



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD WILLIAM HOGAN
presentadas el 19 de septiembre de 2019¹

Asunto C-523/18

Engie Cartagena, S.L.
contra
Ministerio para la Transición Ecológica,
con intervención de:
Endesa Generación, S.A.,
EDP España, S.A.U.,
Bizkaia Energía, S.L.,
Iberdrola Generación, S.A.U.,
Tarragona Power, S.L.,
Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L.,
Viesgo Generación, S.L.,

(Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional)

«Petición de decisión prejudicial — Normas comunes para el mercado interior de la electricidad — Directiva 2003/54 — Artículo 3, apartado 2 — Directiva 2009/72 — Artículo 3, apartado 2 — Aplicabilidad — Concepto de “obligación de servicio público”»

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO 2003, L 176, p. 37), y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO 2009, L 211, p. 55).
2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Engie Cartagena, S.L. (en lo sucesivo, «demandante»), y el Ministerio para la Transición Ecológica acerca de la legalidad de la aportación que las compañías eléctricas deben realizar para financiar un programa de acción nacional sobre ahorro y eficiencia energéticos.
3. La presente petición de decisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de aclarar la definición del concepto de «obligación de servicio público» (OSP) establecido en el artículo 3, apartado 2, de las Directivas 2003/54 y 2009/72. No obstante, puede resultar conveniente examinar en primer lugar la legislación pertinente de la Unión.

¹ Lengua original: inglés.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la UE

1. Directiva 2003/54

4. Con el título «Obligaciones de servicio público y protección del cliente», el artículo 3 de la Directiva 2003/54 establecía en su apartado 2:

«Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red.»

2. Directiva 2009/72

5. La Directiva 2003/54 fue derogada por la Directiva 2009/72. Según el artículo 48 de la Directiva 2009/72, esta derogación surtió efecto a partir del 3 de marzo de 2011 y las referencias a la Directiva derogada deben interpretarse como referencias a la Directiva 2009/72.

6. El artículo 3 de la Directiva 2009/72 establece:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros, de conformidad con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las empresas eléctricas operen con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la consecución de un mercado de electricidad competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental, y no ejercerán discriminación entre aquellas en cuanto a derechos y obligaciones.»

2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la [Unión] el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red.

[...]

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

[...]

14. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones de los artículos 7, 8, 32 o 34 en caso de que tal aplicación pudiera obstaculizar, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas eléctricas en aras del interés económico general, y siempre que la actividad comercial no se vea afectada de un modo que resulte contrario a los intereses de la [Unión]. Los intereses de la [Unión] incluyen, entre otras cosas, la competencia en lo que respecta a los clientes cualificados de conformidad con la presente Directiva y con el artículo 86 del Tratado.

[...]»

B. Derecho nacional

7. El Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (BOE n.º 312, de 24 de diciembre de 2010, p. 106386), forma parte de un paquete de medidas de lucha contra el «déficit tarifario», entendido en sentido lato como la discordancia entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos recibidos por los precios de la electricidad (en sus diversas denominaciones legales) regulados por el Reino de España.² Con el fin de reducir este déficit, el Real Decreto-ley 14/2010 impone temporalmente a ciertas empresas, designadas en la disposición adicional tercera, la financiación de los planes de ahorro energético y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013.

8. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2010 señala:

«En segundo lugar, con el fin de reducir los costes imputables a la tarifa se establece que las empresas productoras del régimen ordinario financiarán el Plan de acción 2008-2012, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005, por el que se concretan las medidas del documento de “Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012”. Asimismo, se fijan los porcentajes de participación de cada empresa en su financiación, modificándose con ello lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2011.»

² Dentro de las medidas por las que ha optado el legislador para reducir el déficit destacan: i) la regulación de los costes imputables al sistema y de las retribuciones de los sujetos que intervienen en el mismo; ii) la aprobación de los peajes y la tarifa regulada; iii) la exacción de prestaciones patrimoniales, tributarias y no tributarias; iv) la asunción de ciertos costes con cargo a los presupuestos generales del Estado.

