Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 15 de abril de 2021 [1]

Asunto C-683/19

Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. A.,
contra
Administración General del Estado,
Iberdrola, S. A.,
Naturgy Energy Group, S. A., anteriormente Gas Natural SDG, S. A.,
EDP España, S. A.,
CIDE, Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica,
Endesa, S. A.,
Agri-Energía, S. A.,
Navarro Generación, S. A.

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo)

«Petición de decisión prejudicial — Normas comunes para el mercado interior de la electricidad — Directiva 2009/72/CE — Imposición de obligaciones de servicio público — Financiación de un bono social que se aplica solo a determinadas sociedades — Principios de transparencia y no discriminación»

I. Introducción

1. Las recurrentes son sociedades que operan en el mercado español de la electricidad y a las que se ha exigido que contribuyan a la financiación de una medida española de asistencia social a favor de los consumidores vulnerables. El legislador español declaró que esta constituía una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE. [2] Una de las recurrentes impugnó ante el Tribunal Supremo la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la mencionada obligación de financiación.

2. Dicho órgano jurisdiccional dictó sentencia estimando el mencionado recurso. En opinión del Tribunal Supremo, los requisitos de compatibilidad que impone el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 constituían un «acto claro», de modo que no era necesario remitir una petición de decisión prejudicial. Sin embargo, en amparo, el Tribunal Constitucional anuló esa sentencia. A su parecer, el Tribunal Supremo había considerado erróneamente que se trataba de

[1] Lengua original: inglés.

[2] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO 2009, L 211, p. 55).

un «acto claro» y, por ende, había vulnerado los derechos constitucionales que asisten a la Administración General del Estado al declarar el Derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión sin haber planteado previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

3. A raíz de esa última sentencia, el Tribunal Supremo ha planteado al Tribunal de Justicia la presente petición de decisión prejudicial, a fin de aclarar si la obligación de financiación impuesta a las recurrentes es compatible con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. La Directiva 2009/72 sustituyó a la Directiva 2003/54/CE [3] con el fin de seguir desarrollando las normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En su considerando 50, declara lo siguiente:

«Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos. Los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho comunitario por los Estados miembros. Los ciudadanos de la Unión y, cuando los Estados miembros lo estimen adecuado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones de servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro[,] y unos precios razonables. […]»

5. El artículo 2 de la Directiva 2009/72 establece lo siguiente:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

21) “empresa integrada verticalmente”, una empresa eléctrica o un grupo de empresas eléctricas en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución y, como mínimo, una de las funciones de generación o suministro de electricidad;

[…]».

6. El artículo 3 de la Directiva 2009/72 regula las llamadas «obligaciones de servicio público» y la protección del cliente. A tenor de sus apartados 2 y 6:

«2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés

[3] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE — Declaraciones sobre las actividades de desmantelamiento y de gestión de residuos (DO 2003, L 176, p. 37).

económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. […]

[…]

6. Cuando se provean las compensaciones financieras, las demás formas de compensación y los derechos exclusivos que conceden los Estados miembros para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en los apartados 2 y 3, se hará de modo transparente y no discriminatorio.»

B. Derecho español

7. Bajo el epígrafe de «Consumidores vulnerables», el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, «Ley 24/2013»), dispone, en lo que aquí atañe:

«2. El bono social resultará de aplicación a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que por real decreto del Consejo de Ministros se determinen. […]

3. El bono social cubrirá la diferencia entre el valor del precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base, que se denominará tarifa de último recurso y será aplicado por el correspondiente comercializador de referencia en las facturas de los consumidores que puedan quedar acogidos al mismo.

[…]

4. El bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la [Directiva 2009/72] y será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar se calculará, para cada grupo empresarial[,] como la relación entre un término que será la suma de las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras en que participe el grupo, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de suministros y clientes de todos los grupos empresariales que deben ser considerados a los efectos de este reparto.

Este porcentaje de reparto será calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente. […]

[…]

En todo caso, las aportaciones que debe realizar cada una de dichas sociedades se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión.»

8. Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (en lo sucesivo, «Real Decreto-ley 9/2013»), en la sección V de su exposición de motivos, en lo que aquí respecta, observa lo siguiente:

«En el presente real decreto-ley se acomete, igualmente, la modificación del régimen de asunción del coste del bono social.

[…]

Partiendo de este hecho, y con el fin de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, se juzga necesario modificar el régimen de reparto del coste introducido por la [Orden IET/843/2012], imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados.

En efecto, la imposición de esta obligación a las tales matrices permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico. Ciertamente, quedaría con ello excluida de tal reparto la actividad de transporte, si bien dicha excepción se considera justificada por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resultaría posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.»

9. El Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social (en lo sucesivo, «Real Decreto 968/2014»), expone en sus artículos 2 y 3 la metodología de la financiación del bono social previsto en el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013.

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

10. El Real Decreto-ley 6/2009 introdujo un mecanismo dirigido a ofrecer a ciertos consumidores que presentan determinadas características sociales, de consumo y de poder adquisitivo (en lo sucesivo, «consumidores vulnerables») un descuento en el precio de la electricidad en España. En consecuencia, los consumidores que reúnen los requisitos obtienen una reducción automática (en lo sucesivo, «bono social»), que se aplica directamente a su factura eléctrica por parte del

suministrador de último recurso.[4] Así pues, esos suministradores facturan a los consumidores que reúnen esos requisitos un precio inferior al que rige en el mercado de la electricidad.[5]

11. Inicialmente, con arreglo al Real Decreto-ley 6/2009, dicho sistema se financiaba sometiendo a un impuesto a todas las sociedades propietarias de plantas de producción eléctrica. Sin embargo, el 7 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo anuló el Real Decreto-ley 6/2009 al considerar que su sistema de financiación era incompatible con la Directiva 2009/72 (en lo sucesivo, «sentencia de 2012»).[6] Se desestimó, por inadmisible, un recurso de amparo presentado contra esa sentencia ante el Tribunal Constitucional.

12. En respuesta a la sentencia de 2012, el legislador español adoptó el Real Decreto-ley 9/2013, que sustituía al Real Decreto-ley 6/2009. En el nuevo Real Decreto-ley se declara, en particular, que el Tribunal Supremo no concretó ningún método para distribuir el coste del bono social, lo que permitía a la Administración General del Estado elegir el sistema que considerase más adecuado. Por tanto, la obligación de cargar con los costes derivados del bono social recae sobre «las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica».

13. El 26 de diciembre de 2013 se adoptó la Ley 24/2013. Con arreglo a su artículo 45, apartado 3, el bono social cubre la diferencia entre el precio facturado a los consumidores vulnerables que reúnan los requisitos y el precio básico de la electricidad en el mercado español. A continuación, el apartado 4 del mismo artículo define el bono social como una «obligación de servicio público». Asimismo, declara que su financiación recaerá sobre «las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica» (en lo sucesivo, «aportación obligatoria»).

14. El 21 de noviembre de 2014 se adoptó el Real Decreto 968/2014 con el fin de desarrollar la Ley 24/2013. En él se establece la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades destinadas a financiar el sistema.

15. La Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (en lo sucesivo, «Orden IET/350/2014»), designa las entidades sujetas a la aportación obligatoria y establece los porcentajes de reparto de las cantidades que han de financiarse conforme al sistema en su totalidad en el año 2014.[7]

16. Con arreglo a la Orden IET/350/2014, cuatro sociedades cubrirán el 96,64131 % del coste del bono social: Endesa, S. A. (41,612696 %), Iberdrola, S. A. (38,474516 %), Gas Natural SDG, S. A. (14,185142 %), y E.ON España, S. L. U. (que posteriormente pasó a ser Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L.; en lo sucesivo, «Viesgo») (2,368956 %). En cambio, en la misma Orden se

[4] En el ámbito de las «obligaciones de servicio público» previstas por la Directiva 2009/72, el concepto de «suministrador de último recurso» hace referencia a una compañía designada por el Estado miembro para garantizar la continuidad del suministro a los consumidores de energía (incluidos los clientes domésticos) a «precios razonables» (las llamadas «tarifas de último recurso»). Véanse el considerando 47 y los artículos 3, apartado 3, y 37, apartado 6, de la Directiva 2009/72.

[5] Con arreglo al artículo 6 del Real Decreto 897/2017, dicho precio constituye un descuento del 25 % sobre el precio de mercado de la electricidad en España a favor de los consumidores «vulnerables», y un descuento del 40 % sobre el mismo precio para los consumidores «vulnerables severos».

[6] STS 1425/2012, de 7 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1425).

[7] Los años siguientes se adoptaron órdenes similares, como la Orden IET/2182/2015 (para el año 2015) y la Orden IET/1451/2016 (para el año 2016).

asignaron a otras veintitrés compañías coeficientes muy inferiores, todos ellos por debajo del 1 %. Estas cantidades son calculadas anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y se han de ingresar en una cuenta de depósito designada específicamente a tal fin. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también le corresponde liquidar los pagos correspondientes a cada compañía y transferir a esta un importe equivalente al bono social concedido por el suministrador de último recurso a los consumidores vulnerables.

