

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 24 de enero de 2008¹

1. Mediante resolución de 19 de abril de 2006, el Rechtbank Groningen (Países Bajos) ha planteado al Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales versa sobre la interpretación de los artículos 25 CE y 30 CE y la segunda sobre la interpretación del artículo 87 CE, apartado 1.

I. Marco jurídico y normativo

A. Derecho comunitario

3. El artículo 25 CE dispone:

«Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación y exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal.»

2. Estas cuestiones se han suscitado en el marco de un procedimiento incoado por Essent Netwerk Noord BV (en lo sucesivo, «Essent») contra Aluminium Delfzijl BV (en lo sucesivo, «Aldel») y dirigido a obtener el pago de un importe calculado sobre la cantidad de electricidad transportada por la demandante a la demandada, cuyo cobro viene exigido por una disposición legal y que se destina a cubrir los costes de transición a la competencia soportados por las empresas nacionales productoras de electricidad en el período anterior a la apertura del proceso de liberalización del mercado eléctrico en los Países Bajos.

4. En virtud del artículo 90 CE:

«Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares.»

¹ — Lengua original: italiano.

Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.»

B. Normativa nacional

5. Tras la entrada en vigor, el 1 de agosto de 1998, de la Elektriciteitswet 1998 (Ley sobre la electricidad de 1998), que abrió el proceso de liberalización del sector eléctrico en ejecución de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad,² la oferta de energía eléctrica en los Países Bajos estaba sujeta a regulación en virtud de la Elektriciteitswet de 1989 (Ley sobre electricidad de 1989).

6. En la época pertinente a efectos del litigio principal, comprendida entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000, la producción, la importación y la transmisión de electricidad estaban en manos de cuatro empresas productoras de electricidad (en lo sucesivo, «EPE»)³ y de la filial que sostenían en común, N.V. Samenwerkende Elektriciteits-

productiebedrijven (SEP).⁴ Conforme a la información que consta en la resolución de remisión, hasta 1999 todas las EPE estaban controladas por ayuntamientos y provincias, mientras que en la época pertinente sólo EPZ quedaba indirectamente en manos de los poderes públicos a través de sus accionistas, Essent y Delta.⁵ Las EPE y SEP operaban conjuntamente sobre la base de un «Acuerdo de Cooperación».⁶

7. Durante la vigencia de la Elektriciteitswet 1989, SEP, individual o conjuntamente con las EPE, efectuó determinadas inversiones a largo plazo exigidas por los poderes públicos en el marco de decisiones de política energética y/o ambiental, entre las cuales se encuentran, en particular, la celebración de convenios en el ámbito de proyectos de calefacción urbana y la construcción de una central experimental para la gasificación del carbón (Demkolec). Estas inversiones dieron lugar a costes no recuperables en régimen abierto a la competencia (denominados «stranded costs» o «costes de transición a la competencia»; en lo sucesivo, «costes NR»).

8. A la vista de la inminente liberalización, y con el objeto de permitir que el sector de la generación de electricidad recuperase dichos costes, el 21 de enero de 1997 SEP

2 — DO L 27, p. 20.

3 — Las cuatro EPE eran: N.V. Elektriciteits-Produktieaanschaappij Oost-en Noord-Nederland (EPON), N.V. Elektriciteits-Produktieaanschaappij Zuid-Nederland (EPZ), N.V. Elektriciteitsproduktieaanschaappij Zuid-Nederland (EZH) y N.V. Energieproductiebedrijf UNA (UNA).

4 — SEP, constituida en junio de 1949, era una sociedad anónima encargada inicialmente de organizar la ayuda recíproca entre los productores en caso de averías mediante un uso óptimo de la red de interconexiones nacionales e internacionales [véase la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.732- Ijsselcentrale y otros) (DO L 28, p. 32)]. El 29 de diciembre de 2000, SEP se convirtió en B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (NEA).

5 — En noviembre de 1999, EPON fue absorbida por el grupo belga Electrabel y EZH por la sociedad alemana Preussen-Elektra. También en 1999, UNA fue adquirida por la estadounidense Reliant y, en 2002, pasó a NUON, controlada por provincias y ayuntamientos.

6 — En virtud del artículo 2 de la Elektriciteitswet 1989, SEP, en su condición de «sociedad designada», estaba, conjuntamente con las EPE, encargada de una función de interés económico general, consistente en garantizar el suministro público de electricidad al más bajo costo posible [véase la sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos (C-157/94, Rec. p. I-5699)].

y las EPE celebraron con las empresas que operaban en el sector de la distribución de electricidad⁷ un protocolo de acuerdo relativo al suministro en el período 1997-2000 (en lo sucesivo, «protocolo»). En virtud de tal protocolo, las empresas de distribución se comprometían a abonar a SEP, por cada año, un importe de 400 millones de florines neerlandeses (NLG) en concepto de cobertura de los costes NR, repartido en función de la cantidad de energía que SEP suministraba a las distintas empresas. Dichos importes debían ser financiados mediante un aumento de las tarifas aplicadas por las empresas de distribución a determinadas categorías de usuarios («clientes ordinarios» pequeños, medianos y grandes).

9. El artículo 97 de la Elektriciteitswet 1998 imponía la observancia del protocolo hasta el 1 de enero de 2001, fecha en la que debía concluirse el proceso de liberalización del mercado eléctrico en los Países Bajos.

10. No obstante, en 2001, como consecuencia de la entrada en vigor de nuevas disposiciones tarifarias que exigían a las empresas de distribución la facturación separada de los ingresos relativos al suministro de electricidad y los correspondientes al transporte, dichas empresas se encontraron en la posibilidad de trasladar a los consumidores finales los importes que, en virtud del protocolo, estaban obligadas a abonar a SEP para cubrir los costes NR.

11. Es en tal contexto en el que, el 21 de diciembre de 2000, se adoptó la Overgangswet Elektriciteitsproductiesector (Ley transitoria sobre el sector de la producción de electricidad; en lo sucesivo, «OEPS»), cuyo artículo 9, a propósito del cual plantea la cuestión el órgano jurisdiccional remitente, establece:

«1. Todo comprador, que no sea un comprador protegido, pagará, además de lo que adeude contractualmente al gestor de la red del territorio en el que esté establecido, un importe de 0,0117 NLG por Kw/h a este gestor, que se calculará sobre la cantidad total de electricidad que dicho gestor haya transportado a su conexión del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2000.

2. Todo comprador protegido pagará, además de lo que adeude contractualmente al titular de la licencia del territorio en el que esté establecido, un importe de 0,0117 NLG por Kw/h a este titular, que se calculará sobre la cantidad total de electricidad que dicho titular le haya suministrado del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2000.

3. [...]

4. Con anterioridad al 1 de julio de 2001, los gestores de la red y los titulares de una licencia, respectivamente, abonarán a la sociedad designada⁸ el importe cobrado de

7 — Essent niega no obstante que las sociedades de distribución fueran, en cuanto tales, parte del acuerdo.

8 — Se trata de SEP.

las cantidades que los compradores adeuden en virtud del apartado primero o segundo.

5. La sociedad designada informará al Ministerio del importe cobrado, en el sentido del apartado cuarto, y le remitirá un informe de auditoría, a los efectos del artículo 393, apartado 1, del libro 2 del Código Civil, relativo a la exactitud de los datos proporcionados. En caso de que el importe total cobrado sea superior a 400.000.000 de NLG, la sociedad designada abonará al Ministerio el importe que exceda de dicha cantidad. El Ministerio empleará el importe así abonado para sufragar los costes, en el sentido del artículo 7.»

12. Con arreglo al artículo 25 de la OEPS, las disposiciones antes citadas entraron en vigor el 29 de diciembre de 2000 y fueron aplicadas con carácter retroactivo a partir del 1 de enero de 2000. Según la resolución de remisión, el artículo 9 de la OEPS no fue objeto de notificación separada a la Comisión. No obstante, mediante escrito de 30 de agosto de 2000, las autoridades de los Países Bajos comunicaron a la Comisión el texto íntegro del proyecto de ley de la OEPS, incluido su artículo 9.

13. Ha de recordarse además las vicisitudes de la elaboración de los artículos 6 a 8 de la OEPS, si bien no tienen una relevancia directa en el litigio principal.

14. En el texto del proyecto de ley de la OEPS dichos artículos definían el procedimiento de

financiación de la cobertura de los costes NR en el período posterior al 1 enero de 2001. Dicho procedimiento preveía la fijación por parte del Gobierno, con periodicidad anual, de un suplemento a cargo de todos los clientes, con excepción de los gestores de la red, y expresado en un porcentaje de lo adeudado por el transporte de electricidad y los servicios vinculados. Estos artículos fueron notificados a la Comisión una primera vez el 20 de febrero de 1998, en virtud del artículo 24 de la Directiva 96/92, y una segunda vez el 16 de octubre de 1998, en virtud de los artículos 87 CE y 88 CE. Mediante decisión de 8 de julio de 1999, la Comisión informó al Gobierno de los Países Bajos que las disposiciones notificadas no contenían medidas a efectos del artículo 24 de la citada Directiva, sino que debían ser examinadas sobre la base del artículo 87 CE, apartado 3, letra c).

15. El 30 de agosto de 2000, los Países Bajos informaron a la Comisión de que se habían introducido algunas modificaciones en las disposiciones controvertidas. En tal ocasión, como ya se ha señalado, se comunicó a la Comisión el texto completo de la OEPS con todas las modificaciones citadas. A continuación, los artículos 6 a 8 de la OEPS fueron ulteriormente modificados y el mecanismo previsto en los mismos fue sustituido por un sistema de financiación mediante fondos públicos (actuales artículos 7 y 8 de la OEPS). Mediante decisión de 25 de julio de 2001, la Comisión autorizó las nuevas medidas a efectos del artículo 87 CE, apartado 3, letra c).

II. Hechos y cuestiones prejudiciales

16. En diciembre de 1996, haciendo uso de la facultad de celebrar determinados contratos de suministro con grandes clientes industriales concedida a la sociedad designada por el artículo 32 de la *Elektriciteitswet* 1989, SEP, una de las EPE (Epon) y la sociedad de distribución Edon⁹ celebraron con Aldel, demandada en el procedimiento *a quo*, un «acuerdo relativo a la puesta a disposición de potencia eléctrica, al suministro de energía eléctrica y a la gestión de la carga». Dicho acuerdo fijaba un precio único para los diversos servicios ofrecidos, que no incluía los costes NR.

17. Desde el 1 de enero de 2000, el transporte de electricidad a Aldel está en manos, en su condición de gestor de la red local,¹⁰ de Essent, demandante en el procedimiento *a quo*, nacida de la segregación de las actividades de la sociedad de distribución Edon. Essent no es parte del acuerdo de suministro antes citado. Tanto Essent como Aldel tienen su domicilio en los Países Bajos.

