



HAL
open science

La Ordenación jurídica de las energías renovables como oportunidad para la colaboración público-privada: ¿Hay elementos para una gobernanza cooperativa?

Rosa Giles-Carnero, Manuela Mora Ruiz

► To cite this version:

Rosa Giles-Carnero, Manuela Mora Ruiz. La Ordenación jurídica de las energías renovables como oportunidad para la colaboración público-privada: ¿Hay elementos para una gobernanza cooperativa?. 12th Annual International Conference of Territorial Intelligence "Innovación Social y nuevos modos de gobernanza para la transición socio-ecológica", Nov 2013, Huelva, España. halshs-00934875

HAL Id: halshs-00934875

<https://shs.hal.science/halshs-00934875v1>

Submitted on 16 Apr 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES COMO OPORTUNIDAD
PARA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: ¿HAY ELEMENTOS PARA UNA
GOBERNANZA COOPERATIVA?*

Giles-Carnero, Rosa 1¹
Giles@uhu.es

Mora-Ruiz, Manuela 2²
manuela@uhu.es

Palabras Clave:

Regulación; energías renovables; colaboración público-privada; modelo energético; gobernanza

Resumen:

Esta Comunicación pretende poner de manifiesto cómo ante un modelo de producción, distribución y consumo de energía sostenible, fundamentalmente eléctrica, las políticas europeas de lucha contra el cambio climático y energética, están diseñando un modelo alternativo mediante el impulso de las energías renovables, especialmente mediante el concepto de sistema de apoyo que establece la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables, punto de inflexión en la ordenación de este campo.

La necesidad de adaptar el modelo establecido en nuestro Ordenamiento a las exigencias europeas y revisar las estrategias de fomento seguidas hasta ahora, permiten afirmar que la ordenación de las energías renovables de manera específica, con introducción de las variables ambiental y de ordenación del territorio, puede ofrecer un espacio de colaboración público-privada necesario, a través de la articulación de concretos sistemas de apoyo.

1. Estado de la Cuestión: el marco jurídico de referencia en la ordenación de las energías renovables

El actual modelo de producción, distribución y consumo de energía (fundamentalmente, de energía eléctrica) no es sostenible, ni desde un punto de vista ecológico, ni económico, fundamentalmente en lo que concierne al coste de la energía para el consumidor final y su incidencia en la competitividad.

En este contexto, desde la Unión Europea se viene apostando por un determinado modelo en cuanto a las energías procedentes de fuentes renovables, en el sentido de pretender aunar la componente ambiental, asociada a las estrategias de lucha contra el cambio climático (tal y como pone de manifiesto el art. 191.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en

¹ Prof^a Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Huelva

² Prof^a Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva

adelante TFUE; GILES, 2012), con una política energética orientada a buscar un abastecimiento diverso al precedente de las fuentes de energía tradicionales, en la que fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables, constituye un objetivo irrenunciable (art. 194.1 TFUE).

Por efecto de lo anterior, la Unión Europea articula un régimen jurídico preciso para el fomento de las energías renovables, en el que la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables, constituye un punto de inflexión en la ordenación de estas energías³, a través de la introducción del concepto de “sistemas de apoyo”, definidos con una amplitud que permite la conjunción de medidas de intervención pública para la generalización de estas energías, y de autorregulación del sector privado (MORA, 2010).

En este sentido, y a grandes rasgos, la Directiva procura ordenar todo el sector, fundamentalmente, a través de la regulación de los llamados Planes de Acción Nacional y de los sistemas de apoyo, respecto de los cuales la posibilidad de que existan mercados de intercambio en algunos supuestos aparece como una novedad fundamental de esta nueva ordenación. Además, la Directiva conecta con las exigencias de liberalización de las actividades económicas y realiza un esfuerzo considerable por imponer a los Estados Miembros obligaciones de resultados relativas a la simplificación de los procedimientos administrativos vinculados a la explotación de estas fuentes de energía, a la normalización de los sujetos que operan en este sector y, en definitiva, a incorporar al mercado común de la energía aquella que procede de fuentes renovables, con garantía de la libre competencia. En nuestra opinión, es claro el carácter económico y de competitividad de la norma que examinamos, en el marco del irrenunciable principio de desarrollo sostenible.

