Edición provisional

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 3 de diciembre de 2020 (1)

Asunto C-705/19

Axpo Trading Ag
contra
Gestore dei Servizi Energetici SpA — GSE

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Cuestión prejudicial — Libre circulación de mercancías — Promoción del uso de energía producida a partir de fuentes renovables — Importaciones de electricidad procedente de Suiza — Disposición nacional sobre la obligación de compra de certificados verdes —Exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana — Tributo interno discriminatorio — Medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación — Ayuda de Estado — Transferencia de fondos estatales — Selectividad de la ayuda —Tratado entre la Unión Europea y Suiza»

1. La Directiva 2009/28/CE, (2) que será sustituida desde el 1 de julio de 2021 por la Directiva (UE) 2018/2001, (3) ha dado un gran impulso al empleo de energía procedente de fuentes renovables. Uno de los mecanismos o «sistemas de apoyo» que prevé para incentivar la producción de este tipo de energía es el de los certificados verdes (en lo sucesivo, «CV»). (4)

2. Al evaluar, en el año 2005, los mecanismos de apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables (en lo sucesivo, «E-FER»), la Comisión resumió en estos términos el sistema de CV utilizado, entre otros Estados miembros, por Italia: «con arreglo al sistema de los certificados verdes […], la E-FER se vende a los precios del mercado de la energía convencional. A fin de financiar el coste adicional de la generación de energía procedente de fuentes renovables y de garantizar que se produzca la cantidad deseada, todos los consumidores (o en algunos países los productores) están obligados a adquirir un determinado número de certificados verdes a los productores de E-FER de acuerdo con un porcentaje fijo, o cupo, de su consumo/producción total de electricidad […]». (5)

3. El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre los CV, en particular, desde la óptica de la libre circulación de mercancías. (6) Este reenvío prejudicial le permite avanzar en su jurisprudencia, al abordar la compatibilidad del régimen jurídico italiano de los CV con el derecho de la Unión.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Acuerdo de libre comercio CEE-Suiza (7)

4. El artículo 2 recoge:

«El Acuerdo se aplicará a los productos originarios de la Comunidad y de Suiza:

i) clasificados en los capítulos 25 a 97 del sistema armonizado de designación y codificación de las mercancías, excepto los productos enumerados en el anexo I;

ii) que figuran en el anexo II;

iii) que figuran en el Protocolo n.º 2, habida cuenta de las disposiciones particulares establecidas en este último».

5. El artículo 6, apartado 1, señala:

«No se introducirá ninguna nueva exacción de efecto equivalente a los derechos de aduana de importación en los intercambios entre la Comunidad y Suiza».

6. A tenor del artículo 13, apartado 1:

«No se introducirá ninguna nueva restricción cuantitativa a la importación ni medida de efecto equivalente en los intercambios entre la Comunidad y Suiza».

2. Directiva 2009/28

7. En los considerandos décimo quinto, vigésimo quinto, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto se lee:

«(15) Las situaciones de partida, los potenciales de energías renovables y las combinaciones energéticas varían de un Estado miembro a otro. Por lo tanto, es necesario traducir el objetivo del 20 % comunitario en objetivos individuales para cada Estado miembro, atendiendo a una asignación equitativa y adecuada que tenga en cuenta los diferentes puntos de partida y potenciales de los Estados miembros, incluido el nivel actual de la energía procedente de fuentes renovables y la matriz energética. […]

[…]

(25) Los Estados miembros tienen distintos potenciales en cuanto a la energía renovable y cuentan con diferentes sistemas de apoyo a la energía procedente de fuentes renovables a escala nacional. La mayoría de los Estados miembros ejecuta sistemas de apoyo que conceden beneficios únicamente a la energía procedente de fuentes renovables que se producen en su territorio. Para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales. Un medio importante para lograr el objetivo de la presente Directiva es garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas nacionales de apoyo con arreglo a la Directiva 2001/77/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad (DO 2001, L 283, p. 33)], a fin de mantener la confianza de los inversores y de permitir a los Estados miembros diseñar medidas nacionales efectivas para el cumplimiento de los objetivos. La presente Directiva pretende facilitar el apoyo transfronterizo de la energía procedente de fuentes renovables sin afectar a los sistemas nacionales de apoyo. Introduce mecanismos facultativos de cooperación entre Estados miembros que les permitan acordar el grado en que uno de ellos apoyará la producción de energía de otro y el grado en que la producción de energía procedente de fuentes renovables contará como cumplimiento de los objetivos nacionales globales de uno u otro de dichos Estados miembros. Para garantizar la efectividad de ambas medidas de cumplimiento de los objetivos, a saber, los sistemas nacionales de apoyo y los mecanismos de cooperación, es esencial que los Estados miembros puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a

la energía procedente de fuentes renovables producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en la presente Directiva.

[…]

(52) Las garantías de origen, emitidas a efectos de la presente Directiva, tienen la única función de demostrar al consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables. Las garantías de origen se pueden transferir de un titular a otro con independencia de la energía a que se refieran. No obstante, con vistas a asegurar que una unidad de electricidad procedente de fuentes renovables de energía solo se comunique una vez a un cliente, deben evitarse la doble contabilización y la doble comunicación de las garantías de origen. La energía procedente de fuentes renovables cuya garantía de origen correspondiente haya sido vendida por separado por el productor no debe comunicarse o venderse al cliente final como energía producida a partir de fuentes renovables. Es importante distinguir entre los certificados verdes utilizados para los sistemas de apoyo y las garantías de origen.

[…]

(56) Las garantías de origen no confieren de por sí el derecho a acogerse a sistemas de apoyo nacionales».

8. De acuerdo con su artículo 1, la Directiva 2009/28 instaura un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables, fijando, entre otras cuestiones, objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía y con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el transporte.

9. El artículo 3, apartados 1 y 2, se refiere al objetivo global nacional, en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables y a las medidas para garantizar el respeto de esa cuota.

10. El artículo 3, apartado 3, señala:

«A fin de alcanzar los objetivos establecidos en los apartados 1 y 2 del presente artículo, los Estados miembros podrán aplicar, entre otras, las siguientes medidas:

a) sistemas de apoyo;

b) mecanismos de cooperación entre distintos Estados miembros y con terceros países para alcanzar sus objetivos globales nacionales, de conformidad con los artículos 5 a 11.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Tratado, los Estados miembros tendrán derecho a decidir, con arreglo a los artículos 5 a 11 de la presente Directiva, el grado en que apoyarán energía procedente de fuentes renovables que se produzca en otro Estados miembro».

11. El artículo 7, apartado 1, prescribe:

«Dos o más Estados miembros podrán cooperar en todo tipo de proyectos conjuntos relacionados con la producción de electricidad, calor o frío procedente de fuentes de energía renovable. En dicha cooperación podrán participar operadores privados».

12. El artículo 9, apartado 1, indica:

«Al menos un Estado miembro podrá cooperar con al menos un tercer país en todo tipo de proyectos conjuntos para la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables. En esta cooperación podrán participar operadores privados».

13. El artículo 15 especifica:

«1. Con el fin de certificar a los clientes finales el porcentaje o la cantidad de energía procedente de fuentes renovables de una estructura de abastecimiento energética del proveedor de energía, con

arreglo al artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2003/54/CE, los Estados miembros velarán por que el origen de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables pueda garantizarse como tal en el sentido de la presente Directiva, según criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

2. A tal efecto, los Estados miembros velarán por que se expida una garantía de origen cuando así lo solicite un productor de electricidad procedente de fuentes de energía renovables. […]

[…]

La garantía de origen no tendrá efecto alguno respecto del cumplimiento por los Estados miembros de lo dispuesto en el artículo 3. […]

9. Los Estados miembros reconocerán las garantías de origen expedidas por otros Estados miembros de conformidad con la presente Directiva, exclusivamente como prueba de los elementos a que se refieren el apartado 1 y el apartado 6, letras a) a f). Los Estados miembros solo podrán negarse a reconocer una garantía de origen si tienen dudas fundadas sobre su exactitud, fiabilidad o veracidad. Los Estados miembros notificarán dicha negativa a la Comisión, junto con su justificación.

[…]».

B. Derecho italiano

1. Normas anteriores a 2011

14. En los correlativos apartados de la sentencia Green Network se describe de este modo el sistema de CV vigente en Italia antes de la reforma de 2011:

«12 El artículo 11, apartado 1, del Decreto legislativo n.º 79, sobre la aplicación de la Directiva 96/92/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20)] (en lo sucesivo, "Decreto legislativo n.º 79/1999"), exige a los operadores que hayan producido o importado electricidad que, durante el año siguiente, comercialicen en el sistema nacional una cuota de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables (en lo sucesivo, "electricidad verde") procedente de instalaciones que entraron en servicio o aumentaron su producción posteriormente a la entrada en vigor del citado Decreto. Con arreglo al apartado 3 de ese mismo artículo, se puede cumplir tal obligación adquiriendo la totalidad o una parte de esa cuota a otros productores, siempre que la electricidad que se comercialice en el sistema nacional sea verde, o mediante la adquisición de los certificados verdes del gestor del sistema nacional denominado, desde el 1 de noviembre de 2005, Gestore servizi energetici SpA (en lo sucesivo, "GSE"). Por consiguiente, los productores e importadores afectados deben presentar la certificación que acredite que una cuota de electricidad producida o importada ha sido generada a partir de fuentes de energía renovables o, alternativamente, adquirir certificados verdes.