18. En el período comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000, Essent transportó 717.413.761 Kw/h de electricidad a la conexión de Aldel. Por los servicios prestados a Aldel en dicho período, Essent facturó un importe total que comprendía el suplemento previsto en el artículo 9 de la OEPS.

19. Ante la negativa de Aldel a pagar los importes correspondientes a dicho suplemento, Essent se dirigió al *Rechtbank Groningen*, ante el cual Aldel alegó la incompatibilidad con el Derecho comunitario del artículo 9 de la OEPS.¹¹

20. El tribunal que conoce del asunto ha considerado necesario, al objeto de resolver el litigio, plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) «¿Deben interpretarse los artículos 25 CE y 90 CE en el sentido de que se oponen a una medida legal en virtud de la cual los compradores nacionales de electricidad están obligados a pagar a su gestor de la red, durante un período transitorio (del 31 de agosto al 31 de diciembre de 2000), un suplemento de la tarifa calculado con respecto a las cantidades de electricidad transportada para satisfacer las necesidades de estos compradores, cuando el gestor de la red debe entregar este suplemento a una empresa designada a tal efecto por el legislador para sufragar unos costes no conformes con el mercado que se generaron como consecuencia de compromisos asumidos o inversiones realizadas por dicha empresa con anterioridad a la liberalización del mercado de la electricidad y cuando la referida empresa,

— es la filial que las cuatro empresas productoras nacionales tienen en común;

9 — NEA, *Elektrabel Groep BV* y *Edon Groep BV* sucedieron en el contrato a SEP, Epon y Edon, respectivamente.

10 — A efectos del artículo 1, número 1, letra k), de la *Elektriciteitswet* 1998.

11 — En el marco del procedimiento principal, Essent interpuso una demanda sobre obligaciones de garantía contra SEP y Saranne, mientras que Aldel hizo otro tanto contra el Estado.

- en el período de que se trata (el año 2000) es la única responsable de los costes no conformes con el mercado generados en dicho año;
 - necesita indiscutiblemente un importe de 400.000.000 de NLG (181.512.086,40 euros) para cubrir dichos costes en el referido año, y
22. Essent, Aldel, NEA, el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión fueron invitados por el Tribunal de Justicia a responder algunas cuestiones escritas antes de la celebración de la vista.

IV. Análisis jurídico

- en la medida en que los ingresos procedentes del suplemento de la tarifa excedan de la citada cantidad, debe pagar el exceso al Ministerio?

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

1. Observaciones preliminares

- 2) ¿Cumple la regulación mencionada en la primera cuestión los requisitos establecidos en el artículo 87 CE, apartado 1?».

23. Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si los artículos 25 CE y 90 CE se oponen a la aplicación de un suplemento de la tarifa como el previsto en el artículo 9 de la OEPS.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Essent, Aldel, NEA (anteriormente SEP), el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión presentaron observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia y fueron oídos en la vista celebrada el 10 de mayo de 2007.

24. Ha de observarse con carácter preliminar que de la resolución de remisión no se desprende de forma evidente la pertinencia de tal cuestión para la solución del litigio principal. En efecto, de la información facilitada al Tribunal de Justicia no se deduce si la electricidad transportada a Aldel en el período comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000 fue importada de otros Estados miembros.

25. Pues bien, procede señalar que una eventual declaración de ilegalidad del suplemento de la tarifa controvertido por ser contrario a los artículos 25 CE o 90 CE afectaría solamente a los importes percibidos sobre la electricidad importada. En otras palabras, dicha declaración permitiría a Aldel oponerse exclusivamente al cobro de los gastos que gravan tal producto y sólo en los límites de su incompatibilidad con las disposiciones del Tratado.

26. De ellos se sigue que si se pusiera de manifiesto que la energía transportada a la conexión de Aldel era exclusivamente de origen nacional, la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial carecería de pertinencia alguna al objeto de acoger o desestimar las pretensiones formuladas por Essent frente a Aldel en el litigio principal.¹²

27. No obstante, debe recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 234 CE, corresponde a aquéllos apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia en el

litigio de que conozcan como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia, y éste puede revisar tal apreciación únicamente cuando resulte *evidente* que la interpretación del Derecho comunitario solicitada por éste no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal.¹³

28. Puesto que el caso de autos no versa sobre este supuesto, propongo al Tribunal de Justicia que proceda al examen de la primera cuestión prejudicial, si bien la utilidad de la respuesta que se obtenga dependerá del resultado de las ulteriores comprobaciones que incumben al órgano jurisdiccional efectuar.

2. Apreciación

a) Breves indicaciones sobre la jurisprudencia

29. En la sistemática del Tratado, los artículos 25 CE y 90 CE, que establecen respectivamente la prohibición de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente y la prohibición de tributos internos discriminatorios, persiguen, con funciones complementarias, el objetivo de prohibir cualquier régimen fiscal nacional que pueda discriminar los productos procedentes o destinados a otros Estados miembros impidiendo

12 — En el período de vigencia de la *Elektriciteitswet* 1998, SEP, en su condición de sociedad designada, disfrutaba de un monopolio para la importación de electricidad destinada al uso público y de tensión superior a 500 V [véase la sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo* (C-393/92, Rec. p. I-1477)]. Así pues, un consumidor privado como Aldel estaba facultado ya en virtud de tal ley para dar electricidad para uso propio. Además, el 1 de enero de 2000 concluyó la primera fase de la liberalización del mercado eléctrico neerlandés en virtud de la aplicación de la Directiva 96/92, con la apertura al mercado del segmento que comprende a los grandes consumidores. La cuestión de si, en el período de aplicación del suplemento controvertido, tal facultad se correspondía con una efectiva posibilidad para Aldel de importar electricidad depende tanto de las relaciones contractuales que la vinculaban en la época con las empresas productoras nacionales como de la actuación en el mercado de estas últimas y de SEP (a este respecto véase la Decisión 91/50, citada en la nota 4).

13 — Véanse en particular las sentencias de 15 de junio de 1999, *Tarantik* (C-421/97, Rec. p. I-3633), apartado 33; de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 19, y de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium* (C-393/04 y C-41/05, Rec. p. I-5293), apartado 24.

la libre circulación de los mismos en el interior de la comunidad en condiciones normales de competencia.

30. Aun reconociendo, en principio, su complementariedad,¹⁴ la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha mantenido la distinción formal entre las dos prohibiciones consagrada en el Tratado, precisando en varias ocasiones que los artículos 25 CE y 90 CE no pueden ser aplicados de forma acumulativa;¹⁵ por tanto, la legalidad de un régimen fiscal nacional comprendido en el ámbito de aplicación del primero no puede ser apreciada simultáneamente sobre la base del segundo.¹⁶

31. La distinción entre exacciones de efecto equivalente y tributos internos viene identificada por la jurisprudencia en el hecho de que las primeras gravan únicamente los productos importados o exportados y no los productos nacionales similares o competidores, mientras que los segundos afectan tanto a unos como a otros.

32. Sobre la base de la definición acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

14 — En tal sentido, véase la sentencia de 5 de mayo de 1982, Schul (15/81, Rec. p. 1409), apartado 26, y también la sentencia de 14 de diciembre de 1962, Comisión/Luxemburgo y Bélgica (2/62 y 3/62, Rec. pp. 813 y ss., en particular p. 827).

15 — En tal sentido véanse ya las sentencias de 8 de julio de 1965, Deutschmann (10/65, Rec. p. 601), y de 16 de junio de 1966, Lütticke (57/65, Rec. p. 293), que han venido seguidas de numerosos pronunciamientos en tal sentido.

16 — En prácticamente todos los asuntos en los que se ha solicitado al Tribunal de Justicia que interprete dichos artículos en relación con un determinado régimen fiscal nacional, o bien que valore la legalidad de este último sobre la base de las disposiciones contenidas en aquéllos, ha considerado necesario pronunciarse sobre la posible inclusión del tributo en el ámbito de aplicación de uno u otro artículo. Un planteamiento menos dicotómico siguió el Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de febrero de 2000, Dounias (C-228/98, Rec. p. I-577), apartado 50.

constituye una exención de efecto equivalente a efectos del artículo 25 CE toda carga pecuniaria impuesta unilateralmente, aunque sea mínima, cualesquiera que sean su denominación y su técnica, y que grave las mercancías nacionales o extranjeras por el hecho de cruzar la frontera, aunque no sea recaudada en beneficio del Estado, no tenga efecto discriminatorio o proteccionista alguno y el producto afectado no compita con un producto nacional.¹⁷ Según el Tribunal de Justicia, tal carga, al gravar específicamente un producto importado con exclusión del producto nacional similar, altera su precio de coste y tiene sobre la libre circulación de mercancías la misma incidencia restrictiva que un derecho de aduana.¹⁸

33. En cambio, los tributos comprendidos en un régimen general de tributos internos que gravan sistemáticamente, según los mismos criterios, los productos nacionales y los productos importados están sujetos a lo dispuesto por el artículo 90 CE.¹⁹

34. No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado que, a efectos de la calificación y de la apreciación jurídica de tributos que gravan indistintamente productos nacionales e importados, puede resultar procedente tener en cuenta el destino de los ingresos del tributo, puesto que es precisamente en función de tal destino por lo que los tributos formalmente neutros en cuanto a su estructura y modalidad de recaudación pueden

17 — Véanse, entre otras, las sentencias de 1 de julio de 1969, Comisión/Italia (24/68, Rec. p. 193), apartado 9; de 9 de noviembre de 1983, Comisión/Dinamarca (158/82, Rec. p. 3573), apartado 18, y de 17 de septiembre de 1997, UCAL (C-347/95, Rec. p. I-4911), apartado 18.

18 — Véanse las sentencias Comisión/Luxemburgo y Bélgica, citada en la nota 14, p. 828; de 18 de junio de 1975, IGAV (94/74, Rec. p. 699), apartado 10, y de 25 de mayo de 1977, Cucchi (77/76, Rec. p. 987), apartado 13.

19 — Véase, entre otras, la sentencia UCAL, citada en la nota 17, apartado 19.

revestir una incidencia económica real distinta en las dos categorías de productos.

35. En efecto, cuando el rendimiento de cargas fiscales aplicadas tanto a productos importados como a nacionales se destina a financiar actividades que benefician especialmente a estos últimos, el desembolso por el producto nacional viene, en una medida más o menos amplia, compensado por las ventajas concedidas, mientras que para el producto importado representa una carga neta.²⁰

36. Por tanto, cuando se trata de examinar la compatibilidad de una exacción parafiscal con los artículos 25 CE y 90 CE, procede, según una jurisprudencia ya consolidada, apreciar en qué medida las cargas recaudadas sobre el producto nacional se compensan con las ventajas financiadas con el rendimiento del tributo.