En todo caso, y en lo que interesa a esta Comunicación, la Directiva entiende que las energías renovables han de ser objeto de una apuesta decidida de los Estados Miembros, a través de un concepto amplio de fomento, y en el que tiene cabida una multiplicidad de dispositivos que comportan actividad administrativa de limitación, junto a una actividad de fomento más sofisticada, en la que los poderes públicos asumen una función de regulación, permitiendo el protagonismo de los sujetos privados en la consolidación de la producción de energía procedente de fuentes renovables, y, en su caso, previendo la concurrencia de esta producción en el mercado liberalizado de las energías, de forma que el consumidor también pueda ostentar un cierto protagonismo, cuando tiene la opción de decidir a favor de estas energías.

Los Estados Miembros puedan, así, conectar los sistemas de apoyo por los que opten y computar la producción de energía a partir de fuentes renovables, al modo de los llamados mecanismos de flexibilización y/o compensación característicos del mercado de emisiones de CO₂, propiciando, como señala el Prof. SANZ RUBIALES (2010), un “sistema de créditos de energías renovables”, a través de la transferencia estadística entre los Estados Miembros, o los proyectos conjuntos (arts. 6 y 7 Directiva, respectivamente).

Junto a ello, en los términos del art. 2.k) de la Directiva, el sistema de apoyo servirá para promover el uso de la energía procedente de fuentes renovables “gracias a la reducción del

³ *DOUE* L 140, de 5 de junio de 2009. La Directiva recoge expresamente como un objetivo obligatorio que el 20% de la energía producida en la Unión Europea proceda de fuentes renovables con el horizonte temporal de 2020 (y un 10% para el sector transporte), tal y como dispone el art. 1 de la norma. Esta Directiva modifica y deroga, a su vez, las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, que habían sido las referencias normativas en la materia que nos ocupa.

coste, aumentando el precio de su venta o el volumen de energía renovable adquirida mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas”, consistiendo en ayudas de inversión, exacciones o desgravaciones, devoluciones de impuestos, sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables, al modo de los certificados verdes, sistemas de apoyo directo a los precios etc...En consecuencia, la Directiva implica, por un lado, que la promoción de las energías renovables es el cauce impuesto a los Estados Miembros para lograr los objetivos de incremento de producción de energía procedente de estas fuentes, y, por otro, abre la puerta a una variedad de instrumentos (normativos, de incentivo en sentido clásico o de control, mediante la certificación de determinada producción de energías) que conectan, a nuestro juicio, con un concepto cualificado de dirección indirecta de los ciudadanos por los poderes públicos, para el logro de determinados objetivos característica del fomento (MORA, 2010).

La cuestión que se plantea, entonces, es si estas fórmulas de promoción del recurso a las fuentes renovables de energía se proyectan en nuestro Ordenamiento, dado el protagonismo del sistema de primas a la producción de energía eléctrica, sobre todo, en régimen especial, y que, sin embargo, parece estar desmantelándose, ante el nuevo sistema de retribución previsto en el art. 30 Ley 54/1997, de 27 de noviembre, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico⁴.

2. La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables en el sistema español: hacia el desmantelamiento de un inicial régimen jurídico de estas energías

Lo expuesto hasta ahora en el nivel Europeo no ha tenido reflejo en nuestro Ordenamiento, entre otras razones, porque no existe un título competencial claro que atribuya las competencias de esta regulación al Estado o a las Comunidades Autónomas; antes al contrario, tanto desde la perspectiva de la ordenación del sector energético (art. 149.1.25 Constitución Española), como desde la perspectiva de la legislación ambiental (art. 149.1.23 CE), Estado y Comunidades Autónomas comparten competencias, correspondiendo al Estado el establecimiento de las bases en una y otra materia.