9. Según la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, titulada «Financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013»:

«1. Las cuantías con cargo al sistema eléctrico destinadas a la financiación del Plan de acción 2008-2012, aprobado [por] el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005, por el que se concretan las medidas del documento de “Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012” aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2003, previstas para los años 2011 y 2012 de 270 millones de euros y 250 millones de euros respectivamente, se financiarán mediante la aportación de cada una de las empresas productoras según los porcentajes recogidos en la siguiente tabla:

Empresa	Porcentaje
Endesa Generación, S.A.	34,66
Iberdrola Generación, S.A.	32,71
GAS Natural S.D.G, S.A.	16,37
Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.	4,38
E.ON Generación, S.L.	2,96
AES Cartagena, S.R.L.	2,07
Bizkaia Energía, S.L.	1,42
Castelnou Energía, S.L.	1,58
Nueva Generadora del Sur, S.A.	1,62
Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L.	1,42
Tarragona Power, S.L.	0,81
Total	100,00

2. La cuantía con cargo al sistema eléctrico destinada al plan que se apruebe por Acuerdo de Consejo de Ministros por el mismo concepto a que se refiere el apartado 1 será financiada en 2013 mediante la aportación de cada una de las empresas productoras en los porcentajes del apartado 1 anterior, hasta un máximo de 150 millones de euros.»

II. Hechos

10. El Plan de acción 2008-2012, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005, por el que se concretan las medidas del documento «Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012» (en lo sucesivo, «Plan de acción»), se basaba en el fomento del ahorro y la eficiencia energética, como base del bienestar social, el desarrollo sostenible y la competitividad de las empresas. Sus objetivos estratégicos, entre otros, eran impregnar el ahorro y la eficiencia energética en todas las Estrategias nacionales y especialmente de la Estrategia española de Cambio Climático, fomentar la competencia en el mercado bajo el principio rector del ahorro y la eficiencia energética y consolidar la posición del Reino de España en la vanguardia del ahorro y la eficiencia energética.

11. En un principio, los costes generados por el Plan de acción se cubrían con los peajes de acceso al gas natural y la electricidad. No obstante, el Real Decreto-ley 14/2010 modificó esa situación, al establecer que el Plan de acción debía ser financiado exclusivamente por las empresas generadoras de electricidad. La disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010 relaciona las 11 empresas obligadas a contribuir y su participación, expresada en forma de porcentaje.

12. La Orden IET/75/2014, de 27 de enero, por la que se regulan las transferencias de fondos, con cargo a las empresas productoras de energía eléctrica, de la cuenta específica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, en el año 2013, para la ejecución de las medidas del Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020, y los criterios para la ejecución de las medidas contempladas en dicho plan (BOE n.º 25, de 29 de enero de 2014, p. 5875; en lo sucesivo, «Orden impugnada»), fue adoptada al amparo de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010.

13. El artículo 2 de la orden impugnada establece que la cuantía destinada para el año 2013 a las actuaciones del Plan de acción será de 150 000 000 de euros. Engie Cartagena, S.L., que fue mencionada bajo su antigua denominación, AES Cartagena, S.R.L., debía pagar 3 105 000 euros, ya que, en virtud de la disposición adicional tercera del Decreto-ley 14/2010, era responsable de aportar el 2,07 % del coste total.

14. La demandante, entonces denominada GDF Suez Cartagena Energía, S.L., interpuso el 31 de enero de 2014 un recurso contencioso-administrativo contra la orden impugnada ante la Audiencia Nacional. En su recurso, la demandante solicitaba la anulación de la Orden, así como el reconocimiento del derecho a percibir como indemnización las cantidades ingresadas en virtud de dicha Orden. En particular, Engie Cartagena impugnó el porcentaje (2,07 %) que tenía que abonar para la financiación del Plan de acción, que fue desarrollado por el Real Decreto-ley 14/2010.

III. Petición de decisión prejudicial

15. En particular, la demandante alegó que la normativa nacional no cumplía los criterios y principios establecidos por las sentencias de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), y de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), que rigen la imposición de obligaciones de servicio público.

16. El tribunal remitente explica que la validez de la orden impugnada que es objeto del procedimiento principal depende de que el Real Decreto-ley 14/2010 se ajuste al Derecho de la Unión y, en la práctica, de que este Real Decreto-ley respete los principios establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

17. A este respecto, el tribunal remitente considera que, puesto que la aportación obligatoria a que se refiere el Real Decreto-ley 14/2010 sirve para financiar un plan de eficiencia cuya finalidad objetiva y directa es tomar medidas relacionadas con la protección medioambiental, incluida la eficiencia energética y la protección del clima, la aportación obligatoria ha de considerarse constitutiva de una OSP.

