



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentadas el 27 de febrero de 2018<sup>1</sup>

### Asunto C-135/16

**Georgsmarienhütte GmbH,  
Stahlwerk Bous GmbH,  
Schmiedag GmbH,  
Harz Guss Zorge GmbH  
contra  
Bundesrepublik Deutschland**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Fráncfort del Meno, Alemania)]

«Cuestión prejudicial de apreciación de validez — Decisión de la Comisión de 25 de noviembre de 2014 en el procedimiento de Ayuda de Estado SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Ayuda alemana a las energías de origen renovable — Limitación del recargo EEG en favor de las empresas grandes consumidoras de energía — Admisibilidad de la cuestión prejudicial — Aplicación de la jurisprudencia TWD — Concepto de ayuda de Estado — Ventaja — Selectividad de la ayuda — Transferencia de recursos estatales — Flujos financieros entre operadores privados controlados por autoridades públicas»

1. La legislación alemana vigente desde el 1 de enero de 2012 instauró un mecanismo de promoción de la electricidad procedente de fuentes renovables (en lo sucesivo, «electricidad EEG»). En concreto, estableció un régimen de apoyo en favor de los productores de ese tipo de energía, a quienes garantizaba, mediante tarifas reguladas y primas de mercado, la percepción de un precio más elevado que el de la electricidad vendida en el mercado.
2. Para financiar ese régimen de apoyo se aprobó un recargo (en lo sucesivo, «recargo EEG») que, en la práctica, habrían de pagar los consumidores finales. Las empresas ferroviarias y las que consumen grandes cantidades de electricidad (en lo sucesivo, «empresas energívoras»)<sup>2</sup> también estaban, en principio, sujetas al recargo EEG. Ahora bien, el legislador alemán optó por bajarles el importe, como medida que contribuiría a disminuir sus costes y, por tanto, a mantener su competitividad.
3. El 25 de noviembre de 2014, la Comisión Europea consideró que la reducción del recargo EEG, aplicada a aquellas empresas, era una ayuda de Estado solo compatible con el mercado interior si se atenía a ciertas condiciones, detalladas en el artículo 3 de la Decisión (UE) 2015/1585 relativa al régimen de ayudas SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [ejecutado por Alemania en apoyo a la electricidad de fuentes renovables y para grandes consumidores de energía].<sup>3</sup>

1 Lengua original: español.

2 Utilicé este neologismo, procedente de la terminología italiana, en las conclusiones del asunto IRCCS — Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2016:287). Aunque el régimen italiano objeto de aquel reenvío prejudicial tenía rasgos similares al de este, allí no se planteaban los problemas relativos a su calificación como ayuda de Estado.

3 DO 2015, L 250, p. 122.

4. Las ayudas (en su modalidad de reducción del recargo EEG) que no se atuvieran a las condiciones marcadas en la Decisión 2015/1585 se declararon incompatibles con el mercado interior. Como así sucedía en relación con algunas empresas del grupo Georgsmarienhütte GmbH, las autoridades alemanas, en cumplimiento de aquella Decisión, les reclamaron inmediatamente la devolución de las respectivas cantidades.
5. Algunas de las empresas obligadas a restituir el importe de las ayudas impugnaron el acuerdo de las autoridades alemanas ante el tribunal de reenvío, aduciendo que la Decisión 2015/1585 era inválida. Por su parte, el Gobierno alemán interpuso un recurso de anulación (asunto T-47/15) contra esa misma Decisión, ante el Tribunal General, que lo desestimó en su sentencia de 10 de mayo de 2016.<sup>4</sup>
6. El tribunal *a quo*, receptivo al argumento de las empresas que ante él acudieron para combatir la Decisión 2015/1585, eleva una cuestión prejudicial de apreciación de validez de dicha Decisión, reenvío que presenta singulares dificultades, tanto desde el punto de vista procesal como desde el sustantivo.
7. En cuanto a la óptica procesal, el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse sobre la aplicación de la jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf<sup>5</sup> en un asunto como este, en el que varias empresas se inclinan por recurrir ante los jueces nacionales las decisiones nacionales de recuperación de las ayudas declaradas ilegales por la Comisión.
8. El Tribunal de Justicia habrá de dilucidar, en particular: a) si privilegia el recurso directo de anulación y declara inadmisibles las cuestiones prejudiciales de similar contenido; o b) si, por el contrario, ofrece margen a las empresas para que recurran ante los jueces nacionales, instándolos a plantear una cuestión prejudicial de apreciación de validez respecto a la decisión de la Comisión que declara ilegal la ayuda.
9. En cuanto a la óptica sustantiva, el litigio se añade a la larga saga de asuntos relativos a ayudas de Estado en el sector energético. La reducción del recargo EEG a determinadas empresas energívoras se sitúa a caballo entre las medidas analizadas en la jurisprudencia PreussenElektra<sup>6</sup> y en la jurisprudencia Association Vent De Colère! y otros.<sup>7</sup> El Tribunal de Justicia deberá zanjar, en este caso, el debate sobre el mayor o menor control estatal de los fondos movilizados por operadores privados, como elemento definidor de la noción de ayuda de Estado.

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión Europea: Decisión 2015/1585

#### 10. Conforme al artículo 1:

«La ayuda estatal para apoyar la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovable y de gas de minería, incluido su mecanismo de financiación, concedida sobre la base de la Erneuerbare-Energien-Gesetz (Ley EEG de 2012), ejecutada ilegalmente por Alemania infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado es compatible con el mercado interior siempre que Alemania aplique el compromiso establecido en el anexo I.»

4 Sentencia Alemania/Comisión, T-47/15, EU:T:2016:281. Contra esta sentencia el Gobierno alemán ha interpuesto un recurso de casación aún pendiente ante el Tribunal de Justicia (asunto C-405/16 P, Alemania/Comisión).

5 Sentencia de 9 de marzo de 1994, C-188/92, en lo sucesivo, «sentencia TWD», EU:C:1994:90.

6 Sentencia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160).

7 Sentencia de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851).

## 11. Según el artículo 3:

«1. La ayuda estatal consistente en reducciones en el recargo para la financiación de la ayuda a la electricidad procedente de fuentes de energía renovable (recargo EEG) en los años 2013 y 2014 para los usuarios con un gran consumo de energía (Besondere Ausgleichsregelung, BesAR), ejecutada ilegalmente por Alemania infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado, es compatible con el mercado interior siempre que se enmarque en alguna de las cuatro categorías enumeradas en el presente apartado.

La ayuda estatal concedida a una empresa perteneciente a un sector que figura en el anexo 3 de las Directrices sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente y la energía para el período 2014-2020 (“Directrices de 2014”) será compatible con el mercado interior siempre que la empresa haya pagado al menos el 15 % de los costes adicionales a que se enfrentan los proveedores de electricidad debido a la obligación de adquirir energía renovable, que posteriormente repercutieron a sus clientes. En caso de que la empresa pague menos del 15 % de los costes adicionales, la ayuda estatal será, no obstante, compatible si dicha empresa pagó un importe que corresponda al menos al 4 % de su valor añadido bruto o, en el caso de empresas que tengan una intensidad de uso de la electricidad de, como mínimo, el 20 %, al menos al 0,5 % del valor añadido bruto.

La ayuda estatal concedida a una empresa no perteneciente a un sector que figura en el anexo 3 de las Directrices de 2014, pero que presente una intensidad de uso de la electricidad de al menos un 20 % en 2012 y que, en ese mismo año, perteneciera a un sector con una intensidad comercial de al menos el 4 % a escala de la Unión, será compatible con el mercado interior siempre que la empresa haya pagado al menos el 15 % de los costes adicionales a que se enfrentan los proveedores de electricidad debido a la obligación de adquirir energía renovable, que posteriormente repercutieron a los consumidores de electricidad. En caso de que la empresa pague menos del 15 % de los costes adicionales, la ayuda estatal será, no obstante, compatible si dicha empresa pagó un importe que corresponda al menos al 4 % de su valor añadido bruto o, en el caso de empresas que tengan una intensidad de, como mínimo, el 20 %, al menos al 0,5 % del valor añadido bruto. En el caso de ayuda estatal concedida a una empresa que pueda acogerse a una ayuda estatal compatible sobre la base del párrafo segundo o tercero, pero cuyo importe del recargo EEG que abone no alcance el nivel requerido por dichos párrafos, serán compatibles los siguientes porcentajes de ayuda:

- a) para 2013, la parte de la ayuda que supere el 125 % del recargo que la empresa pagó efectivamente en 2013;
- b) para 2014, la parte de la ayuda que supere el 150 % del recargo que la empresa pagó efectivamente en 2013.

En los casos de ayuda estatal concedida a una empresa que no pueda acogerse a una ayuda estatal compatible sobre la base del párrafo segundo o tercero, pero cuyo importe del recargo EEG que abone no alcance el 20 % de los costes adicionales del recargo, sin reducción, serán compatibles los siguientes porcentajes de ayuda:

- a) para 2013, la parte de la ayuda que supere el 125 % del recargo que la empresa pagó efectivamente en 2013;
- b) para 2014, la parte de la ayuda que supere el 150 % del recargo que la empresa pagó efectivamente en 2013.

2. Toda ayuda que no esté cubierta por el apartado 1 será incompatible con el mercado interior.»

12. De acuerdo con el artículo 6, apartado 1:

«Alemania deberá recuperar de los beneficiarios la ayuda incompatible contemplada en el artículo 3, apartado 2, con arreglo al método descrito en el anexo III.»

13. El artículo 7 impone a Alemania la recuperación inmediata y efectiva de la ayuda incompatible, que deberá llevar a cabo en un plazo de cuatro meses, a partir de la fecha de notificación de la Decisión.

**B. Derecho nacional: Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien<sup>8</sup>**

14. El artículo 40 dispone:

«La Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones, previa solicitud, limitará para un punto de consumo el recargo EEG que las empresas proveedoras de electricidad repercuten a los consumidores finales que sean empresas manufactureras con un gran consumo de electricidad o empresas ferroviarias, conforme a los artículos 41 y 42. Esta limitación tiene como objetivo reducir los costes de electricidad de estas empresas y mantener de este modo su competitividad internacional e intermodal en la medida en que con ello no se pongan en peligro los objetivos de la Ley y en que la limitación sea compatible con los intereses de todos los consumidores de electricidad.»

15. El artículo 41 es del siguiente tenor:«(1) En el caso de empresas manufactureras, la limitación solo tendrá lugar si se acredita:

1. que en el ejercicio anterior

- a) la electricidad comprada a una empresa proveedora de electricidad y utilizada por la propia empresa en un punto de consumo ha ascendido como mínimo a 1 GWh;
- b) la relación entre el coste de la electricidad y el valor añadido bruto de la empresa [...] fue como mínimo del 14 %;
- c) el recargo EEG se repercutió a la empresa proporcionalmente; y

2. que ha sido objeto de una auditoría energética certificada en la cual se ha recogido y valorado el consumo energético y el potencial de reducción del mismo; esta condición no se aplica a las empresas cuyo consumo eléctrico sea inferior a 10 GWh.

(2) El cumplimiento de las condiciones establecidas en el apartado 1, punto 1, se deberá acreditar mediante los contratos de suministro eléctrico y mediante las facturas de electricidad correspondientes al último ejercicio, así como mediante la certificación de un auditor, una empresa de auditoría, un censor jurado de cuentas o una sociedad de censura de cuentas que tome como base las cuentas anuales del último ejercicio. [...] Las condiciones que establece el apartado 1, punto 2, se acreditarán mediante un certificado expedido por el organismo de certificación.

[...]

(3) Tratándose de empresas cuyo suministro eléctrico, en el sentido del apartado 1, punto 1, letra a),

<sup>8</sup> Ley por la que se establece una nueva regulación del marco jurídico de la promoción de la electricidad generada a partir de energías renovables, de 28 de julio de 2011, (BGBl. 2011 I, p. 1634; en lo sucesivo, «Ley EEG de 2012»).

1. haya sido como mínimo de 1 GWh, el recargo EEG relativo a la electricidad consumida en el correspondiente punto de consumo durante el período de limitación:
  - a) para un consumo máximo de 1 GWh, no se aplicará la limitación;
  - b) para un consumo de entre 1 y 10 GWh, se limitará al 10 % del recargo EEG determinado conforme al artículo 37, apartado 2;
  - c) para un consumo de entre 10 y 100 GWh, se limitará al 1 % del recargo EEG determinado conforme al artículo 37, apartado 2; y
  - d) para un consumo superior a 100 GWh, se limitará a 0,05 céntimos por kWh; o
2. haya sido como mínimo de 100 GWh y los costes de la electricidad hayan supuesto más del 20 % del valor añadido bruto, el recargo EEG determinado conforme al artículo 37, apartado 2, se limitará a 0,05 céntimos por kWh.

Las pruebas deberán ser aportadas conforme a lo dispuesto en el apartado 2.