13 El artículo 4, apartado 6, del Decreto ministerial sobre reglas de ejecución de las normas en materia de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables previstas en el artículo 11, apartados 1, 2 y 3, del Decreto legislativo n.º 79, de 16 de marzo de 1999 ([…] en lo sucesivo, "Decreto ministerial de 11 de noviembre de 1999"), dispone:

"La obligación prevista en el artículo 11, apartados 1 y 2, del Decreto legislativo [n.º 79/1999] podrá cumplirse importando, total o parcialmente, electricidad generada por instalaciones que hayan iniciado sus operaciones después del 1 de abril de 1999 y estén alimentadas por fuentes renovables, siempre que dichas instalaciones estén ubicadas en países extranjeros que hayan adoptado medidas semejantes de fomento e incentivo de las fuentes de energía renovables, basadas en mecanismos de mercado que reconozcan la misma posibilidad a las instalaciones establecidas en Italia. En ese caso, el obligado presentará la solicitud prevista en el apartado 3 junto con el contrato de adquisición de energía generada por la instalación y con un título válido de comercialización de dicha energía en el sistema eléctrico nacional. Todos los datos deberán ser certificados por la autoridad designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 20, apartado 3, de la Directiva [96/92], en el país en el que esté establecida la instalación. En el caso de países no

pertenecientes a la Unión Europea, la aceptación de la solicitud está condicionada a que el gestor del sistema de transmisión nacional celebre un acuerdo con la autoridad local homóloga competente, en el que se establezcan las modalidades para llevar a cabo las comprobaciones necesarias".

14 En virtud del artículo 20, apartado 3, del Decreto legislativo n.º 387, sobre la aplicación de la Directiva [2001/77], relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad ([…]; en lo sucesivo, "Decreto legislativo n.º 387/2003"), los importadores de energía eléctrica procedente de otros Estados miembros de la Unión Europea pueden solicitar al GSE una exención de la obligación de adquirir los certificados verdes establecida en el artículo 11 del Decreto legislativo n.º 79/1999, por la cuota de electricidad importada, siempre que le presenten una copia conforme de la garantía de origen expedida, de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2001/77. En caso de importación de electricidad producida en un país tercero, el citado artículo 20, apartado 3, condiciona esa exención a la celebración de un acuerdo entre la República Italiana y el Estado tercero afectado, en el que se establezca que la electricidad de que se trata es generada a partir de fuentes de energía renovables y garantizada como tal según las mismas modalidades que las previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/77.

15 El 6 de marzo de 2007 los ministerios italianos competentes y el departamento federal suizo de Medio Ambiente, Transportes, Energía y Comunicaciones concluyeron un acuerdo en este sentido. Dicho acuerdo prevé el reconocimiento recíproco de las garantías de origen con respecto a la electricidad importada a partir del año 2006, año en que la Confederación Suiza adoptó una normativa compatible con las disposiciones de la Directiva 2001/77.

16 Según el artículo 4 del Decreto legislativo n.º 387/2003, incumbe al GSE comprobar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 11 del Decreto legislativo n.º 79/1999 y comunicar a la AEEG [Autorità per l'energia elettrica e il gas (Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas, Italia)] la identidad de los incumplidores para que esta imponga sanciones con arreglo a la Ley n.º 481, sobre las normas de competencia y la normativa de los servicios de utilidad pública — Institución de las autoridades de reglamentación de los servicios de utilidad pública […]».

2. Decreto legislativo n.º 28/2011 (8)

15. En virtud del artículo 25, apartado 2, «[la] energía eléctrica importada a partir del 1 de enero de 2012 no estará sujeta a la obligación prevista en el artículo 11, apartados 1 y 2, del Decreto legislativo [n.º 79/1999] exclusivamente en el caso de que contribuya a la consecución de los objetivos nacionales previstos por el artículo 3».

16. El mismo artículo 25, apartado 11, letra a), determinó la derogación del artículo 20, apartado 3, del Decreto legislativo n.º 378/2003 desde el 1 de enero de 2012. En adelante, los importadores de energía eléctrica procedente de otros Estados miembros no podían solicitar al GSE la exención de la obligación de adquirir los CV.

II. Hechos, litigio principal y pregunta prejudicial

17. Axpo Trading AG (en lo sucesivo, «Axpo») (9) es una sociedad suiza que opera en el sector de la electricidad. Importa en Italia energía producida en Suiza (y, en menor media, en Francia) a partir de fuentes de energía renovables y de combustibles fósiles.

18. El GSE adoptó dos resoluciones, de 8 de abril de 2014 y de 10 de julio de 2016, en las que constató que Axpo había importado en Italia, durante los años 2012 y 2014, electricidad generada con fuentes renovables, sin adquirir los CV correspondientes, infringiendo el Decreto legislativo n.º 79/1999, en su versión modificada por el Decreto legislativo n.º 28/2011, por lo que le exigió que adquiriera los CV en un plazo de 30 días.

19. Axpo impugnó ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso administrativo del Lacio, Italia) las resoluciones del GSE.

20. Ese tribunal, en sentencia de 18 de septiembre de 2017, desestimó el recurso de Axpo, remitiéndose, en especial, a la sentencia Ålands Vindkraf. Consideró que la reglamentación italiana no constituía una exacción de efecto equivalente ni una ayuda de Estado, al no tener carácter selectivo y no falsear la competencia, y que era compatible con la Directiva 2009/28.

21. Además del recurso jurisdiccional, el 29 de octubre de 2014, Axpo había dirigido una queja a la Dirección General de Competencia (DG COMP) de la Comisión.

22. Mediante carta de 21 de diciembre de 2017, la DG COMP tomó nota de que Axpo había recurrido la sentencia de primera instancia y solicitado al tribunal de apelación el planeamiento de una cuestión prejudicial. También afirmó que el régimen italiano de CV no le había sido notificado y explicó los razonamientos utilizados en sus decisiones anteriores para analizar los CV de otros Estados miembros. (10)

23. El 2 de febrero de 2015, Axpo formuló otra queja ante la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera (DG TAXUD) de la Comisión. Esta le respondió que estudiaría la posibilidad de abrir un procedimiento de incumplimiento contra la República Italiana.

24. Axpo ha recurrido ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) la sentencia de 18 de septiembre de 2017, solicitando la inaplicación de la normativa italiana controvertida. En apoyo de su pretensión, alega, fundamentalmente, que la obligación de compra de los CV para importar la E-FER viola las normas del TFUE en materia de ayudas de Estado, de unión aduanera, de libre circulación de mercancías y de igualdad de trato, así como el Acuerdo CEE-Suiza.

25. La Comisión intervino en el procedimiento ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) precisando que, en la sentencia Ålands Vindkraft, el Tribunal de Justicia se pronunció solo sobre la incompatibilidad de las normas suecas con la prohibición de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación. Arguyó, además, que el juez nacional puede excluir la existencia de una ayuda de Estado, pero que, si aprecia su existencia, no le corresponde valorar su compatibilidad con el derecho de la Unión, lo que es prerrogativa exclusiva de la Comisión.

26. En su auto de reenvío, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) estima que la normativa italiana se atiene a las normas del TFUE, a la Directiva 2009/28 y al Acuerdo CEE-Suiza. En particular, considera que el régimen nacional de los CV:

– Es acorde con las normas del TFUE en materia de ayudas de Estado, porque no ha habido movilización de ningún recurso público. Incluso si se tratara de recursos públicos, la normativa sería conforme con la Directiva 2009/28, que promueve las medidas estatales incentivadoras de la producción de energía verde, y con la protección del medio ambiente. En cualquier caso, la medida no podría calificarse de selectiva, porque el mecanismo previsto en la Directiva 2009/28 sería en sí mismo selectivo, al privilegiar a los productores de E-FER en cada Estado miembro.

– No constituye una exacción de efecto equivalente ni una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, dado el objetivo de la Directiva 2009/28.

– Es compatible con los artículos 18 TFUE y 110 TFUE, porque confiere el mismo trato a todos los operadores del sector eléctrico que inyectan E-FER en la red italiana.

27. No obstante, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha creído necesario elevar al Tribunal de Justicia esta pregunta prejudicial:

«¿Se oponen:

– el artículo 18 TFUE, en tanto en cuanto prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados;

– los artículos 28 TFUE y 30 TFUE, así como el artículo 6 del Acuerdo de libre cambio entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza, en tanto en cuanto establecen la supresión de los derechos de aduana de importación y las exacciones de efecto equivalente;

– el artículo 110 TFUE, en tanto en cuanto prohíbe la aplicación de tributos a las importaciones superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares;

– el artículo 34 TFUE y el artículo 13 del Acuerdo de libre cambio entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza, en la medida en que prohíben la adopción de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a las importaciones;

– los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en tanto en cuanto prohíben ejecutar una medida de ayuda de Estado que no haya sido notificada a la Comisión y que resulte incompatible con el mercado interior;

– la Directiva 2009/28, en tanto en cuanto fija como objetivo favorecer el comercio intracomunitario de electricidad verde promoviendo, asimismo, la capacidad productiva de cada Estado miembro,

a una ley nacional como la anteriormente descrita, que impone a los importadores de electricidad verde una carga económica que no resulta de aplicación a los productores nacionales del mismo producto?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

28. El reenvío prejudicial tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el día 23 de septiembre de 2019.

29. Han depositado observaciones escritas Axpo, el GSE, Fallimento Esperia (en lo sucesivo, «Esperia»), (11) el Gobierno italiano y la Comisión. Excepto el GSE, todos ellos intervinieron en la vista celebrada el 23 de septiembre de 2020.

IV. Apreciación

30. Comenzaré exponiendo, de manera sintética, el régimen italiano de los CV para, a continuación, examinar su ajuste a la Directiva 2009/28. Ulteriormente abordaré los problemas que ese régimen suscita en cuanto al derecho primario de la Unión y al Acuerdo CEE-Suiza.