18. No obstante, ese tribunal tiene dudas sobre la compatibilidad de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010 con el Derecho de la Unión, ya que la aportación obligatoria prevista en dicha disposición no se define de manera transparente, no discriminatoria y controlable y, por lo tanto, no garantiza el acceso en igualdad de condiciones de las empresas a los consumidores, como exigen el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. En particular, a su juicio la normativa nacional no contiene ninguna indicación de la razón por la cual solo algunas empresas deben contribuir a la financiación del Plan de acción, ni información alguna sobre el criterio que se aplicó para determinar el porcentaje que debía asumir cada uno de los aportantes.³

³ En su sentencia de 15 de noviembre de 2016 (167/2016), el Tribunal Constitucional dictaminó que la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010 no vulnera el principio de no discriminación.

19. En este contexto, la Audiencia Nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Si constituye una obligación de servicio público a tenor de lo establecido en los artículos 3.2 de las Directivas [2003/54] y [2009/72] la previsión legal de la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 14/2010 Financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013:

[...]

2) Si efectivamente constituye una obligación de servicio público, ¿ha sido definida claramente, es transparente, no es discriminatoria y resulta controlable?»

IV. Análisis

20. La primera cuestión prejudicial planteada versa sobre la interpretación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54 y del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

21. De entrada, hay que señalar que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 reproduce en términos similares lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54.⁴ En consecuencia, por razones de conveniencia propongo circunscribir mi análisis al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, análisis que, no obstante, es aplicable a ambas disposiciones.

22. Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta, sustancialmente, si el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de financiar las distintas medidas de un plan de acción, como el mencionado en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, puede constituir una OSP en el sentido de dicho artículo.

23. En este sentido, debe recordarse que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 establece que «en el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86 [actualmente artículo 106 TFUE], los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente».⁵

24. Aunque ni la Directiva 2003/54 ni la Directiva 2009/72 definen el concepto de OSP, resulta bastante claro que la definición de este concepto no es una cuestión de derecho nacional.

25. Ciertamente, el considerando 50 de la Directiva 2009/72 señala que «los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho [de la Unión] por los Estados miembros». No obstante, esa indicación solo implica que corresponde a los Estados miembros decidir si imponen o no una OSP a

4 Las principales diferencias entre las dos disposiciones radican en que, en primer lugar, la Directiva 2009/72, a diferencia de la Directiva 2003/54, establece expresamente que el objetivo de protección medioambiental, que puede perseguir una OSP, incluye medidas para incrementar la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima y, en segundo lugar, en que la planificación a largo plazo que los Estados están facultados para introducir puede tener miras a cumplir objetivos en materia de energía procedente de recursos renovables. Estas diferencias no son relevantes para responder a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia.

5 Esta lista de modalidades de acción no es exhaustiva. Véanse, por analogía, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 50, y las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto ANODE (C-121/15, EU:C:2016:248), punto 52.

determinadas empresas, siempre que tales obligaciones sean compatibles con el Derecho de la Unión.⁶ Al no haber una referencia expresa al Derecho de los Estados miembros a efectos de determinar el significado de ese concepto, este debe interpretarse necesariamente de forma autónoma y uniforme en toda la Unión Europea.⁷

26. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta el artículo 3, apartado 2, una medida debe satisfacer dos requisitos para ser calificada de OSP, a saber, en primer lugar, debe dirigirse hacia la consecución de un servicio de interés económico general⁸ y, en segundo lugar, debe tener el efecto de obligar a las empresas afectadas a adoptar una conducta específica que no habrían adoptado en una situación de competencia abierta.⁹

27. En el litigio principal, la demandante alega que, en cuanto una medida satisfaga estos dos requisitos relacionados con la finalidad y el efecto de esa medida, debe calificarse como OSP. Sostienen que, dado que la obligación de financiar un plan de acción tiene el efecto de obligar a los destinatarios de esa obligación a adoptar una conducta específica, tal obligación debe considerarse constitutiva de una OSP toda vez que sustenta la consecución de un servicio de interés económico general.

28. Por mi parte, no comparto esta opinión. De hecho, creo que para ser considerada OSP en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, una medida no solo ha de cumplir los dos requisitos antes mencionados, sino que también debe obligar a las empresas a prestar servicios o entregar productos específicos como parte de esa obligación. Una mera obligación de abonar dinero al Estado o una entidad estatal en concepto de impuesto, peaje o medida parafiscal no puede ser considerada en sí misma OSP en este sentido.¹⁰

29. A mi juicio, esto resulta del significado usual dado al concepto de OSP en Derecho de la Unión, así como de la redacción, del contexto y de los objetivos perseguidos por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