17. El 18 de diciembre de 2014, E.ON España (que posteriormente pasó a ser Viesgo), interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional remitente contra el Real Decreto 968/2014. En él se alegaba que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013, desarrollado en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, era incompatible con la Directiva 2009/72.

18. El Tribunal Supremo estimó el recurso mediante sentencia de 24 de octubre de 2016. Anuló los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014 al entender que eran incompatibles con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. El Tribunal Supremo expuso que había llegado a tal conclusión atendiendo a las sentencias Federutility y otros [8] y ANODE [9] del Tribunal de Justicia.

19. La Administración General del Estado interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo estimó mediante sentencia de 26 de marzo de 2019. Al parecer del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho a un «proceso […] con todas las garantías», consagrado en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución española, al declarar el Derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión sin haber planteado previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

20. Según el auto de remisión, el Tribunal Constitucional había considerado, en particular, que la jurisprudencia en que se había basado el órgano jurisdiccional remitente para declarar el Derecho nacional incompatible con la Directiva 2009/72 no constituía un «acto claro» en relación con el litigio del que conocía. Por este motivo, el Tribunal Supremo no estaba exento de la obligación de remitir una petición de decisión prejudicial, de modo que procedía anular la sentencia recurrida y restablecer la situación existente antes de que esta fuese dictada.

21. Con estos antecedentes de hecho y de Derecho, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) Si, de acuerdo con la doctrina establecida por [el] Tribunal de Justicia —entre otras, en sus sentencias de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federutility) y de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, ANODE)— resulta compatible con las exigencias establecidas en el artículo 3.2 de la [Directiva 2009/72] una regulación nacional —como la establecida en el artículo 45.4 de la [Ley 24/2013], desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del [Real Decreto 968/2014]— en la que la financiación del bono social se hace recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico —las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica—, siendo así que algunos de esos sujetos obligados tienen muy escaso peso específico en el conjunto del sector, quedando en cambio eximidos de dicha carga otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores

[8] Sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205).

[9] Sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637).

condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.

2) Si resulta o no compatible con la exigencia de proporcionalidad establecida en el citado artículo 3.2 de la [Directiva 2009/72] una regulación nacional de la que resulta que la obligación de financiación del bono social no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna.»

22. Han presentado observaciones escritas Agri-Energía y otros (en lo sucesivo, «Agri-Energía»), EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy Energy Group (en lo sucesivo, «Naturgy»), Viesgo, el Gobierno español y la Comisión Europea. Estas mismas partes han respondido también a las preguntas planteadas por escrito por el Tribunal de Justicia.

IV. Análisis

23. Las presentes conclusiones seguirán la estructura siguiente. Comenzaré con las dudas sobre la admisibilidad expresadas por los intervinientes (A). A continuación, iniciaré mi análisis del fondo tratando en primer lugar qué es exactamente lo que se ha designado como «obligación de servicio público» (B.1). Después, examinaré si tal «obligación de servicio público» está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 y si cabe considerarla compatible con los requisitos de dicha disposición (B.2). Por último, me ocuparé de la segunda cuestión prejudicial, relativa a la proporcionalidad de la «obligación de servicio público» y a la eventual obligación de compensar a las sociedades sujetas a tal obligación (B.3).

A. Sobre la admisibilidad

24. Viesgo, Iberdrola y Endesa presentan dos líneas argumentales en cuanto a la admisibilidad.

25. En primer lugar, alegan que el órgano jurisdiccional remitente, como máxima autoridad judicial competente para decidir si era necesaria una petición de decisión prejudicial para resolver sobre la compatibilidad del Real Decreto 968/2014 con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, consideró que la doctrina del «acto claro» le eximía de remitir tal petición. Dado que solamente a dicho tribunal le incumbe garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional carece de competencias para revisar tal decisión o sustituir por la suya propia la apreciación del órgano jurisdiccional remitente en cuanto a la existencia de un «acto claro».

26. En segundo lugar, entienden que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con arreglo a la cual cualquier órgano jurisdiccional español está obligado a plantear una petición de decisión prejudicial cuando considere que la legislación nacional es incompatible con el Derecho de la Unión [10] priva a los tribunales de última instancia de la facultad de valorar la necesidad de tal

[10] EDP España observa que esta práctica se refleja también, entre otras, en las sentencias siguientes: STC-46/2019, de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:46); STC-54/2019, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:54); STC-58/2019, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:58); STC-59/2019, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:59); STC-67/2019, de 20 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:67); STC-71/2019, de 20 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:71), y STC-81/2019, de 17 de junio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:81).

remisión. El órgano jurisdiccional remitente y las partes exponen que esta jurisprudencia no es coherente, pues no impone una obligación similar si el órgano jurisdiccional nacional considera que la legislación nacional es compatible con el Derecho de la Unión.

27. En consecuencia, estiman que, dado que los motivos por los que se ha remitido en el presente asunto una petición de decisión prejudicial se derivan de normas de procedimiento y jurisprudencia nacionales que socavan la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia habría de declararse incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales. Con carácter subsidiario, entienden que debe desestimarse la petición por inadmisible.

28. En mi opinión, el presente asunto no es inadmisible ni ajeno a las competencias del Tribunal de Justicia.

29. En primer lugar, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por un órgano jurisdiccional nacional generalmente disfrutan de una presunción de pertinencia.[11] El órgano jurisdiccional remitente es el único responsable de la definición del marco fáctico y normativo en el cual solicita la orientación del Tribunal de Justicia.[12] Esto es así incluso en los casos en los que la discrecionalidad del órgano jurisdiccional nacional para efectuar o no la remisión está limitada de alguna forma por el Derecho nacional. Aun en tales situaciones, sigue siendo prerrogativa del órgano jurisdiccional remitente formular las cuestiones prejudiciales, exponer el Derecho y el procedimiento nacionales y definir efectivamente el alcance del asunto que se plantea al Tribunal de Justicia. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente sigue siendo responsable de la ulterior resolución judicial. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.[13]

30. En segundo lugar, en el presente asunto el objeto de la remisión se refiere claramente a un litigio efectivamente pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente. Este explica que la petición de decisión prejudicial es necesaria para la resolución de dicho litigio, señalando que existe discrepancia entre él mismo y un tribunal de rango superior acerca de la existencia de un «acto claro» en cuanto al principio de no discriminación establecido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. Así pues, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los casos de remisión artificial, la respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia es realmente *necesaria* para que el órgano jurisdiccional remitente pueda resolver su litigio.[14]

31. En tercer lugar, aunque la jurisprudencia en que el órgano jurisdiccional remitente basa su interpretación constituyese un «acto claro» (algo que dista mucho de ser evidente, dado que el propio órgano jurisdiccional remitente discrepa del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad de dicha jurisprudencia), no deja de ser cierto que una hipotética apreciación de la existencia de un «acto claro» a efectos de la exención a la obligación de plantear la remisión, en el sentido de la sentencia CILFIT,[15] no afecta a la admisibilidad de la o las cuestiones

11 Sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros (C-621/18, EU:C:2018:999), apartado 27.

12 Sentencia de 12 de diciembre de 2019, Slovenské elektrárne (C-376/18, EU:C:2019:1068), apartado 24. En cuanto a los casos, ciertamente limitados, en que el Tribunal de Justicia puede negarse a responder a una cuestión prejudicial, véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y Prokurator Generalny (C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234), apartado 44.

13 Sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems (C-311/18, EU:C:2020:559), apartado 73 y jurisprudencia citada.

14 Véanse, a este respecto, las sentencias de 11 de marzo de 1980, Foglia (104/79, EU:C:1980:73), apartado 11; de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, EU:C:1981:302), apartados 17 y 18, y de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y Prokurator Generalny (C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234), apartado 53.

15 Sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT y otros (283/81, EU:C:1982:335), apartados 16 a 20.

prejudiciales. Ciertamente, una apreciación de «acto claro» puede hacer que un asunto resulte «innecesario» a efectos del artículo 267 TFUE. Sin embargo, un asunto sigue siendo claramente admisible si se efectúa la remisión al Tribunal de Justicia. A lo sumo, el Tribunal de Justicia puede despachar el asunto con un auto motivado en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

32. En conclusión, el presente asunto es admisible. Por otro lado, el objeto del litigio está claramente comprendido en el ámbito de competencias del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE.

33. Una vez aclarado este extremo, pese a todo, podría estar de acuerdo con que, si la obligación de remisión, que se deriva del Derecho de la Unión y está definida por este con carácter autónomo, sufriese una «adaptación» o fuese «truncada» de forma asimétrica como sugiere el órgano jurisdiccional remitente y han contribuido a esclarecer los intervinientes, ello podría suscitar una cuestión de Derecho de la Unión, pero no necesariamente una cuestión de admisibilidad. Sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional remitente no ha formulado ninguna cuestión al respecto, me limitaré a extraer las siguientes conclusiones generales.