A. Régimen italiano de los CV

31. Mediante el Decreto legislativo n.º 79/1999 Italia introdujo el sistema de CV. Con él trataba, como ya he avanzado, (12) de incentivar el desarrollo de la E-FER otorgando a sus productores unos certificados (los CV) que estos podían negociar en el mercado, vendiéndolos a quienes generaban electricidad a partir de fuentes no renovables. (13)

32. La atribución de los CV se hacía de forma gratuita a todo productor de E-FER que los solicitaba al GSE, en proporción a la electricidad por él generada, tras haber acreditado este dato. (14)

33. Con la venta de los CV que les habían sido asignados, los productores de E-FER podían «financiar el coste adicional de la generación de energía procedente de fuentes renovables y […] garantizar que se produzca la cantidad deseada». (15)

34. Para cumplir sus objetivos, el Decreto legislativo n.º 79/1999 y las normas que lo desarrollaban obligaron a todos los productores o importadores de electricidad bien a inyectar en la red nacional un porcentaje de E-FER (que podían producir directamente o adquirir a un productor italiano), bien a comprar CV.

35. Así pues, los productores e importadores de electricidad en Italia debían presentar la certificación acreditativa de que: a) una parte de su electricidad (producida o importada) había sido

generada a partir de fuentes de energía renovables; o b) alternativamente, habían adquirido los CV correspondientes.

36. Cuando un productor o un importador de electricidad convencional decidía alcanzar su porcentaje de E-FER comprando CV, estaba obligado a presentar al GSE una declaración anual de la electricidad producida y la cantidad de CV proporcionales a su cuota.

37. Tras la verificación, el GSE anulaba los CV que dicho productor o importador le había presentado. (16) Si eran inferiores a la cuota del productor o del importador, estos tenían que compensar la diferencia, adquiriendo los CV restantes y enviándolos al GSE. (17)

38. Estas obligaciones estaban, sin embargo, dispensadas de su cumplimiento si se demostraba que la electricidad importada en Italia procedía de fuentes renovables. Así, en virtud del artículo 20, apartado 3, del Decreto legislativo n.º 387/2003:

– Los importadores de E-FER generada en otros Estados miembros de la Unión podían solicitar al GSE una exención de la obligación de adquirir los CV, por la cuota de electricidad importada, siempre que le adjuntasen una copia de la garantía de origen.

– Si se trataba, por el contrario, de importar E-FER producida en un Estado tercero, la exención se condicionaba a la firma de un acuerdo entre Italia y ese Estado, en el que se estableciera que la electricidad era generada a partir de fuentes de energía renovables y garantizada como tal.

39. Según consta en la sentencia Green Network, (18) el 6 de marzo de 2007, Italia y la Confederación Suiza llegaron a un acuerdo en este sentido. En él se incluyó el reconocimiento recíproco de las garantías de origen para la electricidad importada desde 2006, año en el que la Confederación Suiza adoptó una normativa compatible con la Directiva 2001/77, luego sustituida por la Directiva 2009/28.

40. En la sentencia Green Network el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no podían concluir este tipo de acuerdos, porque su celebración era competencia exclusiva de la Unión. Estimó asimismo que el derecho de la Unión no era compatible con la norma italiana que permitía las exenciones a la obligación de compra de los CV a la electricidad importada de terceros países. (19)

41. El Decreto legislativo n.º 28/2011 modificó el régimen de promoción de la E-FER fijado por el Decreto legislativo n.º 79/1999, optando por el abandono progresivo de los CV y su sustitución por otro sistema de apoyo. Además, como ya he recordado, suprimió, a partir del 1 de enero de 2012, la posibilidad de que a los importadores de E-FER se les eximiera de la compra de CV italianos. (20)

42. La modificación legislativa de 2011 es, justamente, la que ha ocasionado el litigio del que proviene el reenvío prejudicial.

B. Compatibilidad del régimen italiano con la Directiva 2009/28

43. Axpo considera que ese régimen infringe la Directiva 2009/28, pues penaliza las importaciones de E-FER, al imponer a los importadores la obligación de apoyar la producción nacional, cuando aquella Directiva contempla mecanismos de cooperación.

44. El tribunal de reenvío, el GSE, Italia y la Comisión sostienen, por el contrario, que aquel régimen se atiene a la Directiva 2009/28.

45. Creo oportuno traer a colación, ante todo, los apartados 26 a 29 de la sentencia Elecdey Carcelen y otros, (21) en los que el Tribunal de Justicia hizo estas declaraciones a propósito de la Directiva 2009/28:

«26 […] la Directiva 2009/28, según se desprende de su artículo 1, tiene como finalidad establecer un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables, fijando, en particular, objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía.

27 De este modo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/28, los Estados miembros deben garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables en su consumo final de energía en 2020 sea equivalente como mínimo a su objetivo global nacional, tal como se ha fijado en el anexo I, parte A, de dicha Directiva, el cual deberá ser coherente con el objetivo consistente en alcanzar una cuota de un 20 % como mínimo de energía procedente de fuentes renovables.

28 Además, conforme al artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, los Estados miembros deberán introducir medidas diseñadas efectivamente para garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea igual o superior a la que figura en la «trayectoria indicativa» establecida en el anexo I, parte B, de la referida Directiva.

29 A fin de alcanzar esos objetivos, los Estados miembros podrán, en virtud del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28, aplicar «sistemas de apoyo», en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra k), de la Directiva, y conceder, por tanto, en particular, ayudas a la inversión, exenciones o desgravaciones fiscales, devoluciones de impuestos, o incluso establecer la obligación de utilizar energías renovables».

46. Pues bien, el mecanismo italiano de los CV es un *sistema de apoyo* que encaja con naturalidad en la Directiva 2009/28. Resulta, además, análogo al que fue objeto de la sentencia Ålands Vindkraft, en la que expresamente se dijo que «[…] lo dispuesto en el artículo 2, párrafo segundo, letras k) y l), de la Directiva 2009/28 se refiere igualmente de manera específica a los sistemas nacionales de apoyo que utilizan “certificados verdes”». (22)

47. La sentencia Ålands Vindkraft validó el sistema de apoyo sueco que implantaba, a cargo de los proveedores de electricidad y de ciertos consumidores, la obligación de utilizar CV «para cumplir sus obligaciones respectivas de proponer un determinado porcentaje de electricidad verde en su oferta de electricidad o de utilizar electricidad verde en un porcentaje determinado». (23)

48. La Directiva 2009/28 no establece un marco uniforme, para toda la Unión, de los sistemas nacionales de apoyo a la E-FER, sino que otorga un amplio margen a los Estados miembros para regularlos.

49. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, «como resulta del propio tenor del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28, y en especial del término “podrán”, los Estados miembros no están en absoluto obligados a aplicar sistemas de apoyo para promover la utilización de energía procedente de fuentes renovables, ni, con mayor razón, si deciden aplicar tales sistemas, a configurarlos como exenciones o desgravaciones fiscales». (24)

50. Los Estados miembros solo están obligados a «alcanzar los objetivos globales nacionales obligatorios fijados en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/28, en relación con el anexo I de esta». (25) Según informa la Comisión, la República Italiana ha alcanzado su objetivo global nacional para 2020 de uso de energía verde.

51. El margen de apreciación que la Directiva 2009/28 brinda a los Estados miembros para estructurar sus sistemas de apoyo a la E-FER permite un diseño puramente nacional de estos sistemas, que opere en favor de la producción, asimismo nacional, de E-FER y excluya la importada de otros Estados miembros o de países terceros. (26)

52. Con toda claridad lo expresaba el Tribunal de Justicia: «el legislador de la Unión no tuvo la intención de imponer a los Estados miembros que hayan optado por un sistema de apoyo que utilice certificados verdes extender las ventajas de este a la electricidad verde producida en el territorio de otro Estado miembro». (27)

53. Así pues, los Estados miembros están autorizados para resolver si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, o no, a la E-FER generada en otros Estados miembros (*a fortiori*, en países terceros). Si se inclinan por abrir esta posibilidad, pueden aún establecer en qué medida lo harán.

54. Es cierto que la Directiva 2009/28 incorpora mecanismos de cooperación entre Estados miembros, distintos de las garantías de origen expedidas con arreglo a esa Directiva (garantías que no confieren de por sí el derecho a acogerse a los sistemas de apoyo nacionales). (28) Esos mecanismos, sin embargo, son facultativos, no obligatorios, de modo que los Estados pueden, sin más, restringir sus sistemas de apoyo a la E-FER generada dentro de sus fronteras.

55. En la medida en que la legislación italiana ha optado, desde el año 2012, por incentivar solo la producción de E-FER generada en Italia, no se opone a la Directiva 2009/28.

C. Régimen italiano de los CV y normas del TFUE sobre unión aduanera y libre circulación de mercancías.

56. A tenor de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «cuando un ámbito ha sido armonizado con carácter exhaustivo a escala de la Unión, cualquier medida nacional en esta materia debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del derecho primario». (29)

57. La Directiva 2009/28 no realizó una armonización exhaustiva de los mecanismos de apoyo a las energías procedentes de fuentes renovables. En la sentencia Ålands Vindkraft (30) se exponen los argumentos que confirman el carácter no exhaustivo de la armonización llevada a cabo por la Directiva 2009/28, que no creo necesario reproducir aquí.

58. A partir de esta premisa, la compatibilidad de los sistemas de apoyo nacionales con el derecho de la Unión debe analizarse con vistas a la Directiva 2009/28 y al derecho primario.

59. El tribunal de reenvío pregunta, en concreto, sobre la compatibilidad del régimen italiano de los CV con la prohibición de las exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana a la importación (artículo 30 TFUE), de los tributos internos discriminatorios (artículo 110 TFUE) y de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación (artículo 34 TFUE).