(4) Un punto de consumo es la suma de todas las instalaciones eléctricas de una empresa conectadas espacial y físicamente que se encuentran en un recinto empresarial cerrado en sí mismo y que están conectadas a través de uno o más puntos de suministro con la red del operador de red.»

16. El artículo 43 recoge:«(1) La solicitud prevista en el artículo 40, apartado 1, en relación con los artículos 41 o 42, junto con toda la documentación de la solicitud, deberá ser presentada hasta el 30 de junio del año en curso (fecha límite material). La decisión afectará al solicitante, a la empresa proveedora de electricidad y al gestor de redes de transmisión responsable del reglaje. Tendrá efecto a partir del 1 de enero del año siguiente por un período de un año. En el cálculo de la relación entre los costes de la electricidad y el valor añadido bruto, conforme al artículo 41, apartados 1, punto 1, letra b), y 3, no se tendrán en cuenta los efectos producidos por una decisión anterior.

[...]

(3) El derecho del gestor de redes de transmisión responsable del reglaje en relación con el punto de consumo al pago del recargo EEG frente a las empresas proveedoras de electricidad correspondientes se limitará de conformidad con la decisión de la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones y los gestores de redes de transmisión deben considerar dicha limitación en el marco del artículo 36.»

17. Las modalidades del recargo EEG se precisaron, en particular, por la Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Reglamento sobre el mecanismo de compensación), de 17 de julio de 2009,<sup>9</sup> en su versión modificada por el artículo 2 de la Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien (Ley por la que se modifica el marco jurídico aplicable a la energía solar y por la que se modifica la Ley sobre las energías renovables), de 17 de agosto de 2012,<sup>10</sup> así como por la Verordnung zur Ausführung der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Reglamento de aplicación del Reglamento sobre el mecanismo de

<sup>9</sup> BGBl. 2009 I, p. 2101.

<sup>10</sup> BGBl. 2012 I, p. 1754.

compensación), de 22 de febrero de 2010,<sup>11</sup> en su versión modificada por la *Zweite Verordnung zur Änderung der Ausgleichsmechanismus-Ausführungsverordnung* (Segundo Reglamento por el que se modifica el Reglamento de aplicación sobre el mecanismo de compensación), de 19 de febrero de 2013.<sup>12</sup>

## II. El litigio nacional, los recursos ante el Tribunal General y las cuestiones prejudiciales

18. El 18 de diciembre de 2013, la Comisión notificó a la República Federal de Alemania su decisión de incoar el procedimiento del artículo 108 TFUE, apartado 2, en relación con la medida de apoyo a la electricidad de fuentes renovables y el recargo EEG reducido para grandes consumidores de energía.<sup>13</sup>

19. Nueve empresas del grupo Georgsmarienhütte interpusieron ante el Tribunal General sendos recursos de anulación contra aquella decisión (inicial).<sup>14</sup>

20. El Tribunal General, por autos de 9 de junio de 2015:

- Archivó cinco de estos recursos,<sup>15</sup> por carecer ya de objeto una vez que, en la Decisión 2015/1585, la Comisión había entendido que las ayudas otorgadas por Alemania a las correlativas empresas demandantes eran compatibles con el mercado interior.
- Archivó, asimismo, los otros cuatro recursos,<sup>16</sup> también por carecer de objeto, ya que, según la Decisión 2015/1585, las empresas demandantes habían recibido ayudas parcialmente ilegales que debían reintegrar. En esos cuatro autos, declaró inadmisibles las solicitudes de las empresas recurrentes, que instaban la ampliación de sus demandas para cuestionar la legalidad de la Decisión 2015/1585. El Tribunal General recordó a dichas empresas que gozaban de la posibilidad de introducir un recurso de anulación contra la Decisión 2015/1585, tal como ellas mismas habían evocado para la eventualidad de que sus solicitudes de ampliación de la demanda fuesen rechazadas.<sup>17</sup>

21. Estas cuatro empresas del grupo Georgsmarienhütte, dedicadas a la producción, la fundición y el procesamiento de acero, no interpusieron recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra los autos del Tribunal General de 9 de junio de 2015. Tampoco interpusieron ante dicho Tribunal recurso de anulación contra la Decisión 2015/1585, a diferencia de lo que hicieron otras empresas que se encontraban en su misma situación<sup>18</sup> y del propio Gobierno alemán.<sup>19</sup>

11 BGBl. 2010 I, p. 134.

12 BGBl. 2013 I, p. 310.

13 Ayuda estatal — Alemania — Ayuda estatal SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Apoyo a la electricidad de fuentes renovables y recargo EEG reducido para grandes consumidores de energía — Invitación a presentar observaciones, en aplicación del artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO 2014, C 37, p. 73).

14 Autos de 9 de junio de 2015, Stahlwerk Bous/Comisión (T-172/14, no publicado, EU:T:2015:402); WeserWind/Comisión (T-173/14, no publicado, EU:T:2015:416); Dieckerhoff Guss/Comisión (T-174/14, no publicado, EU:T:2015:415); Walter Hundhausen/Comisión (T-175/14, no publicado, EU:T:2015:423); Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, no publicado, EU:T:2015:414); Harz Guss Zorge/Comisión (T-177/14, no publicado, EU:T:2015:395); Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/Comisión (T-178/14, no publicado, EU:T:2015:409); Schmiedewerke Gröditz/Comisión (T-179/14, no publicado, EU:T:2015:401); y Schmiedag/Comisión (T-183/14, no publicado, EU:T:2015:396).

15 Autos de 9 de junio de 2015, WeserWind/Comisión (T-173/14, no publicado, EU:T:2015:416); Dieckerhoff Guss/Comisión (T-174/14, no publicado, EU:T:2015:415); Walter Hundhausen/Comisión (T-175/14, no publicado, EU:T:2015:423); Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/Comisión (T-178/14, no publicado, EU:T:2015:409); y Schmiedewerke Gröditz/Comisión (T-179/14, no publicado, EU:T:2015:401).

16 Autos de 9 de junio de 2015, Stahlwerk Bous/Comisión (T-172/14, no publicado, EU:T:2015:402); Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, no publicado, EU:T:2015:414); Harz Guss Zorge/Comisión (T-177/14, no publicado, EU:T:2015:395); y Schmiedag/Comisión (T-183/14, no publicado, EU:T:2015:396).

17 Auto de 9 de junio de 2015, Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, EU:T:2015:414), apartado 24. En los otros tres autos hay un apartado idéntico.

18 Asuntos T-103/15, T-108/15, T-109/15, T-294/15, T-319/15, T-605/15, T-737/15, T-738/15 y T-743/15.

19 Asunto T-47/15, Alemania/Comisión.

22. La estrategia procesal de las cuatro empresas del grupo Georgsmarienhütte consistió en acudir a los tribunales alemanes para impugnar los actos administrativos (nacionales) que, en aplicación de la Decisión 2015/1585, les forzaban a devolver el importe de las ayudas considerado ilegal.

23. Durante los años 2012 y 2013, a través de resoluciones administrativas dirigidas a esas cuatro empresas, se había acordado reducirles el recargo EEG, por ser grandes consumidoras de energía. Esas resoluciones fueron parcialmente revocadas, con efecto retroactivo, por otras de 25 de noviembre de 2014 (es decir, el mismo día en el que se adoptó la Decisión 2015/1585), a la vez que las autoridades alemanas exigieron a las empresas el reintegro de las ayudas, en la parte considerada ilegal por la Comisión.<sup>20</sup>

24. Las demandantes en el litigio principal recurrieron las resoluciones de revocación parcial ante el Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Oficina Federal de Economía y de Control de las Exportaciones; en lo sucesivo, «BAFA»). Como no obtuvieron respuesta expresa a su reclamación, el 26 de marzo de 2015, interpusieron recurso ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Fráncfort del Meno, Alemania), órgano judicial que suscita la siguiente cuestión prejudicial de apreciación de validez:

«¿Vulnera la Decisión de la Comisión Europea de 25 de noviembre de 2014 [Commission Decision of 25.11.2014 on the aid scheme SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) (implemented by Germany for the support of renewable electricity and of energy-intensive users), C(2014) 8786 final] el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al calificar la Comisión la limitación del recargo EEG de ayuda en el sentido del artículo 107 TFUE?»

25. Han depositado observaciones escritas las empresas del grupo Georgsmarienhütte, el Gobierno alemán y la Comisión, quienes participaron en la vista celebrada el 5 de diciembre de 2017. El asunto fue atribuido a la Gran Sala del Tribunal de Justicia.

### III. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial

26. La Comisión aduce que la cuestión prejudicial es inadmisibile, por dos motivos:

- En primer lugar, resulta aplicable la doctrina de la sentencia TWD, a cuyo tenor la posibilidad de que un justiciable alegue ante el órgano jurisdiccional nacional la invalidez de un acto de la Unión presupone que no haya dispuesto del derecho a introducir, con arreglo al artículo 263 TFUE, un recurso directo contra ese acto.
- En segundo lugar, es igualmente aplicable la jurisprudencia Adiamix,<sup>21</sup> conforme a la que el juez remitente debe explicitar en su auto las dudas sobre la validez de la norma de la Unión, sin circunscribirse a la mera remisión a los argumentos esgrimidos ante él por las partes del litigio.

27. El Gobierno alemán y las empresas del grupo Georgsmarienhütte se oponen a estos razonamientos de la Comisión y estiman, por el contrario, que la cuestión prejudicial es admisible.

20 Pese a que el Gobierno alemán había impugnado la Decisión 2015/1585 ante el Tribunal General, la BAFA entendió que estaba obligada a ejecutarla, dado su carácter vinculante, conforme al artículo 288 TFUE, y que una ayuda contraria al derecho de la Unión concedida mediante un acto administrativo debía revocarse, sin que existiera confianza legítima del beneficiario, según el artículo 48, apartado 2, de la Ley (alemana) de procedimiento administrativo.

21 Auto de 18 de abril de 2013, Adiamix (C-368/12, no publicado, EU:C:2013:257), apartados 21 y 22.

## A. Aplicación de la excepción TWD

28. La «excepción TWD» restringe las posibilidades de que los litigantes insten a los jueces nacionales a utilizar la vía prejudicial para poner en duda la validez de los actos de la Unión. Antes de examinar si este asunto encaja en ella, creo necesario profundizar en el análisis de sus rasgos esenciales.

### 1. Reflexión preliminar

29. En el seno de un recurso ante los tribunales de un Estado miembro, cualquier persona puede pedirles que se dirijan al Tribunal de Justicia para que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre «la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión», cuando estos hayan servido de base a decisiones de las autoridades nacionales objeto de aquel recurso.

30. La activación del procedimiento prejudicial es una facultad exclusiva del juez nacional,<sup>22</sup> a quien le está permitido declarar la validez de un acto de la Unión, pero no su invalidez.<sup>23</sup>

31. En la sentencia TWD, el Tribunal de Justicia aseveró que «las [...] exigencias de seguridad jurídica llevan a excluir la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda, objeto de una Decisión de la Comisión adoptada con base en el artículo 93 del Tratado, que podría haber impugnado dicha Decisión y que haya dejado transcurrir el plazo imperativo establecido al respecto por el párrafo tercero del artículo 173 del Tratado, cuestione la legalidad de dicha Decisión ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de un recurso interpuesto contra las medidas de ejecución de tal Decisión, adoptadas por las autoridades nacionales».<sup>24</sup>

32. Desde 1994, el Tribunal de Justicia ha corroborado, una y otra vez, la vigencia de la jurisprudencia TWD. Su última confirmación y su delimitación las ofrece la sentencia A y otros, dictada por la Gran Sala,<sup>25</sup> que reitera, en lo sustancial, la doctrina del Tribunal de Justicia en los fallos precedentes.

22 Artículo 267 TFUE. Véase al respecto la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 39 y jurisprudencia citada.

23 Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), apartados 14 y 15. Véanse asimismo las sentencias de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10), apartados 27 y 30; y de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo (C-583/11 P, EU:C:2013:625), apartado 95.

24 Sentencia TWD, apartado 17.

25 Sentencia de 14 de marzo de 2017, A y otros (C-158/14, EU:C:2017:202), apartado 70, que cita la sentencia TWD, apartado 18, y la de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101). Según su apartado 70, «[...] una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la validez de un acto de la Unión solo puede declararse inadmisibile en caso de que, aun cuando el recurso de anulación contra un acto de la Unión hubiera sido manifiestamente admisible, la persona física o jurídica que hubiera podido interponer tal recurso se abstuvo de hacerlo en el plazo fijado e invoca la ilegalidad de dicho acto en el marco de un procedimiento nacional a fin de incitar al tribunal nacional a plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial en cuestión, relativa a la validez del citado acto, obviando así el carácter definitivo que frente a él tiene el referido acto una vez expirados los plazos para recurrir».