34. En primer lugar, el Derecho de la Unión no se opone en modo alguno a que un tribunal nacional superior o un tribunal constitucional decidan penalizar el incumplimiento de la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. En efecto, en numerosos sistemas nacionales, especialmente en los que conocen un control individual de constitucionalidad de las resoluciones judiciales de última instancia,[16] ciertamente se controla el cumplimiento de la obligación de remisión por parte de los tribunales nacionales de última instancia.[17]

35. En segundo lugar, tal intervención de un tribunal superior o constitucional, de forma natural e inevitable, puede llevar a la pérdida de (parte de) su discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones se revisan. No obstante, este efecto es inherente a toda forma de revisión de resoluciones concretas. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que ninguna práctica constitucional, legislativa, administrativa o judicial, incluidas las relativas a recursos interpuestos contra resoluciones en las que se desestima la necesidad de una remisión, puede privar a un órgano jurisdiccional de la posibilidad de plantear una petición de decisión prejudicial.[18] El Tribunal de Justicia ha declarado, incluso, que el tribunal inferior está facultado para desatender la opinión jurídica de un tribunal superior si la considera incompatible con el Derecho de la Unión.[19]

16 Como ejemplos de diferentes sistemas aparte del español, véanse, por ejemplo, las siguientes resoluciones de tribunales constitucionales: en Alemania, Bundesverfassungsgericht, auto de 9 de mayo de 2018 — 2 BvR 37/18; en la República Checa, Ústavní soud, 8 de enero de 2009, n.º II. ÚS 1009/08; en Croacia, Ustavni sud Republike Hrvatske, resolución n.º U-III-2521/2015, de 13 de diciembre de 2016; en Eslovaquia, Ústavný súd, sentencia de 18 de abril de 2012, n.º II. ÚS 140/2010, y, en Eslovenia, Ustavno sodišče, resolución n.º Up-1056/11, de 21 de noviembre de 2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.1056.11.

17 Véase un análisis comparativo en Solar, N.: *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Viena, 2004. Como ejemplo más reciente, véanse los informes individuales de país en Coutron, L. (dir.): *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée*?, Bruylant, Bruselas, 2014; o los artículos individuales en la edición especial de 2015 del *German Law Journal*, vol. 16/6, y, en particular, Lacchi, C.: «Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU», p. 1663.

18 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartados 94 y 95 y jurisprudencia citada; de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 32 y jurisprudencia citada, y de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979), apartados 35, 36 y 49 y jurisprudencia citada.

19 Tal como se trasluce, en particular en las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581), apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 15 de enero de 2013, Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 68 y jurisprudencia citada.

36. No obstante, las razones en que se sustenta esta jurisprudencia consisten en evitar que los tribunales superiores impidan a los tribunales inferiores sometidos a su jurisdicción acceder directamente al Tribunal de Justicia mediante el procedimiento prejudicial, lo cual iría claramente en contra del artículo 267 TFUE (o al menos de su párrafo segundo). [20] En mi opinión, esta línea jurisprudencial nunca ha tratado de otorgar a los órganos jurisdiccionales nacionales una general y terminante «licencia para inaplicar», más propia de un burdo eslogan de película de James Bond que de un sistema judicial correctamente organizado. Antes bien, dicha jurisprudencia trae a colación una «licencia para discrepar» (limitada y específica), o incluso una «licencia para apartarse» en casos concretos, cuando tal decisión esté debidamente motivada y fundada. Por lo tanto, la regla de oro consiste en *razonar detalladamente* la supuesta incompatibilidad de esa resolución con el Derecho de la Unión. [21]

37. En tercer lugar, no obstante, toda medida nacional dirigida a hacer cumplir la obligación de remisión debe respetar la naturaleza y el alcance del propio artículo 267 TFUE *definidos por la jurisprudencia* del Tribunal de Justicia. [22] Obviamente, la legislación nacional puede desarrollar procesalmente, en términos más precisos, lo que el Derecho de la Unión establece con carácter general. Sin embargo, el principio fundamental es que, cuando un Estado miembro decide establecer criterios de ejecución para garantizar el debido cumplimiento de la obligación de remisión, no puede *modificar* (unilateralmente) *el alcance de la obligación* establecida en el mismo artículo 267 TFUE, pues, de lo contrario, se menoscabarían los principios de uniformidad y seguridad jurídica, también inherentes a dicha disposición. [23]

38. En cuarto lugar, cualesquiera que sean las reservas que se tengan acerca de la viabilidad de los criterios CILFIT, en particular los relativos a la existencia de dudas razonables en cuanto a la correcta interpretación del Derecho de la Unión en el asunto del que conozca el órgano jurisdiccional nacional, [24] es evidente que los mencionados criterios se refieren a *toda cuestión de interpretación* del Derecho de la Unión. Por lo tanto, son criterios referidos a la cuestión o asunto específicos, pero actúan con total independencia del resultado del análisis. En efecto, un «acto claro» no lo es más o menos en función de si su resultado consiste en una declaración de incompatibilidad o de compatibilidad por parte del órgano jurisdiccional nacional. La consecuencia del análisis es totalmente irrelevante a este respecto.

39. Por otro lado, la estructura judicial de la Unión faculta de forma clara y coherente a los órganos jurisdiccionales nacionales para decidir de oficio acerca de la compatibilidad o incompatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión. [25] Esta facultad responde al mandato que el Derecho de la Unión dirige a *todos* los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Si estos consideran que no necesitan la orientación del Tribunal de Justicia sobre un aspecto concreto del Derecho de la Unión en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo segundo, o si entienden que no están obligados a solicitarla en virtud del párrafo tercero del mismo artículo, *no deben dirigirse necesariamente* al Tribunal de Justicia con una petición de decisión prejudicial. Lo

[20] Empezando por la sentencia de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3).

[21] Véanse, para más detalle, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție — Direcția Națională Anticorupție y otros (C-357/19 y C-547/19, EU:C:2021:170), puntos 235 a 243.

[22] Véase, por analogía, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), apartado 65.

[23] Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), apartado 15.

[24] En sentido crítico, véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352); del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415), o del Abogado General Wahl presentadas en los asuntos acumulados X y van Dijk (C-72/14 y C-197/14, EU:C:2015:319).

[25] Sentencias de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartados 53 a 55, y de 5 de octubre de 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581), apartado 28, y auto de 3 de septiembre de 2020, Vikingo Fővállalkozó (C-610/19, EU:C:2020:673), apartado 75.

contrario no solo podría ser incongruente con el contenido autónomo del alcance de la obligación de remisión prejudicial que impone el Derecho de la Unión, sino que también podría inutilizar el ejercicio del mandato independiente dirigido a los órganos jurisdiccionales nacionales al aplicar y hacer cumplir el Derecho de la Unión en el ámbito nacional. [26]

40. En quinto y último lugar, si el tribunal superior o el tribunal constitucional nacional ante el cual se ha interpuesto un recurso extraordinario comienza a revisar si el tribunal de última instancia ha aplicado correctamente la excepción del «acto claro» de la jurisprudencia CILFIT, lo más probable es que ese propio tribunal de recurso haya de interpretar el Derecho de la Unión. [27] Sin embargo, en ese momento se convierte en «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE. Además, dado que dicho tribunal de recurso, por definición, ha de ser un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, [28] este asumirá todas las obligaciones y responsabilidades que se derivan de su condición, incluida, en su caso, la obligación de remitir por sí mismo una petición de decisión prejudicial.

B. Sobre el fondo

1. ¿Cuál es exactamente la «obligación de servicio público» controvertida?

41. De las explicaciones que contienen los autos se deduce que el sistema introducido por el legislador español funciona del siguiente modo: los suministradores de último recurso aplican directamente un descuento fijo en la factura de electricidad de determinados consumidores vulnerables. Esto se denomina «bono social». El coste de este sistema lo soporta una serie de sociedades que operan en el mercado de la electricidad en España (entre las cuales figuran las matrices de los suministradores de último recurso). Esta es la «aportación obligatoria».

42. Aunque parecía haber discrepancia sobre este particular en las observaciones iniciales, en respuesta a una pregunta formulada por escrito por el Tribunal de Justicia todos los intervinientes sostienen que existe una sola «obligación de servicio público». Esta obligación, establecida en el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013, consta de dos elementos: i) el bono social *y* ii) la aportación obligatoria. En otras palabras, la «obligación de servicio público» controvertida es un «paquete» compuesto por dos elementos.

43. Se puede concebir el «paquete» de dos maneras: o se asume tal cual la denominación elegida por el legislador (aunque ello implique la existencia de varias «obligaciones de servicio público» en una), o se divide el «paquete» en sus elementos constitutivos y se valora por separado la

[26] Véase la sentencia dictada ya el 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), apartado 22. Para un ejemplo más reciente, véase la sentencia de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979), apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada.

[27] Ciertamente, cabría argumentar que un tribunal constitucional nacional solo debe resolver acerca de cuestiones del Derecho constitucional nacional. En efecto, solamente interpreta normas constitucionales nacionales, y no el «simple» Derecho nacional o, menos aún, el «simple» Derecho de la Unión, pues tanto uno como otro podrían equipararse a hechos. Por sugerente que pueda resultar esta idea desde el punto de vista doctrinal, la práctica jurisprudencial demuestra a menudo lo insostenible de tal ficción. Por otro lado, en la comprobación específica de si existía o no un «acto claro» ante un tribunal de última instancia en un caso concreto, no puedo dejar de admirar la capacidad para revisar el fondo de un asunto sin entrar en él e interpretarlo. Es como el sueño de Schrödinger hecho por fin realidad: tener la habilidad de decir con certeza si el gato (de CILFIT) está vivo o muerto sin siquiera tener que abrir la caja (del Derecho de la Unión).