60. No será imprescindible analizar la ley italiana a la luz del artículo 18 TFUE, porque este únicamente se aplica si no existen normas más específicas que reflejen el principio de no discriminación. (31) Así sucede en el ámbito de la libre circulación de mercancías (en el que encajan las importaciones de electricidad), pues los artículos 30 TFUE, 34 TFUE y 110 TFUE especifican el principio de no discriminación, que el artículo 18 TFUE consagra de manera genérica.

61. Como la prohibición de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación posee carácter residual con respecto a las demás prohibiciones del TFUE en materia de libre circulación de mercancías, (32) se ha de abordar, en primer lugar, la compatibilidad del régimen italiano con la prohibición de exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana a la importación y con la de tributos internos discriminatorios.

1. Prohibición de las exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana a la importación (artículos 28 TFUE y 30 TFUE)

62. Un derecho de aduana es un tributo indirecto que grava la importación de mercancías de países terceros (excepcionalmente, la exportación) de conformidad con los tipos de gravamen fijados en el arancel aduanero de la Unión.

63. El régimen de los CV, en cuanto atañe a la importación de E-FER en Italia, no tiene, dadas sus características, la naturaleza de un derecho de aduana (además de que afecta no solo a las importaciones de países terceros, sino también a las de otros Estados miembros).

64. Axpo sostiene, sin embargo, que ese régimen puede calificarse de una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la importación, lo que exige un estudio más detallado.

65. Aunque el derecho originario no ofrece una definición de este tipo de exacciones, el Tribunal de Justicia la ha desarrollado en su jurisprudencia: «constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana toda carga pecuniaria impuesta unilateralmente, aunque sea mínima, cualesquiera

que sean su denominación y su técnica, y que grave las mercancías por el hecho de cruzar la frontera cuando no sea un derecho de aduana propiamente dicho». (33) Es así, aunque no se recaude en beneficio del Estado, no tenga ningún efecto discriminatorio o proteccionista, y el producto gravado no se encuentre en competencia con la producción nacional. (34)

66. La prohibición de exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana es absoluta y el derecho originario no prevé restricciones. No obstante, el Tribunal de Justicia ha establecido tres limitaciones a esa prohibición, que no se aplica a :

– Cargas pecuniarias percibidas, en determinadas condiciones, a causa de los controles realizados para atenerse a las obligaciones impuestas por el derecho de la Unión. (35)

– Cargas pecuniarias que representan la contraprestación de un servicio efectivamente prestado al operador obligado a su pago, de un importe proporcionado a dicho servicio. (36)

– Regímenes fiscales que gravan *de facto* únicamente las importaciones. (37)

67. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estimo que el régimen italiano de CV aplicado a los importadores de E-FER tampoco es una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana.

68. Puedo admitir que la obligación de compra de CV italianos conlleva para los importadores de electricidad en Italia unas consecuencias similares a las de una carga pecuniaria impuesta unilateralmente por el Estado italiano. No creo, sin embargo, que esa obligación se equipare a la que deriva de un tributo fiscal o parafiscal, condición indispensable para que una carga pecuniaria encaje en la prohibición de los artículos 28 TFUE y 30 TFUE.

69. Además, la obligación de compra de CV no se vincula con el cruce de la frontera italiana: no se implanta como reacción contra la importación de energía eléctrica, sino para respetar el sistema nacional de apoyo a la E-FER.

70. Con arreglo a este mismo sistema, a partir del año 2012 se eliminó la exención que permitía a los importadores probar el origen verde de su electricidad en el Estado de procedencia. Como ya he explicado, de esta manera estuvieron obligados a adquirir CV italianos, con lo que el Estado italiano incentivaba solo la producción de E-FER nacional y dejaba de favorecer la E-FER importada.

71. Al modificar en estos términos la regulación jurídica de su sistema nacional de apoyo al uso de energías renovables, el Estado italiano no instauró, en realidad, ninguna exacción relacionada con el hecho de la importación (esto es, con el cruce de la frontera), sino una modificación en su sistema interno, para la que estaba legitimado por la Directiva 2009/28. (38)

72. Una norma nacional de estas características no implica, pues, una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana. (39)

2. Prohibición de tributos internos discriminatorios

73. Para el Tribunal de Justicia, «las cargas pecuniarias resultantes de un sistema general de tributos internos que graven sistemáticamente, según los mismos criterios objetivos, ciertas categorías de productos, con independencia de su origen o de su destino, se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 110 TFUE, que prohíbe los tributos internos discriminatorios». (40)

74. Como ya he explicado, la obligación de adquirir los CV italianos no tiene naturaleza fiscal o parafiscal, por lo que no rige para ella la prohibición del artículo 110 TFUE.

75. Coincido con la Comisión en que una medida como esta no constituye un tributo, es decir, no implica una carga de naturaleza fiscal, aseveración a la que no obsta que (como tantas otras obligaciones similares) haya sido establecida por la legislación interna.

3. Prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación (artículo 34 TFUE)

76. El artículo 34 TFUE, «al prohibir entre los Estados miembros las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, se aplica a cualquier medida nacional que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario». (41)

77. La obligación de compra de CV, impuesta por Italia a las importaciones de E-FER hasta 2016, es una medida de efecto equivalente que encaja en la prohibición del artículo 34 TFUE.

78. Se trata de una medida que se aplica solo a las importaciones de E-FER y no a la producción nacional de esta misma mercancía. A los productores nacionales de E-FER se les asignan los CV de modo gratuito, mientras que los importadores de esa misma electricidad tienen, forzosamente, que adquirirlos (comprándoselos a los productores nacionales o en la plataforma digital gestionada por la sociedad GME), en función de la electricidad que importan en Italia.

79. Esta situación, que dificulta las importaciones, comenzó el 1 de enero de 2012, en razón del Decreto legislativo n.º 28/2011, y se mantuvo, repito, hasta 2016. (42) Durante ese período, quienes importaban E-FER para inyectarla en la red italiana, aunque acreditaran la garantía de su origen, debían adquirir CV italianos.

80. El Tribunal de Justicia consideró que el régimen sueco de los CV, similar al italiano, era una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación. (43) Se pronunció asimismo sobre su *justificación*, a la vista de su objetivo, (44) por los motivos que resume el apartado 82 de la sentencia Ålands Vindkraft: «el objetivo de promover el uso de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad […] puede en principio justificar posibles obstáculos a la libre circulación de mercancías».

81. En esa misma proporción, el régimen italiano de CV es adecuado para la protección de idénticos objetivos, al promover también la producción de E-FER. (45)

82. La conexión directa de los CV con la producción de E-FER se muestra, entre otros, en el artículo 11, apartado 3, del Decreto legislativo n.º 79/1999 cuando prevé que los CV son atribuidos en función de la electricidad generada a partir de fuentes renovables. (46)

83. Además, el carácter puramente nacional del sistema italiano de apoyo a la producción de E-FER no es un obstáculo para que este mecanismo coadyuve a la salvaguarda de los intereses generales de la preservación del medio ambiente y de la protección de la salud y la vida de las personas, los animales y los vegetales.

84. En cuanto a su *proporcionalidad*, el Tribunal de Justicia declaró que el sistema sueco de los CV «pretende, concretamente, que los sobrecostes debidos a la producción de electricidad verde sean asumidos directamente por el mercado, es decir, por los proveedores y los usuarios de electricidad que están sujetos a la obligación de cuota y, en última instancia, por los consumidores. […] Al llevar a cabo tal elección, un Estado miembro no sobrepasa el margen de apreciación que sigue teniendo para la consecución del objetivo legítimo de incrementar la producción de electricidad verde». (47)

85. A continuación, el Tribunal de Justicia recordó, sin embargo, que:

«El buen funcionamiento de tal sistema exige, en esencia, la existencia de mecanismos de mercado que permitan a los operadores, que están sometidos a la obligación de cuota y que aún no disponen de los certificados requeridos para cumplir tal obligación, conseguir certificados de manera efectiva y en condiciones equitativas. […] Por tanto, es preciso que se establezcan mecanismos que garanticen la puesta en práctica de un verdadero mercado de certificados en el que la oferta y la demanda puedan encontrarse efectivamente y tender al equilibrio, de modo que sea realmente posible que los proveedores y los usuarios interesados consigan en él certificados en condiciones equitativas». (48)

86. Pues bien, estos mismos criterios y condiciones concurren en los CV italianos:

– Por un lado, ese régimen se ha instaurado con idéntico propósito que el del mecanismo sueco objeto de la sentencia Ålands Vindkraft.

– Por otro lado, los importadores de electricidad en Italia pueden cumplir su obligación adquiriendo los CV directamente a los productores establecidos en ese país o en el mercado de certificados (la plataforma digital gestionada por la sociedad GME).

87. En suma, aun cuando el régimen italiano de los CV puede calificarse de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, está justificado por los objetivos generales de la preservación del medio ambiente y de la protección de la salud y la vida de las personas, los animales y los vegetales.

D. Régimen italiano de los CV y artículos 107 TFUE y 108 TFUE

88. Según Axpo y Esperia, el régimen italiano comporta ayudas de Estado en favor de los productores italianos de E-FER. Como no se ha notificado a la Comisión, vulneraría el artículo 108 TFUE.

89. Por el contrario, el GSE y el Gobierno italiano entienden que ese régimen no conlleva ayudas de Estado, porque no hay transferencia de recursos estatales y no es selectivo.

