnología hullera más moderna se le asignarían menos derechos que a una planta que emplee tecnología más antigua, pero que sea una planta de gas natural, generando así una merma gigantesca, y discriminatoria, en la competitividad de las compañías hulleras. El Tribunal rechazó ambos argumentos: basándose en jurisprudencia anterior, consideró que la Decisión impugnada era una medida ambiental y no una medida energética, y que no había razones para suponer que el segundo epígrafe del artículo 194 (2) establece una prohibición general que es aplicable también en el área de la política ambiental. Sin embargo, la Decisión de la Comisión estaba basada en una Directiva con su base legal en el artículo 192 (2) TFUE, o sea, de clara naturaleza ambiental. Ello permite afirmar algo que me parece capital: cuando ejerce competencia de naturaleza ambiental, la UE puede válidamente interferir con los

[50] Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad .

[51] Caso T-370/11 *Polonia c. Comisión*, 7 de marzo de 2013

[52] Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad .

derechos de los Estados miembros en lo referente a la energía. Es por ello que una Directiva sobre energías renovables con una base legal en el artículo 192 puede crear menos problemas a la hora de fortalecer o incrementar el intervencionismo de la UE en la política energética de los Estados miembros[53].

Y así llegamos a la sentencia *Ålands Vindkraft*[54], que a mi juicio representa un paso atrás - o una oportunidad perdida de gran importancia. Porque la Gran Sala del TJUE no sólo dejó muchas cuestiones sin resolver sino que adoptó una deferencia a mi juicio excesiva hacia las políticas energéticas nacionales. Como en seguida diré, las circunstancias habían cambiado mucho con respecto a 1998, cuando se dictó *Outokompu*, y tanto el marco jurídico-constitucional como la sensibilidad jurídica y social me parece que hubiesen permitido una solución distinta - y mucho más avanzada.

Ålands Vindkfrat era una empresa finlandesa de producción de energía eólica que tenía una planta ubicada en Finlandia pero muy próxima a Suecia, y de hecho conectada a la red sueca. La empresa solicitó la homologación y autorización a las autoridades suecas (que probablemente hubiese dado derecho a una prima o ayuda a las renovables, mediante certificados negociables). Suecia denegó la solicitud porque la planta eólica no estaba en Suecia, ni en Noruega (con quien había un acuerdo energético) sino en un tercer país, Finlandia, con el que no había acuerdo o tratado, y la legislación sueca establecía como requisito la ubicación en territorio sueco. Ålands Vindkraft recurrió a los tribunales suecos, argumentado que la libertad de circulación de bienes impedía a las autoridades suecas denegar la autorización, y los tribunales suecos plantearon la cuestión prejudicial al TJUE. El asunto no era sencillo. Las Conclusiones del Abogado General Bot eran favorables a estimar la cuestión y declarar que la legislación sueca era incompatible con el derecho de la UE. Era de las primeras veces en las que desde una institución de la UE se propugnaba romper el nacionalismo energético. Pero el Tribunal no siguió a Bot, y la sentencia ratificó la normativa sueca, justificando la continuidad de las políticas nacionales de energías renovables y por tanto

---

[53] En la misma línea puede verse la sentencia *EssentBelgium* (casos acumulados C-204/12 y C-208/2012, ECLI:EU:C:2014:2192), en la que el TJUE alcanza las mismas conclusiones: *"El artículo 5 de la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad , debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un sistema nacional de apoyo, como el controvertido en los litigios principales, que prevé la concesión, por parte de la autoridad reguladora regional competente, de certificados negociables en razón de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables en el territorio de la región en cuestión y que impone a los proveedores de electricidad la obligación de presentar cada año a dicha autoridad, bajo pena de multa administrativa, una determinada cantidad de tales certificados correspondientes a una parte del total de sus suministros de electricidad en esta región, sin que estos proveedores puedan cumplir dicha obligación utilizando garantías de origen procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea o de Estados terceros parte del Acuerdo EEE".*

[54] C-573/12 *Ålands Vindkraft v. AB Energimyndigheten* EU:C:2014:2037.

limitando seriamente el objetivo del mercado único energético. Además, el TJUE no pareció ser muy claro en cuanto a ofrecer criterios sobre cuándo o en qué medida estas políticas nacionales representan una discriminación por razones ambientales, o cuándo podrían considerarse lesivas de la libertad de circulación de bienes, o bajo qué circunstancias podrían constituir medidas de efecto equivalente (artículo 30 TFUE) o medidas de discriminación fiscal (artículo 110 TFUE)[55].