[28] Véanse, por analogía, las sentencias de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), apartados 24 a 26; de 4 de junio de 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329), apartados 14 y 15, y de 15 de septiembre de 2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552), apartado 30.

compatibilidad de cada uno. Cualquiera que sea la opción elegida, es necesario un cierto control para asegurarse de que la supuesta «obligación de servicio público» no esté compuesta por múltiples medidas independientes que solo tangencialmente se relacionen con un mismo tema.

44. Con ello no solo se pretende controlar la discrecionalidad de los Estados miembros. En efecto, no hace falta recordar que existen ciertos límites a lo que los Estados miembros pueden «designar» como incluido dentro del concepto autónomo de «obligación de servicio público» en el Derecho de la Unión. Además, hay también una importante razón práctica para ello: según voy a demostrar más adelante en las presentes conclusiones, resulta lógicamente difícil valorar la compatibilidad de un «paquete» formado por múltiples y diversos elementos de una «obligación de servicio público» a la luz de los requisitos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. ¿Qué parte del «todo» debe someterse a la prueba de proporcionalidad? ¿Qué parte ha de ser objeto de un reexamen periódico por parte de las autoridades nacionales? ¿Respecto a qué parte, en su caso, ha de existir una compensación?

45. La dificultad de responder a estas cuestiones también puede ser el motivo por el que las «obligaciones de servicio público» «combinadas» hasta ahora solo hayan aparecido una vez en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En el caso de Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia, el asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia versaba sobre ciertas obligaciones de almacenamiento de gas natural a fin de garantizar la seguridad y regularidad del suministro de gas en Bulgaria, cuyo coste se repercutió a los consumidores mediante una determinación del precio del gas conforme a un método establecido por el Gobierno.[29] En cambio, la jurisprudencia «tradicional» del Tribunal de Justicia sobre la «obligación de servicio público» «simple», mucho más frecuente, comprende casos de determinados servicios de transporte público local en la provincia de Nápoles (Italia),[30] ciertos servicios de transporte marítimo entre las islas de Malta y Gozo (Malta),[31] servicios de transporte de pasajeros en autobús, tranvía y ascensor urbano en la ciudad de Lisboa (Portugal)[32] y algunos servicios de ordenación de electricidad en Italia.[33]

46. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia parece enfrentarse a una «obligación de servicio público» compuesta de dos elementos que, desde el punto de vista funcional, pueden referirse al mismo aspecto, pero cuyos *fines y medios* difieren completamente.

47. Por un lado está el *bono social*, cuyo objetivo es ayudar en España a determinados consumidores vulnerables a atender la factura de la electricidad. Esto se logra por medio de un descuento del 25 % o del 40 % en el precio de mercado de la electricidad. En un examen de la proporcionalidad de este elemento se podría valorar si el grupo de consumidores vulnerables es suficientemente representativo, o si el descuento concedido es insuficiente para alcanzar el fin propuesto.

48. Por otro lado está la *aportación obligatoria*, cuyo fin es financiar el sistema del bono social. Esto se logra por medio de una obligación de financiación que se impone a ciertas empresas integradas verticalmente que operan en el mercado español de la electricidad. En este caso, un examen de la proporcionalidad podría valorar la representatividad del grupo de sociedades sujetas a tal obligación de financiación, o el importe que debe aportar cada una de ellas.

29 Sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343), apartados 55, 56, 69 y 88.

30 Sentencia de 3 de abril de 2014, CTP (C-516/12 a C-518/12, EU:C:2014:220), apartado 12. No obstante, compárese con las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto CTP (C-516/12, EU:C:2014:63), puntos 36 a 38.

31 Sentencia de 28 de octubre de 2010, Comisión/Malta (C-508/08, EU:C:2010:643), apartado 6.

32 Sentencia de 7 de mayo de 2009, Antrop y otros (C-504/07, EU:C:2009:290), apartado 9.

33 Sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartados 51, 52, 55 y 81.

49. Sin embargo, es evidente que el bono social y la aportación obligatoria se refieren a personas e intereses diferentes y a distintas obligaciones. Son dos elementos funcionalmente interrelacionados por pertenecer ambos a un sistema superior. Sin embargo, difícilmente pueden analizarse de forma simultánea, como una sola medida, especialmente en relación con la (ausencia de) discriminación y proporcionalidad.

50. Perfecto conocedor del Derecho nacional y de los antecedentes de hecho del presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente parece compartir la conclusión unánime entre los intervinientes de que el tenor del artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013 da a entender que *todo el sistema* se calificó de «obligación de servicio público» y que *tanto* el bono social *como* la aportación obligatoria son elementos constitutivos de ese sistema.[34] Sin embargo, al mismo tiempo dicho tribunal plantea sus cuestiones *solamente* en relación con la compatibilidad de la *aportación obligatoria* con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. En otras palabras, a pesar de la apariencia de una única «obligación de servicio público» (compuesta por dos elementos), el órgano jurisdiccional remitente parece admitir una cierta disociabilidad de la aportación obligatoria respecto al conjunto de tal obligación.

51. En resumen, sigo desconcertado por lo que se le pide al Tribunal de Justicia. Sin embargo, en el siguiente análisis voy a dar por bueno el punto de partida del órgano jurisdiccional remitente y voy a tratar la *aportación obligatoria* como elemento *autónomo* (o separado) de un «paquete» global de «obligaciones de servicio público». Dicho esto, tal como voy a exponer a lo largo de las presentes conclusiones, será inevitable que la postura elegida suscite cuestiones adicionales a medida que se analizan los diversos elementos de lo que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 exige a una *auténtica* «obligación de servicio público».

2. Primera cuestión prejudicial

52. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la *aportación obligatoria* que establece la Ley 24/2013 y desarrolla el Real Decreto 968/2014 es compatible con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

53. Dado que esta disposición trata de las «obligaciones de servicio público», en primer lugar voy a examinar si la aportación obligatoria satisface sus criterios [letra a)]. Solo cuando lo haya comprobado me ocuparé de la compatibilidad de dicha medida con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 [letra b)].

a) ¿Está comprendida la aportación obligatoria en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72?

54. El Gobierno español observa que, a la luz de la sentencia Engie Cartagena del Tribunal de Justicia,[35] se plantea la cuestión de si la aportación obligatoria puede realmente constituir una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

[34] Véase, no obstante, el tenor de la sección V de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, que parece designar como «obligación de servicio público» el elemento financiero (ha de entenderse que refiriéndose a la contribución obligatoria) del bono social.

[35] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129).

55. A excepción del Gobierno español, todos los intervinientes consideran que la sentencia Engie Cartagena [36] no afecta al carácter de «obligación de servicio público» de la aportación obligatoria. En efecto, dichos intervinientes alegan que, a diferencia de la medida controvertida en el asunto Engie Cartagena, la «obligación de servicio público» impuesta en el presente asunto no es una medida general, sino una medida *concebida específicamente* con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. Además, la «obligación de servicio público» de aplicar directamente el bono social a la factura de electricidad de los consumidores que reúnan los requisitos está intrínsecamente asociada a la aportación obligatoria, siendo una y otra «facetas inseparables de una misma medida», pues la primera se financia con la segunda.

56. Dada la insistente remisión por las partes a la sentencia Engie Cartagena, [37] voy a exponer brevemente los detalles de dicho asunto [inciso i)]. Después, reflexionaré sobre las consideraciones que se derivan de él y su posible incidencia en el presente asunto, considerando, en particular, si la aportación obligatoria puede o no calificarse de obligación parafiscal [inciso ii)], antes de concluir que, aunque se considerase un impuesto, ello no significaría que quedase completamente excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72, en particular de su artículo 3, apartado 1 [inciso iii)].

1) La sentencia Engie Cartagena y la naturaleza de las «obligaciones de servicio público»

57. Engie Cartagena era una sociedad que operaba en el mercado español de la electricidad. Interpuso un recurso con objeto de que se anulara una orden que le exigía financiar determinadas sumas establecidas con arreglo al Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Engie Cartagena era una de las once empresas sometidas a tal obligación, con la que se pretendía reducir el déficit tarifario en el sector eléctrico español, consecuencia del despliegue de una estrategia nacional de eficiencia energética. [38] El mismo Real Decreto-ley calificó dicha financiación de «obligación de servicio público». Así pues, la cuestión que se planteaba al Tribunal de Justicia era, entre otras, si la mencionada financiación constituía una «obligación de servicio público» a efectos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54 y de la Directiva 2009/72. [39]

58. La respuesta del Tribunal de Justicia fue negativa. En primer lugar, señaló que dicho concepto requería una interpretación autónoma en el Derecho de la Unión. [40] A continuación, analizó los requisitos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, es decir, la existencia de una «obligación de servicio público» y su compatibilidad con el artículo 106 TFUE. [41] Expuso que, dado que aquel permite una excepción a las reglas de la competencia, el concepto de «obligación de servicio público» debía entenderse como una intervención en el funcionamiento del mercado con el fin de alcanzar un objetivo de interés general. Con ella se obligaba a las empresas eléctricas a actuar en el mercado de una determinada manera, sobre la base de criterios impuestos por las

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*, apartado 22.