6 Sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 44.

7 Véase, por ejemplo, la sentencia de 6 de marzo de 2008, Nordania Finans y BG Factoring (C-98/07, EU:C:2008:144), apartado 17. En el presente asunto, la necesidad de una aplicación uniforme se ve reforzada por el hecho de que el artículo 3, apartado 14, de la Directiva 2009/72 (anteriormente artículo 3, apartado 8, en la Directiva 2003/54) establece que la calificación de una medida nacional de OSP en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva permite que esa medida quede exceptuada de determinadas disposiciones de dicha Directiva. Las excepciones se refieren al procedimiento de autorización para nuevas instalaciones (artículo 7), al procedimiento de licitación para la adjudicación de nuevas instalaciones (artículo 8), al acceso de terceros a las redes de transporte y de distribución (artículo 32) y al suministro a los clientes mediante una línea directa (artículo 34).

8 Véanse la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), apartado 36; por analogía, con respecto a la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (DO 2003, L 176, p. 57), véase la sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartado 22, y, con respecto a la Directiva 2003/54, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 42.

9 Véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), y, por analogía, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 42. El Tribunal de Justicia dictaminó, con respecto a la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55 (DO 2009, L 211, p. 94), que refleja lo dispuesto en la Directiva 2009/72 para el sector del gas, que, si los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 3, apartado 9, de la Directiva 2003/54 (similar al artículo 3, apartado 15, de la Directiva 2009/72), a informar a la Comisión acerca de todas las medidas adoptadas con el fin de cumplir las obligaciones de servicio público, la falta de notificación no puede bastar, en sí misma, para demostrar que la normativa de que se trata no constituye una OSP. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 39.

10 A este respecto, contrariamente a la tesis defendida por la demandante, el hecho de que la sentencia de 7 de septiembre de 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), no se refiera directamente a este requisito resulta irrelevante. De hecho, cuando el Tribunal de Justicia se pronuncia en un procedimiento prejudicial, lo hace en respuesta a las cuestiones planteadas, y no con el fin de establecer, de manera exhaustiva, el régimen jurídico de las medidas de que se trate. Toda vez que en ese asunto no se había preguntado expresamente al Tribunal de Justicia acerca de la definición del concepto de OSP, ni siquiera si una medida, como la controvertida en aquel asunto, era una OSP, el Tribunal de Justicia no estaba obligado a especificar, de manera exhaustiva, los requisitos para calificar una medida de OSP.

30. Por lo que respecta al significado habitual dado al concepto de OSP en Derecho de la Unión, ni el TFUE ni el TUE se refieren a él. Los Tratados se refieren, sin embargo, a «servicios de interés económico general», cuya consecución, como se ha señalado antes, debe ser el objetivo de cualquier OSP.¹¹

31. En particular, el artículo 106 TFUE (antiguo artículo 90 del Tratado CEE y posteriormente artículo 86 del Tratado CE) establece que las empresas encargadas de la gestión de dichos servicios quedan sometidas a las normas de los Tratados, únicamente en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.¹²

32. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que, por un lado, esta disposición pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas *como instrumento de política económica o social* con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común.¹³

33. Por otro lado, para poder acogerse a la excepción a la aplicación de las normas del Tratado prevista en el artículo 106, apartado 2, del TFUE, los poderes públicos deben haber confiado a la empresa de que se trate la *gestión* de un servicio económico de interés general y es preciso, además, que la aplicación de las normas del Tratado obstaculice el *cumplimiento de la misión específica* confiada a dicha empresa y que el interés de la Unión no resulte afectado.¹⁴

34. Por consiguiente, tanto el objetivo como el contenido del artículo 106 TFUE respaldan la idea de que la consecución de un servicio de interés económico general puede exigir la imposición de ciertas obligaciones a las empresas con el fin de obligarlas a realizar tareas que sirvan al interés económico general.

35. De ese modo, parece haber un amplio acuerdo en que la expresión «servicios de interés económico general» alude a servicios de naturaleza económica que los Estados miembros o la Unión someten a obligaciones específicas de servicio público en virtud del criterio del interés general. Estos servicios forman parte de los «servicios de interés económico general», denominados a veces «servicio público»; aunque esta última expresión a veces puede referirse al hecho de que un servicio se ofrece al público en general o al hecho de que se haya asignado a un servicio una función específica en interés público, o a la titularidad o al estatuto de la entidad que presta el servicio.¹⁵

36. La expresión «servicio público» se utiliza en el TFUE en el artículo 93 (anteriormente artículo 77 del Tratado CEE y posteriormente en el artículo 73 del Tratado CE) en relación con el transporte. De hecho, esta disposición menciona que «serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de *determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.*»¹⁶

11 Véanse también los artículos 14 TFUE y 93 TFUE, el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el Protocolo n.º 26, sobre los servicios de interés general.