La consecuencia de lo anterior, es una regulación fragmentaria, en el marco de la ordenación del sector eléctrico, fundamentalmente, en lo que al Estado se refiere, con un papel menor para la componente ambiental de estas energías. Y un modelo desigual en el nivel de las Comunidades Autónomas, porque no todas han legislado en esta materia con igual intensidad, y no todas han utilizado los mismos instrumentos (MORA, 2010).

Así, en lo que al Estado se refiere, las energías renovables son objeto de regulación por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico en dos niveles diferentes, a saber: en cuanto al reparto de competencias que sobre el sector eléctrico concreta la propia Ley, y en relación con el establecimiento de un régimen económico particular para aquellas instalaciones que utilicen tecnologías renovables y tengan una potencia inferior a 50MW, en cuyo caso quedarán excluidas, como ya hemos señalado, del régimen ordinario aplicable a las actividades de suministro eléctrico⁵, para pasar a formar parte del llamado régimen especial. En este último

⁴ BOE núm. 167, de 13 de julio.

⁵ El Art. 1.1 LSE, al establecer el ámbito objetivo de la misma, dispone que las actividades destinadas al

sentido, el Estado había regulado el régimen especial de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables (también de la cogeneración y residuos) en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y había articulado un sistema de retribución específica para la energía producida a partir de la tecnología solar fotovoltaica a través del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, para aquellas instalaciones posteriores a la fecha límite de retribución prevista en el Real Decreto anterior, estableciendo en ambos casos un sistema de primas una vez constatado el cumplimiento de determinados requisitos técnicos para las instalaciones en cuestión, y previendo la prioridad de esta producción en el acceso a la red para su distribución y evacuación. En cierta medida, se trataba de crear un régimen de retribución estable con capacidad para hacer atractiva la producción de energías a partir de fuentes renovables.

Junto a ello, la regulación de las energías procedentes de estas fuentes había sido objeto de una planificación indicativa, de grandes objetivos, que quedaba subordinada a la planificación de estructuras relacionadas con la producción de energía eléctrica en general, de carácter vinculante. En todo caso, y ello es lo que interesa destacar, las energías renovables no han sido objeto de regulación específica en el nivel del Estado y la Directiva de Fomento de las Energías Renovables se ha incorporado fundamentalmente a nuestro Derecho a través de la aprobación del Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2011-2020, aprobado el 30 de junio de 2010, que, sin embargo, a nuestro juicio, cumple una función limitada, por su contenido indicativo, ya que la batería de medidas que contempla, pese a la identificación de plazos para su ejecución y los sujetos responsables de su adopción, no prevé medidas concretas de actuación, y no efectúa una reordenación del sector orientada a los sistemas de apoyo en la dirección propuesta.

Es más, el sistema de primas previsto para la retribución de la producción de energía procedente renovables, aun cuando haya sido objeto de críticas, conectaba con el concepto dado por la Directiva de los sistemas de apoyo; sin embargo, desde la reforma de 2013, se ha previsto un sistema de retribución desconocido, que no permite establecer una política de fomento de las energías renovables⁶, basado en la “rentabilidad razonable de la instalación”, cuyos criterios, aún no determinados por el Gobierno, pueden llevar a la situación ilógica de que la inversión realizada por los promotores de esta producción de energía, sea financiada con recursos propios, o alcance valores negativos, haciendo de todo punto imposible el aludido fomento de las energías renovables. En este sentido, se argumenta que es necesario compensar el “déficit tarifario” sufrido por las grandes empresas del mercado eléctrico al tener que asumir el régimen especial de producción de energía cuando procede de fuentes renovables, planteándose, en definitiva una situación de regresión en cuanto al apoyo de esta producción si, finalmente, el consumidor final ha de asumir el encarecimiento de la energía, y ello directamente vinculado a la situación de escasa competencia que existe en este mercado⁷.

suministro de energía eléctrica, consisten en su “generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico”.