39 *Ibid.*, apartados 28 y 29.

40 *Ibid.*, apartados 33 y 34.

41 Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartado 26.

autoridades públicas.[42] Tal interpretación venía corroborada por las definiciones del citado concepto que figuraban en otros actos del Derecho de la Unión y, en particular, en los ámbitos a que se refieren las competencias contempladas en el artículo 4 TFUE.[43]

59. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la *libertad* de las mencionadas empresas *para actuar* en el mercado de la electricidad *era limitada*, en el sentido de que, habida cuenta exclusivamente de su interés comercial, dichas empresas no habrían suministrado determinados bienes o servicios, o no lo habrían hecho en la misma medida o en las mismas condiciones.[44] Sin embargo, las cantidades que se exigían a las empresas afectadas no les imponían ninguna exigencia que limitase su libertad para operar en el mercado de la electricidad. Únicamente debían aportar fondos para reducir el déficit tarifario de las autoridades españolas. Por lo tanto, tal aportación no podía quedar comprendida en el concepto de «obligación de servicio público» a efectos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.[45]

60. Así pues, la sentencia Engie Cartagena demostró y confirmó el espíritu del concepto de «obligaciones de servicio público», en particular, plasmado en la enumeración que contiene el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. Los ejemplos de dicha enumeración se corresponden con determinadas medidas públicas que interfieren en el libre funcionamiento del mercado, al exigir a empresas seleccionadas y que operan en ese mercado que suministren determinados bienes o servicios o que se abstengan de actuar, de una manera que se aparta del comportamiento mercantil «normal» en un mercado por lo demás competitivo.[46]

61. No obstante, es claro el denominador común de la enumeración: los ejemplos presentados se refieren a diversos tipos de comportamiento que, de una u otra manera, se apartan, en aras de un interés general, del comportamiento normal en el mercado. Las medidas contempladas no son de carácter primordialmente monetario, por las que Hacienda se limite a pedir dinero para el «erario público». Por lo tanto, las obligaciones de financiación y otros pagos no están comprendidas en ese concepto.[47]

2) ¿Obligación de servicio público o exacción parafiscal?

62. Con el trasfondo de la sentencia Engie Cartagena, el Gobierno español está en su derecho de albergar dudas en cuanto a la naturaleza de la aportación obligatoria.

63. Tal como han expuesto el órgano jurisdiccional remitente y los intervinientes, la aportación obligatoria constituye una obligación financiera impuesta por el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013 y desarrollada por los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014. De este modo, el legislador español trata de recuperar el coste derivado del bono social, sin que lo asuman los consumidores del sistema eléctrico en general. La mencionada obligación financiera se individualiza mediante una orden anual en la que se determinan las sociedades afectadas y el tanto por ciento de los ingresos totales necesarios. El pago de estas cantidades no está asociado a deber de actuación alguno. Las sociedades afectadas no están obligadas a suministrar determinados bienes o servicios que no habrían prestado o no habrían prestado en la misma

[42] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 42. Véanse también los apartados 45 y 48 de dicha sentencia.

[43] *Ibid*., apartado 43.

[44] *Ibid*., apartado 45.

[45] *Ibid*., apartado 51.

[46] *Ibid*., apartados 40 a 45.

[47] *Ibid*., apartado 54.

medida o en las mismas condiciones si hubieran tenido en cuenta exclusivamente su interés comercial. En efecto, en cuanto a la valoración de la «libertad para operar en el mercado de la electricidad», la actividad de estas empresas no se ve afectada en absoluto. Sus operaciones comerciales se ven afectadas tanto como se verían afectadas por cualquier otra obligación tributaria o fiscal.

64. Partiendo de esta información, cabe argumentar que la aportación obligatoria se limita a financiar (sin constituirla en sí misma) una intervención pública en el funcionamiento del mercado español de la electricidad con el fin de cumplir una «obligación de servicio público» reconocida a efectos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. En este sentido, se diferenciaría de la obligación controvertida en el asunto Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia (el único otro asunto relativo a un «paquete» de «obligaciones de servicio público» existente hasta ahora en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), ya que allí el Gobierno búlgaro parece que limitó efectivamente la libertad de los operadores en el mercado búlgaro del gas al fijar el precio del gas que se podía cobrar a los consumidores. [48]

65. Siguiendo la misma postura del Tribunal de Justicia en la sentencia Engie Cartagena, y a reserva de comprobación, cabría alegar, efectivamente, que la aportación obligatoria impuesta por el legislador español en el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013 y desarrollada mediante los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014 no cumple los requisitos de una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

66. No obstante, si esto es así, ¿cuál es la naturaleza exacta de la aportación obligatoria?

67. Los intervinientes han descrito ante el Tribunal de Justicia la aportación obligatoria como una obligación financiera, impuesta por el Estado a cierto número de sociedades, a las que se exige el pago de una suma de dinero destinado a financiar un determinado servicio que necesita el Estado.

68. En mi opinión, como en la cita de Shakespeare según la cual «lo que llamamos rosa exhalaría el mismo grato perfume aun cuando de otra forma se llamase», dicha descripción es la de una exacción parafiscal. En el presente asunto, esta apreciación adquiere mayor importancia, ya que la Directiva 2009/72 no constituye una medida relativa a la aproximación de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. De hecho, la base jurídica en que se basa tal Directiva, el artículo 95 CE, apartado 1 (actualmente, artículo 114 TFUE), señala expresamente, en su apartado 2, que no se aplicará a las disposiciones fiscales. [49]

69. En respuesta a una pregunta formulada por escrito a los intervinientes, EDP España, Iberdrola y la Comisión observan que la naturaleza de la aportación obligatoria no es la de un impuesto. Consideran que los fondos recaudados con ella pasan a engrosar los ingresos del Estado español. Desde esta perspectiva, más que a un impuesto, la aportación obligatoria se parece a una medida reglamentaria, de modo que queda claramente comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72.

70. No me convencen estos argumentos.

[48] Sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343), apartados 55, 56 y 88.

[49] Sentencias de 7 de noviembre de 2019, UNESA y otros (C-80/18 a C-83/18, EU:C:2019:934), apartado 56; de 7 de noviembre de 2019, UNESA y otros (C-105/18 a C-113/18, EU:C:2019:935), apartado 53, y de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 50.

71. A efectos del Derecho de la Unión, la decisión sobre la calificación de un impuesto constituye una valoración autónoma que le corresponde al Tribunal de Justicia en función de las características objetivas del gravamen, con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional. [50]

72. Se ha de admitir que, de forma similar a lo que sucedía en el asunto Engie Cartagena, la información que contiene la petición de decisión prejudicial no permite al Tribunal de Justicia determinar (con certeza) si la aportación obligatoria es de tal naturaleza. [51] Sin embargo, de la información limitada que consta en autos se desprende que sí cumple con las principales características de un impuesto.

73. En primer lugar, del auto de remisión se deduce que el método de reparto de los costes derivados del bono social está regulado por el Derecho español, concretamente en el Real Decreto-ley 9/2013. El auto de remisión explica también que sucesivas órdenes ministeriales (la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo de 2014, y la Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre de 2016) adoptadas en virtud del propio Real Decreto-ley 9/2013 y del Real Decreto 968/2014 distribuyen los costes exactos entre las empresas afectadas.

74. En segundo lugar, parece que las empresas designadas en dichas Órdenes se califican como los pagadores (colectivos) de la aportación obligatoria. Asimismo, parece que el importe correspondiente no puede trasladarse a otra persona. [52] Además, el pago de tal importe está exigido por la ley, pues la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es la responsable de liquidar las aportaciones. En mi opinión, esto significa también que las sociedades afectadas serán sancionadas por ese organismo, o quizá por otras autoridades del Estado miembro, si no pagan su aportación. [53]

75. En tercer lugar, del auto de remisión se deduce claramente que la aportación obligatoria va dirigida a financiar los costes derivados del bono social. [54] Por lo tanto, por su propia estructura, la aportación obligatoria es una medida introducida en aras del interés general, de conformidad con los criterios de asignación establecidos en la Ley 24/2013 y desarrollados por el Real Decreto-ley 9/2013. Con ella se pretende obtener fondos destinados a cubrir el «déficit tarifario» derivado de la decisión política de ofrecer precios de electricidad más bajos a los consumidores vulnerables en España. En contra de lo argumentado por Agri-Energía, EDP España, Viesgo y la Comisión en sus respuestas a la pregunta formulada por escrito por el Tribunal de Justicia, carece de relevancia a este respecto que la aportación no vaya dirigida al presupuesto nacional general sino a un fin concreto. [55]

[50] Véase la sentencia de 18 de enero de 2017, IRCCS — Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17), apartado 29 y jurisprudencia citada.

[51] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 32.

[52] Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de enero de 2016, Comisión/Bélgica (C-163/14, EU:C:2016:4), apartado 44.

[53] Véase la sentencia de 18 de enero de 2017, IRCCS — Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17), apartado 32 y jurisprudencia citada.

[54] *Ibid*., apartado 34.

[55] *Ibid*., apartado 35 y jurisprudencia citada.