33. La jurisprudencia TWD marca, pues, un límite a la posibilidad de impugnar la legalidad de los actos de la Unión productores de efectos jurídicos, a fin de garantizar la seguridad jurídica.<sup>26</sup> Ese mismo límite se aplica a los Estados miembros.<sup>27</sup> No se cierra, de este modo, la posibilidad de impugnar los actos de la Unión, sino que se reconduce el ejercicio de este derecho a sus cauces propios: quien esté inequívocamente legitimado para recurrirlos, habrá de impugnarlos en el plazo previsto (en principio, dos meses) y ante el órgano competente para declarar su nulidad (el Tribunal General).<sup>28</sup>

34. El alcance de la jurisprudencia TWD se circunscribe, pues, a los casos en los que el recurso de anulación del particular hubiera sido manifiestamente admisible ante el Tribunal General. Esta circunstancia ha concurrido, hasta el momento, en pocos supuestos,<sup>29</sup> sin duda a causa de las restricciones que el artículo 263 TFUE<sup>30</sup> impone a la legitimación activa de los particulares<sup>31</sup> para interponer recursos de anulación ante el Tribunal General. Cuando la legitimación activa de los recurrentes no es clara, evidente y manifiesta, el Tribunal de Justicia rehúsa aplicar la excepción TWD.<sup>32</sup>

26 Sentencia TWD, apartado 16: «el objetivo [de los plazos de recurso] es garantizar la seguridad jurídica, evitando que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos comunitarios que surtan efectos jurídicos». Véanse en el mismo sentido las sentencias 30 de enero de 1997, Wiljo, (C-178/95, EU:C:1997:46), apartado 19, y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C 239/99, EU:C:2001:101), apartado 29.

27 Sentencia de 22 de octubre de 2002, National Farmers' Union (C-241/01, EU:C:2002:604), apartado 36.

28 Sentencia TWD, apartado 18: «[...] admitir que, en tales circunstancias, el interesado pueda oponerse ante el órgano jurisdiccional nacional, a la ejecución de la Decisión basándose en la ilegalidad de ésta, sería tanto como reconocerle la facultad de obviar el carácter definitivo que frente a él tiene la Decisión una vez expirados los plazos para recurrir». En ese mismo sentido, véanse las sentencias ulteriores de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), apartado 30; de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 41; y de 5 de marzo de 2015, Banco Privado Portugués y Massa Insolvente do Banco Privado Portugués (C-667/13, EU:C:2015:151), apartados 28 y 30.

29 Sentencias TWD, apartados 17 a 25; de 30 de enero de 1997, Wiljo (C-178/95, EU:C:1997:46), apartados 15 a 25; y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), apartados 29 a 40.

30 La redacción del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, debida al Tratado de Lisboa, ha querido reforzar la tutela judicial de las personas físicas o jurídicas frente a los actos de la Unión, ampliando los criterios de admisibilidad del recurso de anulación a los actos reglamentarios que afecten directamente a los particulares y que no incluyan medidas de ejecución. No obstante, el Tribunal de Justicia ha considerado que esta ampliación de los criterios de admisibilidad no conlleva la eliminación de la excepción TWD. Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión (C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, EU:C:2011:368); y de 14 de marzo de 2017, A y otros (C-158/14, EU:C:2017:202), en cuyo apartado 69 se lee: «esta ampliación de los criterios de admisibilidad del recurso de anulación no tiene como contrapartida la imposibilidad de impugnar ante un órgano jurisdiccional nacional la validez de un acto de la Unión cuando el recurso de anulación que hubiera introducido ante el Tribunal General una de las partes del litigio ante ese órgano jurisdiccional no habría sido manifiestamente admisible».

31 Estas restricciones no se dan cuando el litigante es un Estado miembro, que goza siempre de legitimación activa para plantear recursos de anulación.

32 Véanse, en especial, las sentencias de 23 de febrero de 2006, Atzeni y otros (C-346/03 y C-529/03, EU:C:2006:130), apartados 30 a 34; de 8 de marzo de 2007, Roquette Frères (C-441/05, EU:C:2007:150), apartados 35 a 48; de 29 de junio de 2010, E y F (C-550/09, EU:C:2010:382), apartados 37 a 52; de 18 de septiembre de 2014, Valimar (C-374/12, EU:C:2014:2231), apartados 24 a 38; de 5 de marzo de 2015, Banco Privado Portugués y Massa Insolvente do Banco Privado Portugués (C-667/13, EU:C:2015:151), apartados 27 a 32; de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 57; y de 14 de marzo de 2017, A y otros (C-158/14, EU:C:2017:202), apartados 71 a 75.

35. También quiero subrayar que, en la sentencia Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português,<sup>33</sup> el Tribunal de Justicia ha desestimado la invocación de lo que podría calificarse como una excepción TWD a la inversa. En aquel asunto, el Estado portugués no interpuso recurso de anulación ante el Tribunal General contra la Decisión 2011/346/UE,<sup>34</sup> que sí recurrieron (sin éxito)<sup>35</sup> dos entidades bancarias privadas, pero luego invocó la firmeza de la Decisión frente a él, así como la excepción TWD, en el marco de la cuestión prejudicial planteada en el litigio nacional.<sup>36</sup>

36. La excepción TWD no impide a los jueces nacionales suscitar con carácter prejudicial, en cualquier momento, de oficio o a instancia de otras partes (carentes de legitimación activa manifiesta para interponer recurso de anulación), sus dudas sobre la validez de un acto de la Unión.<sup>37</sup> La lógica de la excepción se ciñe a evitar el abuso de las vías de recurso puestas a disposición de los litigantes por el derecho de la Unión.

37. Entendida de este modo, la jurisprudencia TWD no impide, repito, al juez nacional elevar cuestiones prejudiciales, cuando él mismo albergue dudas sobre la validez de un acto de la Unión, cuyas medidas nacionales de aplicación haya de juzgar.<sup>38</sup> La excepción TWD no tiene por qué entorpecer el mecanismo *ordinario* de cooperación, por vía prejudicial, del juez nacional con el Tribunal de Justicia.

38. En suma, la excepción TWD requiere: i) un acto de la Unión; ii) la ausencia de recurso de anulación; iii) legitimación activa manifiesta e indubitada del particular para recurrir en anulación el acto de la Unión ante el Tribunal General; y iv) medidas nacionales de ejecución contra las que se dirige una acción jurisdiccional interna, en la que se suscita la invalidez del acto de la Unión.

39. Así configurada, y pese a las críticas que ha provocado,<sup>39</sup> creo que la excepción TWD posee pleno sentido y no encuentro razones para sugerir al Tribunal de Justicia que la abandone. Por el contrario, me parece una de las doctrinas en las que el principio *stare decisis* adquiere toda su virtualidad.

33 La sentencia de 5 de marzo de 2015, Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), en su apartado 30, afirma que la excepción TWD «[...] solo se aplica a una parte que invoca ante un tribunal nacional la ilegalidad de un acto de la Unión Europea cuando hubiera podido —sin ninguna duda— interponer contra ese acto un recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE, pero no lo hizo dentro del plazo establecido. Por consiguiente, el hecho de que el Estado portugués, que no cuestiona ante los tribunales nacionales la legalidad de la Decisión 2011/346, no haya interpuesto ante el Tribunal General un recurso de anulación de dicha Decisión carece de pertinencia a efectos de la apreciación de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales relativas a la validez de la referida Decisión».

34 Decisión de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa a la ayuda estatal C 33/09 (ex NN 57/09, CP 191/09) ejecutada por Portugal en forma de garantía estatal en favor de BPP (DO 2011, L 159, p. 95).

35 Sentencia de 12 de diciembre de 2014, Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português (T-487/11, EU:T:2014:1077).

36 El litigio versaba sobre la inscripción del crédito del Estado portugués en el pasivo de la liquidación de BPP, por un importe de 24 462.921,24 euros, más los intereses devengados, que corresponde al montante de la recuperación de la ayuda, presuntamente ilegal, concedida al BPP, a quien el Estado había avalado un préstamo de 450 millones de euros.

37 A esta conclusión llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (C-222/04, EU:C:2006:8), apartados 72 y 74, al decir que la cuestión prejudicial había sido promovida por el juez nacional *motu proprio* y no a instancia de ninguna parte en el procedimiento nacional con posibilidad de haber interpuesto recurso de anulación contra la Decisión en liza, sin haberlo formulado. El abogado general Jacobs añadía en sus conclusiones (C-222/04, EU:C:2005:655), punto 63, que «en este asunto no existe el abuso potencial del procedimiento por parte de un litigante que pudo haber impugnado directamente la Decisión ante el Tribunal de Justicia, pero no lo hizo, que a mi juicio constituye el núcleo de la doctrina en la sentencia TWD Textilwerke Deggendorf».

38 Es más, el juez nacional puede por sí mismo aplicar la excepción TWD para no suscitar la cuestión. En la sentencia de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), apartado 56, el Tribunal de Justicia dijo que «el órgano jurisdiccional tenía razón al negarse a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la validez de la Decisión 90/555, Decisión que Lucchini hubiera podido recurrir en el plazo de un mes a contar desde la publicación de la misma en virtud del artículo 33 del Tratado CECA, cosa que no hizo».

39 Barav, A., «Déviation préjudicielle», *Le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 217 a 282; Ritleng, D., «Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective», *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, tomo 2, p. 735; Martínez Capdevila, C., «The action for annulment, the preliminary reference on validity and the plea of illegality: Complementary or alternative means?», *Yearbook of European Law*, 2006, vol. 25, p. 451; Schwensfeier, R., «The TWD principle post-Lisbon», *European Law Review*, 2012, p. 156.

40. La excepción TWD responde, en mi opinión, a dos diseños coincidentes:

- Por un lado, obliga al uso del recurso de anulación (para quien goza de legitimación activa manifiesta), porque es necesario poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar la legalidad de los actos de la Unión productores de efectos jurídicos<sup>40</sup> y para garantizar la seguridad jurídica.<sup>41</sup>
- Por otro lado, estructura una relación lógica entre el recurso de anulación y la cuestión prejudicial de apreciación de validez. El primero es la vía procesal *idónea* para someter a juicio la legalidad de un acto de la Unión, una vez que el artículo 263 TFUE ofrece a los particulares que disfruten de legitimación la plena protección jurisdiccional.

41. En un recurso directo, tras el intercambio de los escritos procesales del demandante con el órgano, organismo o institución de la Unión autor del acto, se abre un procedimiento contradictorio ante el Tribunal General, con amplias posibilidades de adoptar medidas de instrucción. Este mecanismo facilita los medios de prueba para determinar con precisión los hechos, además de permitir la intervención de otras partes como coadyuvantes (por ejemplo, las empresas competidoras que no se han beneficiado de la ayuda).<sup>42</sup>

42. En los litigios sobre las ayudas de Estado, que suelen tener una gran complejidad fáctica y técnica, las ventajas del recurso de anulación se perciben aún con mayor nitidez.<sup>43</sup> En ellos adquiere toda su razón de ser la lógica de la excepción TWD (que por algo fue dictada en un asunto sobre ayudas de Estado), esto es, forzar al particular con legitimación activa manifiesta al empleo de aquel tipo de recurso. Las partes gozan así de la garantía suplementaria de la doble instancia, pues la sentencia del Tribunal General es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

43. Es más, me atrevo a decir que en esta específica materia de ayudas de Estado (y en otras similares, a las que se refiere la Comisión en sus observaciones),<sup>44</sup> el reenvío prejudicial puede dar lugar a más problemas de los que trata de resolver. Cuando hay que apreciar la validez de una decisión singular (no tanto de normas de alcance general), cuyo escrutinio demanda un análisis complejo de factores de hecho y de pruebas, con componentes técnicos insoslayables, el procedimiento nacional se revela insuficiente para que, sin la presencia de la institución autora del acto de la Unión, el juez nacional defina «con suficiente precisión», antes del reenvío, el resultado de aquel análisis.<sup>45</sup>

44. Podría replicarse que esas carencias son subsanables en el curso del incidente prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin duda es así, pero a costa de convertir la función propia de este en la que, según la arquitectura jurisdiccional de la Unión, ha sido encomendada al Tribunal General. Como bien recuerda la Comisión, al instaurarse el Tribunal General se pretendía que asumiera «los recursos

40 Sentencia de 15 de febrero de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101), apartado 29 y jurisprudencia citada.

41 Sentencia TWD, apartado 16.

42 El auto de 6 de octubre de 2017, *Greenpeace Energy/Comisión* (C-640/16 P, no publicado, EU:C:2017:752), apartados 61 a 63, afirma que los particulares que no se hallan directa e individualmente afectados por una decisión de la Comisión sobre ayudas de Estado pueden poner en duda su validez ante los tribunales nacionales e instar a estos a utilizar la vía prejudicial. De ahí cabe colegir que la cuestión prejudicial de apreciación de validez tiene un carácter subsidiario respecto al recurso de anulación y que este es el indicado para que los particulares directa e individualmente afectados ataquen las decisiones de la Comisión.