⁶ Téngase en cuenta el Informe 18/2013, de 4 de septiembre, de la Comisión Nacional de la Energía, en relación con la propuesta de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, accesible en www.cne.es, visitada el 20 de octubre de 2013.

⁷ Véase el artículo publicado en El País, *Otro diagnóstico del problema eléctrico*, el 15 de septiembre de 2013, accesible en http://economia.elpais.com/economia/2013/09/13/actualidad/1379065989_627693.html.

En contraposición con la ordenación estatal de las energías renovables, hemos de reconocer un mayor esfuerzo por parte de las Comunidades Autónomas en crear un régimen jurídico estable de las mismas, aunque, como ya hemos dicho, con desigual resultado, si bien con una mayor presencia de la componente ambiental.

Así, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla-La Mancha y Murcia, han regulado a través de leyes de cabecera el sector que nos ocupa, dando carta de naturaleza a una auténtica política autonómica de fomento de las energías renovables, pues buena parte de las disposiciones previstas se orientan a la articulación de mecanismos que promuevan la producción de energía a partir de fuentes renovables, incluso en el nivel de autoconsumo. En este sentido, es llamativa la planificación efectuada por las Comunidades Autónomas en cuanto a las instalaciones de producción de estas energías, pues la misma alcanza un carácter vinculante que no tiene en el nivel del Estado, por su mayor conexión a la Ordenación del Territorio, competencia de las Administraciones Autonómicas; el impulso que se le concede a los certificados energéticos, o la institucionalización de las ayudas y subvenciones, como fórmula idónea de generalización de la producción procedente de fuentes renovables.

En otros términos, tanto las Comunidades mencionadas con anterioridad, como el resto de Comunidades Autónomas, vienen apostando por una determinada orientación del fomento de las energías renovables en la que las Administraciones están en un segundo plano, otorgando un mayor protagonismo a quienes puedan ser promotores de este tipo de producción energética. En este escenario, las últimas medidas aprobadas por el Gobierno en el nivel Central comportan un riesgo importante para las políticas autonómicas de fomento de las energías renovables adoptadas hasta el momento, dado el alto nivel de inseguridad jurídica creado en torno a la retribución de esta actividad.

3. Algunas consideraciones finales sobre las posibilidades de una gobernanza cooperativa en materia de energías renovables

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas hasta este momento, debemos concluir con algunas ideas adicionales que demuestran la importancia estratégica de una correcta regulación de estas energías, como pieza de políticas de mayor envergadura como la que representa la lucha contra el cambio climático, en las que sociedad y poderes públicos están directamente implicados:

Así, en primer lugar, debemos insistir en la idea de que, desde una perspectiva puramente ambiental, no puede cuestionarse la relevancia de la generalización del recurso a la energía procedente de fuentes renovables para lograr el objetivo ambiental de reducción de las emisiones de GEI. En este sentido, la concreta ordenación de este sector a la luz de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables, nos ofrece la posibilidad de acudir a instrumentos diversos de los considerados de *orden y control* para atender a las exigencias de la tutela ambiental, conectando con la línea de evolución reconocida del Derecho Ambiental más reciente, consistente en “la ampliación del elenco de instrumentos orientados a la protección ambiental” (BETANCOR, 2010), sobre la base de una necesaria colaboración entre sujetos públicos y privados para lograr el objetivo común de reducción de las emisiones de GEI (MORA, 2012).

En segundo lugar, y por efecto de lo anterior, debe reconocerse la importancia e interés de la regulación de las energías renovables, en la que las exigencias de tutela ambiental legitiman la

actuación de las Administraciones Públicas. La cuestión será, entonces, determinar la medida e intensidad de dicha actuación, a través de un concepto fundamental como el de “regulación”, entendida en términos amplios, de una completa ordenación de la materia y la determinación de las funciones de sujetos públicos y privados. Baste pensar en la importancia de las reglas de funcionamiento del mercado, ante un hecho tan relevante como la compra de energía eléctrica efectuada directamente por los consumidores a través de la Organización de Consumidores y Usuarios, mediante su participación en la correspondiente subasta, de la que resulta beneficiaria la compañía “Holaluz”⁸, tal y como ha sucedido recientemente en nuestro país.