La doctrina *Ålands Vindkraft* representa una gran paradoja en el marco constitucional europeo. Porque avala que los productores nacionales estén facultados para negociar y vender sus certificados eólicos y que los foráneos no lo estén, incurriendo así en un proteccionismo claramente trasnochado - y que en muchos otros sectores es del todo incompatible con el derecho de la UE. El TJUE argumenta esta especificidad del mercado energético diciendo que las barreras que deben ser eliminadas son sólo las contempladas en los arts. 34 y 36 TFUE, y reconociendo bastante margen de discrecionalidad a los Estados para establecer criterios restrictivos siempre que sean compatibles con los arts. 34 y 36 - cuanto este último, sin embargo, no habla de medio ambiente sino 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"*. En este caso el Tribunal adoptó un argumento algo más matizado que en *Outokompu* y que en *PreussenElektra*, probablemente por ser consciente de la importancia de las políticas de combate contra el cambio climático y del principio de integración ambiental, y acaso apuntando una futura evolución en este sentido. En cualquier caso, la lógica de la sentencia continúa siendo la misma que en la jurisprudencia anterior: una vez que la energía eléctrica accede a las redes de transporte y distribución, su fuente deja de resultar determinable desde el punto de vista del proceso utilizado para su obtención. Es por ello que el TJUE sigue argumentando que cada Estado, a través de los criterios establecidos internamente para la producción de energía renovable, determina qué empresa u operador puede conectarse a la red nacional y recibir incentivos, auspiciando así la posibilidad de que los Estados miembros sigan discriminando según el criterio de territorialidad. Y continúa apoyándose en la idea de que las energías renovables sirven para proteger la salud humana, de los animales y de las plantas, y por ello reconoce a los Estados el margen de actuación conforme al interés público, tal y como prevé el artículo 36 TFUE.

[55] Véase un comentario a la sentencia a cargo de Étienne DURAND y Malcolm KEAY, "National support for renewable electricity and the single market in Europe: the Ålands Vindkraft case", en https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2014/08/National-support-for-renewable-electricity-and-the-single-market-in-Europe-the-%C3%85lands-Vindkraft-case.pdf.

Hay dos aspectos más que me parecen criticables de *Ålands.* Uno de ellos es una enorme paradoja - otra de tantas. Porque la sentencia, mencionando los objetivos de sostenibilidad ambiental a través del fomento de las renovables, dice que es precisamente la compartimentación nacional de las ayudas la que es necesaria para dichos objetivos: *"as the EU law currently stands, such a territorial limitation may in itself be regarded as necessary in order to attain the legitimate objective pursued in the circumstances, which is to promote increased use of renewable energy sources in the production of electricity*". O sea, no sólo la energía representa una excepción al mercado único y de hecho contiene medidas de efecto equivalente, sino que además la promoción de las renovables requiere la existencia de mercados nacionales. ¿Por qué dijo esto el TJUE? ¿Por qué se apartó de lo que sostenían el Abogado General, y muchos expertos en economía ambiental? La razón esgrimida fue - si bien de manera no demasiado clara - que las políticas nacionales de fomento de las renovables serían mucho menos efectivas si se abrían a productores extranjeros. Las autoridades nacionales no podrían controlar su mercado energético, y estarían sometidas a una excesiva presión financiera - porque tendrían que financiar a cualquier productor energético, nacional o no, que suministrase energía renovable[56].

Creo que este argumento estrictamente presupuestario (financiar a operadores energéticos extranjeros puede suponer un coste excesivo) está demasiado vinculado a la crisis económica. Y en él reaparece un cierto miedo de las instituciones europeas, y de los gobiernos, a adoptar medidas que parecen considerar impopulares (que el dinero de los impuestos de un país vaya a financiar empresas de otro país). Pero lo que me parece más criticable es que los objetivos ambientales (la promoción de las renovables) se utilicen como argumento precisamente para reforzar el nacionalismo energético, que ha sido y aun es uno de los principales obstáculos a la sostenibilidad energético-ambiental[57].