43 De esta forma lo había subrayado el abogado general Jacobs en sus conclusiones TWD (C-188/92, EU:C:1993:358), puntos 17 a 20.

44 La Comisión pone como ejemplos las decisiones de política comercial (antidumping), las medidas restrictivas, los actos en materia medioambiental, química y médica, así como los adoptados en el marco de las políticas agrícolas y de pesca.

45 Según el Tribunal de Justicia en sus Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO 2016/C 439/01), «la decisión de plantear una cuestión prejudicial debe adoptarse en una fase del procedimiento en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de determinar, con suficiente precisión, el contexto jurídico y fáctico del asunto principal y las cuestiones jurídicas que desea plantear».

que requieran un examen profundo de hechos complejos, [respecto de los que] la creación de un doble grado de órganos jurisdiccionales puede mejorar la protección judicial de los justiciables». Esa creación, se añadía, permitiría «al Tribunal de Justicia que concentre su actividad en su labor esencial, que es la de velar por una interpretación uniforme del derecho comunitario».<sup>46</sup>

45. Las críticas a la jurisprudencia TWD que ponen el acento en el derecho de los particulares a la protección jurisdiccional efectiva no me parecen, desde esta perspectiva, convincentes. Los particulares no tienen, en realidad, *derecho* a que el juez nacional plantee la cuestión prejudicial, pero sí lo tienen —repito, cuando gocen de legitimación activa innegable— a impugnar el acto de la Unión ante el Tribunal General, esto es, ante el foro *natural* que les brinda aquella protección.

46. Tampoco comparto la idea de que las partes deben tener libertad para elegir la estrategia procesal que prefieran, de manera que, durante el plazo del artículo 263 TFUE, puedan optar entre: a) la interposición del recurso de anulación ante el Tribunal General; y b) la invocación de la invalidez del acto ante los jueces nacionales, instándolos a que eleven al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

47. Creo que esta libertad de elegir el foro no es deseable ni respeta la preeminencia del recurso de anulación, como medio idóneo, recogido en el artículo 263 TFUE, para juzgar sobre la validez de los actos de la Unión impugnados por demandantes que disfrutaran de legitimación activa manifiesta. Esta opción favorecería la proliferación de situaciones procesalmente complejas (como la de estos autos), que distorsionan el funcionamiento del sistema de recursos previsto en el derecho de la Unión.<sup>47</sup>

## 2. La relevancia del plazo en la jurisprudencia TWD

48. La excepción TWD no está dirigida solo a impedir la elusión del plazo de interposición de los recursos de anulación. Su objetivo, reitero, es también privilegiar el recurso de anulación frente al incidente prejudicial, como vía de impugnación *ordinaria* de los actos de la Unión, cuando, en abstracto, el particular tiene la posibilidad de utilizar ambos.

49. Desde esta perspectiva, el momento en el que el particular recurre ante los jueces nacionales sugiriéndoles el planteamiento de una cuestión prejudicial, como alternativa al recurso de anulación, no es el único factor relevante. En los asuntos TWD y Nachi Europe,<sup>48</sup> los recurrentes acudieron a los jueces nacionales *después de que hubiera expirado el plazo* de interposición del recurso de anulación, lo que constituye la hipótesis habitual de aplicación de la jurisprudencia TWD. Pero, a mi modo de ver, esta ha de regir también cuando el particular acude a los jueces nacionales poniendo en duda, indirectamente, la validez del acto de la Unión *durante el plazo* en el que podría haber utilizado el recurso de anulación ante el Tribunal General para impugnar dicho acto.

46 Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO 1988, L 319, p. 1), considerandos tercero y cuarto.

47 El Tribunal de Justicia ha de resolver la misma cuestión de fondo (si la reducción del recargo EEG para las empresas energívoras es una ayuda de Estado) en dos litigios distintos y con diferente configuración procesal: a) en este incidente prejudicial; y b) en el recurso de casación de Alemania contra la sentencia del Tribunal General que confirmó la legalidad de la Decisión de la Comisión (asunto C-405/16 P). Si, como opino, Georgmarienhütte y otras tres empresas tuvieran legitimación activa manifiesta para interponer el recurso de anulación, la dualidad de vías procesales es disfuncional. La excepción TWD cierra la puerta a esta disfunción y permite que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la legalidad de la Decisión 2015/1585 únicamente en el marco del recurso de casación contra la sentencia *piloto* del Tribunal General (que ha suspendido el fallo en los restantes recursos de anulación, hasta que el Tribunal de Justicia zanje la cuestión con su pronunciamiento en casación).

48 Sentencia de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101).

50. No sería lógico que la excepción TWD dependiera de cuándo los particulares con legitimación activa manifiesta quieran acudir a los jueces nacionales, ni de la mayor o menor celeridad administrativa de las autoridades nacionales en adoptar sus decisiones de aplicación del acto de la Unión. Lo determinante, en cambio, es que aquellos particulares hayan omitido la interposición de su recurso ante el Tribunal General, sabiendo que este era el foro al que, según el artículo 263 TFUE, estaban abocados.

### **3. Aplicación de la excepción TWD a este asunto**

51. Georgsmarienhütte y las otras tres empresas recurrieron ante el tribunal de reenvío las decisiones de la BAFA de 3 de diciembre de 2014 (en las que se les exigía la recuperación de las ayudas) cuando aún no se había resuelto su reclamación ante aquel organismo. Utilizando las posibilidades procesales que les brinda su ordenamiento jurídico para reaccionar frente al silencio de la Administración, su recurso jurisdiccional se adelantó, por así decir, al 26 de marzo de 2015, y en él invocaron la invalidez de la Decisión 2015/1585. Ya se ha explicado que no interpusieron recurso de anulación contra esa Decisión, pese a que, antes, habían impugnado ante el Tribunal General la decisión de apertura del procedimiento de ayudas de Estado (paso previo, como es obvio, a la decisión final).

52. Esta secuencia de hechos (y de omisiones) obliga a centrar la atención en dos factores: a) la legitimación activa de las referidas empresas; y b) la incidencia del plazo para impugnar la Decisión 2015/1585 ante el Tribunal General.

#### **a) La legitimación de las empresas demandantes**

53. ¿Disponían Georgsmarienhütte y las otras tres empresas de legitimación activa manifiesta para interponer un recurso de anulación contra la Decisión 2015/1585?

54. La Decisión 2015/1585 tiene como destinataria a la República Federal de Alemania, según reza su artículo 10. Conforme al artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, una persona física o jurídica solo puede recurrir en anulación un acto del que no es destinataria si le afecta directa e individualmente. Por consiguiente, es necesario dilucidar si concurre esta cualidad en las empresas recurrentes.

55. En primer lugar, las empresas recurrentes en el litigio principal estarán *directamente* afectadas por la Decisión 2015/1585, si esta, según la bien asentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>49</sup> produce directamente efectos sobre su situación jurídica y no permite ninguna facultad de apreciación a su destinatario (Alemania), a quien compete su aplicación con carácter meramente automático y sin requerir ninguna norma intermedia.

56. Pues bien, los artículos 6 y 7 de la Decisión 2015/1585 imponen a Alemania la obligación de recuperar la parte del recargo EEG no pagado, que se califica de ayuda ilegal, en los términos que acabo de exponer. Aquellos dos preceptos fijan el método de recuperación (con remisión al anexo III), el devengo de intereses y su forma de cálculo, y obligan a Alemania a una recuperación inmediata y plena, que debe hacer en un plazo máximo de cuatro meses desde la notificación de la Decisión. El Estado alemán no tiene margen de apreciación alguno y la Decisión 2015/1585 despliega sus efectos sobre las empresas con su mera aplicación administrativa por las autoridades nacionales.

49 Sentencias de 5 de mayo de 1998, Dreyfus/Comisión (C-386/96 P, EU:C:1998:193), apartado 43; y de 17 de septiembre de 2009, Comisión Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556), apartado 48.

57. En segundo lugar, se ha de determinar si aquellas empresas están *individualmente* afectadas por la Decisión 2015/1585, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con arreglo a la que:

- «Las personas que no sean destinatarias de una decisión solo pueden sostener que esa decisión les afecta individualmente cuando les atañe en razón de ciertas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que las caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, las individualiza de una manera análoga a la del destinatario». <sup>50</sup>
- «Cuando la decisión afecta a un grupo de personas identificadas o identificables en el momento de la adopción del acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, estos pueden considerarse individualmente afectados por dicho acto en la medida en que formen parte de un círculo restringido de operadores económicos, y que dicho supuesto puede darse particularmente cuando la decisión modifica los derechos que el particular había adquirido antes de que fuese adoptada». <sup>51</sup>

58. En el caso de las ayudas de Estado, una empresa no puede impugnar, en principio, una decisión de la Comisión por la que se prohíbe un régimen de ayudas sectorial, si solo se ve afectada por esta decisión debido a su pertenencia al sector del que se trata y a su condición de beneficiario potencial de dicho régimen. <sup>52</sup> Sin embargo, para el Tribunal de Justicia:

- «Los beneficiarios efectivos de ayudas individuales concedidas en virtud de un régimen de ayudas cuya recuperación ha ordenado la Comisión resultan por ello afectados individualmente en el sentido del artículo [263 TFUE], párrafo cuarto».
- «La orden de recuperación afecta ya individualmente a todos los beneficiarios del régimen de que se trata en la medida en que, desde el momento de la adopción de la decisión controvertida, se hallan expuestos al riesgo de que las ventajas que han percibido sean recuperadas, lo cual afecta a su situación jurídica. Por tanto, estos beneficiarios forman parte de un círculo cerrado». <sup>53</sup>

59. Las cuatro empresas demandantes en el litigio principal, en cuanto beneficiarias singulares de reducciones del recargo EEG, que les había reconocido la BAFA, debían devolver su importe una vez que la Decisión 2015/1585 declaró parcialmente ilegal, como ayuda de Estado, esas reducciones y ordenó su recuperación (de conformidad con sus artículos 6 y 7). Las autoridades alemanas, que procedieron con gran diligencia, adoptaron las medidas de recuperación consiguientes, que traían causa de la Decisión 2015/1585. Por tanto, aquellas cuatro empresas estaban individualmente afectadas, en el sentido antes expuesto, por esta última Decisión, lo que les confería, de modo manifiesto, legitimación activa para impugnarla ante el Tribunal General.

60. Estas empresas no podían albergar ninguna duda al respecto y buena prueba es que interpusieron, en su día, recursos de anulación contra la decisión de la Comisión con la que incoó el procedimiento para verificar la legalidad de las ayudas. Intentaron, además, ampliar sus demandas iniciales, para que comprendieran también la impugnación de la Decisión definitiva de la Comisión, <sup>54</sup> una vez adoptada.

50 Sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 51, con cita de las sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, EU:C:1963:17; y de 28 de abril de 2015, T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (C-456/13 P, EU:C:2015:284), apartado 63.

51 *Ibidem*, apartado 53, con cita de la sentencia de 27 de febrero de 2014, Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartado 59.

52 Sentencias de 19 de octubre de 2000, Italia y Sardegna Lines/Comisión (C-15/98 y C-105/99, EU:C:2000:570), apartado 33; y de 17 de septiembre de 2009, Comisión Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556), apartado 53.

53 Véanse las sentencias de 19 de octubre de 2000, Italia y Sardegna Lines/Comisión, (C-15/98 y C-105/99, EU:C:2000:570), apartado 34; de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556), apartado 54; y de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión (C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, EU:C:2011:368), apartados 53 y 56.

54 Autos de 9 de junio de 2015, Stahlwerk Bous/Comisión (T-172/14, no publicado, EU:T:2015:402); Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, no publicado, EU:T:2015:414); Harz Guss Zorge/Comisión (T-177/14, no publicado, EU:T:2015:395); y Schmiedag/Comisión (T-183/14, no publicado, EU:T:2015:396).

Paradójicamente, luego no entablaron recurso de anulación, como les sugirió el Tribunal General, contra dicha Decisión 2015/1585.<sup>55</sup> El resto de empresas energívoras que se encontraban en situación similar sí plantearon estos recursos de anulación, aún pendientes ante el Tribunal General en espera de la resolución definitiva del asunto *piloto* Alemania/Comisión.

61. En esta tesitura, entiendo que ha de aplicarse la excepción TWD frente a las cuatro empresas que no interpusieron el recurso de anulación ante el Tribunal General contra la Decisión 2015/1585, cuando gozaban de legitimación clara y manifiesta para hacerlo.