90. Para la Comisión, «el mero hecho de imponer a los operadores que importan energía la obligación de comprar los CV no parece constituir, en sí mismo, una ayuda financiada con fondos estatales, pues esos operadores han de adquirir los CV con sus propios recursos financieros». Habida cuenta de la naturaleza y de las funciones del GSE en la gestión del sistema de CV, habría que dilucidar qué grado de intervención y de control ejerce el Estado sobre este sistema, pero, sobre la base de los elementos aportados, «no parece que concurran, en este caso, las condiciones necesarias para que haya utilización de fondos estatales». (49)

91. Añade la Comisión que, como el auto de reenvío aporta explicaciones insuficientes, que no permiten dilucidar de manera definitiva su carácter de ayuda de Estado, «un análisis del sistema de CV *en su conjunto* no parece pertinente a los fines del litigio pendiente ante el órgano judicial de reenvío». (50)

92. De aceptar el enfoque de la Comisión, se debería declarar inadmisible, por falta de elementos de juicio en el auto de reenvío, la parte de este que concierne a la calificación del régimen italiano de los CV, en su integralidad, como ayuda de Estado. (51)

93. Creo, no obstante, que el Tribunal de Justicia está en condiciones de brindar una respuesta útil al Consiglio di Stato (Consejo de Estado), a la vista de los datos adicionales que, sobre este extremo, y en ausencia de informaciones más extensas en la petición de decisión prejudicial, han aportado las partes en sus intervenciones, escritas y orales, ante el Tribunal de Justicia.

94. Esa respuesta quedará subordinada, de todos modos, a que el órgano de reenvío verifique las características del régimen de los CV a las que inmediatamente me referiré.

1. Planteamiento general

95. El artículo 107 TFUE, apartado 1, 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.

96. Son, pues, cuatro los requisitos que han de concurrir para apreciar la incompatibilidad de una ayuda de Estado: 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. (52)

97. No se debate si el régimen controvertido cumple el requisito segundo (posible afectación a los intercambios entre los Estados miembros) y el cuarto (falseamiento o amenaza de falsear la competencia). Por el contrario, hay controversia sobre los otros dos, lo que obliga a aclarar si aquel régimen 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.

2. Intervención del Estado y transferencia de fondos estatales

98. 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 un lado, que se otorgue directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otro, que sea imputable al Estado. (53) Son dos condiciones acumulativas (54) que, no obstante, se suelen considerar conjuntamente al evaluar una medida conforme a aquel precepto.

99. Axpo argumenta que el régimen italiano conlleva la transferencia de recursos estatales, como consecuencia de la gratuidad de los CV concedidos a los productores italianos de E-FER, de la recompra de los CV excedentarios por el GSE y del control del Estado sobre los ingresos de la sociedad GME.

100. Según Axpo, los productores italianos reciben, gratuitamente, los CV proporcionales a la cantidad de E-FER por ellos generada, y pueden venderlos a los productores italianos de electricidad convencional y a los importadores de todo tipo de electricidad. Además, el GSE vela por la existencia de un mercado de CV, colocando mayor cantidad en el mercado cuando la demanda es elevada y retirando CV de dicho mercado cuando la demanda es demasiado baja.

101. El Gobierno italiano, el GSE y el tribunal de remisión entienden, por el contrario, que los CV no movilizan recursos estatales. La compra de los CV está financiada por las empresas obligadas a adquirirlos y la recompra de los CV excedentarios por el GSE está financiada por los consumidores finales, sin que el Estado tenga control sobre estos recursos.

102. La Comisión se pronuncia solo sobre la obligación de comprar los CV, que no reputa una ayuda financiada con fondos estatales. (55)

a) Imputación de la medida al Estado

103. Para apreciar la imputabilidad al Estado de una medida, hay que analizar si las autoridades públicas intervinieron en su adopción.

104. Así ocurre, de modo patente, cuando las ventajas selectivas para una categoría de empresas hayan sido instituidas por ley. (56) Esto es lo que sucede con el régimen italiano de CV, regulado por normas, algunas con rango legal, adoptadas por el Estado italiano.

105. El GSE invoca, sin embargo, en contra de la imputación al Estado italiano, que este no posee el control de *todos* los elementos que integran el régimen jurídico de los CV, aduciendo, en particular, que es el GSE, una sociedad de derecho privado, la que recompra los CV.

106. 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. (57) 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. (58)

107. El carácter de sociedad de derecho privado de GSE no obsta a imputar al Estado la creación y la regulación jurídica del régimen de los CV, que se impone obligatoriamente a aquella sociedad.

108. En efecto, es la ley italiana, junto con sus normas de desarrollo, la que encarga al GSE atribuir los CV a los productores italianos de E-FER, retirar los excedentarios en relación con la demanda y determinar un precio de referencia para la oferta de CV. No parece que el GSE disponga de autonomía para dejar de ejercer esos cometidos.

109. Por lo demás, el GSE, aunque tenga la forma de sociedad de derecho privado, está enteramente controlado por el Gobierno italiano y realiza funciones de naturaleza pública en el sector de la energía.

110. En consecuencia, la medida controvertida es imputable al Estado italiano.

b) Transferencia de fondos estatales

111. En mis conclusiones del asunto Georgsmarienhütte y otros (59) expuse la situación de la jurisprudencia en relación con la calificación como ayudas de Estado de algunos sistemas de apoyo a la E-FER, que vuelvo a recordar ahora. (60)

112. Además de la imputación al Estado, es necesario que la medida conlleve la transferencia de fondos estatales hacia las empresas beneficiarias para ser considerada ayuda de Estado.

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

114. 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. (61)

115. 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 algunas 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.

116. 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. (62)

117. 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». (63)

118. 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». (64)

119. 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.

120. 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 y otros (65) y Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE. (66)

121. 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. (67)

122. 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. (68) 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. (69) En aquel caso, las empresas afectadas (esto es, 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.

123. 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. (70)

124. 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. (71)

125. 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. (72)

126. 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». (73)

127. 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». (74)

128. De las sentencias del Tribunal de Justicia sobre los sistemas de apoyo a la E-FER pronunciadas después de las conclusiones del asunto Georgsmarienhütte y otros destacan la de 28 de marzo de 2019,

Alemania/Comisión, (75) y la de 15 de mayo de 2019, Achema y otros, (76) que ponen el acento, en particular, sobre el control estatal de las cantidades de las que se benefician las empresas eléctricas.

129. En la primera de esas sentencias, el Tribunal de Justicia anuló la del Tribunal General de 10 de mayo de 2016, Alemania/Comisión, (77) así como la Decisión de la Comisión que en ella se había confirmado, relativa al régimen de apoyo alemán a la E-FER. (78)

130. Para el Tribunal de Justicia, la Comisión no había «acreditado que las ventajas previstas por la EEG [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 2012 —a saber, el régimen de apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y de gas de minería financiado por el recargo EEG y el régimen de compensación especial por el que se reduce ese recargo para los grandes consumidores de energía— implicaban fondos estatales y constituían, por tanto, ayudas de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1». (79)

131. En esa sentencia el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta, entre otros argumentos, los siguientes:

– «[…] El hecho de que los fondos que se derivan del recargo EEG se adscriban exclusivamente a la financiación de los regímenes de apoyo y de compensación, en virtud de las disposiciones de la EEG de 2012, no implica que el Estado pueda disponer de estos, en el sentido de la jurisprudencia citada […]. Este principio legal de adscripción exclusiva de los fondos procedentes del recargo EEG más bien demuestra, a falta de cualquier otro elemento en sentido contrario, precisamente que el Estado no podía disponer de esos fondos, es decir, decidir una adscripción distinta de la prevista por la EEG de 2012».

– Los GRT (gestores de redes de transporte interregional de alta y muy alta tensión), encargados de gestionar el sistema de ayuda a la producción de electricidad EEG [electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables y de gas de minería], no estaban constantemente bajo control público, ni siquiera estaban sujetos a un control público. Es cierto que los GRT no podían utilizar los fondos procedentes del recargo EEG para otros fines que los establecidos por el legislador, que estaban sujetos a la obligación de gestionar los referidos fondos en una cuenta específica y que el cumplimiento de esta obligación era objeto de control por las instancias públicas con arreglo al artículo 61 de la EEG de 2012, y que los órganos e instituciones estatales ejercían un control estricto a varios niveles sobre la actividad de los GRT, velando en especial por la comercialización de la electricidad EEG conforme al artículo 37 de la EEG de 2012.

– Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que «estos elementos permiten efectivamente concluir que las autoridades públicas ejercen un control de la buena ejecución de la EEG de 2012, [pero] no permiten, en cambio, llegar a la conclusión de que exista un control público sobre los propios fondos generados por el recargo EEG». (80)

132. Por su parte, la sentencia Achema y otros confirmó la jurisprudencia precedente del Tribunal de Justicia, señalando que «[…] una medida consistente, en particular, en una obligación de compra de energía puede estar comprendida dentro del concepto de “ayuda” aunque no implique una transferencia de fondos estatales […]» y que, «aun cuando las sumas correspondientes a la medida de ayuda no estén de manera permanente en poder de la Hacienda Pública, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique de “fondos estatales”». (81)

133. En esa misma sentencia, el Tribunal de Justicia reiteró que lo decisivo era que las entidades distintas de la autoridad pública estén «encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, y *no simplemente sujetas a una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros*». (82)

134. Aplicando esta jurisprudencia al litigio, examinaré, en primer lugar, el régimen de compra de los CV según la posición de los beneficiarios y de los obligados a adquirirlos; en segundo lugar, el grado de control del GSE sobre el mecanismo de los CV.

1) Obligación de compra de los CV

135. En cuanto a los beneficiarios (los productores italianos de E-FER), no reciben fondos del Estado, sino de los importadores —o de otros productores nacionales— de electricidad en Italia, que han de adquirir los CV asignados a los primeros.