3) Punto de partida del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72: un mercado competitivo que no discrimine entre las empresas

76. Si el órgano jurisdiccional remitente confirmase lo antes expuesto, ¿significaría eso que la aportación obligatoria no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72, como alega el Gobierno español? [56]

77. Yo no considero que sea así.

78. La razón de la naturaleza fiscal de una medida, junto a la relativa reticencia a interferir en el sistema tributario interno de los Estados miembros, no significa que no se puedan examinar los efectos de dicha medida a la luz del Derecho de la Unión. Esto es especialmente cierto cuando, como aducen Agri-Energía, EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy y Viesgo, el método de financiación de una «obligación de servicio público» puede afectar al funcionamiento del mercado interior de la electricidad. [57]

79. En el presente asunto, el legislador español interviene en el mercado nacional de la electricidad trasladando el coste del bono social a un reducido número de empresas que operan en él. De por sí, este régimen no está prohibido, [58] habida cuenta especialmente de que con la Directiva 2009/72, en su actual forma, no se persigue una armonización plena del mercado de la electricidad en la Unión Europea.

80. Sin embargo, pese a la ausencia de dicha armonización plena, tal como señalan, en esencia, EDP España, Endesa, Iberdrola y Naturgy en respuesta a la pregunta formulada por escrito por el Tribunal de Justicia, ello no exime a la aportación obligatoria de cumplir, por su parte, las «normas comunes» de la Directiva 2009/72 y, en particular, su artículo 3, apartado 1. Esta disposición exige a los Estados miembros, de conformidad con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velar por que las empresas eléctricas se gestionen, entre otros, con el objetivo de conseguir un mercado de la electricidad competitivo, y de tal manera que no exista discriminación entre ellas. [59]

81. Por las razones expuestas, y atendiendo, en particular, a las directrices impartidas por el Tribunal de Justicia en su sentencia Engie Cartagena, aún puede ser objeto de debate si la aportación obligatoria cumple los requisitos de una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. En efecto, considero que hay indicios de que pueda tratarse de una exacción parafiscal a efectos del Derecho de la Unión.

82. Sin embargo, aunque el órgano jurisdiccional nacional llegase a esa conclusión, esto no significaría que tal exacción quedase totalmente al margen del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/72, como en esencia alega el Gobierno español. Simplemente, el análisis pasaría del apartado 2 al apartado 1 de su artículo 3. Además, aunque los criterios específicos de valoración que allí se establecen sean diferentes, *el punto de partida de ambos es el mismo*, y está vinculado al artículo 3, apartado 1, de la Directiva: por lo general, los Estados miembros no han de causar distorsiones de la competencia en el mercado de la electricidad. Si es necesario incurrir en

[56] En sentido similar, sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 32 y jurisprudencia citada.

[57] Véase, respecto al objetivo de la Directiva 2009/72 para el mercado interior de la electricidad, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 47.

[58] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 55.

[59] Sentencia de 12 de diciembre de 2019, Slovenské elektrárne (C-376/18, EU:C:2019:1068), apartado 34.

interferencias, estas han de ser mínimas (y, por tanto, proporcionadas) y se deben llevar a cabo de forma no discriminatoria, manteniendo, dentro de lo posible, la igualdad en cuanto a los derechos y obligaciones de todas las empresas que operen en el mercado.

83. En conclusión, no pretendo afirmar que, por sí mismo, el *bono social* no pueda cumplir los requisitos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, ni siquiera que constituya un impuesto. Esta cuestión no le ha sido planteada al Tribunal de Justicia ni parece que la hayan cuestionado los intervinientes. La verdadera cuestión es que el solo hecho de que el destino final de los fondos obtenidos con una aportación financiera (obligatoria) pueda redundar en beneficio de una «auténtica» «obligación de servicio público» no basta para que dicha aportación sea, por sí misma, relevante para la consecución de tal objetivo (y, por ende, sea compatible con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72). [60]

84. Lo contrario distorsionaría completamente el concepto de «obligaciones de servicio público», al presuponer que la mera *asignación* de fondos derivados de cualquier aportación financiera puede determinar su naturaleza y su tratamiento a efectos del Derecho de la Unión. [61] A su vez, esto posibilitaría que la *financiación* de una «obligación de servicio público» se convirtiese, en sí misma, en una «obligación de servicio público», dejando de ser un mero mecanismo dirigido a acumular los fondos necesarios para compensar a los proveedores de la *auténtica* «obligación de servicio público» por su actividad. [62]

b) Compatibilidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72

85. Si se considera que la aportación obligatoria está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, será preciso realizar un análisis de la compatibilidad de dicha aportación.

86. Respecto a las medidas adoptadas como «obligaciones de servicio público», el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 establece que deben «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la [Unión] el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales». [63]

87. Para empezar, una vez más debo aludir a los aspectos planteados en los puntos 42 a 50 de las presentes conclusiones. Lógicamente, voy a tratar de desarrollar mi apreciación partiendo de la premisa de que la aportación obligatoria puede formar parte de una «obligación de servicio público» de mayor alcance, sin dejar de ser disociable para su valoración a la luz de los requisitos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, a pesar de que esta Directiva parece haber sido redactada con miras a valorar «obligaciones de servicio público» *individuales*, y no obligaciones agrupadas ni partes específicas de «obligaciones de servicio público».

88. Una vez aclarada esta premisa, quisiera observar que todos los intervinientes, salvo el Gobierno español, alegan que, en su actual forma, la aportación obligatoria es discriminatoria. Dichos intervinientes hacen referencia al tenor del artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013, con arreglo al cual la financiación del bono social será asumida por las sociedades integradas

[60] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartados 52 y 53.

[61] Véase, en ese sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 54.

[62] Véanse las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769), punto 54. El subrayado es mío.

[63] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 48 y jurisprudencia citada.

verticalmente que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica (en lo sucesivo, «características relevantes»). Pese a no identificar nominalmente ninguna sociedad, esa disposición establece unas características claras e identificables de determinadas empresas que operan en el mercado español de la electricidad. Al mismo tiempo, excluye de la aportación obligatoria a las sociedades integradas verticalmente que presenten dos o menos de las características relevantes en el sector español de la electricidad. Así pues, en la práctica, el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013 impone la carga de la financiación del bono social casi exclusivamente a cuatro grupos de empresas que operan en el mencionado sector, lo que constituye una discriminación.

89. Por su parte, el Gobierno español aduce que la medida no es discriminatoria y, en cualquier caso, está objetivamente justificada. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 afirma que las sociedades que presentan las características relevantes se hallan en unas «condiciones idóneas» para asumir el coste del bono social, ya que están capacitadas para soportar la carga dentro de la actividad comercial principal que desarrollan en el mercado de la electricidad.

90. Es preciso recordar que el objetivo del principio de no discriminación, establecido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, consiste en que la «obligación de servicio público» afecte por igual a todas las empresas que operen en el mismo sector, de modo que no se vea afectada la competencia en este.[64] Así pues, las obligaciones que se derivan del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 han de imponerse con carácter general, y no imponerse individualmente a determinadas empresas.[65] Aunque el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 no contiene ninguna disposición acerca de la posibilidad de justificar objetivamente un trato discriminatorio, las exigencias que de él se derivan son concreción del principio general de igualdad.[66] Por lo tanto, en la práctica apenas es relevante si las mismas consideraciones se aducen con motivo del examen de la comparabilidad o, en un momento posterior, al tratar las justificaciones.[67] El punto de partida es que tal justificación objetiva debe guardar relación con el objetivo de interés económico general que persigue la normativa de que se trate y ser adecuada para garantizar su realización,[68] y ha de ser proporcionada a dicho objetivo.[69]

91. A la luz de esos requisitos, considero que podrían plantearse los siguientes problemas en relación con la aportación obligatoria.

92. En primer lugar, parece que la aportación obligatoria, de la forma en que se impone, puede perjudicar a la competencia en el mercado español de la electricidad, al generar desigualdad entre las empresas que operan en él.[70] Esta desigualdad viene dada por el hecho de que la aportación obligatoria se impone solamente a las sociedades que reúnen las características

64 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto ANODE (C-121/15, EU:C:2016:248), punto 82.

65 Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343), apartado 80.

66 Véase, en este sentido, la sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartados 79 a 81 y jurisprudencia citada.

67 Sobre la transitividad de estos argumentos, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974).

68 Sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 55 y jurisprudencia citada.

69 Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 81 y jurisprudencia citada.

70 Véase, a este respecto, *ibid*., apartado 97.

relevantes, mientras que, al mismo tiempo, exime de la obligación a otras que operan en el mismo mercado, concretamente a las sociedades integradas verticalmente que presenten dos o menos características relevantes (es decir, competidoras directas de las anteriores). [71]

93. En segundo lugar, el objetivo que justifica (y causa) esa diferencia de trato no resulta convincente. Aunque el objetivo de la *aportación obligatoria* (a diferencia del bono social) fuese ofrecer tarifas eléctricas subvencionadas a grupos vulnerables de consumidores (algo que no ha sido alegado en el presente asunto), seguiría sin estar justificada la diferencia. Tal como señalan todas las partes, a excepción del Gobierno español, las «características relevantes» a efectos de la aportación obligatoria no guardan relación alguna con el objetivo de ofrecer el bono social a grupos vulnerables de consumidores con determinadas características sociales, de consumo y de poder adquisitivo. En efecto, este objetivo no se ve afectado en absoluto por el número de empresas que asuman el coste del sistema. Los grupos vulnerables de consumidores siguen reuniendo los requisitos de este sistema *con independencia de* quién contribuya a sufragar los costes que de él se derivan.