#### ***b) El plazo para recurrir en anulación la Decisión 2015/1585***

62. En el acto de la vista se acreditó que «el texto completo y definitivo» de la Decisión 2015/1585 fue puesto a disposición de las empresas recurrentes el 6 de enero de 2015, en el curso del procedimiento seguido ante el Tribunal General contra la incoación del procedimiento de ayudas de Estado.<sup>56</sup>

63. Dado que la publicación (muy tardía, en relación con su fecha de adopción) de la Decisión 2015/1985 no era una condición para su eficacia, bastando que las empresas afectadas directa e individualmente tuvieran conocimiento fehaciente de ella, como aquí ocurrió, el plazo para impugnarla comenzó, para aquellas empresas, el 6 de enero de 2015, según el dato corroborado en la vista.<sup>57</sup>

64. A partir de esa premisa, las referidas empresas habían agotado el plazo imperativo de dos meses del artículo 263 TFUE (más diez días, por razón de la distancia)<sup>58</sup> cuando depositaron, el 26 de marzo de 2015, su recurso jurisdiccional ante el tribunal de reenvío. Expirado ese plazo, no podían «eludir el carácter definitivo que frente a [ellas]»<sup>59</sup> tenía la Decisión 2015/1585, mediante un recurso ante los tribunales nacionales con objeto de cuestionar la validez de esa Decisión.

65. Incluso si no se hubiera sobrepasado aquel plazo, la excepción TWD sería aplicable, con arreglo a las consideraciones que he efectuado anteriormente. Ya he mencionado cómo las autoridades alemanas hicieron gala de una celeridad extrema, al acordar las medidas nacionales de recuperación de las ayudas el mismo día de la adopción de la Decisión, el 25 de noviembre de 2014. No me parece demasiado lógico aceptar que a estas empresas se les aplicaría la excepción TWD, si hubiesen acudido a los tribunales alemanes pasados dos meses desde que tuvieron constancia fehaciente de la Decisión 2015/1585, y no si su recurso ante esos tribunales se hubiera depositado, dada la rapidez de la actuación administrativa nacional, antes de que transcurriera ese plazo.

66. En suma, entiendo aplicable a este reenvío la doctrina sentada en la sentencia TWD, por lo que propugno su inadmisibilidad.

55 Auto de 9 de junio de 2015, Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, no publicado, EU:T:2015:414), apartado 24. En los otros tres autos hay un apartado idéntico.

56 El Tribunal General había solicitado a la Comisión, el 10 de diciembre de 2014, la presentación del texto de la Decisión 2015/1585, para conocimiento de las empresas recurrentes, al que accedieron el 6 de enero de 2015. El Tribunal General pidió a las partes, ese mismo día, que se pronunciaran sobre las consecuencias de la adopción de dicha Decisión. Véase el auto de 9 de junio de 2015, Georgsmarienhütte/Comisión (T-176/14, EU:T:2015:414), apartados 13 a 16.

57 En la vista también se confirmó que las empresas recurrentes pudieron acceder a una versión no confidencial, en inglés, de la Decisión 2015/1585, publicada en diciembre de 2014 en la web de la Comisión.

58 Artículo 60 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.

59 Sentencia TWD, apartado 18.

## B. Aplicación de la jurisprudencia Adiamix

67. La Comisión alega, en apoyo de su segunda objeción de inadmisibilidad, la jurisprudencia Adiamix.<sup>60</sup> A su juicio, el tribunal de reenvío no ha examinado de manera autónoma ni ha explicado los motivos por los que duda de la validez de la Decisión 2015/1585, ya que únicamente se ha remitido a los argumentos de las demandantes.

68. Según el Tribunal de Justicia, «es importante que el órgano jurisdiccional nacional indique, en concreto, las razones precisas que le han llevado a cuestionarse la validez de ciertas disposiciones del derecho de la Unión y exponga los motivos de invalidez que estime, en consecuencia, que cabe apreciar (véanse en este sentido, en particular, la sentencia de 21 de marzo de 2000, Greenpeace France y otros, C-6/99, EU:C:2000:148, apartado 55, y el auto de 18 de abril de 2013, Adiamix, C-368/12, EU:C:2013:257, apartado 22). Esta exigencia se desprende también del artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia».<sup>61</sup>

69. Además, con arreglo a una reiterada jurisprudencia, la información que proporcionan las resoluciones de remisión sirve no solo para que el Tribunal de Justicia pueda dar respuestas útiles, sino también para que los gobiernos de los Estados miembros y las demás partes interesadas puedan tener la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incumbe al Tribunal de Justicia velar por la preservación de esa posibilidad, teniendo en cuenta que, en virtud de este artículo, solo se notifican a las partes interesadas las resoluciones de remisión, acompañadas de una traducción a la lengua oficial de cada Estado miembro, con exclusión de los autos nacionales que el tribunal remitente haya enviado al Tribunal de Justicia.<sup>62</sup> Por eso, el que el juez nacional se remita a las observaciones de las partes en el litigio principal, que pueden variar en función de sus intereses, no garantiza a los gobiernos, las instituciones de la Unión y los demás interesados la presentación de observaciones adecuadas en los procedimientos prejudiciales.<sup>63</sup>

70. En este asunto, el tribunal de reenvío no refleja sus propias dudas sobre la validez de la Decisión 2015/1985, limitándose a afirmar a este respecto lo siguiente:

«Las demandantes han esgrimido en el presente procedimiento dudas sobre la interpretación que hace la Comisión del derecho de la Unión (artículos 107 TFUE y 108 TFUE) [...]

Para la argumentación detallada de las demandantes y con el fin de evitar las repeticiones, el tribunal reenvía a las explicaciones contenidas en su demanda de 26 de marzo de 2015 [...]

Las demandantes han manifestado al respecto dudas fundadas, lo que es suficiente para plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre dicha cuestión [...]

Por lo tanto, no es necesario, para realizar esta petición, que el tribunal comparta las dudas expuestas por las demandantes en relación con la interpretación de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE que hace la Comisión. En cualquier caso, el tribunal considera importantes las dudas manifestadas [por las demandantes] sobre la Decisión de la Comisión.»<sup>64</sup>

60 Auto de 18 de abril de 2013, C-368/12, no publicado, EU:C:2013:257.

61 Sentencia de 4 de mayo de 2016, Philip Morris Brand y otros (C-547/14, EU:C:2016:325), apartado 48.

62 Véanse, en especial, la sentencia de 13 de abril de 2000, Lehtonen y Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201), apartado 23; el auto de 18 de abril de 2013, Adiamix (C-368/12, no publicado, EU:C:2013:257), apartado 24; y la sentencia de 4 de mayo de 2016, Philip Morris Brand y otros (C-547/14, EU:C:2016:325), apartado 49.

63 Auto de 18 de abril de 2013, Adiamix (C-368/12, no publicado, EU:C:2013:257), apartado 25.

64 Página 11 del auto de remisión.

71. Tras la lectura de este pasaje del auto de remisión, creo que una aplicación estricta de la jurisprudencia resumida en los puntos precedentes abocaría a la inadmisión de la cuestión prejudicial, dadas las insuficiencias de motivación *propia* en las que incurre.

72. Reconozco, sin embargo, que, en otras ocasiones, el Tribunal de Justicia ha aplicado con más flexibilidad esta jurisprudencia, atendiendo a que el mecanismo prejudicial se inspira en la idea de cooperación jurisdiccional. Desde esta perspectiva, podría rechazarse la objeción de inadmisibilidad, habida cuenta de que el auto de reenvío *retoma*, como dudas, los argumentos de las partes sobre la invalidez de la Decisión 2015/1585.

#### IV. Sobre el fondo

73. Con carácter subsidiario, por si el Tribunal de Justicia entendiera que procede admitir el reenvío prejudicial, analizaré si la Decisión 2015/1585 es inválida por calificar la limitación del recargo EEG como ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE.

74. El apartado 1 de dicho artículo declara incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

75. Son, pues, cuatro los requisitos que han de concurrir para apreciar la incompatibilidad de la ayuda: a) debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; b) esa intervención ha de tener aptitud para afectar a los intercambios entre los Estados miembros; c) debe conferir una ventaja a su beneficiario; y d) debe falsear o amenazar con falsear la competencia.<sup>65</sup>

76. No parece discutirse que la limitación del recargo EEG en favor de las empresas energívoras cumpla los requisitos segundo (posible afectación a los intercambios entre los Estados miembros) y cuarto (falseamiento o amenaza de falsear la competencia). Por el contrario, hay controversia sobre los otros dos, lo que obliga a dilucidar si aquella reducción implica una ventaja selectiva para las empresas beneficiarias y, sobre todo, a discernir si la medida es imputable al Estado y supone el empleo de fondos estatales.

77. En defecto de consideraciones *propias* del tribunal de reenvío sobre algunos de los puntos clave en discusión (en particular, sobre las funciones de control y supervisión de las autoridades alemanas respecto de la gestión de los fondos procedentes del recargo EEG), hay que atenerse a lo que al respecto figura en la Decisión 2015/1585, salvo que se demuestre, de manera clara, el error de la Comisión al dictarla.

<sup>65</sup> Sentencias de 17 de marzo de 1993, *Slooman Neptun* (C-72/91 y C-73/91, EU:C:1993:97), apartado 18; de 15 de julio de 2004, *Pearle y otros* (C-345/02, EU:C:2004:448), apartado 33; de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère! y otros* (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 15; de 16 de abril de 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias* (C-690/13, EU:C:2015:235), apartado 17; de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartado 40; de 27 de junio de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496), apartado 38; y de 13 de septiembre de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 17.

## A. Sobre la existencia de una ventaja selectiva

78. Una ventaja, en el contexto que ahora importa, es todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal.<sup>66</sup> Hay ventaja si la situación financiera de una empresa mejora como resultado directo de la actuación estatal y no por el juego del libre mercado.

79. En la noción de ayuda de Estado se comprenden tanto las ventajas positivas (por ejemplo, una subvención) como las medidas estatales que alivien o exoneren a una empresa de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto.<sup>67</sup>

80. A mi juicio, al reducir el recargo EEG exigible a las empresas grandes consumidoras de energía, las autoridades alemanas les otorgan una ventaja innegable, en términos económicos, ya que impiden a los gestores de redes de transporte («GRT», en lo sucesivo) y a los proveedores de electricidad recuperar los costes adicionales de la electricidad EEG consumida por aquellas, que, de otro modo, debían satisfacer.

81. El artículo 40 de la Ley EEG de 2012 establece la limitación del importe del recargo EEG, que los proveedores de electricidad pueden repercutir sobre los grandes consumidores de energía: previa petición, la BAFA emite un documento administrativo que prohíbe al proveedor de electricidad repercutir la totalidad del recargo EEG sobre un usuario final, cuando este último es una empresa energívora. El artículo 41 de la Ley EEG de 2012 supedita la reducción a que dichas empresas cumplan ciertos requisitos, ligados principalmente al volumen de su consumo de energía.

82. El Gobierno alemán reconoce que el régimen derogatorio de estos artículos pretende acotar la sobrecarga económica que, para las empresas energívoras, deriva del apoyo a la producción de electricidad EEG. Con él se pretende, pues, reducir una de las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de dichas empresas.

83. Las demandantes y el Gobierno alemán alegan, sin embargo, que la limitación del recargo EEG, más que conferir una *ventaja* a las empresas energívoras, compensa su *desventaja* competitiva respecto a las empresas de otros Estados miembros.

84. El argumento no obsta a la calificación de la medida como ventaja, aunque solo fuera porque va en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: que un Estado miembro se proponga aproximar, con medidas unilaterales, las condiciones de competencia en un sector concreto a las de otros Estados miembros no desvirtúa el carácter de ayudas de esas medidas.<sup>68</sup>

85. Además, la Comisión ha aportado datos<sup>69</sup> que rebaten la premisa de hecho en la que se basa aquel argumento: no parece que los precios de la electricidad soportados, en Alemania, por estas empresas sean, pese al recargo EEG, más elevados que los correspondientes a la media de los países de la Unión. La supuesta *desventaja* competitiva de dichas empresas no estaría, pues, acreditada.

66 Sentencias de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, EU:C:1996:285), apartado 60; de 29 de abril de 1999, España/Comisión (C-342/96, EU:C:1999:210), apartado 41; de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros (C-206/06, EU:C:2008:413), apartado 79; de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), apartado 20; y de 27 de junio de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496), apartado 65.

67 Sentencias de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100), apartado 13; de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), apartado 25; de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión (C-6/97, EU:C:1999:251), apartado 15; de 3 de marzo de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130), apartado 36; y de 27 de junio de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496), apartado 66.

68 Sentencia de 3 de marzo de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130), apartado 54 y jurisprudencia citada.

69 Comisión, «Energy Prices and Costs in Europe», SWD(2014) 20 final, anexo III. Los datos de Eurostat cuando se adoptó la Decisión 2015/1585 mostraban que los precios de la electricidad en Alemania para los clientes industriales eran los octavos más bajos de la Unión y para los consumidores eran más bajos que la media de la Unión.

86. Las demandantes afirman, asimismo, que, por «condiciones normales de mercado», se deberían entender las existentes en ausencia total de recargo EEG y no las creadas tras la introducción de este. De ser así, la reducción del recargo EEG para ellas mismas desaparecería como ventaja, porque no habría recargo EEG limitable.