37. Si la compensación es total, el tributo constituye una exacción de efecto equivalente, puesto que grava, de hecho, exclusivamente el producto importado y deberá ser considerado ilegal *in toto*; si en cambio la compensación es sólo parcial, el tributo ha de considerarse tributo interno al incidir en una medida mayor en el producto importado que en el nacional y, en consecuencia, deberá ser reducido proporcionalmente.²¹

38. Por otro lado, no se discute en la jurisprudencia que tal apreciación incumbe al juez nacional, que es el único que dispone de todos los elementos, incluidos los fácticos, necesarios para efectuar tal apreciación.²²

A tal fin, deberá sobre todo comprobar que existe una identidad entre el producto gravado y el producto nacional favorecido.²³ Además, deberá comprobar, en relación con un determinado período de tiempo, si existe una equivalencia pecuniaria entre los importes globalmente recaudados sobre los productos nacionales en concepto de la exacción y las ventajas de que se benefician dichos productos con carácter exclusivo. A este respecto el Tribunal de Justicia ha precisado que tal comprobación prescinde de parámetros distintos de la mera equivalencia pecuniaria —tales como la naturaleza, la importancia o el carácter indispensable de las referidas ventajas— considerados como no suficientemente objetivos al objeto de apreciar la compatibilidad de una medida fiscal nacional con las disposiciones del Tratado.²⁴

39. Al término de este breve resumen de la jurisprudencia considero útil señalar, como han hecho distintos Abogados Generales antes que yo, que la jurisprudencia que se acaba de citar, al demandar a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciaciones de carácter económico a menudo complejas y aleatorias, presenta indudables dificultades

20 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 1980, Comisión/Italia (73/79, Rec. p. 1533), apartado 15; de 11 de marzo de 1992, *Compagnie commerciale de l'Ouest* y otros (C-78/90 a C-83/90, Rec. p. I-1847), apartado 26, y UCAL, citada en la nota 17, apartado 21.

21 — Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1992, *Lornoy* y otros (C-17/91, Rec. p. I-6523), apartado 21; de 27 de octubre de 1993, *Scharbatke* (C-72/92, Rec. p. I-5509), apartado 10; *Compagnie commerciale de l'Ouest* y otros, citada en la nota 20, apartado 27, y UCAL, citada en la nota 17, apartado 22.

22 — Véanse, entre otras, las sentencias *Compagnie commerciale de l'Ouest* y otros, citada en la nota 20, apartado 28, y *Lornoy* y otros, citada en la nota 21, apartado 22.

23 — Véanse las sentencias de 25 de mayo de 1977, *Interzuccheri* (105/76, Rec. p. 1029), apartado 12, y *Cucchi*, citada en la nota 18, apartado 19.

24 — Véase la sentencia de 2 de agosto de 1993, *CELBI* (C-266/91, Rec. p. I-4337), apartado 18.

de aplicación²⁵ a pesar de que resulta clara en sus términos esenciales.²⁶ Frente a tales dificultades, no ha de olvidarse que, cuando se trata de valorar la legalidad sobre la base del Derecho comunitario de una exacción parafiscal cuyo rendimiento está destinado a financiar un régimen estatal de incentivos a la producción nacional, el recurso a las prohibiciones establecidas en los artículos 25 CE y 90 CE puede ser visto como una simple alternativa respecto a la aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado.²⁷

b) ¿Constituye el suplemento establecido en el artículo 9, apartado 1, de la OEPS una exacción de efecto equivalente a efectos del artículo 25 CE o bien un tributo interno discriminatorio en virtud del artículo 90 CE?

40. Procede examinar con carácter preliminar algunas de las alegaciones formuladas

25 — Tales dificultades vienen atestiguadas además por el número de cuestiones prejudiciales planteadas sobre tal punto, frente a una jurisprudencia inequívoca.

26 — Dudas vinculadas a la complejidad de las apreciaciones exigidas para comprobar la entidad de la compensación es lo que ya manifestó el Abogado General Roemer en las conclusiones presentadas en el asunto Capolongo (77/72, Rec. p. 611), en particular p. 632, en cuya sentencia se encuentra la primera afirmación jurisprudencial del criterio de la compensación. Algunos años más tarde, el Abogado General Trabucchi, en sus conclusiones presentadas en el asunto IGAV (sentencia citada en la nota 18), y el Abogado General Reischl en el asunto Cucchi (sentencia citada en la nota 18) proponían una aplicación restrictiva de tal criterio, al estimar que la jurisprudencia Capolongo debía referirse únicamente a los casos de «fraude sustancial a la ley». Observaciones abiertamente críticas formularon también los Abogados Generales Mayras (sentencia de 28 de marzo de 1979, ICAP, 222/78, Rec. p. 1163) y Gulmann (asunto CELBI, citado en la nota 24, punto 15). Por último, el Abogado General Tesauro ha subrayado en varias ocasiones las dificultades de aplicación del criterio de compensación a los casos concretos (véanse por ejemplo sus conclusiones presentadas en el asunto UCAL, citado en la nota 17).

27 — En este sentido, véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Gulmann en el asunto CELBI, citado en la nota 24, y, antes de él, las conclusiones presentadas por el Abogado General Mayras en el asunto ICAP, citado en la nota 24.

por SEP y por el Gobierno de los Países Bajos en cuanto resultan dirigidas a debatir la propia naturaleza de tributo del suplemento controvertido. En particular, según SEP, el artículo 9 de la OEPS no es más que un instrumento mediante el cual se ha permitido a las empresas de distribución repercutir sobre sus clientes las aportaciones que se habían comprometido a abonar a las sociedades productoras en virtud del protocolo. De igual modo, los Países Bajos subrayan que el suplemento controvertido encuentra su justificación en el protocolo e insiste en el hecho de que representa un elemento de la retribución adeudada por los servicios de transporte.

41. No me parece que tales alegaciones permitan concluir que el suplemento controvertido, aun presentando características que lo distinguen de un tributo clásico, no puede quedar comprendido en el concepto de exacción de efecto equivalente a efectos del artículo 25 CE o de tributo interno a efectos del artículo 90 CE.

42. En primer lugar, como se ha visto, la jurisprudencia define el concepto de exacción de efecto equivalente en términos particularmente amplios. De tal definición se desprende que la esencia del concepto jurídico de que se trata reside en los efectos que una determinada carga pecuniaria produce en el comercio entre los Estados miembros. Los aspectos formales como la denominación, el *quantum*, la estructura, la modalidad de percepción, el destino, el beneficiario del rendimiento obtenido y los objetivos perseguidos no revisten en cambio pertinencia alguna a efectos de la calificación como exacción de efecto equivalente, siempre

que la carga de que se trate tenga carácter jurídicamente obligatorio («impuesta unilateralmente»).²⁸ Pues bien, en el caso de autos, la obligatoriedad del tributo, adeudado por todo usuario que satisfaga los requisitos del artículo 9, apartado 1, de la OEPS, no es puesta en duda, así como resulta indiscutida la obligatoriedad de la autorización de los servicios del gestor de la red del lugar en el cual el usuario está establecido.

43. Igualmente amplio resulta el concepto de tributo interno a efectos del artículo 90 CE.²⁹

44. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de apreciar sobre la base de los artículos 25 CE y 90 CE las cargas pecuniarias que se presentaban como elementos de un arancel o de un precio regulado por ley.³⁰

45. Igualmente con carácter preliminar ha de examinarse la alegación formulada por SEP en virtud de la cual el artículo 25 CE es inaplicable porque el suplemento

controvertido afecta a la tarifa por el servicio de transporte y no al precio de la electricidad. Asimismo, SEP observa que tal servicio es prestado por gestores de red neerlandeses en el territorio de los Países Bajos.

46. Como es sabido, el artículo 25 CE versa únicamente sobre las cargas que gravan las mercancías. De seguirse la tesis de SEP, la aplicación de tal disposición quedaría excluida en el caso de autos por el solo motivo de que no existe un *producto* gravado.

47. A este respecto ha de señalarse antes de nada que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de afirmar que la electricidad constituye una mercancía a efectos de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías.³¹ Al pronunciarse sobre un recurso por incumplimiento por vulneración del artículo 31 CE, precisó además que «los servicios necesarios para la importación o la exportación de electricidad y para su transporte y su distribución sólo constituyen los instrumentos del suministro al usuario de una mercancía en el sentido del Tratado»,³² reconociendo por tanto el carácter accesorio de dichos servicios respecto al objeto de la prestación.

28 — Así, por ejemplo, en el marco de un recurso por incumplimiento interpuesto contra Italia, el Tribunal de Justicia excluyó que un arancel establecido por un colegio profesional y exigido por ley constituyera una exacción de efecto equivalente, puesto que la utilización de los servicios a los que se aplicaba tal tarifa no era obligatoria (véase la sentencia de 9 de febrero de 1994, Comisión/Italia, C-119/92, Rec. p. I-393, apartados 46 y 47).

29 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de febrero de 1977, Schöttle (20/76, Rec. p. 247) apartados 12 y 13.

30 — Véase, entre otros, el asunto Interzuccheri, citado en la nota 23, el cual versaba sobre dos incrementos distintos del precio del azúcar establecidos por el Comité interministerial de precios al objeto de aportarlo a un fondo de compensación del sector azucarero. En el caso de autos, de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia por SEP se desprende que, en el período de aplicación del suplemento controvertido, la tarifa para el transporte de electricidad era establecida por un organismo público.

31 — Véase la sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 1141), en la que se afirma que la electricidad puede quedar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 31 CE en materia de monopolios nacionales de carácter comercial, y las sentencias de 23 de octubre de 1997, Comisión/Italia (C-158/94, Rec. p. I-5789), apartado 17, y Almelo, citada en la nota 12, apartado 28, en las que el Tribunal de Justicia considera indiscutido que la energía eléctrica constituye una mercancía a efectos del artículo 28 CE. En la sentencia de 2 de abril de 1998, Outokumpu (C-213/96, Rec. p. I-1777), el Tribunal de Justicia apreció la compatibilidad con los artículos 25 CE y 90 CE de un impuesto especial que grava la producción de electricidad.

32 — Véase la sentencia Comisión/Italia, asunto C-158/94, citada en la nota 31, apartado 18.