---

[56] Este fue el argumento del Gobierno alemán, que presentó alegaciones contrarias a las conclusiones del Abogado General. Su sistema de apoyo a las renovables, que estaba igualmente en el punto de mira por discriminar a los operadores energéticos por su origen territorial, hubiese sido declarado ilegal si el TJUE hubiese acogido la tesis del Abogado General. El TJUE empleó otro argumento que me parece igualmente criticable. En el párrafo 103 dijo que abrir las ayudas a las renovables a operadores extranjeros hubiese frustrado las legítimas expectativas de los operadores nacionales. Y me parece criticable porque con ese argumento no parece posible que alguna vez haya algún cambio en la legislación, ya que los operadores que se hayan acogido a ella alegarán que confiaban legítimamente en la permanencia o en la estabilidad del sistema, que quedaría así prácticamente petrificado.

[57] Es igualmente sorprendente que el sector de las renovables se manifestara favorable a la sentencia: véase por ejemplo el editorial de EPIA (European Photovoltaic Industry Association):

http://www.solarpowereurope.org/media/press-releases/. Y la EREF (European Renewable Energy Federation) dijo que eran "muy buenas noticias para el sector de las renovables en Europa": http://www.eref-europe.org/positions/position-papers/.

Me parece que en *Ålands Vindkraft* el Tribunal ha sido demasiado conservador - en el sentido de demasiado apegado a los tradicionales criterios de deferencia hacia los Estados y de haber dejado pasar una excelente oportunidad, tal y como le indicaba el Abogado General Bot, para apostar por integrar los criterios de mercado único con la política energética de apoyo a las renovables. Se sigue avalando la posibilidad de que los Estados regulen sistemas de incentivos e impuestos de los que se pueden beneficiar sólo los nacionales. Bien es verdad que *Outokompu* data de 1998, en los albores de la liberalización del mercado de la energía y un año después de que se firmara el Protocolo de Kyoto. No es descabellado pensar que las autoridades europeas, particularmente el TJUE, acogieran estas novedades con cierto recelo, y que ello de alguna manera contribuyó a la negativa a la armonización de los mercados nacionales para la producción de energías limpias. Hoy que los problemas del cambio climático son bastante mayores y que existe un marco constitucional europeo proclive a la sostenibilidad energética y en concreto a las renovables, la sentencia *Ålands Vindkraft,* que sigue la misma lógica que *Outokumpu,* me parece injustificada. Apoyar, como hace el TJUE, el nacionalismo energético me parece un retroceso en la integración europea y en la consecución de los objetivos de la lucha contra el cambio climático.

Cabe pues concluir que en materia ambiental la legislación europea puede legítimamente incidir en las competencias y las políticas de los Estados miembros en lo concerniente a la energía, pero en cambio cuando se trata de asuntos considerados estrictamente energéticos - tal y como sucedió en *Ålands Vindkraft* - los Estados retienen potestades para establecer medidas impermeables a las reglas de la UE y del mercado único. Y aquí reaparecen las paradojas, porque por un lado el nuevo mercado - supuestamente único - de la energía pretende dar coherencia y comunitarizar la regulación energética, pero por otro la Directiva de renovables expresamente permite la existencia de los sistemas nacionales de incentivos. Y el TJUE no parece hasta el momento proclive a acoger, dotándolos de verdadero carácter vinculante, los objetivos de sostenibilidad que debieran acompañar las políticas energéticas en la UE ni a establecer mecanismos de integración entre dichas políticas y el principio de desarrollo sostenible[58].

[58] Vale la pena mencionar que hay ocasiones en las que los tribunales sí se han tomado más en serio el contenido jurídico vinculante de la sostenibilidad. En el caso Urgenda un tribunal de distrito holandés condenó en junio del 2015 al Estado holandés por no tomar las medidas suficientes para proteger a sus ciudadanos contra el cambio climático. Si no me equivoco, es el primer caso en Europa en el que un Estado ha sido condenado por no tomar las medidas suficientes para proteger a los ciudadanos contra los riesgos del cambio climático. La sentencia emplea, dotándolos de sentido y contenido jurídicos, conceptos como "sostenibilidad", "cambio climático" y "protección contra los daños ambientales para un desarrollo global", y ello con referencia expresa a los tratados internacionales que los contienen y argumentando su necesaria implementación a través de su recepción directa por la legislación nacional holandesa y los factores que de acuerdo con ella