12 En esencia, esta disposición supone el reconocimiento de que «en ocasiones, sin embargo, los mercados se muestran insensibles de cara a objetivos sociales deseables, por lo que los servicios prestados resultan insuficientes [y] [...] [e]n estos casos, puede ser necesaria la intervención del sector público». Informe de la Comisión de 17 de octubre de 2001 al Consejo Europeo de Laeken sobre los servicios de interés general [COM(2001) 598 final], apartado 3.

13 Véanse las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Albany (C-67/96, EU:C:1999:430), apartado 103, de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08, EU:C:2010:205), apartado 28, y de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 41.

14 Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Mercì convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464), apartado 26.

15 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM(2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004, anexo 1. La expresión «servicios de interés económico general» abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público.

16 El subrayado es mío.

37. El concepto de OSP ha surgido en el contexto de la aplicación de esta disposición.¹⁷
38. En primer lugar, en su Decisión de 13 de mayo de 1965, el Consejo se refirió a la existencia de «obligaciones inherentes a la noción de servicio público impuestas a las empresas de transportes.»¹⁸ Posteriormente, en el Reglamento (CEE) n.º 1191/69, el Consejo utilizó la expresión abreviada «OSP» y ofreció la primera definición de este concepto en el artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, a saber, «las obligaciones que, [una] empresa de transporte no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial».¹⁹
39. A este respecto, cabe señalar que los ejemplos de OSP recogidos en el artículo 2, apartado 2 —a saber, la obligación de explotar, la obligación de transportar y la obligación tarifaria—, se refieren en todos los casos a la prestación de un servicio específico.
40. Además, el artículo 7 del Reglamento n.º 1191/69 establece que la decisión de mantener una OSP podrá ir acompañada de «condiciones destinadas a mejorar el rendimiento de las prestaciones sometidas a la obligación de que se trate» y que la decisión de supresión de una OSP «podrá prever el establecimiento de un servicio de sustitución».²⁰
41. Habida cuenta de estas aclaraciones, es evidente que, en el sentido del Reglamento n.º 1191/69, una OSP se refiere exclusivamente a las obligaciones de prestación de un servicio concreto.²¹
42. Dado que el Reglamento n.º 1191/69 sirvió como modelo para todos los servicios de red y posteriormente para todos los servicios públicos, el significado dado al concepto de OSP en dicho Reglamento ha pasado a ser el habitualmente aceptado en Derecho de la Unión.²² Cuando se adoptó la Directiva 2009/72, la definición más reciente del concepto de OSP en el Derecho de la Unión era la que se menciona en el Reglamento (CE) n.º 1370/2007,²³ que sigue siendo bastante cercana a la definición dada a este concepto en el Reglamento n.º 1191/69.²⁴ De hecho, el artículo 2, letra e), del Reglamento n.º 1370/2007 define la OSP como una «exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución».

17 Parece que el cambio semántico entre «obligaciones inherentes a la noción de servicio público» y OSP es resultado de la utilización de una expresión empleada por algunos expertos en este sector, que no eran juristas, sino ingenieros o economistas. Véase Ziani, S., «Du service public à l'obligation de service public», LGDJ, 2015, p. 104.

18 Decisión 65/271/CEE relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 1965, 88, p. 1500; EE 07/01, p. 91).

19 Reglamento, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 1969, L 156, p. 1; EE 08/01, p. 131). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Reglamento n.º 1191/69 tenía por objeto establecer un régimen que los Estados miembros deben respetar cuando prevén imponer OSP a empresas de transporte terrestre: véase la sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415), apartado 53.

20 El subrayado es mío. Además, cabe señalar que el artículo 6, apartado 2, de ese Reglamento establece que «las decisiones de mantenimiento o de supresión a plazo de la totalidad o de parte de una obligación de servicio público preverán, para las cargas resultantes, la concesión de una compensación determinada». Puesto que sería ilógico exigir a los Estados miembros que aporten una compensación en el supuesto de supresión de una obligación de financiación, cabe también inferir que el concepto de OSP no abarca las obligaciones de financiación.

21 El concepto de «servicio» debe entenderse aquí en un contexto no legal, y como tal se refiere a la oferta de servicios o productos con arreglo a ciertos términos y condiciones diferentes de los del mercado.