48. A continuación, ha de recordarse que está comprendida en el concepto de exacción de efecto equivalente toda carga que grava las mercancías nacionales o extranjeras como consecuencia del cruce de la frontera, independientemente de sus modalidades de recaudación. Cumple tales requisitos un tributo cuyo hecho imponible está constituido no por la importación o por la exportación de un bien, sino por la prestación de un servicio necesario o vinculado a la ejecución de tales operaciones,³³ si puede incidir en la circulación de bienes de que se trata en el interior de la Comunidad. Pues bien, me parece evidente que una carga recaudada sobre la prestación de servicios de transporte y determinada en función de la cantidad del bien transportado, al gravar indirectamente este último, puede, en principio, determinar tal incidencia.

49. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión análoga a la aquí examinada, si bien sólo en relación con el artículo 90 CE. En la sentencia Schöttle,³⁴ invocada por la Comisión en sus observaciones, se plantearon al Tribunal de Justicia algunas cuestiones relativas a la interpretación de dicha disposición en relación con un impuesto sobre el transporte de mercancías por carretera aplicable en Alemania. Desatendiendo las alegaciones formuladas por el Gobierno alemán, el cual consideraba que el tributo controvertido no estaba incluido en el ámbito de aplicación del artículo 90 CE, al no gravar el producto en cuanto tal, el Tribunal de Justicia estimó que un impuesto como el examinado, que grava «los transportes internacionales de mercancías por carretera determinado en función de

la distancia recorrida en el territorio nacional y del peso de la mercancía transportada»,³⁵ era calificado como un tributo «que grava indirectamente los productos» transportados.³⁶ En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que «tal impuesto, al repercutir inmediatamente sobre el coste del producto nacional e importado, debe aplicarse en virtud del artículo 9[0], de una manera no discriminatoria sobre los productos importados».³⁷

50. Por las razones antes expuestas no considero que deba excluirse una apreciación de la legalidad de la carga controvertida sobre la base del artículo 25 CE, a la vista de la mera circunstancia de que el hecho imponible de tal carga es un servicio (el de transporte) necesario para la comercialización del bien de que se trate.

51. Una vez aclarado todo esto, procede examinar las características del suplemento tarifario controvertido para apreciar si incurre en la prohibición establecida en el artículo 25 CE o en la del artículo 90 CE.

52. No se discute que la carga controvertida grava indistintamente la electricidad producida en los Países Bajos y la importada conforme a las mismas modalidades de recaudación. Su aparente neutralidad parecería pues excluir la aplicación del artículo 25 CE y abogar por una apreciación de la misma sobre la base del artículo 90 CE.

33 — Por ejemplo, cuando la carga consiste en la retribución por la concesión de licencias de importación o por controles sanitarios.

34 — Sentencia Schöttle, citada en la nota 29.

35 — Apartado 16.

36 — Fallo.

37 — Apartado 15.

53. No obstante conforme a la jurisprudencia que he recordado,³⁸ antes de llegar a tal conclusión debe comprobarse si tal neutralidad desaparece si se tiene en cuenta el destino de lo recaudado. En efecto, si la carga que grava el producto nacional quedase íntegramente compensada por las ventajas de las que este último se beneficiara en función de la asignación del rendimiento obtenido por la aplicación del suplemento controvertido, sería el artículo 25 CE y no el 90 CE el que habría que aplicar, puesto que, más allá de las apariencias, dicho suplemento gravaría en realidad únicamente el producto importado.

54. A pesar de que, según reiterada jurisprudencia, dicha comprobación incumbe al órgano jurisdiccional nacional, considero no obstante oportuno que el Tribunal de Justicia, en los límites de su competencia, facilite alguna indicación sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta en particular las alegaciones formuladas por las partes en el procedimiento nacional.

55. Desde tal punto de vista se formulan las observaciones siguientes.

56. De la normativa nacional controvertida y de la resolución de remisión se desprende que los importes recaudados por los gestores de la red en virtud del artículo 9, apartado 1, de la OEPS debían ser abonados por

estos últimos a SEP. Dicho importe, junto a los recaudados en virtud del apartado 2 del mismo artículo, debían destinarse, en los límites de un importe de 400 millones de NLG, a cubrir los costes NR para el ejercicio 2000, mientras que el eventual excedente debía ser abonado por SEP al Ministerio de Economía y se destinaba a financiar la cobertura de los costes NR previstos en el artículo 7 de la OEPS en los ejercicios posteriores a 2000 (artículo 9, apartado 5, *in fine*).

57. Sobre la base de tal mecanismo *la totalidad de los importes percibidos se vinculaba a la cobertura de los costes NR* y debía ser abonada a SEP (o a las EPE) en virtud, respectivamente, del artículo 9, apartado 4 de la OEPS o, respecto a los importes que superasen los 400 millones de NLG, del artículo 7 de la OEPS.

58. Por tanto, si resultase que los pagos efectuados por tales disposiciones se efectuaron realmente y que los importes correspondientes fueron efectiva e íntegramente empleados en beneficio de los productores nacionales de electricidad —de modo tal que se derivase una equivalencia pecuniaria entre cargas y ventajas— parecería lógico concluir,³⁹ como hace la Comisión en sus observaciones, que la incidencia económica del suplemento controvertido en la electricidad nacional ha quedado íntegramente neutralizada.

38 — Véanse los puntos 36 a 39 *supra*.

39 — Parece posible llegar a tal conclusión aun a falta de los datos sobre la cuantía total de los importes resultantes de la aplicación del suplemento controvertido y sobre el porcentaje de electricidad importada desde Estados miembros y suministrada —ya sea directamente o indirectamente a través de SEP— en el período de vigencia de tal suplemento a los sujetos obligados a su pago.

59. Sin embargo, para poder llegar a tal conclusión el órgano jurisdiccional remitente deberá determinar preliminarmente si: i) los importes derivados de la percepción del suplemento controvertido son efectivamente destinados a un uso que revierte en una *ventaja específica* del producto nacional, y ii) si existe «identidad entre producto gravado y producto nacional favorecido».

60. En cuanto atañe a la cuestión i), el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar si, a falta de la cobertura garantizada por el rendimiento del suplemento tarifario controvertido o de cualquier otra intervención pública, los costes NR de que se trata gravaron, directa o indirectamente, el balance de las EPE.

61. Dado que el órgano jurisdiccional remitente parece partir del presupuesto de que la responsabilidad de tales costes incumbía con carácter exclusivo a SEP,⁴⁰ tal comprobación implica esencialmente la toma en consideración de los mecanismos financieros mediante los cuales se llevaba a cabo, a través de SEP,

la cooperación regulada entre las cuatro EPE en el período de imputación de los costes controvertidos.⁴¹

62. Por otro lado, no se excluye que en su apreciación el órgano jurisdiccional remitente deba tener en cuenta igualmente el protocolo, con objeto de comprobar en qué términos se previó el traslado sustancial de los costes NR a las sociedades de distribución (o a personas obligadas al cobro del suplemento controvertido).⁴² A este respecto ha de señalarse que, según lo alegado por SEP, Essent procedió al pago de cuanto le adeudaba sobre la base del protocolo por el ejercicio 2000 incluso antes de la entrada en vigor del artículo 9 de la OEPS. El suplemento previsto por las disposiciones de tal artículo parece, pues, beneficiar en primera instancia al sector de la distribución,⁴³ permitiendo cada una de las empresas recuperar de los consumidores lo ya abonado o adeudado a SEP; así pues, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, ante la imposibilidad de tal recuperación, sigue incumbiendo a dichas sociedades la obligación de pago prevista en el protocolo.

40 — De la Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001 y del informe previo al texto de la OEPS se desprende no obstante que las obligaciones derivadas de los contratos de calefacción urbana se mantenían a cargo de la empresa que las asumió. En cambio, de las respuestas a las preguntas escritas planteadas por el Tribunal de Justicia parece desprenderse que la responsabilidad por la totalidad de los costes NR correspondía, hasta finales de 2000, a SEP. A partir del 1 de enero de 2001, la responsabilidad por las obligaciones derivadas de los contratos de calefacción urbana fueron transferidas a las EPE, sobre la base de determinados porcentajes, mientras que la relativa a los costes originados por Demkolec siguió quedando a cargo de SEP (por medio de NV Demkolec, filial al 100 % de SEP), propietaria de la central, hasta la fecha de transmisión de esta última a NUON.

41 — Las respuestas dadas por las partes a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia no parecen rebatir el hecho de que, en el período de referencia, las cuatro EPE seguían operando sobre la base del acuerdo de cooperación de 1986, que confería a SEP la función de proceder a la comercialización de la totalidad de la electricidad producida por las EPE y entrañaba, entre otras cosas, una puesta en común de los costes de producción y su reparto entre las EPE en función de porcentajes que reflejaban la participación de cada una de ellas en el capital de SEP. Además, resulta que el papel activo de SEP en el sector de aprovisionamiento de electricidad desapareció con su transformación, el 1 de enero 2001, en NEA, la cual tiene únicamente la función de llevar a cabo las operaciones iniciadas antes de 2001.

42 — En las respuestas a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia, Essent subraya que en virtud del protocolo, el sector de la producción estaba facultado para reclamar al de distribución el importe de 400 millones de NLG para el ejercicio 2000, presumiblemente aunque no fuera posible para las empresas de distribución recuperar tales importes a través de las tarifas del transporte o de suministro.

43 — No obstante, ha de señalarse que de las respuestas dadas por las partes a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia se desprende que Essent se convirtió, a resultados de la fusión, en uno de los cuatro accionistas de NEA (antigua SEP) y que también opera en el sector de la producción.

63. Si de tal examen, que, a juzgar por las respuestas de las partes a las cuestiones escritas formuladas por el Tribunal de Justicia, no se anuncia fácil, se desprendiera que, en el período comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000, las EPE eran, directamente o a través de su participación financiera en SEP, con carácter principal o subsidiario, responsables de los costes NR controvertidos, el requisito de la existencia de una ventaja específica para la producción nacional a efectos de la aplicación del criterio de la compensación podría considerarse satisfecho. En cambio, no me parece que la mera circunstancia de que los pagos previstos en los artículos 9, apartado 4, y 7 de la OEPS se hayan efectuado en favor de SEP y no de las EPE pueda excluir desde un principio, tal como sostienen el Gobierno de los Países Bajos y SEP, la existencia de tal ventaja, si fuera posible comprobar que los importes pagados fueron efectiva e íntegramente utilizados para la cobertura de costes que gravaban directa o indirectamente a estas últimas.

64. Además, el Gobierno de los Países Bajos niega la existencia de una ventaja en favor del producto nacional basándose en la apreciación de que los pagos previstos en favor de SEP en el artículo 9, apartado 4, de la OEPS no se tradujeron en una reducción del precio de la electricidad de producción nacional.