87. El alegato tampoco es convincente. El recargo EEG es un mecanismo que impone cargas a todos los actores del sistema eléctrico alemán, de manera que, entre las condiciones normales del mercado, a los efectos de dilucidar si hay ventaja, han de incluirse también las que proceden de la implantación del recargo EEG. La reducción de este coste para las empresas energívoras implica un régimen excepcional, que les confiere una ventaja específica, en cuanto reduce el precio que, de otro modo, habrían de pagar por la electricidad que consumen.

88. Para que haya ayuda de Estado, es imprescindible, además, que la ventaja otorgada a las empresas sea *selectiva*. Las demandantes arguyen que la limitación del recargo no reúne este carácter, en lo que a ellas concierne, porque está objetivamente justificada y es necesaria para la preservación de los derechos fundamentales.

89. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>70</sup> este argumento tampoco se sostiene. Coincido con la Comisión en que la limitación del recargo EEG tiene un carácter selectivo, pues favorece solo a algunas empresas consumidoras de unas importantes cantidades de energía en el sector manufacturero.

90. La selectividad de una ventaja se precisa con mayor facilidad ante medidas positivas que beneficien a una o a varias empresas nominalmente identificadas. Es más difícil calibrarla, por el contrario, cuando los Estados miembros adoptan reglas aplicables a quienes reúnan ciertos criterios, cuyas cargas económicas se alivian a resultas de aquellas. La limitación del recargo EEG para las empresas energívoras encaja en esta (segunda) hipótesis.

91. En estos casos, el análisis de la selectividad se suele hacer en tres etapas:

- En primer lugar, debe identificarse el régimen jurídico de referencia.
- En segundo lugar, ha de estudiarse si una medida dada constituye una excepción dentro de aquel régimen, por marcar diferencias entre operadores económicos que, habida cuenta de los objetivos intrínsecos al sistema, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. La existencia de una excepción será el elemento clave que permita discernir si la medida es *a priori* selectiva.
- En tercer lugar, si la medida es una excepción, habrá que dilucidar si se justifica en la naturaleza o en la economía general del régimen de referencia.<sup>71</sup>

92. En el esquema que inspira la Ley EEG de 2012, el régimen general es que el recargo EEG corre a cuenta de todos los consumidores de energía eléctrica (en realidad, lo que la Ley recoge es la posibilidad de que se repercute sobre ellos dicho recargo, como en la práctica sucede invariablemente).

70 Sentencia de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), apartado 22 y jurisprudencia citada.

71 Sentencias de 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262), apartados 42 y 43; de 18 de julio de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), apartado 19; de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), apartado 62; de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartados 49 y ss.; y de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 48.

93. La disminución del recargo EEG para algunas compañías del sector manufacturero, como las demandantes, es una excepción a ese régimen general, que beneficia solo a aquellas y no a empresas consumidoras de energía en otros sectores productivos. La limitación del recargo EEG para esas empresas energívoras es, por consiguiente, selectiva.

94. Las demandantes alegan que la minoración del recargo EEG que han de pagar contribuye a la protección del clima y del medio ambiente, así como al desarrollo sostenible y a la garantía del aprovisionamiento energético. Pero esos motivos de interés general serían predicables, todo lo más, del régimen general del recargo EEG, no de su reducción para una categoría específica de operadores industriales. Ocurre, además, que al dispensarlos (en parte) de la carga general que el recargo EEG acarrea, se incentiva simultáneamente el mayor consumo de energía por parte de esa categoría de agentes económicos y se disminuyen los ingresos disponibles para financiar las fuentes de energía renovable. No es, pues, esta una razón que avale la excepción, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>72</sup>

95. Tampoco avala la medida la pretendida salvaguarda de los derechos fundamentales, a la que apelan las empresas demandantes. Según ellas, el pago completo del recargo EEG supondría un aumento tal de sus costes de producción que les impediría el desarrollo de sus actividades económicas, vulnerando el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantiza el derecho a la libertad de empresa.

96. Además de ser un motivo de interés general externo y no inherente al régimen general del recargo EEG, ni las empresas ni el Gobierno alemán han aportado datos precisos para fundamentar que el pago de aquel recargo, en las condiciones fijadas por la Decisión 2015/1585, haga inviable su existencia. Esta ausencia de prueba basta para desvirtuar el correlativo alegato, sin necesidad de ahondar en el análisis de la relación entre la libertad de empresa y el contenido de las medidas de regulación sectorial.

97. Por último, no cabe olvidar que, en la Decisión 2015/1585, la Comisión Europea ha aceptado que podría autorizarse la ayuda recogida en la Ley EEG de 2012 (esto es, la reducción de los costes derivados del apoyo a la EEG) si se cumplen «los criterios de subvencionabilidad establecidos en los puntos 185, 186 y 187 de las Directrices de 2014»<sup>73</sup> y aquella reducción «sea proporcionada con arreglo a los criterios establecidos en los puntos 188 y 189 de las Directrices de 2014».<sup>74</sup>

98. Se reconoce, de esta manera, que, si el recargo EEG pusiera realmente en peligro la posición competitiva de las empresas que utilizan la energía eléctrica de modo intensivo, dentro de los límites fijados por las Directrices de 2014, sería compatible con el mercado interior. No se trata, pues, de una prohibición absoluta de reducir este coste, sino de reducirlo más allá de lo que aquellas Directrices autorizan. En el incidente prejudicial no se ha demostrado que las condiciones impuestas por la Decisión 2015/1585 no se atengan a este criterio.

99. En definitiva, la disminución del recargo marcado por la Ley EEG de 2012 confiere una ventaja selectiva a las empresas beneficiarias de este régimen de excepción, con respecto al general aplicable al resto de los consumidores.

72 Sentencias de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros* (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartados 69 y 70; de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión* (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 81; de 8 de septiembre de 2011, *Comisión/Países Bajos* (C-279/08 P, EU:C:2011:551); de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates/Comisión* (C-487/06 P, EU:C:2008:757); y de 18 de julio de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), apartados 27 y ss.

73 Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (DO 2014, C 200, p. 1).

74 Considerando duocentésimo décimo quinto de la Decisión 2015/1585.

## **B. Sobre la existencia de una intervención de Estado o mediante transferencia de fondos estatales**

100. A tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una ventaja selectiva pueda calificarse como «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es indispensable, por una parte, que se otorgue directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra, que sea imputable al Estado.<sup>75</sup> Son dos condiciones acumulativas<sup>76</sup> que, no obstante, se suelen considerar conjuntamente al evaluar una medida conforme a aquel precepto.

101. Las empresas demandantes y el Gobierno alemán entienden, en síntesis, que la limitación del recargo EEG de la que aquellas disfrutaban no es imputable al Estado ni supone transferencia de fondos estatales.

### ***1. Imputación de la medida al Estado***

102. Para apreciar si una medida es imputable al Estado, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe analizarse en primer lugar si las autoridades públicas intervinieron en su adopción. Así ocurre, de modo patente, cuando las ventajas selectivas para una categoría de empresas hayan sido instituidas por una ley.<sup>77</sup>

103. Tanto el recargo EEG como su reducción en favor de determinadas empresas energívoras del sector manufacturero se plasmaron en la Ley EEG de 2012 (artículos 40 a 44). La reducción no se dispensa *espontáneamente* a esas empresas por las compañías suministradoras de electricidad, sino que deriva de actos legislativos y reglamentarios, adoptados por el Estado alemán, que regulan su régimen jurídico. Me parece innegable, pues, que la concesión de esta ventaja es imputable a dicho Estado.

### ***2. Transferencia de fondos estatales en favor de determinadas empresas***

104. Además de la imputación al Estado, es necesario que la medida conlleve la transferencia de fondos estatales hacia las empresas beneficiarias.

105. El Tribunal de Justicia ha interpretado de forma amplia la noción de «fondos estatales», que comprende no solo los del sector público, en sentido estricto, sino también algunos de organismos privados, en ciertas circunstancias.

106. No constituye una transferencia de fondos estatales la reducción indirecta de los ingresos del Estado provocada por la adopción de normativas o medidas nacionales, si dicha repercusión es inherente a ellas.<sup>78</sup> Así, una excepción a las disposiciones del derecho laboral que altere el marco de las relaciones contractuales entre empresas y trabajadores no se reputa transferencia de fondos estatales, a pesar de que pueda reducir las cotizaciones a la seguridad social o los impuestos que han de pagar al Estado las empresas y los trabajadores.<sup>79</sup>

75 Sentencias de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 24; de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 16; y de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 20.

76 Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 24.

77 Sentencias de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 18; de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 22; y auto de 22 de octubre de 2014, Elcogás (C-275/13, no publicado, EU:C:2014:2314), apartado 23.

78 Sentencia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160), apartado 62.

79 Sentencias de 7 de mayo de 1998, Viscido y otros (C-52/97, C-53/97 y C-54/97, EU:C:1998:209), apartados 13 y 14; y de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, EU:C:1993:907), apartados 17 y 18.

107. Las mayores dificultades para saber si ha habido o no transferencia de fondos estatales surgen cuando los Estados aprueban mecanismos de intervención en la vida económica, a resultas de los que determinadas empresas pueden obtener una ventaja selectiva. En concreto, la zona de *penumbra* responde a casos de intervención del Estado que, yendo más allá de la adopción de una simple normativa general reguladora del sector, no llegan a traducirse en una transferencia directa de fondos. En este reenvío se plantea uno de estos casos, para cuya solución es preciso, previamente, atender a la compleja (y no siempre lineal) jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto.

***a) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre transferencias indirectas de fondos estatales: de PreussenElektra a Association Vent De Colère! y otros***

108. La intervención del Estado o mediante fondos estatales comprende tanto las ayudas otorgadas directamente por el Estado como las otorgadas por organismos públicos o privados instaurados o designados por él para gestionar la ayuda.<sup>80</sup> El derecho de la Unión no puede admitir que la mera creación de instituciones autónomas encargadas de la distribución de estos beneficios permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado.<sup>81</sup>

109. Una medida estatal que favorezca a determinadas empresas o a ciertos productos no pierde su carácter de ventaja gratuita por que haya sido financiada, total o parcialmente, con gravámenes impuestos por la autoridad pública y aplicados a las empresas interesadas.<sup>82</sup>

110. En efecto, el artículo 107 TFUE, apartado 1, incluye todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden utilizar, de hecho, para apoyar a las empresas, independientemente de que esos medios pertenezcan o no de modo permanente al Estado. Aun cuando las sumas correspondientes no estén de manera permanente en poder de la Hacienda Pública, el que se hallen constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique de «fondos estatales».<sup>83</sup>

111. En cuanto al sector eléctrico, en la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros, el Tribunal de Justicia afirmó que «los fondos que se nutren de cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado miembro y se gestionan y distribuyen conforme a dicha legislación, han de considerarse como fondos estatales en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, aun cuando sean gestionados por entidades distintas de la autoridad pública».<sup>84</sup>

112. De esta jurisprudencia resulta que lo concluyente para comprobar si los fondos controvertidos son estatales, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es el grado de intervención y de control de las autoridades públicas sobre ellos.

80 Sentencias de 22 de marzo de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52), apartado 21; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160), apartado 58; y de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 23.

81 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 23.

82 Sentencia de 22 de marzo de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52), apartado 22.

83 Sentencias de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 37; de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros (C-206/06, EU:C:2008:413), apartado 70; de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 21; y de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 25.

84 Sentencias C-262/12, EU:C:2013:851, apartado 25; y de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 35.

113. La falta de control de las autoridades públicas explica que el Tribunal de Justicia no califique de ayudas, por ejemplo, los casos en los que los fondos de los miembros de una corporación profesional se destinan a financiar una finalidad específica en interés de esos miembros, que decide una organización privada y tiene propósitos puramente comerciales, respecto de los que el Estado actúa simplemente como vehículo para conferir carácter obligatorio a las cotizaciones introducidas por las organizaciones comerciales. Ejemplos de estos casos los ofrecen los asuntos *Pearle*<sup>85</sup> y *Doux Élevage*.<sup>86</sup>

114. La falta de control estatal sobre las transferencias de fondos explica también que el Tribunal de Justicia no entienda como ayudas los supuestos de regulaciones que dan lugar a la redistribución financiera de una entidad privada a otra, sin intervención adicional del Estado. En principio, no hay transferencia de fondos estatales si el dinero pasa directamente de una entidad privada a otra, sin transitar por un organismo público o privado designado por el Estado para gestionar la transferencia.<sup>87</sup>

115. Tampoco habrá transferencia de fondos estatales cuando las empresas, mayoritariamente privadas, no hayan sido encargadas por el Estado miembro de gestionar un recurso estatal, sino que únicamente tengan una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros.<sup>88</sup> Esta es la hipótesis de la sentencia *PreussenElektra*, según la que una obligación, impuesta por un Estado miembro a los proveedores privados, de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables, no implica la transferencia directa o indirecta de fondos estatales en favor de las empresas que producen este tipo de electricidad, no cambiando esta circunstancia el que los menores ingresos de las empresas sujetas a esa obligación probablemente causen una disminución de ingresos fiscales, porque esta consecuencia es inherente a la medida.<sup>89</sup> En aquel caso, las empresas afectadas (es decir, los proveedores privados de electricidad) estaban ligadas por una obligación de adquirir un tipo específico de electricidad con sus propios recursos financieros, pero no habían sido designadas por el Estado para gestionar un régimen de ayudas.