Esta última afirmación conecta con la necesidad de valorar la relación existente entre la regulación más reciente de las energías renovables y las exigencias de liberalización de actividades y servicios que nos vienen desde el Derecho Europeo. A nuestro juicio, no hay duda de la importancia económica del sector y, por tanto, de la oportunidad de plantear un sistema de control por parte de las Administraciones y de racionalización de la producción de energía a partir de fuentes renovables que consiga una verdadera integración de procedimientos, con la que poder superar la situación de actual de superposición de regulaciones sectoriales que pueden llegar a desincentivar al promotor de la instalación, y en la que la opción consciente del consumidor final por la energía procedente de fuente renovable se encuentra en segundo plano. A nuestro juicio, la situación es particularmente compleja en nuestro Ordenamiento, habida cuenta de la confluencia de Estado y Comunidades Autónomas en la regulación de estas energías. Como hemos señalado, parece oportuno llevar a cabo una revisión del régimen de las energías renovables, a través del establecimiento de bases estructurales que nos permitan el reconocimiento de una auténtica política en lo que al fomento de las energías renovables se refiere.

Finalmente, desde una perspectiva más general para el Derecho Público, estamos en el convencimiento de que las energías renovables constituyen un sector o ámbito de estudio de gran relevancia, y ello por los retos que se plantean en torno a cómo los poderes públicos pueden construir el sector en positivo (MORA, 2012), teniendo en cuenta la necesidad de dar entrada a la sociedad en la articulación del mismo. A nuestro juicio, el Derecho creado para las energías renovables ofrece un enfoque diverso en cuanto a las relaciones entre las Administraciones y la sociedad, teniendo en cuenta que, por un lado, es preciso concretar el papel que le corresponde a la Administración en un sector liberalizado como el que nos ocupa, y, por tanto, conocer los instrumentos que le otorgan una capacidad de regulación considerable, sin que actúe a través de las fórmulas tradicionales de *ordeno* y *mando*; y, por otro, la Administración ha de atender nuevos requerimientos de coordinación, con otras instancias administrativas y con el sector privado, puesto que unas y otro comparten objetivos que satisfacen el interés general, en este caso la generalización de las energías renovables y de lucha contra el cambio climático, generando espacios de gobernanza público-privada, pues ambos actores, desde sus propios intereses, asumen participación en el logro de dichos objetivos.

Si, como señala el Prof. BARNÉS, el concepto de gobernanza se vincula a la dirección y coordinación de una multiplicidad de sujetos, públicos y privados, “implicados en la realización de determinadas políticas” (BARNÉS, 2010), la Ordenación jurídica de las energías renovables, impulsada fundamentalmente, desde la Unión Europea, ofrece un espacio claro de gobernanza colaborativa que, no obstante, no se comprende aún así en el Derecho interno de nuestro país.

⁸ Véase <http://www.europapress.es/sociedad/consumo-00648/noticia-holaluzcom-gana-compra-colectiva-ocu-20131021131615.html>, visitada el 21 de octubre de 2013.

Bibliografía

BARNES, J. (2010), Las fuentes del Derecho y las nuevas formas de regulación y gobernanza administrativa, en BACA, V. & RODRÍGUEZ-ARANA, J. *et al*, (coordinadores), *Fuentes del Derecho Administrativo, (Tratados internacionales, contratos como regla del derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina

BETARNCOR, A. (2010), Nuevas tendencias del Derecho Ambiental. Perspectiva general introductoria”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25

GILES, R (Coor.) (2012), *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de futuro*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona)

MORA, M. (2010), La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 257

MORA, M (2012), Energías renovables y eficiencia energética en el ámbito local: Dispositivos de intervención ambiental al alcance de los Entes Locales, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. III, núm. 1

SANZ RUBIALES, I (2010), Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la Directiva 2009/28/CE, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25