65. A este respecto basta con observar, sobre la base de la jurisprudencia, que no se exige que el rendimiento del tributo sea utilizado para cubrir los costes de producción, pues las cargas pecuniarias para el producto nacional derivadas de la aplicación de tal tributo bien pueden compensarse mediante la financiación, por ejemplo, de actividades

de promoción o de investigación, las cuales, aun beneficiando al producto nacional, no entrañan beneficios que puedan repercutirse inmediatamente sobre el precio de venta.

66. En cuanto a la cuestión a que se ha hecho referencia en el punto 59 *supra*, inciso ii), incumbe en primer lugar al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la necesaria identidad entre producto gravado y producto nacional favorecido queda descartada por las modalidades de recaudación del suplemento controvertido y, en particular, por la circunstancia de que tal suplemento no es abonado por los productores de electricidad, sino que se factura a los consumidores finales. Según Essent y el Gobierno de los Países Bajos, dicha circunstancia excluye la posibilidad de una compensación en el sentido exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

67. Esta tesis no parece carecer por completo de fundamento.

68. En efecto, es cierto que un suplemento tarifario o un incremento del precio facturado al consumidor final pueden dar lugar, en un régimen abierto a la competencia, a una carga para el producto directa o indirectamente gravado, en la medida en que incide en su coste de mercado. No obstante lo anterior, cabe preguntarse si tal carga puede tenerse en cuenta para apreciar si existe una compensación en el sentido de la jurisprudencia citada *supra*, puesto que, como se ha señalado, tal apreciación se basa en una comparación entre desembolso y ventajas en términos *exclusivamente pecuniarios*.

69. Además, habida cuenta de que el suplemento controvertido se cobra al consumidor, está integrado en la tarifa de transporte y no en el precio de la electricidad y se aplica conforme a modalidades no discriminatorias, parece legítimo preguntarse si puede afirmarse concretamente que el *producto importado* está gravado con una carga financiera cualquiera o bien que la circulación de tal producto está en algún modo alterada o incluso que sufre, por efecto de la aplicación de dicho suplemento, un perjuicio competitivo concreto, *distinto* del que se deriva del hecho de que su rendimiento esté afectado a la financiación de intervenciones en favor de los productos nacionales (censurable sobre la base de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado).

70. No obstante, la tesis de Essent y del Gobierno de los Países Bajos no parece soportar el examen de la jurisprudencia, que exige una identidad no ya entre personas obligadas al pago del tributo y personas beneficiarias de las actividades financiadas con su rendimiento, sino únicamente entre producto (nacional) gravado y producto favorecido, de modo que quepa descartar que existe una posible compensación cuando el rendimiento del tributo se utiliza en beneficio de una actividad productiva distinta de la gravada. Siempre que exista tal identidad de productos, sería indiferente que el tributo de que se trata se recaude por la *producción* (y por la importación) o bien por el *consumo* de un bien.

71. Por otro lado, no me parece que difieran en gran medida desde el punto de vista económico la situación en la que el consumidor es *sujeto pasivo* de un tributo y aquella

en la que, en cambio, el sujeto sobre el que el tributo, *cobrado al productor y al importador*, se repercute, mediante un aumento del precio de venta del bien el gravado, puesto que en ambos supuestos las cargas financieras resultantes de la tributación son soportadas por personas distintas del productor y del importador. Sin embargo, en el segundo caso la jurisprudencia admite que es posible la compensación.⁴⁴

72. Si, al término de su examen, el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el rendimiento del suplemento controvertido ha sido concretamente destinado a la financiación de costes que gravan directa o indirectamente la electricidad nacional y que ello ha permitido a los productores de esta última compensar cargas efectivamente soportadas en virtud de dicho suplemento, deberá valorar si la compensación ha sido íntegra, como parecería a la vista del tenor del artículo 9 de la OEPS, o solamente parcial. En el primer caso el suplemento de que se trata podría ser calificado como exacción de efecto equivalente a efectos del artículo 25 CE, y en el segundo como tributo interno discriminatorio en virtud del artículo 90 CE.

73. En cambio, si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que no ha existido compensación, no será aplicable ni un artículo ni el otro, puesto que el suplemento controvertido se aplica indistintamente al producto nacional y al importado conforme a modalidades no discriminatorias.

44 — Véase la sentencia Interzuccheri, citada en la nota 23, apartado 15.

c) Conclusión sobre la primera cuestión prejudicial

74. Sobre la base del conjunto de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial del modo siguiente:

«Un suplemento tarifario como el controvertido en el litigio principal, cobrado indistintamente y en las mismas condiciones por el transporte de electricidad nacional e importada, constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana, prohibida por el artículo 25 CE, cuando su rendimiento se destina a financiar actividades de las que se beneficia únicamente el producto nacional y los beneficios derivados de la misma compensan íntegramente la carga que grava dichos productos; si tales beneficios compensan sólo parcialmente la carga que grava el producto nacional, dicho suplemento constituye un tributo interno discriminatorio prohibido por el artículo 95 CE.

Incumbe al órgano jurisdiccional nacional realizar las comprobaciones necesarias para determinar la calificación jurídica del tributo de que se trata. En tal contexto, el órgano jurisdiccional nacional examinará si y en qué medida los costes a cuya cobertura se destina el rendimiento del suplemento tarifario de que se trata gravan directa o indirectamente a los productores nacionales de electricidad».

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

1. Observaciones preliminares

75. Mediante la segunda cuestión, el juez nacional pregunta si el régimen establecido por el artículo 9, apartado 1, de la OEPS constituye una ayuda de Estado a efectos del artículo 87 CE, apartado 1.

76. A tal respecto ha de recordarse que el juez nacional puede verse obligado a interpretar el concepto de ayuda recogido en el artículo 87 CE, apartado 1, en virtud de la eficacia directa reconocida por la jurisprudencia del artículo 88 CE, apartado 3, última frase.⁴⁵ Según reiterada jurisprudencia, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales proteger los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la prohibición de la ejecución de las ayudas, establecida en tal disposición.⁴⁶

77. En cuanto a las medidas que pueden o deben ser adoptadas para garantizar dicha tutela jurisdiccional, el Tribunal de

45 — Véanse, entre otras, las sentencias de 22 de marzo de 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Rec. p. 595), apartado 14; de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack* (C-189/91, Rec. p. I-6185), apartado 14, y de 15 de julio de 2004, *Pearle y otros* (C-345/02, Rec. p. I-7139), apartado 31.

46 — Véanse entre otras las sentencias de 21 de noviembre de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (C-354/90, Rec. p. I-5505), apartado 12, y *Lornoy y otros*, citada en la nota 21, apartado 30.

Justicia ha señalado que «el juez nacional debe deducir todas las consecuencias de tal incumplimiento, invocado por los justiciables, conforme a los medios procesales nacionales, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contravieniendo el artículo 88 CE, apartado 3».⁴⁷

78. Si bien el órgano jurisdiccional remitente no ha planteado ninguna cuestión a este respecto, es útil recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el examen de una ayuda no puede separarse del de los efectos de su modo de financiación si éste forma parte integrante de dicha medida.⁴⁸ En efecto, las modalidades de financiación de una ayuda pueden hacer este último incompatible con el mercado común, y ello aunque cumplan las condiciones establecidas por otras disposiciones del Tratado, en particular por los artículos 25 CE y 90 CE.⁴⁹

79. En la sentencia Van Calster y otros, el Tribunal de Justicia declaró además que, en supuestos similares, «con el fin de garantizar el efecto útil de la obligación de notificación, así como un examen adecuado y completo de una ayuda de Estado por parte de la Comisión, el Estado miembro debe,

para cumplir con tal obligación, notificar no sólo el proyecto de ayuda propiamente dicho, sino también su modo de financiación, si éste forma parte integrante de la medida proyectada».⁵⁰ Por otro lado, según el Tribunal de Justicia, «habida cuenta de que la obligación de notificación abarca también el modo de financiación de la ayuda, las consecuencias que se derivan de la inobservancia, por las autoridades nacionales, del artículo [88 CE, apartado 3, última frase,] deben aplicarse también a este aspecto de la medida de ayuda».⁵¹ De ello se sigue que «cuando se aplique una medida de ayuda, de la que forme parte integrante un modo de financiación, sin que se haya observado la obligación de notificación, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en principio, a ordenar el reembolso de los tributos o cotizaciones específicamente recaudados para la financiación de dicha ayuda».⁵²

80. En la sentencia Streekgewest el Tribunal de Justicia precisó que «para que se pueda considerar que un tributo o una parte de un tributo forma parte integrante de una ayuda, es necesario que el destino del tributo esté obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine obligatoriamente a la financiación de la ayuda» e incide directamente en su entidad y, por consiguiente, en la apreciación de la compatibilidad de la propia ayuda con el mercado común.⁵³

47 — Véase la sentencia *Air Liquide Industries Belgium*, citada en la nota 13, apartado 42. Véanse además las sentencias *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, citada en la nota 46, apartado 12, y de 13 de enero de 2005, *Streekgewest* (C-174/02, Rec. p. I-85), apartado 17.

48 — Véanse las sentencias de 21 de octubre de 2003, *Van Calster y otros* (C-261/01 y C-262/01, Rec. p. I-12249), apartado 49, y de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse* (C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243), apartado 44.

49 — Véanse la sentencia *Van Calster y otros*, citada en la nota 48, apartado 47; en este sentido, véase además la sentencia de 25 de junio de 1970, *Francia/Comisión* (47/69, Rec. p. 487), apartado 13.

50 — Véase la sentencia *Van Calster y otros*, citada en la nota 48, apartado 51.

51 — *Ibidem*, apartado 52.

52 — *Ibidem*, apartado 54.

53 — Véase la sentencia *Streekgewest*, citada en la nota 47, apartado 26; en el mismo sentido véanse además las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Casino Francia y otros* (C-266/04 a C-270/04, C-276/04 y C-321/04 a C-325/04, Rec. p. I-9481), apartado 40, y *Air Liquide Industries Belgium*, citada en la nota 13, apartado 46.

81. En el caso de autos, el suplemento controvertido se cobra específica y exclusivamente para permitir a SEP y/o a las EPE la cobertura de los costes NR que les corresponden. Así pues, a mi juicio, en el presente asunto se da el vínculo de destino exigido por el Tribunal de Justicia entre el rendimiento del tributo y la financiación de la medida pública respecto al cual al órgano jurisdiccional remitente le incumbe apreciar si constituye una ayuda de Estado.