116. Tampoco ha apreciado el Tribunal de Justicia que haya control estatal (y, por tanto, transferencia de fondos estatales) en el mecanismo polaco que imponía a los suministradores la obligación de vender una cuota de electricidad producida mediante cogeneración, equivalente al 15 % de sus ventas anuales a los consumidores finales.<sup>90</sup>

85 Sentencia de 15 de julio de 2004, *Pearle y otros* (C-345/02, EU:C:2004:448), apartado 41. En ese asunto, relativo a la financiación de una campaña publicitaria en favor de los ópticos, los fondos para pagar esa publicidad se recaudaban de empresas privadas, a través de una corporación profesional de derecho público. El Tribunal de Justicia rechazó que fueran «fondos estatales», porque dicha corporación «en ningún momento [había podido] disponer libremente» de las exacciones, «obligatoriamente afectad[as] a la financiación de la [...] campaña [publicitaria]».

86 Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348), apartado 36. En este asunto, relativo a un decreto que extendía a todos los profesionales un acuerdo celebrado en el seno de una organización profesional (ramo agrícola de la producción y cría de pavos) por el que se fijaba una cotización para financiar acciones comunes, decididas por dicha organización, no se advirtió la existencia de fondos estatales. Las autoridades nacionales no podían emplear efectivamente los recursos procedentes de dichas cotizaciones para apoyar a ciertas empresas, recursos cuyo empleo decidía la organización interprofesional en pro de objetivos determinados por aquella. Tales recursos no estaban constantemente bajo control público ni a disposición de las autoridades estatales.

87 Sentencia de 24 de enero de 1978, *Van Tiggele* (82/77, EU:C:1978:10), apartados 25 y 26.

88 Sentencias de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord y otros* (C-206/06, EU:C:2008:413), apartado 74; de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère! y otros* (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 35; y de 13 de septiembre de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 26.

89 Sentencia de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, EU:C:2001:160), apartados 59 a 62. Véase también la sentencia de 5 de marzo de 2009, *UTECA* (C-222/07, EU:C:2009:124), apartados 43 a 47, sobre las cotizaciones obligatorias impuestas a los radiodifusores para la producción cinematográfica, que no conllevan una transferencia de fondos estatales.

90 Sentencia de 13 de septiembre de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), apartados 27 a 30. La autoridad polaca competente aprobaba los precios máximos de venta de la electricidad a los consumidores finales, de modo que las empresas no podían sistemáticamente trasladarles la carga financiera que significaba dicha obligación de compra. Por eso, en algunas circunstancias los suministradores de electricidad adquirirían la electricidad generada mediante cogeneración a un precio superior al aplicado en la venta a los consumidores finales, lo que entrañaba para ellas un sobrecoste. La imposibilidad de una repercusión íntegra de ese sobrecoste en el consumidor final, de alguna contribución obligatoria impuesta por el Estado miembro para financiarlo, o incluso de un mecanismo de compensación íntegra, llevó al Tribunal de Justicia a resolver que las empresas suministradoras no estaban encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, sino que financiaban la obligación de compra que les incumbía con sus propios recursos.

117. Sin embargo, el control estatal reaparece y habrá transferencia de fondos estatales cuando las cantidades pagadas por los particulares pasan a través de una entidad pública o privada designada para canalizarlas a los beneficiarios. Así sucedía en el asunto *Essent Netwerk Noord*, en el que una entidad privada recibía el encargo, por ley, de cobrar un suplemento del precio (tarifa) de la electricidad, en nombre del Estado, con el deber de canalizarlo a los beneficiarios, sin estar autorizada a utilizar su importe para otros fines que los señalados por la ley. El montante global de aquel suplemento (que el Tribunal de Justicia calificó de impuesto) estaba bajo control público, lo que era suficiente para catalogarlo de fondo estatal.<sup>91</sup>

118. También apreció el Tribunal de Justicia control estatal en el asunto *Vent de Colère!* y otros, en el que existía un mecanismo, financiado por todos los consumidores finales, que compensaba íntegramente los sobrecostes satisfechos por las empresas sujetas a una obligación de compra de la electricidad de origen eólico (a un precio superior al de mercado). Había intervención mediante fondos estatales, incluso cuando este mecanismo se basaba, en parte, en una transferencia directa de recursos entre entidades privadas.<sup>92</sup>

119. En esta misma línea se inscribe el auto del Tribunal de Justicia en el asunto *Elcogás*, en el que se discutía «si constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio nacional».<sup>93</sup>

120. La respuesta del Tribunal de Justicia fue que el mecanismo de compensación de los sobrecostes del que se beneficiaba aquella empresa (financiado por medio de la tarifa final de electricidad aplicada al conjunto de los consumidores españoles y los usuarios de las redes de transporte y de distribución en el territorio nacional) debía entenderse como una intervención del Estado o mediante fondos estatales, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. A ese respecto, carecía de «incidencia [...] que las cantidades destinadas a compensar los sobrecostes no provengan de un suplemento específico de la tarifa de electricidad y que el mecanismo de financiación considerado no pertenezca en sentido estricto a la categoría de impuesto, exacción fiscal o tasa parafiscal según el derecho nacional».<sup>94</sup>

121. Este control público también está presente y, por eso, el Tribunal de Justicia los reputa fondos estatales, en los ingresos que se generan, según el régimen danés, para compensar a la sociedad pública (TV2 Reklame) por la ayuda que gestiona y que consiste en el derecho a comercializar los espacios publicitarios de TV2.<sup>95</sup>

91 Sentencia de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord* (C-206/06, EU:C:2008:413), apartados 69 a 75.

92 Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent de Colère!* y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartados 25 y 26.

93 Auto de 22 de octubre de 2014, C-275/13, no publicado, EU:C:2014:2314, apartado 20.

94 *Ibidem*, apartados 30 y 31. Esta última precisión puede ser relevante para salir al paso de la objeción (aludida en el considerando 116 de la Decisión 2015/1585) a tenor de la que «el recargo EEG no constituía una contribución especial (*Sonderabgabe*) en el sentido del derecho constitucional alemán, puesto que los ingresos procedentes del recargo EEG no se asignaron al presupuesto del Estado y porque las autoridades públicas no tuvieron los fondos a su disposición, ni siquiera indirectamente».

95 Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *Comisión/TV2/Danmark* (C-656/15 P, EU:C:2017:836), apartados 59 y 63. En este asunto, dos empresas públicas (TV2 Reklame y el Fondo TV2) habían sido creadas, controladas y encargadas de gestionar los ingresos procedentes de la comercialización de los espacios publicitarios de otra empresa pública (TV2/Danmark) por el Estado danés. Esos ingresos se encontraban siempre bajo control y a la disposición del Estado, cuyo Ministerio de Cultura tenía la posibilidad de decidir que se dedicaran a otros fines, diferentes de su transferencia al Fondo TV2.

***b) La transferencia de fondos estatales en este asunto***

122. Según el Gobierno alemán y las empresas demandantes, el recargo EEG y su limitación para determinadas empresas energívoras son mecanismos instaurados por ley, pero no conllevan la transferencia de fondos estatales ni están sometidos al control de las autoridades alemanas. En su opinión, este mecanismo encaja en la jurisprudencia *PreussenElektra*, porque la Ley EEG de 2012 no ha realizado cambios sustanciales con respecto a la legislación alemana de 1990, que el Tribunal de Justicia no reputó ayuda de Estado.

123. Por el contrario, la Comisión, como ya hizo en la Decisión 2015/1585, sostiene que hay transferencia de recursos en favor de las empresas de elevado consumo energético, bajo control de las autoridades alemanas. A su juicio, se trata de un mecanismo de promoción de las energías renovables distinto del analizado en la sentencia *PreussenElektra* y asimilable, más bien, a los empleados en otros Estados miembros (Bélgica, Francia, España, Austria), que el Tribunal de Justicia ha catalogado de ayudas de Estado, por suponer un flujo de fondos bajo control de las Administraciones, en favor de ciertas empresas.<sup>96</sup>

124. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en esta materia me lleva a compartir la postura de la Comisión. Como punto de partida, recordaré que el recargo EEG, percibido y administrado por los GRT, lo establecieron las autoridades alemanas para cubrir los costes generados por las tarifas reguladas y la prima de mercado, previstos por la Ley EEG de 2012, que garantizaban a los productores de electricidad verde (EEG) un precio mayor que el de mercado. Por consiguiente, el recargo EEG forma parte de una política del Estado alemán orientada al apoyo a los productores de electricidad EEG, fijada por la Ley EEG de 2012 y por sus normas complementarias. Con la reducción de dicho recargo a favor de determinadas empresas energívoras del sector manufacturero se intentaba paliar el impacto del coste de dicho apoyo en sus respectivos presupuestos.

125. Los principales elementos que ponen de manifiesto el control de las autoridades alemanas sobre los fondos generados por el recargo EEG (incluida su reducción en favor de determinadas empresas energívoras) y, por lo tanto, su naturaleza de «fondos estatales» son:

- el carácter público de estos recursos;
- la gestión del recargo EEG por los GRT, en virtud de una obligación legal; y
- el control administrativo de las autoridades alemanas sobre el recargo EEG y sobre su limitación para determinadas empresas energívoras.

*1) Carácter público de los recursos obtenidos con el recargo EEG y de la reducción de su cuantía para las empresas energívoras*

126. Los productores de electricidad generada a partir de fuentes renovables tienen asegurada la compra preferente de aquella, así como la percepción de su importe (mediante las primas previstas legalmente) por los operadores de redes de distribución local. Estos transfieren la electricidad procedente de energías renovables a los GRT, que están obligados a abonarles las primas que hayan pagado. Se calcula el recargo EEG en función de la comercialización de la electricidad en la bolsa eléctrica. Luego, el recargo EEG se distribuye de forma meramente financiera entre los GRT y estos lo repercuten sobre las empresas que suministran electricidad a los consumidores finales.

<sup>96</sup> Sentencias de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord y otros* (C-206/06, EU:C:2008:413); de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère!* y otros (C-262/12, EU:C:2013:851); auto de 22 de octubre de 2014, *Elcogás* (C-275/13, no publicado, EU:C:2014:2314); y sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014, *Austria/Comisión* (T-251/11, EU:T:2014:1060).

127. La repercusión del recargo EEG es una decisión empresarial de las empresas suministradoras, pero *de facto* se realiza de manera sistemática y resulta coherente con el designio subyacente en la Ley EEG de 2012. La limitación del recargo para determinadas empresas energívoras se compensa con un aumento correlativo para el resto de los consumidores,<sup>97</sup> es decir, para quienes no se benefician de dicha limitación.

128. Según el Gobierno alemán y las empresas demandantes, el recargo EEG (y, por consiguiente, su limitación) implican únicamente la movilización de fondos privados entre empresas asimismo privadas, cuyas relaciones quedan sometidas al derecho civil, sobre una mera base contractual. Se trataría de un sistema de fijar, mediante ley, un precio mínimo de venta de un producto por parte de empresas privadas.

129. No comparto este argumento, porque el recargo EEG no es fruto de una simple iniciativa de los GRT, sino de aplicar la legislación alemana, que ha identificado los beneficiarios de la ventaja (productores de electricidad EEG y ciertas empresas energívoras), los denominados «criterios de subvencionabilidad» y el nivel de la ayuda, con objeto de recaudar los recursos financieros para cubrir los gastos de apoyo a la electricidad EEG.

130. Los GRT no son libres para imponer el recargo EEG que deseen y las autoridades alemanas supervisan su forma de cálculo, su cobro y su gestión, así como la limitación aplicable a las empresas energívoras, que depende de un acto administrativo previo. Las disposiciones que regulan aquel recargo garantizan que, con él, se obtiene la cobertura financiera suficiente para pagar el apoyo a la electricidad EEG, incluyendo la detracción a favor de las empresas energívoras. Estas disposiciones no permiten el cobro de ingresos adicionales, más allá de la cobertura de estos costes, y los GRT no pueden utilizar el recargo EEG para financiar otro tipo de actividad.

131. La financiación del recargo EEG, así como su limitación, han sido diseñadas de manera que los costes de apoyo a la producción de electricidad EEG se repercutan en cascada sobre los actores del mercado eléctrico alemán. Como ya he adelantado, la lógica del sistema es que:

- los consumidores finales de electricidad pagan el recargo EEG, con la mitigación de su impacto a favor de determinadas empresas energívoras;
- los productores de electricidad verde reciben el correlativo apoyo financiero; y
- las empresas distribuidoras locales, los GRT y las empresas proveedoras se encargan de repercutir la cuantía del recargo EEG, siempre bajo el control de las autoridades alemanas.