6. CONCLUSIONES

El criterio o principio u objetivo de sostenibilidad es un elemento transversal que pone de manifiesto los retos que quedan por resolver en el proceso de integración europea. La energía y el medio ambiente han cobrado sin duda relevancia en los últimos años, pero se sigue sin dar respuesta política o jurisprudencial en cuanto a la coordinación e integración efectiva de los distintos niveles de gobierno para la consecución de los objetivos de sostenibilidad requeridos por el marco constitucional europeo y por la gobernanza global. Es de esperar que la nueva normativa europea regule en manera clara y cada vez más concreta el sector energético, estableciendo de forma vinculante los criterios 20/20/20, y proporcionando criterios específicos hacía la sostenibilidad en un sentido amplio (no sólo ligada a los biocombustibles) y orientando las leyes de competencia y las ayudas estatales hacía la transición energética de los Estados.

La energía es un sector lleno de complejidades, ligado desde hace mucho tiempo a la soberanía infranqueable de los Estados, a su situación geopolítica, a las oscilaciones del mercado único, al desarrollo de la tecnología y de la industria y a la escasez de los recursos naturales (que en su día dieron lugar a las crisis del petróleo). Pero la conciencia ambientalista ha crecido mucho, y por el momento ha alcanzado su auge con la política climática y los compromisos globales contra las emisiones de CO2, plasmada, entre otros textos, en el Acuerdo de París con el que culminó la COP21 en el año 2015. No es difícil predecir que la regulación energética deberá, más pronto que temprano, adaptarse a esta nueva realidad social, política y jurídica.

A nivel europeo, a pesar de que el Derecho originario (los Tratados) formalmente proporcionan los instrumentos interpretativos y aplicativos que permitirían integrar las políticas sectoriales para lograr un desarrollo sostenible, no se puede hablar todavía ni de una integración plena, ni horizontal ni vertical, ni de que a través del principio de integración - presente desde hace décadas en la política ambiental de la UE - se pueda llegar a una efectiva conciliación de la política energética con los principios del desarrollo sostenible. Pesan todavía demasiado la idea de mercado interior, y sobre todo la obstinación de los Estados en creer que reservarse ese reducto de soberanía energética, y el proteccionismo que la UE aún les otorga, les permite determinar su crecimiento

---

determinan la obligatoriedad de unas mínimas medidas de protección ("*kelderluik*") del Estado hacía sus ciudadanos. El gobierno neerlandés, después de la sentencia favorable a la fundación Urgenda (que representa a 886 ciudadanos), tendrá que aumentar sus medidas de naturaleza ambiental y energética para evitar la emisión de gases de efecto invernadero - si es que no prospera el recurso que ha interpuesto contra la sentencia, según informa el web de la Fundación Urgenda (http://www.urgenda.nl/en/climate-case/). Un resumen oficial del proceso en inglés puede encontrarse en http://www.urgenda.nl/documents/VerdictDistrictCourt-UrgendavStaat-24.06.2015.pdf. Puede verse asimismo Anne-Sophie TABAU - Christel COURNIL "Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas)", *Revue Juridique de l'Environnement* vol. 40 nº 4 (2015), pp. 972 y ss.

industrial. Las actuaciones de la UE siguen siendo esporádicas y desarmonizadas. Sin duda, existe gran cantidad de normativa ambiental o ambientalizada, y pretendidamente integral, que incluye las políticas contra el cambio climático, los transportes, la investigación, la eficiencia energética, la producción, las energías renovables, etc., pero en realidad esa normativa lo que tiende es a desintegrarse, es decir, a compartimentar y a nacionalizar dichos sectores en los países de la UE - particularmente la energía[59]. Pero hay medidas que podrían resolver muchísimos problemas ambientales, climáticos y seguramente también de desarrollo sostenible: por ejemplo, una normativa sobre renovables verdaderamente vinculante que realmente obligase a superar la ecuación 20/20/20 y permitiese armonizadamente producir energía a través de fuentes de energía renovables. Lo que sucede, evidentemente, es que los condicionamientos y las dificultades son enormes: la conformación geo-morfológica de Europa, las diferencias en los sistemas jurídico-administrativos, la ya histórica dependencia del exterior, sobre todo de los países del sur, en hidrocarburos líquidos, y sobre todo criterios puramente económicos, que han impedido que la existencia de una Directiva para el fomento y la incentivación de las renovables diese lugar a una verdadera transformación energética.