82. Sobre la base de la jurisprudencia antes citada, las pretensiones formuladas por Essent frente a Aldel en virtud del artículo 9, apartado 1, de la OEPS podrían ser, pues, desestimadas si se comprueba que el régimen establecido por dicho artículo entraña una medida de ayuda a efectos del artículo 87 CE, apartado 1 y que tal medida no ha sido notificada a la Comisión.

83. Así pues, procederé a examinar sucesivamente estos dos aspectos.

2. El artículo 9, apartado 1, en relación con el apartado 4, de la OEPS, ¿constituye una medida de ayudas a efectos del artículo 87 CE, apartado 1?

84. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si una medida pública constituye una ayuda de Estado, ha de comprobarse que se cumplen cuatro requisitos acumulativos: la existencia de una ventaja para una empresa, el carácter

selectivo de la citada medida, así como la repercusión de esta última sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y la distorsión de la competencia resultante de ésta.⁵⁴

85. En cuanto al primero y al segundo de tales requisitos, me parece evidente que la medida censurada entraña una ventaja para SEP y/o para las EPE y que tal ventaja, al estar limitada al sector de la producción de electricidad, tiene carácter selectivo.

86. La circunstancia, puesta de manifiesto por el Gobierno de los Países Bajos, de que los gestores de la red estaban obligados a contribuir a la cobertura de los costes NR en virtud del protocolo de acuerdo no reviste, en mi opinión, una importancia decisiva. En efecto, el artículo 9 de la OEPS impone a los obligados a la recaudación del suplemento una obligación jurídica de abonar el correspondiente rendimiento a SEP autónoma e independiente de la obligación que eventualmente grava a las mismas personas en virtud del protocolo de acuerdo.⁵⁵ Además, el mecanismo previsto en el artículo 9 de la OEPS permite a SEP contar con una mayor seguridad en los pagos, cuyos fondos proceden de la recaudación de cargas parafiscales, así como reducir o excluir por tanto

54 — Véanse, entre otras, la sentencia de Air Liquide Industries Belgium, citada en la nota 13, apartado 28.

55 — Y ello a pesar de que, como señala el Gobierno neerlandés y se desprende de la propia resolución de remisión, la imposición de tal obligación *presupone* la existencia del protocolo de acuerdo y que la recaudación del suplemento está dirigida a permitir la ejecución del mismo, permitiendo al sector de la distribución repercutir sobre los consumidores los gastos que de ello derivan. Por otro lado, el artículo 9 de la OEPS no prevé expresamente ningún mecanismo de compensación para el supuesto de que SEP ya haya recibido en todo o en parte los pagos que los gestores de la red (o los proveedores) están obligados a efectuar en virtud del protocolo.

el riesgo de un eventual incumplimiento o de una imposibilidad de ejecución por parte de las personas vinculadas por el protocolo.⁵⁶

87. No obstante, si se comprobase que, en el momento en que se efectuaron los pagos previstos en el artículo 9, apartado 4, de la OEPS, SEP había ya recibido en todo o en parte, en concepto de ejecución del protocolo de acuerdo, los 400 millones de NLG previstos en el apartado 5 del mismo artículo,⁵⁷ la ventaja para SEP y/o para las EPE derivada del régimen considerado se reduciría oportunamente hasta quedar eventualmente limitada únicamente al exceso.⁵⁸

88. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar las correspondientes comprobaciones.

89. Además, a mi juicio, cabe considerar cumplido el cuarto requisito, relativo a los efectos sobre la competencia de la medida controvertida y a su incidencia en los intercambios entre los Estados miembros. En este punto me limitaré a observar que el planteamiento del Tribunal de Justicia al respecto

es particularmente amplio. Según reiterada jurisprudencia «no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda concedida sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, debiendo examinarse únicamente si dicha ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia».⁵⁹ En particular, cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro refuerza la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ella en los intercambios intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por dicha ayuda.⁶⁰

90. Pues bien, en la medida en que no está directamente implicada en la actividad de producción de electricidad, SEP procedía, como filial común de las cuatro EPE, a la comercialización de la electricidad producida por éstas e importada de ella. Operaba, cuando menos formalmente, en un régimen de competencia en el mercado de la importación de electricidad de uso no público,⁶¹ gestionaba la central de gasificación de carbón Demkolec y operaba en el sector de la calefacción urbana. En cuanto a la incidencia de la medida controvertida en los intercambios intracomunitarios, de lo que acaba de recordarse se desprende que la actividad de SEP no estaba limitada únicamente al ámbito nacional, sino que participaba en los intercambios transfronterizos.

56 — Ha de observarse de pasada que el artículo 97 de la Elektriciteitswet ha hecho legalmente obligatoria la ejecución del protocolo de acuerdo. Si bien no fue tenida directamente en cuenta por el órgano jurisdiccional remitente, la citada disposición, que no parece haber sido notificada a la Comisión, podría de suyo entrañar una medida de ayuda cuyas modalidades de financiación vienen previstas en el artículo 9 de la OEPS.

57 — No puede saberse si los gestores de la red y/o los proveedores, en el caso en que ya hubieran dado ejecución al protocolo, estaban dispensados de los pagos previstos en el artículo 9, apartado 4, de la OEPS por los importes correspondientes a su participación en los costes NR o si estaban obligados a ello, salvo que obtuvieran ulteriormente de SEP la repetición de dichos importes.

58 — En virtud del artículo 9, apartado 5, de la OEPS, dicho exceso se destina a beneficiar a los productores de electricidad para la cobertura de los costes NR.

59 — Véanse, entre otras, las sentencias de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión (C-372/97, Rec. p. I-3679), apartado 44, y Air Liquide Industries Belgium, citada en la nota 13, apartado 34.

60 — Véanse las sentencias de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Rec. p. I-11137), apartado 56 y la jurisprudencia allí citada, y Air Liquide Industries Belgium, citada en la nota 13, apartado 35.

61 — En virtud de la Elektriciteitswet 1989, véase la sentencia Almelo, citada en la nota 12, apartados 13 y ss.

91. Incumbe pues al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones correspondientes.⁶²

92. Más complejo es en cambio el razonamiento en cuanto a la concurrencia del requisito de la financiación de la medida mediante fondos públicos. Esta cuestión ha sido ampliamente debatida tanto ante el órgano jurisdiccional remitente como ante el Tribunal de Justicia. Así pues, pasaré a examinar si se cumple dicho requisito.

93. En tal examen no entraré expresamente en el fondo del debate, alimentado, entre otras cosas, por algunos anteriores pronunciamientos del Tribunal de Justicia,⁶³ acerca de la necesidad de la financiación pública para la calificación de una medida estatal como ayuda de Estado a efectos del artículo 87 CE. A este respecto me limitaré a señalar que a partir de la sentencia *Sloman Neptun*⁶⁴ el Tribunal de Justicia ha afirmado en repetidas ocasiones y sin ambigüedades el principio según el cual una ayuda debe ser *financiada directa o indirectamente mediante fondos estatales*,⁶⁵ poniendo así de manifiesto que consideraba tal requisito como uno de los elementos constitutivos del concepto de ayuda.

94. Dicho principio resulta ratificado⁶⁶ en la sentencia *PreussenElektra*,⁶⁷ en la que el Tribunal de Justicia descartó que constituyera una ayuda de Estado a efectos del artículo 87 CE, apartado 1, una normativa estatal que, por una parte, imponía a las empresas privadas suministradoras de electricidad una obligación de adquirir electricidad generada por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra parte, repartía la carga financiera derivada de esta obligación entre las empresas suministradoras y los gestores privados de redes eléctricas situados en un nivel de distribución anterior. Según el Tribunal de Justicia, a falta de una transferencia directa o indirecta de fondos estatales, el hecho de que tal normativa confiriera una ventaja económica indiscutible a las empresas productoras de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables y que tal ventaja fuera la consecuencia de la intervención de los poderes públicos no bastaba para calificar la medida controvertida como ayuda.⁶⁸

95. Más recientemente, en la sentencia *Pearle y otros*,⁶⁹ el Tribunal de Justicia consideró que no constituían medidas de ayuda los reglamentos adoptados por una corporación profesional de Derecho público para financiar, mediante recursos percibidos de sus propios miembros y obligatoriamente afectados a tal fin, una campaña publicitaria colectiva decidida por los propios miembros, pues estaba acreditado que tal financiación se efectuó mediante recursos de los que la corporación profesional en ningún momento pudo disponer libremente. El Tribunal de

62 — Véase la sentencia *Air Liquide Industries Belgium*, citada en la nota 13, apartado 37.

63 — Véanse las sentencias de 30 de enero de 1985, *Comisión/Francia* (290/83, Rec. p. 439), apartados 13 y 14; de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy y otros/Comisión* (67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219), apartados 32 a 38, y de 7 de junio de 1988, *Grecia/Comisión* (57/86, Rec. p. 2855), apartado 12, así como las conclusiones presentadas por los Abogados Generales VerLoren van Themaat en el asunto en que recayó la sentencia de 13 de octubre de 1982, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor y otros* (213/81 a 215/81, Rec. p. 3583); *Slynn* en *Comisión/Grecia*, citada en esta misma nota, y *Darmon* en el asunto en que recayó la sentencia de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun* (C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887).

64 — Citada en la nota 63.

65 — Tal formulación fue ya utilizada en la sentencia de 24 de enero de 1978, *Van Tiggele* (82/77, Rec. p. 25), apartado 25.

66 — En tal ocasión, la Comisión instó abiertamente al Tribunal de Justicia a reconsiderar su jurisprudencia, en particular a la luz de los recientes cambios en el ordenamiento comunitario.

67 — Sentencia de 13 de marzo de 2001 (C-379/98, Rec. p. I-2099).

68 — Apartados 59 y 61.

69 — Sentencia de 15 de julio de 2004 (C-345/02, Rec. p. I-7139).

Justicia atribuyó una particular importancia a la circunstancia de que los gastos en que incurrió el organismo público a raíz de la campaña se sufragaron en su totalidad con los gravámenes impuestos a las empresas que se beneficiaron de la campaña. De ello se seguía, según el Tribunal de Justicia, que la intervención de dicho organismo «no pretendía crear una ventaja que constituyera una carga suplementaria para el Estado o para el mencionado organismo»,⁷⁰ el cual solamente sirvió de medio para la percepción y la afectación de los recursos recaudados a favor de un objetivo meramente comercial previamente fijado por los actores del sector profesional considerado y que no formaba parte, en absoluto, de una política fijada por las autoridades neerlandesas.⁷¹

96. La cuestión de si la medida establecida en favor de SEP por la normativa nacional controvertida cumple el requisito de financiación mediante recursos estatales ha de examinarse ante todo atendiendo a los principios consagrados y a las soluciones seguidas por el Tribunal de Justicia en estos dos precedentes. En particular, los Países Bajos sostienen que tal apreciación sólo puede dar lugar a una respuesta negativa a la luz de lo afirmado por el Tribunal de Justicia en tales sentencias.