22 Véanse, por ejemplo, el artículo 2, letra o), del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO 1992, L 240, p. 8), y el artículo 2, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DO 1992, L 364, p. 7).

23 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo (DO 2007, L 315, p. 1).

24 Tampoco parece que esta definición haya evolucionado posteriormente. Véase, por ejemplo, el artículo 2, apartado 14, del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DO 2017, L 57, p. 1).

43. Además, varios documentos de la Comisión confirman que este sentido es el que prevalece en general. Por ejemplo, en su Libro Blanco de 2004 sobre los servicios de interés general,²⁵ la Comisión señala que el concepto de OSP se refiere «a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del *servicio* con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público [...]».²⁶ En su documento titulado «Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa», publicado en 2011, la Comisión define el concepto de «Servicio de interés general» como «aquellos [*servicios*] que las autoridades públicas de los Estados miembros clasifican como de interés general y que, por lo tanto, están *sujetos a obligaciones específicas de servicio público (OSP)*».²⁷ Del mismo modo, en el documento de trabajo denominado *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest* [Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratación pública y de mercado interior], la Comisión explica que la OSP «se impone [...] sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el *servicio* se presta en condiciones que le permitan desempeñar su misión».²⁸

44. Por último, pero no menos importante, en el documento titulado «Note of the DG Energy & transport on Directive[s] 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas» [Nota de la Dirección General de Energía y Transporte sobre las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE sobre el mercado interior de la electricidad y el gas natural], que se refiere expresamente al sector objeto del procedimiento principal, la Comisión señala expresamente, en la página 2, bajo el epígrafe «Nota sobre la definición legal de las OSP», que el concepto de OSP que la Comisión aplicó en el sector de la energía tiene el mismo significado que en el artículo 2 del Reglamento n.º 1191/69 del Consejo, en el artículo 86 CE, apartado 2 (actualmente artículo 106 TFUE, apartado 2), y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

45. Aunque ninguno de los documentos de la Comisión antes citados tiene fuerza de ley, puede observarse, no obstante, que, cuando la legislación secundaria hace referencia a las OSP, lo hace para designar el suministro de servicios o productos específicos.²⁹

46. Por el contrario, cuando la legislación secundaria y las sentencias judiciales se refieren a la existencia de obligaciones de financiación, no presentan estas obligaciones como OSP, sino más bien como una compensación destinada a financiar las OSP asumidas por otras empresas.³⁰ Por ejemplo, según el artículo 2, letra g), del Reglamento n.º 1370/2007, «una “compensación de servicio público” significa toda ventaja, especialmente de carácter financiero, concedida directa o indirectamente por una autoridad pública mediante recursos públicos durante el período de ejecución de una obligación de servicio público o en relación con ese período». Del mismo modo, la sentencia dictada en el asunto *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*,³¹ lejos de reconocer una interpretación amplia del concepto de OSP, se refiere a las obligaciones financieras en el sentido de que no están comprendidas en la categoría de OSP, sino que más bien constituyen una compensación por las OSP.

25 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Libro Blanco Europeo sobre los servicios de interés general COM(2004) 374 final, anexo 1.

26 El subrayado es mío. COM(2004) 374 final, p. 23.

27 El subrayado es mío. COM(2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, p. 3.

28 El subrayado es mío. SWD(2013) 53 final/2, de 29 de abril de 2013, p. 21.

29 Véase, por ejemplo, el artículo 1, punto 18, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO 2001, L 311, p. 67) o el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO 2008, L 293, p. 3).

30 Sentencias de 22 de noviembre de 2001, *Ferring* (C-53/00, EU:C:2001:627), apartado 26; de 7 de mayo de 2009, *Antrop y otros* (C-504/07, EU:C:2009:290), apartado 20, y, en el sector eléctrico, de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord y otros* (C-206/06, EU:C:2008:413), apartados 80 y 86.

31 Sentencia de 24 de julio de 2003 (C-280/00, EU:C:2003:415), apartados 87 y ss.

Se deduce de todo ello, de manera necesariamente implícita, que una OSP exige que el operador haga o proporcione algo por lo que a veces es compensado, y por lo tanto, una vez más se subraya el hecho de que la mera obligación de pagar una exacción fiscal (comoquiera que se describa) no es una OSP en sí misma.

47. A la vista de lo anterior, es evidente que, como se entiende comúnmente en el Derecho de la Unión, el concepto de OSP se refiere a medidas por las cuales una o más empresas se ven obligadas a prestar servicios o suministrar productos que dichas empresas no habrían proporcionado o suministrado —o al menos no en la misma medida o en las mismas condiciones—, si no hubieran sido requeridas para ello por un Estado miembro para lograr un objetivo de interés económico general.