136. Pues bien, una transferencia de fondos de un particular a otro, aunque sea en cumplimiento de un mandato legal, supone, en principio, que la cantidad transferida (en este caso, el precio de una compraventa entre operadores económicos privados) no tenga carácter estatal. La obligación de compra mediante la utilización de los propios recursos financieros por sujetos privados es, como regla, ajena al artículo 107 TFUE, apartado 1.

137. Este es, en esencia, el enfoque que prevaleció en la sentencia PreussenElektra, en la sentencia Uteca (83) y, más recientemente, en la sentencia de 28 de marzo de 2019, Alemania/Comisión. (84)

138. En cuanto a los obligados a comprar los CV (esto es, a la otra parte de la compraventa) su pago se efectúa, repito, con los fondos propios de los adquirentes.

139. ¿Cabe sostener que el Estado renuncia (85) a percibir fondos públicos, al atribuir los CV de forma gratuita a los productores de E-FER establecidos en Italia?

140. La respuesta afirmativa a esa pregunta se ha querido apoyar en la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos, pues el otorgamiento gratuito de ciertos derechos de emisión se entendió como un indicio del carácter estatal de los fondos correlativos. (86) Tras esa sentencia, la Comisión varió su criterio, pues hasta entonces no consideraba recursos estatales los correspondientes a los CV. (87)

141. Estimo, sin embargo, que no puede realizarse esa extrapolación. La propia naturaleza de los CV exige que se asignen gratuitamente a los productores de E-FER, para que estos los vendan en el mercado y se lucren con el importe de esa venta. Si la gratuidad desapareciera y los productores de E-FER hubieran de desembolsar una cantidad (directamente al GSE o en subasta) para hacerse con los CV, se perdería el sentido propio de este incentivo.

142. Los CV surgen como un modo de financiar el *coste adicional* que, para sus productores, tiene la generación de E-FER. Esa financiación desaparecería (y el CV sería inútil) si el productor de E-FER que lo recibe hubiera de abonar su importe. De ser así, a aquel coste adicional se añadiría el propio de los CV, con lo que este mecanismo no serviría para promover la producción de E-FER. Son, justamente, los costes de producción más elevados (al menos, en aquellos momentos), con relación a la electricidad convencional, (88) los que avalaban la atribución gratuita del incentivo. (89)

143. Como declaró el Tribunal de Justicia, «un sistema de apoyo que emplea […] certificados verdes pretende, concretamente, que los sobrecostes debidos a la producción de electricidad verde sean asumidos directamente por el mercado, es decir, por los proveedores y los usuarios de electricidad […] y en última instancia por los consumidores». (90)

144. Esas afirmaciones revelan, en mi opinión, que es el mercado, y no las autoridades estatales, el que asume los sobrecostes de la producción de E-FER que se reflejan en los CV, siendo estos últimos títulos negociables con un valor asegurado por la existencia de compradores obligados por ley.

145. En esa misma medida, el presupuesto del Estado italiano no se encuentra afectado por la concesión gratuita de CV que, repito, no supone, de suyo, transferencia de fondos estatales. (91)

146. Así lo entiende también el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), al aseverar que, «en este caso, no resultan involucrados recursos estatales, ya que no parece verificarse ninguna transferencia, directa o indirecta, de recursos públicos en favor de los productores de energía verde que operan en Italia». (92)

147. El presupuesto estatal no deja, pues, de obtener ingresos por la atribución gratuita de los CV, que es inherente, como he señalado, a la naturaleza de este incentivo.

148. De admitir, a efectos dialécticos, que esa atribución gratuita significara una pérdida indirecta para el Estado italiano, no por eso estaríamos forzosamente ante una ayuda de Estado: para el Tribunal de Justicia, la reducción indirecta de los ingresos del Estado provocada por la adopción de normativas o medidas nacionales no representa una transferencia de fondos estatales si esa repercusión es inherente a ellas. (93)

2) Control estatal de los fondos destinados a la recompra de CV

149. Ceñido el litigio que da origen al reenvío prejudicial a la obligación de Axpo de comprar los CV, en su calidad de importadora en Italia de E-FER, lo hasta ahora dicho sobre la inexistencia de recursos estatales bastaría para responder al tribunal *a quo*, y así lo propone la Comisión en sus observaciones.

150. Sin embargo, ese enfoque podría no ser exhaustivo, pues prescindiría de analizar el control del Estado italiano sobre otros elementos del régimen de los CV y de su puesta en práctica. En concreto, el Estado podría ejercer su control sobre los recursos financieros dedicados a los CV, al margen de las transferencias privadas entre productores de E-FER e importadores y productores nacionales de electricidad convencional.

151. Como ya se ha explicado, el legislador italiano ha instaurado un mecanismo para mantener el valor de mercado de los CV. Ciertamente, los CV pueden ser objeto de transacciones *directas* entre productores de E-FER e importadores y productores nacionales de electricidad convencional, pero la regulación italiana instauró, también, una plataforma digital de intercambio de los CV, gestionada por la sociedad GME, filial del GSE.

152. Ni en el auto de reenvío ni en la vista se han aportado pruebas acreditativas de que GME utilice sus fondos de manera que impliquen transferencias de recursos estatales en favor de los productores nacionales de E-FER. En principio, parece que GME se limita a gestionar la plataforma intermediando entre compradores y vendedores de CV. Corresponde, no obstante, al tribunal de reenvío verificar esta circunstancia.

153. Por el contrario, podría conllevar la movilización de fondos públicos (en favor de los productores de E-FER) otro de los elementos del régimen italiano de los CV, a saber, la intervención del GSE en el mercado para recomprar los certificados excedentarios con el propósito de mantener su precio.

154. Los fondos de los que dispone el GSE para la recompra de los CV excedentarios provienen de los ingresos obtenidos a título de la componente tarifaria A3, que pagan los consumidores italianos en su factura de electricidad. El importe de la A3 lo fija la Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (Autoridad de regulación de la energía, de las redes y del medio ambiente). (94)

155. La componente tarifaria A3 forma parte de los llamados costes generales del sistema eléctrico, (95) cuyos importes se establecieron en el artículo 39, apartado 3, del Decreto-ley n.º 83/2012. Las entidades que emplean los servicios de la red eléctrica tienen la obligación jurídica de abonar esos importes al Fondo de compensación del sector eléctrico (96) y repercutirlos sobre los consumidores finales (que, repito, los pagan en sus facturas).

156. Las cantidades exigidas para satisfacer los costes generales del sistema eléctrico están destinadas a financiar objetivos de interés general, con arreglo a los criterios de reparto implantados por las autoridades públicas. Uno de esos objetivos es el fomento de las energías renovables y de la eficacia energética, al que atiende la componente tarifaria A3. (97)

157. Las cantidades recaudadas para sufragar los costes generales del sistema eléctrico no pasan al presupuesto estatal, sino que se abonan en las cuentas de gestión de un ente público económico (el Fondo de compensación del sector eléctrico), que los redistribuye en favor de ciertas categorías de operadores, para usos específicos. La excepción a esta regla es la componente tarifaria A3, cuyo importe se abonaba en un 98 % en las cuentas del GSE. (98)

158. La componente tarifaria A3 es, pues, una carga pecuniaria impuesta por la normativa italiana para financiar el objetivo de interés general de promover la producción de E-FER. Entre las actuaciones que

dicha normativa contiene para alcanzar este objetivo se encuentra la recompra de CV que lleva a cabo el GSE.

159. Los ingresos procedentes de la componente tarifaria A3, aunque no se integren en el presupuesto del Estado, podrían reputarse recursos estatales que se hallan bajo el control indirecto de las autoridades italianas, porque el GSE, como sociedad enteramente participada por el Ministerio de Economía y Finanzas italiano, recibe de este, y del Ministerio de Desarrollo Económico, las directrices a las que deberá atenerse. (99)

160. En suma, los fondos de la componente A3 dedicados por el GSE a la recompra de CV podrían reputarse recursos estatales, en la medida en que: a) procedan de una carga pecuniaria impuesta por la legislación italiana; b) sean pagados por los consumidores finales de electricidad; y c) sean administrados por una sociedad pública (el GSE) que opera bajo la dirección del Estado italiano y se encarga de asignarlos a los productores italianos de E-FER, recomprando CV en la plataforma de intercambio gestionada por GME, cuando su precio baja. (100)

161. La componente tarifaria A3 generaría, pues, ingresos calificables de recursos estatales, canalizados hacia los productores italianos de E-FER, de manera indirecta, mediante la recompra de CV por el GSE, entidad con forma societaria que pertenece al Estado. (101) En esa misma medida, estaríamos ante una transferencia de fondos estatales constitutiva de una ayuda de Estado. (102)

162. En cualquier caso, corresponderá al tribunal de reenvío, que dispone de toda la información pertinente: a) analizar la intervención del GSE al recomprar los CV con cargo a la componente tarifaria A3; b) dilucidar si, a través de esa intervención, tiene lugar una transferencia de fondos estatales en beneficio de los productores italianos de E-FER; y c) comprobar qué grado de control estatal existe, en la práctica, sobre los fondos que el GSE destina a la recompra de los CV.