132. La naturaleza del recargo EEG es, pues, la propia de unos fondos estatales con los que se apoya la producción de electricidad verde, no la de meros fondos privados de las empresas y de los consumidores, que aquellas y estos pueden negociar entre sí.

133. No es obstáculo a ese carácter que no haya, en Alemania, un organismo público específicamente diseñado para gestionar dichos fondos, función que se atribuye a los agentes del mercado eléctrico (en especial, de modo colectivo, a los GRT). Como ya he recordado, según el Tribunal de Justicia, para que exista transferencia de fondos estatales, a efectos del artículo 107 TFUE, no es preciso que procedan del presupuesto o del patrimonio del Estado, o que sean recaudados, redirigidos y gestionados por un organismo público.

<sup>97</sup> Así se afirma en el considerando quincuagésimo cuarto de la Decisión 2015/1585: «la Asociación Alemana de Consumidores de Energía (Bund der Energieverbraucher), que inicialmente denunció ante la Comisión la Ley EEG de 2012, alegó que las reducciones en el recargo EEG constituyen una ayuda estatal [...] en favor de los usuarios con gran consumo de energía, que perjudica a las empresas alemanas y [a] los consumidores que tienen que pagar un mayor recargo EEG sin beneficiarse de reducciones similares».

134. Basta, para atribuir el carácter de fondos estatales, que hayan de ser aportados por unos particulares a otros, para hacerlos llegar a los beneficiarios finales de las ayudas, incluso bajo la gestión de entidades distintas de la autoridad pública, siempre que la transferencia de recursos económicos (en este caso, desde los consumidores finales a las empresas productoras de electricidad verde) se realice en virtud de una imposición legal y bajo control administrativo. Este es el mecanismo de ayudas previsto en la Ley EEG de 2012, que me parece asimilable a los que dieron lugar a la jurisprudencia *Association Vent De Colère!* y otros.<sup>98</sup>

135. El diseño del esquema de ayudas ha correspondido al legislador alemán, de manera que no estamos ante una tesis equiparable a la de la sentencia *Doux Élevage*.<sup>99</sup> Además, esas cantidades tienen un destino fijado por el propio legislador (el apoyo a la producción de electricidad EEG) y su utilización no es decidida discretionalmente por los GRT.<sup>100</sup>

136. En contra de lo que alegan el Gobierno alemán y las empresas demandantes, el supuesto ahora estudiado no es asimilable al de la sentencia *PreussenElektra*. En esta última, el Tribunal de Justicia consideró que la posibilidad, recogida por la normativa alemana, de que las empresas productoras de electricidad procedente de fuentes renovables la vendieran a un precio superior al de mercado no entrañaba la movilización de fondos estatales. Las diferencias básicas entre ambos asuntos son, a mi entender, las siguientes:

- en *PreussenElektra*, las empresas privadas no estaban encargadas por ley de gestionar fondos estatales, sino que tenían una obligación de compra de energía empleando sus propios recursos financieros.<sup>101</sup> Por el contrario, la obligación de remuneración adicional de los productores de electricidad EEG, que recae sobre los GRT, no se cumple mediante recursos financieros propios, sino a través del recargo EEG, cuyo importe se adscribe exclusivamente a la financiación de los regímenes de apoyo y de compensación creados por la Ley EEG de 2012.
- No existía, en el mecanismo examinado en *PreussenElektra*, un sistema de compensación, mientras que, con la Ley EEG de 2012, el Estado garantiza a los operadores privados que producen electricidad verde la cobertura íntegra de los sobrecostes en los que incurrir y permite que estos sean asumidos íntegramente por los consumidores.
- La Ley EEG de 2012 establece el recargo EEG (con la limitación para determinadas empresas energívoras del sector manufacturero) contemplando su repercusión en cascada, asegurada por las GRT, de manera que su importe global lo pagan *de facto* los consumidores en sus facturas y lo reciben los productores de electricidad EEG. Esta circunstancia no estaba, por el contrario, presente en el asunto *PreussenElektra*.

137. Estos rasgos del sistema de autos hacen que no se pueda calificar de mero mecanismo de fijación del precio mínimo de venta de un producto (electricidad EEG) entre empresas privadas, en el sentido de las sentencias *PreussenElektra* y *Van Tiggele*. Se trata, por el contrario, de un régimen, más global, de promoción de las energías renovables a cuyos productores se les garantiza un flujo de fondos estatales, procedentes en última instancia de los consumidores finales, que gestionan de manera centralizada los GRT bajo el control y la vigilancia de tres autoridades alemanas, a saber, la Bundesnetzagentur (Agencia Federal de Redes; en lo sucesivo, «BNetzA»), la BAFA y el Umweltbundesamt (Agencia de Medioambiente). A estas funciones me referiré ulteriormente.

98 Sentencias de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère!* y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 25; de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord* y otros (C-206/06, EU:C:2008:413), apartado 70; y auto de 22 de octubre de 2014, *Elcogás* (C-275/13, EU:C:2014:2314), apartado 32.

99 Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Doux Élevage* y *Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348).

100 Sentencia de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium* (C-393/04 y C-41/05, EU:C:2006:403), apartado 46 y jurisprudencia citada.

101 Véase, en ese sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère!* y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 35.

## 2) La obligación legal de los GRT de gestionar el recargo EEG y su reducción para empresas energívoras

138. El Gobierno alemán y las empresas demandantes niegan, en contra de la apreciación contenida en la Decisión 2015/1585, que los GRT hayan sido designados colectivamente para gestionar un recurso estatal. A su juicio, los diversos operadores afectados por la Ley EEG de 2012, al igual que el resto de agentes económicos, se limitan a liquidar entre sí los créditos privados que derivan de los derechos que les reconoce la legislación. Con esto, se distinguirían de los organismos públicos o privados cuya intervención en mecanismos de ayuda a la electricidad EEG se analizó en la sentencia *Association Vent De Colère!* y otros.

139. Creo, por el contrario, que los GRT están forzosamente obligados a gestionar el recargo EEG (incluida su reducción para las empresas energívoras) en virtud del deber que les impone la Ley EEG de 2012, convirtiéndose en el punto central del funcionamiento del sistema de apoyo a la electricidad EEG. Así se infiere de las funciones previstas, en particular, por los artículos 34 a 39 de la EEG de 2012.<sup>102</sup>

140. El recargo EEG se traduce en unos fondos adscritos a fines que han sido previa y exclusivamente definidos por el legislador alemán, cuya recaudación precisa la intervención de ciertos intermediarios, encargados de su percepción y de su gestión. Son cantidades objeto de una contabilidad separada, que no se ingresan en el presupuesto general de los GRT ni se dejan a su libre disposición. Los GRT se encargan justamente, en virtud de un encargo estatal, de facilitar el flujo financiero desde los consumidores finales a los productores, en el marco de una obligación que legalmente les ha sido impuesta. No liquidan, pues, créditos privados, sino que administran, bajo la supervisión estatal, un recargo cuya naturaleza es de derecho público.

102 Según el considerando centésimo sexto de la Decisión 2015/1585, corresponde a los GRT:

comprar la electricidad EEG producida en su zona directamente al productor, cuando esté directamente conectado a la línea de transporte, a los GRD a tarifas reguladas o pagando la prima de mercado. En consecuencia, la electricidad EEG, así como la carga financiera de la ayuda prevista por la EEG de 2012, están centralizadas a nivel de cada uno de los cuatro GRT,

aplicar el “privilegio de la electricidad verde” a los proveedores que lo soliciten y cumplan las condiciones pertinentes establecidas en el artículo 39(1) de la Ley EEG de 2012,

igualar entre ellos el volumen de electricidad EEG, de modo que cada uno adquiera la misma proporción de electricidad EEG,

vender la electricidad EEG en el mercado al contado conforme a las normas definidas en la Ley EEG de 2012 y sus disposiciones de aplicación, lo que puede hacerse de forma conjunta,

calcular conjuntamente el recargo EEG, que ha de ser el mismo para cada kWh consumido en Alemania, como la diferencia entre los ingresos procedentes de la venta de la electricidad EEG y los gastos relacionados con la adquisición de dicha electricidad,

publicar conjuntamente el recargo EEG en un formato específico en un sitio de web común,

publicar también información agregada sobre la electricidad EEG,

comparar el recargo EEG previsto con lo que realmente debería haber sido en un año concreto y adaptar el recargo para el año siguiente,

publicar previsiones con varios años de antelación,

recaudar el recargo EEG pagado por los proveedores de electricidad,

(cada uno de los GRT debe) conservar todos los flujos financieros (gastos e ingresos) relacionados [con] la Ley EEG de 2012 en cuentas bancarias separadas.»

### 3) *El control de las autoridades alemanas sobre el recargo EEG*

141. El Gobierno alemán y las empresas demandantes alegan que las atribuciones de las autoridades públicas, en particular, la BNetzA y la BAFA, son demasiado reducidas para que puedan ejercer un control significativo sobre el recargo EEG (y, por lo tanto, sobre la limitación en favor de las empresas energívoras). Según Alemania, las normas de la Ley EEG de 2012 en relación con el método de cálculo del recargo, los requisitos de transparencia y la supervisión llevada a cabo por la BNetzA están dirigidas únicamente a evitar el enriquecimiento ilegal de alguno de los operadores privados a lo largo de la línea de pago.

142. Sin embargo, las autoridades alemanas no solo supervisan la legalidad de las acciones de los operadores implicados en la percepción del recargo EEG sino también, en caso necesario, sancionan (BNetzA) o comprueban el derecho de una empresa energívora a beneficiarse de una reducción del recargo (BAFA). El control y la supervisión administrativa del recargo EEG son, a mi juicio, innegables.

143. En concreto, a tenor del artículo 61 de la EEG de 2012, corresponde a la BNetzA el deber de controlar, en el marco de sus misiones de supervisión, que los GRT comercialicen la electricidad EEG con arreglo a lo especificado en el artículo 37 de la misma ley, así como que determinen, fijen, publiquen y facturen a los proveedores de electricidad el recargo EEG, respetando las normas legales y reglamentarias. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 48 de la EEG de 2012, los GRT presentan a la BNetzA los datos utilizados por el mecanismo de compensación.<sup>103</sup>

144. La BNetzA ostenta poderes de ejecución y funciones relacionadas con los diferentes costes e ingresos que los GRT están autorizados a incluir en el cálculo del recargo EEG. Aquella Agencia puede adoptar decisiones ejecutivas para corregir el nivel del recargo EEG, así como multar a los operadores implicados en el sistema, con objeto de hacer cumplir la Ley EEG de 2012.

145. En lo que respecta a las empresas energívoras, la actuación administrativa es igualmente relevante: esas compañías deben facilitar al Ministerio competente la información imprescindible para que pueda comprobar si se alcanzarán los objetivos perseguidos en el marco del artículo 40 de la Ley EEG 2012. La BNetzA debe garantizar que el recargo EEG solo se reduzca para los proveedores de electricidad que cumplan las condiciones del artículo 39 de la Ley EEG de 2012. Además, la BAFA decide si las empresas energívoras que lo hayan solicitado están facultadas para abonar solo un recargo EEG limitado, decisión que es impugnante ante los tribunales alemanes del orden administrativo y no del orden civil.

146. A la vista de esta enumeración, no exhaustiva, de los poderes de supervisión y de control de las autoridades alemanas sobre los fondos recaudados mediante el recargo EEG, no encuentro razones suficientes para sostener que la Decisión 2015/1585 sea inválida por aseverar que dichos fondos están bajo control de aquellas autoridades estatales.

147. Entiendo, pues, que la limitación del recargo EEG, tal como se aplicó a las empresas demandantes, supone una transferencia de fondos estatales en su favor, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

<sup>103</sup> Según el considerando trigésimo noveno de la Decisión 2015/1585, la BNetzA debe garantizar que:

los GRT vendan en el mercado al contado la electricidad por la que se pagan tarifas reguladas de conformidad con las normas aplicables [...]

los GRT determinen, establecen y publican adecuadamente el recargo EEG,

los GRT apliquen correctamente a los proveedores de electricidad el recargo EEG,

los operadores de red apliquen adecuadamente a los GRT las tarifas reguladas y las primas.  
[...]

## V. Conclusión

148. A tenor de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

- «1) Declare inadmisibile la cuestión prejudicial suscitada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Fráncfort del Meno, Alemania).
- 2) Subsidiariamente, juzgue que, en este incidente, no se han puesto de manifiesto elementos que permitan declarar la invalidez de la Decisión (UE) 2015/1585 de la Comisión Europea, de 25 de noviembre de 2014, relativa al régimen de ayudas SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [ejecutado por Alemania en apoyo a la electricidad de fuentes renovables y para grandes consumidores de energía], en lo que concierne a la reducción, en favor de determinadas empresas que consumen grandes cantidades de energía eléctrica, del recargo general establecido por la legislación alemana.»