48. Las obligaciones de financiación son específicas y distintas de las OSP: constituyen una forma, entre otras, de financiar la consecución de servicios económicos de interés general. Dado que es posible que un Estado miembro preste por sí mismo servicios económicos de interés general, puede haber obligaciones de financiación sin que se haya impuesto una OSP a una empresa, o puede haber OSP que no sean compensadas por obligaciones de financiación.

49. Con respecto al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, ni su redacción, ni su contexto, ni su objetivo abonan la tesis de que los conceptos de «OSP» y de «obligación de financiación» tienen un significado diferente en virtud de dicha disposición y en virtud del resto de la legislación comunitaria.

50. En cuanto a la redacción del artículo 3, apartado 2, se refiere expresamente al artículo 86 CE (actualmente artículo 106 TFUE), lo que demuestra que el legislador de la Unión no tenía intención de apartarse del sentido generalmente dado a las OSP en la legislación de la Unión.

51. En cuanto a los objetivos, se puede inferir del considerando 3 de la Directiva que esta tiene por objetivo lograr un mercado interior de la electricidad plenamente abierto y competitivo en el que todos los consumidores puedan elegir libremente su proveedor y en el que todos los proveedores puedan suministrar libremente sus productos. No obstante, *a priori*, a diferencia de las obligaciones de prestación de un servicio determinado o de entrega de productos concretos, no es probable que las obligaciones de financiación socaven este objetivo, o, si lo hacen, al menos es probable que lo hagan en un grado mucho menor.

52. Por otra parte, el considerando 50 de la Directiva 2009/72 dispone que esa Directiva tiene como objeto reforzar «las obligaciones de servicio público [...] y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores [...] puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos» y que «los ciudadanos de la Unión y, cuando los Estados miembros lo estimen adecuado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones de servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro y unos precios razonables [...]». De ello se desprende que una OSP, en el sentido de la Directiva 2009/72, es una obligación que puede dar lugar a normas mínimas comunes y que beneficia a una clase de personas sin identificar, aunque no tienen por qué ser necesariamente los consumidores finales. En cambio, las obligaciones de financiación no dan lugar a normas mínimas comunes y se refieren a un grupo identificado de beneficiarios, a saber, bien los Estados miembros, cuando deciden prestar el servicio de interés económico general en cuestión por sí mismos, bien las empresas encargadas de proporcionar ese servicio.

53. En lo que respecta al contexto, cabe señalar que el artículo 3 de la Directiva 2009/72 se titula «Obligaciones de servicio público y protección del cliente». El hecho de que la Directiva 2009/72 se refiera a las OSP y a los consumidores también tiende a reforzar la idea de que las OSP son obligaciones que consisten en proveer productos o prestar servicios determinados, principalmente a los consumidores.

54. Debo señalar asimismo que, según el artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2009/72, «cuando se provean las compensaciones financieras, las demás formas de compensación y los derechos exclusivos que conceden los Estados miembros para *el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en los apartados 2 y 3*, se hará de modo transparente y no discriminatorio». ³² Esto demuestra que una obligación de financiación no es en sí misma una OSP, sino que más bien tiene por objeto proveer una compensación a las empresas que deben prestar una OSP.

55. Por último, vistas las circunstancias del asunto objeto del procedimiento principal, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que la Directiva 2009/72 se adoptó sobre la única base del artículo 95 CE (actualmente artículo 114 TFUE), cuyo apartado 2 dispone que este artículo no puede invocarse para la adopción de medidas fiscales de la Unión. Puesto que las obligaciones de financiación, como la controvertida en el procedimiento principal, que son impuestas por un Estado miembro con el fin de atender los gastos públicos y sin ningún beneficio inmediato para la empresa en cuestión, son medidas fiscales en el sentido del Derecho de la Unión, la Directiva 2009/72 debe interpretarse, salvo en situaciones específicas, en el sentido de que no incluye tales obligaciones. ³³

56. Si se considerase que el concepto de OSP incluye una obligación de esta índole, esto significaría ciertamente que cualquier medida fiscal o ayuda estatal también tendría que ser analizada en el contexto del artículo 3, apartado 2, lo cual, como es evidente, no es el propósito de esta disposición.