3. Selectividad de la ventaja

163. Los productores de E-FER instalados en Italia obtienen una *ventaja*, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, al recibir los CV, pues se les atribuyen de manera gratuita y luego pueden venderlos, directamente o en la plataforma digital gestionada por GME, a un precio que el GSE se encarga de mantener en un nivel razonable. (103)

164. Esa ventaja se brinda solo a los productores nacionales de E-FER, que resultarían privilegiados en relación con los importadores de electricidad (ya sea E-FER o convencional) y con los productores nacionales de electricidad convencional. A primera vista, pues, se trataría de una *ventaja selectiva*. (104)

165. Para el Tribunal de Justicia, la apreciación del requisito de *selectividad* de la ventaja precisa dilucidar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, la medida nacional puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por aquel régimen, y que, por lo tanto, reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio. (105)

166. En el caso de un régimen de ayudas y no de una ayuda individual, se habrá de resolver si ese régimen nacional, aun cuando atribuya una ventaja de alcance general, lo hace en beneficio exclusivo de ciertas empresas o de ciertos sectores de actividad. (106)

167. Según el método comúnmente adoptado por la jurisprudencia en esta materia, el análisis de la selectividad de una medida suele llevarse a cabo en tres etapas: a) identificación del régimen jurídico de referencia; b) comparación de la situación fáctica y jurídica de los operadores beneficiados por la medida; y c) eventual justificación del trato favorable en la naturaleza o en la economía general del régimen de referencia. (107)

168. En lo que respecta a la *identificación del régimen jurídico de referencia*, durante la vista las partes presentaron enfoques del todo divergentes: para unas, debía entenderse por tal el general de la producción eléctrica en Italia; para otras, el que rige la producción de E-FER.

169. En mi opinión, el régimen jurídico de referencia en este asunto es, justamente, uno de los instaurados por la Directiva 2009/28. Coincido con el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) cuando declara que ese régimen resulta «*ex se*, expresa y voluntariamente selectivo, en cuanto tiende a privilegiar, en cada Estado miembro, la producción de energía verde […]». (108)

170. Comparto, pues, con el tribunal de reenvío su apreciación de que un sistema de apoyo nacional a la E-FER como el de los CV (que la Directiva 2009/28 contempla y pretende garantizar) no constituye una derogación del *régimen de referencia*, sino que forma parte de él. (109)

171. Si, por el contrario, se entendiese que el régimen jurídico de referencia es el que regula, en Italia, con carácter general, el mercado de la electricidad (del que el mecanismo de los CV sería una excepción), habría que escrutar la *comparabilidad* de las situaciones de unos y otros operadores económicos, a fin de dilucidar los efectos de este sistema de apoyo. (110)

172. El Estado italiano quiere promover, con los CV, la producción de E-FER y la singularidad de este tipo de energía hace que las situaciones de quienes, en Italia, generan electricidad a partir de fuentes renovables no sean, de suyo, equiparables a las de quienes la obtienen de fuentes fósiles o convencionales. Los costes dispares en los que incurren impiden calificar de *comparables* las situaciones de unos y de otros.

173. Ahora bien, para conseguir aquel propósito, resultaría, en principio, indiferente el lugar de producción de la E-FER, pues lo único relevante sería, repito, su generación a partir de fuentes renovables. Desde este enfoque, la situación de los productores italianos de E-FER y la de los importadores de esa misma E-FER procedente de otros Estados miembros o de países terceros sería similar. Estos últimos estarían, pues, discriminados respecto de los primeros, con lo que la ventaja de los productores de E-FER instalados en Italia sería selectiva.

174. Sobre este extremo, no se puede olvidar que la Directiva 2009/28, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Ålands Vindkraft, autoriza, específicamente, que los regímenes de apoyo a la producción de E-FER se estructuren sobre una base nacional.

175. Para que ese respaldo ocurra, el importe de la venta de los CV no se ha de sobredimensionar, esto es, no ha de rebasar el equivalente al mayor coste que, para los productores de E-FER, tiene esta modalidad de generación de electricidad. Si, de manera artificial, se incrementara el precio de los CV más allá de aquel coste, no podría negarse la selectividad de la medida (además de su falta de justificación objetiva).

176. Precisamente acerca de la *justificación* de la medida, creo que la naturaleza o la economía general del régimen de los CV (111) le prestan el sustento necesario. Si el sistema de apoyo cuenta con el respaldo de la Directiva 2009/28, es para favorecer la protección del medio ambiente y de la salud y la vida de las personas, los animales y los vegetales. En cuanto se atenga, pues, a las prescripciones de esa Directiva, se abre la posibilidad de considerar compatible la ayuda con el artículo 107 TFUE, apartado 3.

177. El análisis de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior no incumbe, sin embargo, a los tribunales nacionales, sino a la Comisión, caso por caso, previa la notificación que le dirija el Estado miembro correspondiente, (112) siguiendo las directrices que ella misma se ha dado. (113)

E. El Acuerdo CEE-Suiza

178. El Acuerdo CEE-Suiza es, en principio, aplicable a las importaciones de electricidad entre Suiza y los Estados miembros de la Unión. (114) Para Axpo, la obligación de comprar CV italianos, cuando se importa E-FER de Suiza a Italia, vulneraría sus artículos 6 y 13.

179. La invocación de estos preceptos del Acuerdo requeriría, ante todo, que Axpo demostrase que la electricidad que importa en Italia desde Suiza se ha producido a partir de fuentes renovables. Para que así fuera, resultaría necesario que la Unión y Suiza hubieran pactado un mecanismo que garantizara y certificara esa procedencia.

180. Según informa la Comisión y se corroboró en la vista, la Unión no ha celebrado con Suiza ningún acuerdo para armonizar las garantías de origen de la E-FER, en la línea de lo establecido por el artículo 15 de la Directiva 2009/28. Las negociaciones bilaterales iniciadas en este ámbito se interrumpieron.

181. Ciertamente, el 6 de marzo de 2007, Italia y Suiza concluyeron un acuerdo que previó el reconocimiento recíproco de las garantías de origen con respecto a la electricidad importada desde el año 2006. (115) No obstante, ese acuerdo bilateral no es válido para el reconocimiento recíproco de las garantías de origen de la E-FER, como antes expuse. (116)

182. Incluso si Axpo pudiera demostrar el origen renovable de la electricidad que importa de Suiza, estimo que los artículos 6 y 13 del Acuerdo CEE-Suiza (117) no se opondrían al sistema italiano de compra de CV, impuesto a los importadores.

183. En cuanto al artículo 6, apartado 1 (que prohíbe las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana de importación en los intercambios entre la Comunidad y Suiza, de modo análogo a los artículos 28 TFUE y 30 TFUE), ya he advertido (118) que la obligación en entredicho no posee naturaleza fiscal ni parafiscal, lo que impide calificarla de exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana.

184. En lo que se refiere al artículo 13, apartado 1 (que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente en los intercambios entre la Comunidad y Suiza), esa prohibición es similar a la del artículo 34 TFUE. Como también he explicado, (119) el mecanismo italiano de los CV, aun representando una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, está justificado por la preservación del medio ambiente y por la protección de la salud y la vida de las personas, de los animales y de los vegetales, por lo que no infringe la prohibición del artículo 34 TFUE. Este mismo razonamiento es extrapolable a la prohibición del artículo 13 del Acuerdo CEE-Suiza.

V. Conclusión

185. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) en estos términos:

«1) La Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, no se opone a una legislación en virtud de la que un Estado miembro decide no eximir a los importadores de electricidad generada a partir de fuentes renovables en otros Estados miembros, o en países terceros, de la obligación de adquirir certificados verdes vinculados exclusivamente a la producción nacional de ese tipo de electricidad.

2) Un sistema de apoyo mediante certificados verdes como el controvertido en este litigio no es un derecho de aduana a la importación ni una exacción de efecto equivalente, contrarios a los artículos 28 TFUE y 30 TFUE, ni un tributo interno discriminatorio incompatible con el artículo 110 TFUE. Ese sistema constituye, sin embargo, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, opuesta en principio a la prohibición del artículo 34 TFUE, pero justificada por la exigencia imperativa de la preservación del medio ambiente y por el motivo de interés general de la protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, que admite el artículo 36 TFUE.

3) La obligación de comprar certificados verdes impuesta por el Estado italiano a los importadores de electricidad, así como la atribución gratuita de esos certificados a los productores nacionales de electricidad generada a partir de fuentes renovables, no suponen la transferencia de fondos estatales en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Sin embargo, la obligación de recompra de los certificados verdes excedentarios que pesa sobre la sociedad de capital público Gestore servizi energetici (Gestor de servicios energéticos), con cargo a la componente tarifaria A3, podría implicar una transferencia de fondos públicos, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional de remisión. Esa transferencia no sería susceptible de calificarse de ayuda de

Estado incompatible con el artículo 107 TFUE, apartado 1, en cuanto no confiera una ventaja selectiva a los productores italianos de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables.

4) La obligación de adquirir certificados verdes de origen nacional impuesta por una normativa interna a los importadores de electricidad producida a partir de fuentes renovables en un país tercero, como Suiza, no es contraria a los artículos 6, apartado 1, y 13, apartado 1, del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Helvética de 1972».

---

1 Lengua original: español.

---

2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO 2009, L 140, p. 16).

---

3 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DO 2018, L 328, p. 82). Refunde la Directiva 2009/28, cuya derogación contempla el 1 de julio de 2021. Es, pues, inaplicable *ratione temporis* en este asunto.

---

4 Otros sistemas de apoyo pueden consistir en primas a las tarifas, procedimientos de licitación e incentivos fiscales.

---

5 COM/2005/0627 final, Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2005, sobre el apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables.

---

6 Especialmente, en las sentencias de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037; en lo sucesivo, «sentencia Ålands Vindkraf»); de 11 de septiembre de 2014, Essent Belgium (C-204/12 a C-208/12, EU:C:2014:2192); y de 26 de noviembre de 2014, Green Network (C-66/13, EU:C:2014:2399; en lo sucesivo, «sentencia Green Network»).

---

7 Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Helvética (DO 1972, L 300, p. 188; EE 11/02, p. 191; en lo sucesivo, «Acuerdo CEE-Suiza»), modificado por la Decisión n.º 1/2000 del Comité Mixto CE-Suiza, de 25 de octubre de 2000, por la que se adapta el Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza con motivo de la introducción del sistema armonizado de designación y codificación de las mercancías (DO 2001, L 51, p. 1).