94. En tercer lugar, aun suponiendo que el objetivo de la aportación obligatoria no fuese ofrecer precios eléctricos subvencionados, sino alguna suerte de política redistributiva en que se exigiese en cierto modo a las sociedades «más ricas» aportar más que a las sociedades «más pobres», seguiría siendo dudoso que se cumpla este objetivo, especialmente si las características relevantes y su justificación se traducen en una diferencia de trato basada en la *potencial* capacidad financiera de las sociedades. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente explica que algunas de las sociedades a las que se impone el pago de la aportación obligatoria apenas tienen peso en el conjunto del mercado, mientras que otras aparentemente están más capacitadas para asumir el coste del bono social (ya sea porque poseen una mayor cuota en el mercado de la electricidad, por gozar de un volumen de negocio mayor o por desarrollar una o dos de las actividades a las que se recurre para elegir a las empresas contribuyentes). La propia Administración General del Estado parece ser consciente también de este desajuste con la realidad económica del mercado, pues, como el órgano jurisdiccional remitente ha expuesto durante el procedimiento principal, ha admitido que la sinergia y las economías de escala también pueden darse en sociedades que no reúnan las características relevantes.

95. En resumen, existe un caso claro de discriminación entre empresas para la que no parece haber una justificación razonable. Solo a unas pocas sociedades que operan en el mercado se les exige que paguen la factura final, en función de criterios que no guardan una relación directa con el interés económico general proclamado. De este modo, dichas sociedades no solo sufragan la política social de un Estado miembro, sino que también subvencionan indirectamente a aquellos de sus competidores directos que operan en el mismo mercado.

96. Todos estos aspectos parecen haber sido considerados ya por el órgano jurisdiccional remitente, lo que culminó en una declaración de incompatibilidad de la normativa nacional con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. Tal como he esbozado en la presente sección, cabría discutir la calificación exacta de la aportación obligatoria, en especial si, como hace el órgano jurisdiccional remitente en sus cuestiones, dicha aportación se «disocia» efectivamente del bono social. Sin embargo, al margen de este debate taxonómico, es evidente también que la lógica y el punto de partida de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 2009/72 son muy similares. Así, desde un punto de vista pragmático, es probable que la valoración de una medida

[71] Véase la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 71.

nacional resulte idéntica para ambas disposiciones, y las razones expuestas por el órgano jurisdiccional remitente hacen que la medida sea incompatible con el Derecho de la Unión atendiendo a cualquiera de los dos apartados.

97. En consecuencia, considero oportuno trasladar al órgano jurisdiccional remitente la tarea de calificar la aportación obligatoria, ya que dispone de pleno conocimiento del Derecho nacional y de los hechos, que quizá a mí se me escapen. En cuanto a la cuestión específica que plantea dicho órgano jurisdiccional, que efectivamente se refiere a una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial:

«El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, sin una justificación objetiva que se derive con claridad de la naturaleza del interés económico general perseguido, impone una aportación financiera obligatoria solamente a determinadas empresas eléctricas que desarrollan actividades de producción, distribución y comercialización, al objeto de financiar un sistema que aplica directamente bonos sociales al precio de la electricidad en la factura eléctrica de los consumidores que reúnan los requisitos pertinentes.»

3. Segunda cuestión prejudicial

98. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la aportación obligatoria es conforme con el principio de proporcionalidad establecido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, al no tener un alcance temporal limitado y al no ofrecer compensación alguna a las empresas contribuyentes.

99. Habida cuenta de la respuesta propuesta a la primera cuestión, no es preciso responder a esta cuestión.

100. Sin embargo, en la medida en que el trasfondo material de la cuestión pueda ser de utilidad para el órgano jurisdiccional remitente, voy a examinar si, con carácter general, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 permite que exista una «obligación de servicio público» sin un límite temporal ni un sistema de compensación. Obviamente, este examen se ha de someter a la misma reserva que he formulado en los puntos 42 a 50 y 87 de las presentes conclusiones. Conforme a dicha reserva, propongo abordar la segunda cuestión prejudicial analizando primero la proporcionalidad de la medida [letra a)], antes de considerar la necesidad de compensar a los suministradores de último recurso por cumplir una «obligación de servicio público» [letra b)].

a) Sobre la observancia del principio de proporcionalidad

101. El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 no menciona directamente en su tenor el principio de proporcionalidad asociado a toda «obligación de servicio público» que se imponga en virtud de dicha disposición.

102. No obstante, allí se exige «pleno respeto», en particular, del artículo 86 del Tratado CE (actualmente, artículo 106 TFUE).[72] Este, junto al artículo 14 TFUE, al Protocolo (n.º 26) sobre los servicios de interés general y al artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

[72] Véase, por analogía, la sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343), apartado 57 y jurisprudencia citada.

Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), versa sobre la conformidad con el Tratado de los «servicios de interés económico general».[73] Dicho de otra manera, el artículo 106 TFUE, apartado 2, pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas como instrumento de política económica o social con el interés de la Unión Europea en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado interior.[74]

103. Merced a esta remisión al tenor del artículo 106 TFUE, cualquier interferencia con las normas de la competencia y la unidad del mercado interior ha de producirse «en la medida necesaria para alcanzar el objetivo de interés económico general que persiguen y, en consecuencia, durante un período de tiempo necesariamente limitado».[75]

104. Así pues, toda interferencia en las condiciones de la competencia en el mercado de la electricidad de un Estado miembro y, por ende, en la unidad del mercado interior de la electricidad, aunque se derive de una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, debe respetar el principio de proporcionalidad.[76]

105. El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en situaciones similares, en relación con otras directivas que establecen normas comunes del mercado interior, en el sentido de que exige un claro vínculo entre: i) la realización del objetivo perseguido por dicho Estado miembro, ii) el elemento temporal y iii) el ámbito de aplicación personal de la medida.[77]

106. El órgano jurisdiccional remitente se refiere al segundo de estos requisitos y se pregunta si para invocar válidamente una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 no sería necesario un alcance temporal limitado.

107. Dicho órgano jurisdiccional recuerda que el concepto de «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 se corresponde con medidas públicas de intervención en el funcionamiento del mercado de la electricidad,[78] intervención que necesariamente limita la libertad de determinadas empresas para actuar en ese mercado.[79] A su vez, tal limitación tiene incidencia en el objetivo general de la Directiva 2009/72, consistente en la consecución de un mercado interior de la electricidad total y efectivamente abierto y competitivo en el que todos los consumidores puedan elegir libremente a sus proveedores y en el que todos los proveedores puedan suministrar libremente sus productos a sus clientes.[80]

108. Ahí radica la relación con el artículo 106 TFUE. Según se interpretó en la sentencia Federutility, dicha disposición prevé que toda intervención en las fuerzas de la oferta y la demanda «debe limitarse, por lo que atañe a su duración, a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue con el fin, en particular, de que no se perpetúe una medida que, por su propia naturaleza, constituye un obstáculo a la realización de un mercado interior [de la electricidad] operativo».[81] Al valorar la conformidad con el artículo 106 TFUE, el órgano

73 *Ibid*., apartado 58 y jurisprudencia citada.

74 *Ibid*., apartado 60 y jurisprudencia citada.

75 Sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 53 y jurisprudencia citada.

76 Véase, por analogía, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 36.

77 Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2019, Repsol Butano y DISA Gas (C-473/17 y C-546/17, EU:C:2019:308), apartados 55, 56 y 62 y jurisprudencia citada.

78 Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 45.

79 *Ibid*., apartado 51.

80 *Ibid*., apartado 47 y jurisprudencia citada.

81 Sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartado 35.

jurisdiccional nacional debe examinar si el Derecho nacional aplicable impone al gobierno en cuestión, y en qué medida, «una obligación de reexaminar periódicamente, en fechas próximas, la necesidad y las modalidades de su intervención en función de la evolución del sector» de la electricidad. [82]

109. Por supuesto, le corresponde al órgano jurisdiccional nacional aplicar estos principios. Sin embargo, suponiendo que el análisis se centrase exclusivamente en la aportación obligatoria, [83] habida cuenta de las alegaciones que se han formulado ante el Tribunal de Justicia a este respecto, da la impresión de que ni la Ley 24/2013 ni el Real Decreto 968/2014 exigen una revisión periódica del ámbito de aplicación personal (es decir, los contribuyentes) de la aportación obligatoria. Por el contrario, según exponen las partes, el único elemento de dicho sistema que parece someterse a revisión periódica son los porcentajes de reparto de las cantidades que han de financiarse mediante la aportación obligatoria, que se actualizan anualmente.

110. De ser ciertas estas observaciones, no se estaría viendo satisfecho el principio de proporcionalidad antes mencionado si la aportación obligatoria impuesta por la Ley 24/2013 y desarrollada por el Real Decreto 968/2014 es de duración indefinida y no se somete a un mecanismo de revisión. No en vano, el principio de proporcionalidad exige que se tome en consideración la evolución de los costes. [84] A reserva de la confirmación que haga el órgano jurisdiccional remitente, en el presente asunto no parece que se cumpla este requisito.