57. Habida cuenta de estas consideraciones, considero que, conforme al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, el concepto de OSP ha de entenderse en el sentido que generalmente le da el Derecho de la Unión, es decir, como una referencia a la obligación de una empresa de prestar un servicio (o producto) específico en unas condiciones (de precio, cantidad, calidad, continuidad del servicio, etc.) que dicha empresa no habría aplicado si no estuviera obligada a hacerlo por la legislación nacional, de modo que se garantice un servicio de interés económico general. Por tanto, las OSP son únicamente una forma de regular las actividades económicas en pro del interés general y un modo de designación de terceros para que lleven a cabo estas actividades. ³⁴

58. Esta conclusión es plenamente compatible con las sentencias del Tribunal de Justicia existentes que guardaban relación con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. De hecho, en la sentencia *Renerg*, ³⁵ el Tribunal de Justicia dedujo la ausencia de una obligación de servicio público impuesta a una empresa del hecho de que la legislación nacional controvertida no imponía a esa empresa la obligación imperativa de producir y suministrar electricidad a partir de fuentes de energía renovables. En la sentencia *Achema* y otros, ³⁶ para determinar si ciertas subvenciones debían considerarse como una compensación por los servicios prestados por las empresas beneficiarias para cumplir obligaciones de servicio público, el Tribunal de Justicia examinó, entre otros elementos, si estas subvenciones se referían a la prestación de servicios que se prestarían a los consumidores finales o a los operadores en el sector eléctrico.

³² El subrayado es mío.

³³ Véanse las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto *UNESA* y otros (C-105/18 a C-113/18, EU:C:2019:395), punto 35. Durante la vista del presente asunto, el representante del Gobierno español mencionó que, según la normativa nacional, la obligación de financiación en cuestión constituye una prestación patrimonial de derecho público en virtud del artículo 31 de la Constitución y, como tal, tiene naturaleza fiscal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que corresponde al Tribunal de Justicia calificar un impuesto, tasa o exacción con arreglo al Derecho de la Unión en función de las características objetivas del tributo, con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional. Véase la sentencia de 18 de enero de 2017, *IRCCS — Fondazione Santa Lucia* (C-189/15, EU:C:2017:17), apartado 29.

³⁴ El otro modo de designar a terceros es la celebración de un contrato de servicio público. Un contrato de servicio público puede definir una OSP. Véase, a tal efecto, la sentencia de 10 de mayo de 2005, *Italia/Comisión* (C-400/99, EU:C:2005:275), apartado 65. Sin embargo, la técnica utilizada no deja de ser radicalmente diferente.

³⁵ Sentencia de 14 de noviembre de 2018 (C-238/17, EU:C:2018:905), apartado 26.

³⁶ Sentencia de 15 de mayo de 2019 (C-706/17, EU:C:2019:407), apartado 112.

59. Por lo tanto, comparto plenamente el criterio de la Comisión según el cual, para que una medida sea calificada de OSP con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, no basta con que la medida se imponga a una o más empresas para obligarlas a adoptar una conducta específica necesaria para lograr el propósito de prestar un servicio de interés económico general, sino que también es necesario que dicha medida obligue a tales empresas a prestar un servicio específico o a entregar un producto específico en términos y condiciones que no sean práctica habitual en ese mercado.

60. En consecuencia, una obligación, como la controvertida en el procedimiento principal, de financiar un plan de acción destinado a fomentar medidas de ahorro y eficiencia energética³⁷ no puede considerarse OSP en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, incluso si las medidas financiadas están destinadas a prestar un servicio de interés económico general. Esto no quiere decir que ninguna de las obligaciones financieras en cuestión —que, al menos en algunos aspectos, parecen participar de la naturaleza de un impuesto especial exigido a empresas energéticas específicas— vayan previsiblemente a quedar sujetas a otras normas del Derecho comunitario, sino más bien, simplemente, que no se encuentran contempladas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, que es la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente.

61. Por consiguiente, propongo responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 no deben interpretarse en el sentido de que la obligación de financiar las diversas medidas de un plan de acción, como el mencionado en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, constituye una «obligación de servicio público» en el sentido de dichas disposiciones.

62. Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda.

V. Conclusión

63. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la primera cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional de la siguiente manera:

«El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54, no deben interpretarse en el sentido de que una obligación de financiar las diversas medidas de un plan de acción, como el mencionado en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, constituye una “obligación de servicio público” en el sentido de dichas disposiciones.»

³⁷ En este sentido, el objetivo del Plan de acción no debe confundirse con el de la disposición adicional tercera, que solo se refiere a la decisión de hacer que la financiación de este plan sea responsabilidad de las empresas.