97. A este respecto he de observar con carácter preliminar que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia *PreussenElektra* puede dar lugar a un impacto particularmente importante en los mercados en fase de desregularización en la que, y esto se da especialmente en el caso del mercado

eléctrico, los costes de transición a la competencia generados por la liberalización son particularmente significativos. En estos ámbitos, las facultades de control de la Comisión sobre las medidas nacionales de ayuda a las empresas gravadas con tales costes resultan notablemente disminuidas por una rígida aplicación del requisito de financiación mediante recursos estatales, especialmente si se tiene en cuenta que tales medidas son a menudo concebidas de forma tal que se hace recaer sobre los consumidores finales el peso económico de la recuperación de dichos costes, y no en pocas ocasiones a través del establecimiento de cargas parafiscales.⁷² El riesgo consiste pues en que las medidas estatales que puedan incidir también de forma sensible en los resultados de los procesos de liberalización en marcha en los Estados miembros queden de hecho sustraídas a todo control sobre la base de disposiciones comunitarias en materia de ayudas y escapen del rígido encuadramiento en el que las medidas sujetas a tal control quedan en cambio sujetas en virtud de las directrices para el examen de las ayudas ligadas a los costes de transición a la competencia adoptada por la Comisión.⁷³

98. Es principalmente por esta razón por lo que sostengo que no debe extenderse la solución seguida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *PreussenElektra* más allá de las circunstancias fácticas concretas que justificaron su acogida.

72 — Así, por ejemplo, citando la sentencia *PreussenElektra*, la Comisión ha renunciado a valorar sobre la base del artículo 87 CE, apartado 1, la imposición en el Reino Unido de una tasa parafiscal (la *Competitive Transition Charge*) cobrada a los consumidores finales y abonada directamente a los suministradores de electricidad (Decisión de 27 de febrero de 2002 en el procedimiento N 661/99).

73 — Comunicación de la Comisión relativa a la metodología para analizar las ayudas estatales ligadas a los costes de transición a la competencia, adoptada el 26 de julio de 2001.

70 — Apartado 36.

71 — Apartado 37.

99. Pues bien, uno de los elementos que el Tribunal de Justicia consideró esencial a efectos de la decisión en el asunto *PreussenElektra* es la condición de particulares de las personas a las que incumbían las cargas impuestas por la *Stromeinspeisungsgesetz*. La pertinencia de tal circunstancia se desprende claramente, además del fallo, de los apartados 55 y 56 de la sentencia, en los que el Tribunal de Justicia, a la vista de la información facilitada por el Gobierno alemán sobre la composición del accionariado de las empresas implicadas (*PreussenElektra* y *Schlesweg*), reformuló la cuestión prejudicial planteada por el *Landgericht Kiel* en el sentido de que estaba dirigida, en esencia, a dilucidar si constituían ayudas de Estado las cargas impuestas por la normativa alemana (obligación de adquisición a un precio prefijado y reparto de las correspondientes cargas) a *empresas privadas de suministro de electricidad* y a los *gestores privados* de las redes situados en un nivel de distribución anterior.⁷⁴ Además, el mecanismo de la *Stromeinspeisungsgesetz* no preveía la intervención de intermediarios, en su condición de recaudadores y/o gestores de los importes que han de destinarse a la subvención; puesto que la ventaja de que gozaban las empresas beneficiarias consistía en la garantía de venta de la electricidad por ellas producida y una diferencia entre su valor económico y su precio, superior a dicho valor, establecido por ley, dicha ventaja se concedía automáticamente en el momento de la celebración de los contratos de suministro y del pago de la retribución.

100. Atendiendo a estos elementos es posible considerar que el alcance de la sentencia *PreussenElektra* se limita a los supuestos en que una subvención concedida por poderes públicos a determinadas empresas se financia exclusivamente mediante la imposición de cargas que gravan a los *operadores privados* y es abonada a los beneficiarios *directamente* por tales operadores.

101. Por el contrario, este pronunciamiento del Tribunal de Justicia no afectaría i) al caso en que la subvención se financia mediante la imposición de cargas a empresas públicas o mediante fondos a disposición de tales empresas, ni ii) al caso en que los recursos destinados a la financiación de las subvenciones, derivados de cargas impuestas a personas privadas (por ejemplo, contribuciones parafiscales), pasen por empresas u organismos que intervienen como intermediarios antes de ser entregadas a los beneficiarios.

102. En tales supuestos, la subvención de que se trata podría quedar comprendida en el concepto de ayuda a efectos del artículo 87 CE, apartado 1, si se financia mediante fondos estatales. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal requisito concurre cuando los recursos utilizados quedan directa o indirectamente sujetos al control del Estado. En la sentencia *Francia/Ladbroke Racing y Comisión*⁷⁵ y, más recientemente, en la sentencia *Stardust*,⁷⁶ el Tribu-

74 — Esta reformulación permitió al Tribunal de Justicia limitar el alcance de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente —que se extendía a la apreciación de la totalidad del régimen de medidas de apoyo a la producción de energía a partir de fuentes renovables previsto en la normativa impugnada— circunscribiéndolo únicamente al examen de las obligaciones impuestas a las partes del procedimiento *a quo* en virtud de dicha normativa.

75 — Sentencia de 16 de mayo de 2000 (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), que confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de enero de 1998, *Ladbroke Racing/Comisión* (T-67/94, Rec. p. II-1).

76 — Sentencia de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión, «Stardust»* (C-482/99, Rec. p. I-4397). Véanse también las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en este asunto.

nal de Justicia ha afirmado expresamente que el concepto de fondos estatales a efectos del artículo 87 CE, apartado 1, «comprende todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio de dicho sector». Por consiguiente, «aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de Hacienda, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales».⁷⁷

103. En cuanto atañe más específicamente al supuesto, enunciado *supra* en el punto 103, inciso i), de una medida subvencionada mediante la imposición de cargas a empresas públicas o mediante la utilización de fondos procedentes de tales empresas, el Tribunal de Justicia precisó, en la sentencia Stardust, antes citada, que tales recursos deben tener la consideración de fondos estatales cuando «mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de éstas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas».⁷⁸ A tal fin no es necesario demostrar la efectiva transferencia por parte del Estado a tales empresas de dotaciones específicas con vistas a la financiación de la medida de ayuda.

104. Sin embargo, el carácter público de un organismo no implica que los recursos a su disposición deban calificarse automáticamente como «estatales» a efectos del artículo 87 CE, apartado 1. Como se ha señalado *supra*,⁷⁹ en efecto, dicha calificación puede quedar excluida, por ejemplo, siempre que tal organismo actúe como mero «medio para la percepción y la afectación de los recursos recaudados» y su intervención no esté dirigida a la creación de «una ventaja que constituyera una carga suplementaria para el Estado».

105. Además, para que una medida adoptada por una empresa pública pueda tener la consideración de ayuda a efectos del artículo 87 CE, apartado 1, es necesario que sea imputable al Estado, en el sentido de que sea el resultado de una acción de los poderes públicos.⁸⁰

106. En cambio, en cuanto atañe al supuesto enunciado *supra* en el punto 101, inciso ii), en el que los fondos necesarios para la financiación de la subvención son recaudados a cargo de personas privadas y entregados a los beneficiarios de la misma mediante empresas u organismos intermedios, debe recordarse antes de nada que según reiterada jurisprudencia no procede distinguir entre los supuestos en los que la ayuda es concedida directamente por el Estado y aquéllos en los que es concedida a través de un organismo público o privado, designado o instituido por el propio Estado.⁸¹

77 — Apartado 50 de la sentencia Francia/Ladbroke Racing y Comisión, citada en la nota 75, y apartado 37 de la sentencia Stardust, citada en la nota 76. Este principio fue anteriormente afirmado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión (T-358/94, Rec. p. II-2109), apartado 67.

78 — Apartado 38.

79 — Punto 95.

80 — El Tribunal de Justicia ha explicado los criterios en virtud de los cuales debe comprobarse tal imputabilidad en la sentencia Stardust, citada en la nota 76.

81 — Véase la sentencia PreussenElektra, citada en la nota 67, apartado 58 y la jurisprudencia allí citada.

107. A continuación, ha de hacerse referencia más específicamente a la jurisprudencia relativa a las medidas de ayudas financiadas mediante tributos parafiscales o contribuciones obligatorias. En virtud de tal jurisprudencia, «por nutrirse los fondos de que se trata de cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado y, por estar como demuestra el presente caso, gestionados y distribuidos conforme a dicha legislación, han de considerarse como fondos estatales en el sentido del artículo [87 CE, apartado 1], aun cuando sean administrados por organismos distintos de la autoridad pública».⁸²

108. Ciertamente, es posible objetar que tal jurisprudencia ha quedado implícitamente superada por la sentencia *PreussenElektra*, cuando menos en el supuesto en que el papel desarrollado por el intermediario sea exclusivamente el de receptor de la contribución o bien se limite a un control puramente contable de los fondos recaudados y excluya pues el ejercicio de cualquier margen de discrecionalidad en la utilización y en el destino de los fondos. En efecto esta situación es, desde el punto de vista económico, difícilmente distinguible de aquella en la que los importes destinados a la financiación de la medida de ayuda se transfieren directamente desde las personas sobre quienes recae la obligación de contribución a las empresas beneficiarias de la medida.⁸³

109. No obstante, considero que tal objeción puede salvarse si se considera que la intervención de un intermediario designado

por el Estado, aunque esté simplemente encargado de la recaudación o de un control puramente contable, puede interrumpir el flujo directo de fondos desde la esfera de los sujetos pasivos a la de los beneficiarios, permitiendo determinar un momento en el que tales fondos se hallan, cuando menos indirectamente, bajo el control del Estado, en la medida en que se hallan vinculados a un destino, adquiriendo de tal modo la naturaleza de recursos públicos. En particular, tal interpretación me parece posible al menos en dos situaciones, es decir, cuando el intermediario es público y cuando las contribuciones obligatorias cobradas a empresas o a particulares se abonan a un fondo, público o privado, creado o designado por el Estado con objeto de asignar la ayuda de conformidad con la ley, con independencia del grado de autonomía de tal fondo en la gestión y el reparto de las sumas percibidas.