111. Quisiera recalcar que estos principios no se deben entender en el sentido de que ponen en entredicho la facultad de los Estados miembros de decidir qué «merece» una «obligación de servicio público». Con respecto al sector de la electricidad, los considerandos 47 y 50 de la Directiva 2009/72 reconocen expresamente la autonomía de los Estados miembros para definir e imponer «obligaciones de servicio público» en el ámbito nacional teniendo en cuenta las circunstancias internas. [85] Así, al actuar de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 al establecer el alcance y la organización de dichas obligaciones, los Estados miembros gozan de una razonable facultad de apreciación. [86]

112. Solo en la fase de aplicación impone el Derecho de la Unión ciertas condiciones. Son condiciones relativas, en primer lugar, a si la designación de los Estados miembros está realmente comprendida en el concepto autónomo de Derecho de la Unión de «obligación de servicio público», establecido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. [87] Si es así, son de aplicación las condiciones establecidas en esa disposición. [88] Solo si la supuesta «compensación de servicio público» satisface los requisitos que se asocian a una auténtica «obligación de servicio público» a efectos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 se hace necesario revisar dicha obligación a la luz de los requisitos de esta disposición.

[82] Sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartado 35. Véase la sentencia de 11 de abril de 2019, Repsol Butano y DISA Gas (C-473/17 y C-546/17, EU:C:2019:308), apartado 56.

[83] Dejando a un lado completamente el examen temporal y la proporcionalidad del bono social, que, una vez más, requiere una forma de valoración muy distinta, en la que intervengan actores y consideraciones diferentes.

[84] Sentencia de 11 de abril de 2019, Repsol Butano y DISA Gas (C-473/17 y C-546/17, EU:C:2019:308), apartado 59 y jurisprudencia citada.

[85] En consonancia con el Protocolo (n.º 26) sobre los servicios de interés general, anexo al Tratado UE. Véase en este sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartados 40 a 42.

[86] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartados 35 y 36. Véanse asimismo, en este sentido, las sentencias de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartados 28 y 29, y de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 50.

[87] Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 34 y jurisprudencia citada.

[88] *Ibid*., apartado 48.

b) Compensación y «obligaciones de servicio público»

113. Tal como he demostrado en la sección anterior de las presentes conclusiones, no siempre es sencillo valorar si la «obligación de servicio público» es proporcionada cuando se concibe como un «paquete». Sin embargo, si la aportación obligatoria se concibiese como una «obligación de servicio público» autónoma (o como una parte «disociada» de una obligación mayor) que, por tanto, hubiese de analizarse por separado y en sí misma, este debate rebasaría el límite de lo «complicado» y entraría en el terreno de lo «estrambótico» en cuanto a la existencia de una posible obligación de compensación.

114. En efecto, en tal caso la cuestión sería si a las recurrentes les asiste el derecho a una compensación por pagar la aportación obligatoria. En otras palabras, ¿impone la Directiva 2009/72 a los Estados miembros la obligación de *pagar dinero por el pago de dinero*? A mi parecer, esto no hace sino corroborar la dificultad de tratar la aportación obligatoria como una «obligación de servicio público» en sí. [89]

115. No obstante, sea como fuere, si la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente se abordase en abstracto, en caso de que existiese una auténtica «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, ¿exige esta disposición un sistema de compensación?

116. El Gobierno español y la Comisión exponen que no existe una obligación automática de compensación en los casos en los que se establece una «obligación de servicio público» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

117. Desde un punto de vista abstracto y general, sin duda estoy de acuerdo con esta postura: es evidente que del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 no se desprende ninguna obligación en este sentido. Esta tampoco se deduce del artículo 106 TFUE, con el cual se vincula dicha disposición, ni de ningún otro instrumento del Derecho de la Unión sobre servicios de interés económico general. [90] En efecto, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros gozan de una amplia facultad de apreciación para decidir si conceden o no una compensación, [91] siempre que se atengan a los principios derivados de la sentencia Altmark. [92]

118. Pese a la oposición de todos los intervinientes excepto el Gobierno español y la Comisión, esta misma conclusión ha de extenderse al artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2009/72, disposición referida a la situación en que se ha concedido una compensación y que somete dicha compensación a la condición de que no sea discriminatoria.

[89] Véanse los puntos 44, 48 y 49 de las presentes conclusiones.

[90] Como el *Libro Verde sobre los servicios de interés general* [COM(2003) 270 final]; la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO 2012, C 8, p. 4); la Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (DO 2012, C 8, p. 15), o la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO 2012, L 7, p. 3).

[91] Sentencias del Tribunal General de 12 de febrero de 2008, BUPA y otros/Comisión (T-289/03, EU:T:2008:29), apartado 214 y jurisprudencia citada; de 7 de noviembre de 2012, CBI/Comisión (T-137/10, EU:T:2012:584), apartado 191; de 16 de julio de 2014, Alemania/Comisión (T-295/12, no publicada, EU:T:2014:675), apartado 87, y de 16 de julio de 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Comisión (T-309/12, no publicada, EU:T:2014:676), apartado 148.

[92] Sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415), apartado 95.

119. En efecto, cualquier lectura razonable del artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2009/72 lleva a la conclusión de que esta disposición, de por sí, no contiene obligación alguna de compensar por el cumplimiento de una «obligación de servicio público» respecto al caso concreto del sector de la electricidad. [93] Y tampoco se puede deducir tal obligación a partir del objetivo general perseguido por la Directiva 2009/72. Ello me lleva a concluir que una medida que no dispone ninguna compensación por el cumplimiento de una (auténtica) «obligación de servicio público» no es, como tal, incompatible con el artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2009/72.

120. Antes bien, los principios que se derivan de una lectura combinada de los apartados 2 y 6 del artículo 3 de la Directiva 2009/72 exigen que todas las empresas que operen en el mercado de la electricidad sean tratadas en pie de igualdad en relación tanto con el coste de cumplir con tal «obligación de servicio público» como con la compensación que, en su caso, conceda el Estado miembro. Si se hace así, no se produce distorsión alguna del mercado en cuestión y se preserva el objetivo de la Directiva 2009/72.

121. Pero estas observaciones se supeditan a dos reservas.

122. La primera, una vez más, tal como he expuesto en los puntos 117 a 119 de las presentes conclusiones, es que la Directiva admite ciertas limitaciones a la libertad de actuación en el mercado de la electricidad en aras del interés general de cumplir con una «obligación de servicio público», pero esto solo es así en relación con las *auténticas* «obligaciones de servicio público», y no con los «paquetes» de medidas remotamente relacionadas que incluyan (lo que se parece mucho a) una exacción parafiscal. De lo contrario, tal como he explicado en los puntos 113 y 114 de las presentes conclusiones, todo el examen de la proporcionalidad deviene circular: ¿exige realmente una medida proporcional que se compense financieramente por la recaudación de dinero?

123. La segunda es que el coste de cumplir con la «obligación de servicio público» debe ser razonable. Obviamente, los Estados miembros no pueden forzar a una empresa que opera en un cierto mercado a desprenderse *de facto* de su patrimonio con la excusa de cumplir con una «obligación de servicio público», solamente porque el marco jurídico concreto del artículo 106 TFUE y la Directiva 2009/72 exija *per se* una compensación por el cumplimiento de tal obligación. [94]

124. En otras palabras, cabe la posibilidad de que, aun tratando por igual a todas las empresas del mercado y sometiéndolas a la misma carga, esta resultara de por sí excesivamente onerosa. Es posible que solo en casos excepcionales, en que haya dejado de darse un «justo equilibrio» entre el interés general y el individual, se produzca una injerencia en el contenido esencial del derecho de propiedad, en infracción del artículo 17 de la Carta y del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. [95]

[93] Véase también el artículo 9, apartado 3, de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DO 2019, L 158, p. 125), que presenta un tenor prácticamente idéntico.

[94] Véase el artículo 6, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 1969, L 156, p. 1; EE 08/01, p. 131), que reconocía tal «derecho» a compensación. Véase la sentencia de 3 de abril de 2014, CTP (C-516/12 a C-518/12, EU:C:2014:220), apartado 34.

[95] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentencias de 22 de septiembre de 1994, Hentrich c. Francia (ECLI:CE:ECHR:1994:0922JUD001361688), § 49 y jurisprudencia citada, y de 19 de junio de 2006, Hutten-Czapska c. Polonia (ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497), § 167 y jurisprudencia citada. Véase también, por ejemplo, TEDH, sentencia de 5 de noviembre de 2002, Pincová y Pinc c. República Checa (ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003654897), § 53.

V. Conclusión

125. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial planteada por Tribunal Supremo del modo siguiente:

«El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, sin una justificación objetiva que se derive con claridad de la naturaleza del interés económico general perseguido, impone una aportación financiera obligatoria solamente a determinadas empresas eléctricas que desarrollan actividades de producción, distribución y comercialización, al objeto de financiar un sistema que aplica directamente bonos sociales al precio de la electricidad en la factura eléctrica de los consumidores que reúnan los requisitos pertinentes.»