En la mayoría de los casos, las medidas de fomento e incentivación de las energías renovables no han tenido la necesaria continuidad o estabilidad que haya generado seguridad jurídica en los inversores - lo que les ha generado, al menos en países como España e Italia, es precisamente lo contrario, la defraudación de la confianza legítima. Hasta ahora los tribunales nacionales han refrendado la validez de la interrupción de las ayudas o primas a las renovables - pero el CIADI, que sepamos, por el momento no ha dictado ningún laudo resolviendo las demandas.

La regulación energética en Europa, aún desintegrada y compartimentada en todas sus fases y aspectos, forma parte indudable del contexto global en el que actúa la UE, y de las políticas y los tratados internacionales de cambio climático, que han tenido un papel fundamental en la recepción de la sostenibilidad en la UE, ya sea en el Derecho originario como en el Derecho derivado. En la versión consolidada Tratado de la Unión Europea el paradigma del desarrollo sostenible adquiere una relevancia importantísima, y por ello es de esperar que el en futuro el TJUE dé muestras de querer crear una hermenéutica interpretativa, y unas herramientas jurisprudenciales, que de una vez por todas consideren la sostenibilidad un principio esencial de cualquier iniciativa que concierna a la energía potenciando una integración del mercado y la adopción de políticas nacionales abiertas a las inversiones extranjeras y la ausencia de restricciones

[59] La energía y la industria, a lo que han tendido, condicionadas por el mercado y las políticas de la UE, es verdaderamente al *unbundling* (a la desintegración), porque el legislador uropeo parece que lo que verdaderamente quiere es sectorializar políticas que nacen - o deberían nacer - de por sí integradas, como la producción, transporte o el suministro de energía.

(ya sea de tipo fiscal, productivo o generativo) a la producción o a la venta de energía verde producida en otro país de la UE. La integración europea en el sector energético, como demuestra la jurisprudencia del TJUE y es un ejemplo evidente la más reciente decisión en *Ålands Vindkraft*, sigue sin producir resultados satisfactorios en términos de verdadera integración comunitaria. Hoy en día, aun preservando el carácter nacional, y, en principio, territorial, de los sistemas de ayudas y primas energéticas existentes, el legislador de la Unión prevé diversos mecanismos destinados a permitir a los Estados miembros cooperar, en la medida de lo posible, para alcanzar los objetivos obligatorios que les impone Directiva 28/2009. Entre estos mecanismos se encuentra la posibilidad, establecida en el artículo 11 de la Directiva, de crear sistemas comunes. Pero de acuerdo a lo señalado por la sentencia *Ålands Vindkraft*, esta facultad ha sido ejercida por Suecia y por Noruega, que han integrado sus sistemas de primas a las renovables y ya no exigen el requisito de la procedencia nacional de la energía. Si no estoy equivocada, son los únicos Estados que han puesto en común sus sistemas de ayudas a las renovables.

Lleva razón Kingston al señalar que el proceso de integración ambiental, siendo uno más entre los diversos principios de integración presentes en el Derecho europeo, se convierte sin embargo en un objetivo cuando se refiere a las políticas no directamente ambientales[60]. Y para ir más allá de lo que ha ido el TJUE, sería importante aplicar la distinción que Sadeleer hace entre la protección ambiental y el desarrollo sostenible una vez integrado en las políticas ambientales[61]: la protección ambiental consiste esencialmente en una vertiente defensiva o pasiva, mientras que la sostenibilidad incorpora una elemento proactivo que potencia, o incluso exige, la integración del medio ambiente en el crecimiento y desarrollo económico, y con los límites que los tribunales y el legislador establezcan para la promoción de los intereses económicos ponderados con los objetivos de política social.

[60] Vid, KINGSTON, S., "Introduction", *European Perspectives on Environmental Law and Governance*, (S. KINGSTON ed.), Routledge, 2013, p. 19

[61] De SADELEER, N., *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford University Press, 2014,

p. 50.