110. A mi juicio, la sentencia *Pearle* y otros antes citada no puede ser considerada como un obstáculo a cuanto acaba de afirmarse. Como se ha señalado, en tal ocasión el Tribunal de Justicia descartó la naturaleza de recursos estatales de fondos resultantes de contribuciones obligatorias abonadas a un colegio profesional por sus propios miembros, cuya imposición se hizo posible gracias al régimen legal aplicable a dicho colegio profesional y cuya recaudación estaba dirigida a la financiación de una campaña publicitaria colectiva en favor de los propios miembros. Pues bien, entre los varios elementos utilizados por el Tribunal de Justicia para motivar tal conclusión (indisponibilidad de los fondos por parte del colegio profesional, papel de este último limitado a la recaudación de las contribuciones, atribución de una ventaja sin la carga correspondiente para el Estado o para el organismo público implicado), la circunstancia de que la iniciativa de promover la campaña publicitaria

82 — Sentencia de 2 de julio de 1974, *Italia/Comisión* (173/73, Rec. p. 709), apartado 35. Véase también la sentencia *Steinike & Weinling*, citada en la nota 45.

83 — En tal sentido véase la Decisión de 31 de octubre de 2001 de la Comisión en el procedimiento N/6/A/2001.

controvertida y la propuesta relativa a las modalidades de reparto de las correspondientes cargas procedieran del sector comercial afectado y no de las autoridades públicas asume, en mi opinión, en la sistemática del razonamiento del Tribunal de Justicia, un carácter decisivo en la medida en que resulta idónea para excluir la propia posibilidad de referir la medida controvertida al Estado.⁸⁴

111. A la luz de cuanto se ha expuesto hasta aquí, procede preguntarse si los pagos a favor de SEP efectuados en virtud del artículo 9, apartados 1 y 4, de la OEPS implican el empleo de «fondos estatales» a efectos del artículo 87 CE, apartado 1.

112. Como se ha señalado, el mecanismo previsto en la disposición nacional controvertida preveía la imposición de un suplemento por el servicio de transporte a cargo de los consumidores de electricidad, la recaudación de tal suplemento por parte de los gestores de la red y la transferencia de los ingresos por estos últimos a la «sociedad designada (SEP)», encargada de un control contable sobre los fondos transferidos y obligada a entregar al Ministerio de Economía los importes que eventualmente excedieran los 400 millones de NLG. La controversia pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente versa concretamente sobre los importes adeudados por un usuario privado, Aldel, en virtud del citado suplemento, al gestor de la red del territorio en el cual está establecido, Essent.

84 — Véanse en tal sentido las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el citado asunto.

113. En primer lugar ha de señalarse que, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, Essent precisó que, en el período de referencia, es decir, entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000, su capital estaba controlado al 100 % por Essent NV, cuyo capital estaba a su vez en un 100 % en manos de ayuntamientos y provincias y, por tanto, íntegramente en posesión de los poderes públicos. De ello se sigue, como ha sostenido correctamente la Comisión en sus observaciones, que Essent era, en dicho período, una empresa pública a efectos del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.⁸⁵

114. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los recursos a disposición de Essent⁸⁶ deben tener la consideración, en principio, de fondos públicos. En cuanto a la objeción formulada por el Gobierno de los Países Bajos en relación con el papel de mero perceptor del tributo desarrollado por Essent, me remito a lo ya expuesto en los puntos 108 a 110 *supra*.⁸⁷

85 — DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75.

86 — La situación no parece ser distinta para los demás gestores de la red, aunque su capital se halle igualmente en manos de organismos públicos.

87 — He de observar por otro lado que, si bien es cierto que en virtud del artículo 9, apartados 1 y 4, de la OEPS, Essent estaba encargada únicamente de recaudar el suplemento controvertido y entregarlo a SEP, estaba igualmente obligada por ley, en virtud del artículo 97 de la Elektriciteitswet 1998, que hacía obligatoria la ejecución del protocolo de acuerdo, a efectuar frente a SEP los pagos que le incumbían en virtud de la aplicación de dicho protocolo. La cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente no se refiere a la posibilidad de que el artículo 97 de la Elektriciteitswet constituya una medida de ayuda a efectos del artículo 87 CE, apartado 1. Así pues, no es necesario proceder a tal examen.

115. En segundo lugar, me parece pertinente la circunstancia de que SEP estaba obligada a un control contable de los importes derivados de los ingresos por el suplemento controvertido, del que debía rendir cuentas al Ministerio de Economía. Presumiblemente era sólo al final de tal control cuando los importes controvertidos se ponían a disposición de SEP, la cual estaba obligada a destinarlos a fines específicos, es decir, a la cobertura de costes derivados de inversiones efectuadas por voluntad de los poderes públicos.

116. Por último, igualmente pertinente es la circunstancia de que, en virtud del apartado 5 del artículo 9 de la OEPS, los importes que excedían de los 400 millones de NLG debían ser entregados por SEP al Ministerio de Economía.

117. Sobre la base de las consideraciones que preceden, estimo posible concluir que los pagos efectuados en favor de SEP en virtud de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, en relación con el apartado 4, de la OEPS entrañan el empleo de «fondos estatales» a efectos del artículo 87 CE, apartado 1.

118. A la luz del conjunto de las consideraciones que preceden propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial del modo siguiente:

«Una normativa nacional en virtud de la cual el rendimiento de un suplemento tarifario impuesto con carácter transitorio sobre el consumo de electricidad y recaudado por los gestores de la red es entregado por estos últimos a una sociedad que es la filial común de los productores nacionales de electricidad y que está obligada, en virtud de dicha normativa, a destinar una parte de dicho rendimiento a cubrir los costes de transición a la competencia derivados de inversiones efectuadas por la propia sociedad o por las empresas productoras antes de la apertura del mercado a la competencia, así como a entregar al Estado el eventual excedente, igualmente destinado a cubrir los citados costes, puede constituir una ayuda de Estado a efectos del artículo 87 CE, apartado 1.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si concurren las condiciones para la aplicación de dicho artículo».

3. Sobre el incumplimiento de la obligación de notificación

119. Si bien el órgano jurisdiccional remitente no formula al Tribunal de Justicia ninguna cuestión sobre la interpretación del artículo 88 CE, apartado 3, a partir del presupuesto de que la obligación de notificación establecida por tal disposición no ha sido cumplida por los Países Bajos, considero no obstante útil dedicar unas breves reflexiones al fondo de las alegaciones formuladas por el Gobierno neerlandés para rebatir el incumplimiento que se le imputa.

120. Los Países Bajos sostienen «haber puesto en conocimiento» de la Comisión,

en el marco del procedimiento en materia de ayudas nº 597/1998, el texto íntegro del proyecto de ley de la OEPS. Dicha comunicación se efectuó mediante escrito de 30 de agosto de 2000, en el que los Países Bajos llamaron específicamente la atención de la Comisión sobre el texto del artículo 9 de tal proyecto. La Comisión no niega que la totalidad del proyecto de ley figurase en el anexo al escrito de 30 de agosto de 2000. Además, del texto de tal escrito, presentado por el Gobierno de los Países Bajos a instancias del Tribunal de Justicia, se desprende que dicho Gobierno hace en él una referencia explícita al artículo 9 de la OEPS, si bien únicamente en el epígrafe titulado «información complementaria sobre el protocolo a efectos de la aplicación del artículo 24 de la Directiva 92/96».

121. Ha de señalarse que el procedimiento nº 597/1998 se cerró con la Decisión de 25 de julio de 2001.

122. Pues bien, el régimen establecido en el artículo 9 de la OEPS entró en vigor el 29 de diciembre de 2000 y preveía que el rendimiento derivado del suplemento recaudado a efectos del apartado 1 de tal artículo debían ser abonado por los gestores de la red a SEP antes del 1 de julio de 2001 (apartado 4 del artículo 9). Así pues, los Países Bajos aplicaron dicho régimen sin atender a la decisión mediante la cual la Comisión había cerrado

el procedimiento en cuyo marco había sido comunicada a dicha institución la disposición que lo establecía.

123. Además, en el marco de tal actuación se preveía la recaudación del suplemento previsto en el artículo 9, apartado 1, de la OEPS con efecto retroactivo al 1 de agosto de 2000, es decir, una fecha anterior al propio escrito mediante el cual se comunicaba a la Comisión las medidas previstas en dicho artículo. A este respecto puede ser útil recordar que en la sentencia Van Calster, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró ilegales las exacciones parafiscales dirigidas a la financiación de medidas de apoyo en favor de determinados sectores agrícolas que eran recaudadas con efecto retroactivo a un período anterior a la decisión de la Comisión que se había pronunciado sobre la compatibilidad de dichas medidas. Según el Tribunal de Justicia, al disponer el efecto retroactivo de la imposición de tales exacciones, el Estado de que se trata había actuado en incumplimiento de la obligación de notificación previa a la aplicación de la ayuda.

124. De ello se desprende que aunque procediera considerar la comunicación contenida en el escrito de 30 de agosto de 2000 como una notificación a efectos del artículo 88 CE, apartado 3, ello no bastaría para considerar cumplida la obligación prevista en dicha disposición.

V. Conclusión

125. A la luz de cuanto precede propongo al Tribunal de Justicia que declare que:

- «1) Un suplemento tarifario como el controvertido en el litigio principal, cobrado indistintamente y en las mismas condiciones por el transporte de electricidad nacional e importada, constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana, prohibida por el artículo 25 CE, cuando su rendimiento se destina a financiar actividades de las que se beneficia únicamente el producto nacional y los beneficios derivados de la misma compensan íntegramente la carga que grava dichos productos; si tales beneficios compensan sólo parcialmente la carga que grava el producto nacional, dicho suplemento constituye un tributo interno discriminatorio prohibido por el artículo 95 CE.

Incumbe al órgano jurisdiccional nacional realizar las comprobaciones necesarias para determinar la calificación jurídica del tributo de que se trata. En tal contexto, el órgano jurisdiccional nacional examinará si y en qué medida los costes a cuya cobertura se destina el rendimiento del suplemento tarifario de que se trata gravan directa o indirectamente a los productores nacionales de electricidad.

- 2) Una normativa nacional en virtud de la cual el rendimiento de un suplemento tarifario impuesto con carácter transitorio sobre el consumo de electricidad y recaudado por los gestores de la red es entregado por estos últimos a una sociedad que es la filial común de los productores nacionales de electricidad y que está obligada, en virtud de dicha normativa, a destinar una parte de dicho rendimiento a cubrir los costes de transición a la competencia derivados de inversiones efectuadas por la propia sociedad o por las empresas productoras antes de la apertura del mercado a la competencia, así como a entregar al Estado el eventual excedente, igualmente destinado a cubrir los citados costes, puede constituir una ayuda de Estado a efectos del artículo 87 CE, apartado 1.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si concurren las condiciones para la aplicación de dicho artículo.»