---

8 Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 – Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (Decreto legislativo n.º 28, de 3 de marzo de 2011, por el que se transpone la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables;en lo sucesivo, «Decreto legislativo n.º 28/2011»).

---

9 Desde septiembre de 2008, Axpo Trading AG pasó a denominarse Axpo Solutions AG.

---

10 Tras citar, a título de ejemplo, las Decisiones en los casos SA.37177 (Rumanía), SA.37345 (Polonia) y SA.45867 (Bélgica), la Comisión sostuvo que «los Estados miembros en cuestión habían, en esos casos, atribuido gratuitamente certificados verdes a los productores de [E-FER], a la vez que creaban un mercado para el comercio de esos certificados. Al vender los certificados, los productores de [E-FER] podían obtener los correspondientes beneficios. En esos casos, el Estado ponía a disposición de los productores de [E-FER] unos activos intangibles que él mismo podía haber vendido o subastado. Al actuar de este modo, el Estado

renunciaba a recursos públicos». Añadió que, en aquellas decisiones, la Comisión se apoyaba en la sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:511).

---

11 Esperia ha intervenido en apoyo de los argumentos de Axpo, al ser ella misma parte en otro litigio similar, suspendido ante el tribunal de reenvío a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia en este.

---

12 Véase el punto 2 de estas conclusiones.

---

13 Los CV podían negociarse en una plataforma de intercambio, gestionada por una sociedad constituida por el GSE, denominada Gestore dei Mercati Energetici SpA (en lo sucesivo, «GME»). El GSE tenía la facultad de recomprar los CV puestos a la venta en la plataforma de intercambio. Desde 2008, podía retirar los CV excedentarios y no demandados por los productores de electricidad convencional, determinando su precio de retirada.

---

14 En respuesta a preguntas del Tribunal de Justicia, Axpo explicó que la gratuidad en la atribución de los CV derivaba del Decreto del Ministerio de Desarrollo económico de 18 de diciembre de 2008, cuyo artículo 11 contemplaba que, a petición del productor, el GSE expedía los CV sin contraprestación alguna, una vez que el solicitante le comunicaba su producción de E-FER. Axpo añade que ella, como titular de una instalación eólica en Italia, recibió CV gratuitamente.

---

15 Comunicación de la Comisión citada en el punto 2 de estas conclusiones, p. 5.

---

16 Artículo 13 del Decreto ministerial de 18 de diciembre de 2008.

---

17 De no hacerlo de este modo, el GSE lo comunicaba a la autoridad competente para la imposición de las sanciones correspondientes.

---

18 Sentencia Green Network, apartado 15.

---

19 Sentencia Green Network, apartado 1 del dispositivo: el derecho de la Unión «se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la concesión de una exención de la obligación de adquirir certificados verdes debido a la comercialización, en el mercado nacional del consumo, de electricidad importada de un Estado tercero, mediante la celebración previa, entre el Estado miembro y el Estado tercero afectados, de un acuerdo en virtud del cual se garantiza que la electricidad importada es producida a partir de fuentes de energía renovables, según determinadas modalidades idénticas a las previstas en el citado artículo 5 de la […]Directiva [2001/77]».

---

20 El artículo 25, apartado 2, del Decreto legislativo n.º 28/2011 mantuvo, no obstante, la posibilidad de dispensar de esa obligación a la energía eléctrica importada a partir del 1 de enero de 2011, «exclusivamente cuando contribuya a la realización de los objetivos nacionales previstos en el artículo 3». Según Axpo, esta posibilidad se excluyó *de facto*, ya que el artículo 35, apartado 1, letra a), de aquel Decreto legislativo reenvió al año 2016 la conclusión de acuerdos entre Estados para la transferencia de E-FER (observaciones escritas de Axpo, apartado 7).

---

21 Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, EU:C:2017:705; en lo sucesivo, «sentencia Elecdey Carcelen y otros»).

---

22 Sentencia Ålands Vindkraft, apartados 41 y 42.

---

23 *Ibidem*, apartado 46. En el régimen italiano, la obligación recae sobre los productores y los importadores.

---

24 Sentencia Elecdey Carcelen y otros, apartado 31.

---

25 *Ibidem*, apartado 32. En el mismo sentido respecto a la Directiva 2001/77, las sentencias de 26 de septiembre de 2013, IBV & Cie (C-195/12, EU:C:2013:598), apartado 80; y Green Network, apartado 54.

---

26 Sentencia Ålands Vindkraft, apartado 49: «En […] cuanto a las dudas del tribunal remitente sobre el hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal prevea la concesión de certificados eléctricos teniendo en cuenta únicamente la electricidad verde producida en el territorio nacional, debe declararse que, al adoptar la Directiva 2009/28, el legislador de la Unión ha preservado la posibilidad de tal limitación territorial».

---

27 *Ibidem*, apartado 53. En la misma sentencia se cita el considerando vigésimo quinto de la Directiva 2009/28, que constata cómo la mayoría de los Estados miembros ejecuta sistemas de apoyo que favorecen únicamente la producción de energía verde en su territorio: «para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente, es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales […]» (apartado 99).

---

28 Estos mecanismos de cooperación permiten a los Estados miembros acordar el grado en el que uno de ellos apoyará la producción de energía de otro y el grado en el que la producción de E-FER contará como cumplimiento de los objetivos nacionales globales.

---

29 Sentencias Ålands Vindkraft, apartado 57; y de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz (C-309/02, EU:C:2004:799), apartado 53.

---

30 Sentencia Ålands Vindkraft, apartados 59 a 62.

---

31 «El artículo 18 TFUE, que consagra el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad, solo está destinado a aplicarse de manera autónoma en situaciones que se rijan por el derecho de la Unión y para las que el Tratado FUE no establezca normas específicas que prohíban la discriminación» [sentencias de 18 de julio de 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562), apartado 25; y de 10 de octubre de 2019, Krah (C-703/17, EU:C:2019:850), apartado 19)].

«Pues bien, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se aplica, en particular, en el ámbito de la libre circulación de mercancías, mediante el artículo 34 TFUE, en relación con el artículo 36 TFUE» [véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431), apartado 65; y de 18 de junio de 2019, Austria/Alemania (C-591/17, EU:C:2019:504), apartado 40].

---

32 Sentencia de 18 de enero de 2007, Brzeziński (C-313/05, EU:C:2007:33), apartado 50 y jurisprudencia citada.

---

33 Sentencias de 6 de diciembre de 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986), apartado 29; y de 14 de junio de 2018, Lubrizol France (C-39/17, EU:C:2018:438), apartado 24 y jurisprudencia citada.

---

34 Sentencias de 14 de septiembre de 1995, Simitzi (C-485/93 y C-486/93, EU:C:1995:281), apartados 14 a 16; de 9 de noviembre de 1983, Comisión/Dinamarca (158/82, EU:C:1983:317), apartado 18; y de 1 de julio de 1969, Comisión/Italia (24/68, EU:C:1969:29), apartados 7 y 9.

---

35 Sentencia de 6 de diciembre de 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986), apartado 31.

---

36 Sentencia de 14 de junio de 2018, Lubrizol France (C-39/17, EU:C:2018:438), apartado 26 y jurisprudencia citada.

---

37 *Ibidem*, apartado 46. Según reiterada jurisprudencia, un tributo que grave los productos nacionales e importados basándose en criterios idénticos puede, no obstante, estar prohibido por el Tratado cuando el producto de tal gravamen se destine a financiar actividades que benefician especialmente a los productos nacionales gravados. Si las ventajas de las que disfrutan esos productos compensan por completo el impuesto, los efectos de este solo se manifiestan en relación con los productos importados y dicho impuesto constituye una exacción de efecto equivalente.

---

38 Recordaré, una vez más, que esta Directiva autoriza a los Estados miembros a determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, o no, y en qué medida, a la E-FER generada fuera de sus fronteras.

---

39 Al no encajar en el concepto de exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana, ya no es necesario plantearse si la obligación de compra de CV italianos por los importadores de electricidad queda englobada en alguna de las limitaciones a esta prohibición.

---

40 Sentencia de 6 de diciembre de 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986), apartado 29.

---

41 Sentencias Ålands Vindkraft, apartado 66; y de 4 de octubre de 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804), apartado 58.

---

42 En el año 2016, los CV fueron sustituidos por un sistema de ayudas basado en las primas a las tarifas, ya que Italia había superado los objetivos de uso de energía renovable conforme a la Directiva 2009/28.

---

43 Sentencias Ålands Vindkraft, apartado 75; y de 11 de septiembre de 2014, Essent Belgium NV (C-204/12 a C-208/12, EU:C:2014:2192), apartado 88.

---

44 Sentencia Ålands Vindkraft, apartados 76 a 82.

---

45 En los apartados 9.2 y 9.3 del auto de reenvío se lee que el régimen italiano tiene «la finalidad de conseguir el objetivo nacional impuesto por el derecho europeo […] incentivando la producción en el territorio nacional de energía verde cuya carga soportan bien los consumidores (que asumen el peso económico de la facultad de compra, por el GSE de los certificados eventualmente no vendidos), bien de los operadores que, bajo cualquiera de las modalidades, inyectan en la red nacional energía no producida en Italia a partir de fuentes renovables».

---

46 Véase, en este sentido, la sentencia Ålands Vindkraft, apartados 95 y 96. Según este último, el carácter «verde» de la electricidad únicamente se puede constatar en el estadio de la producción: «una vez admitida en la red de transporte o de distribución, es difícil determinar su origen específico, de modo que su singularización como electricidad verde en la fase de consumo parece difícilmente practicable».

---

47 *Ibidem*, apartados 109 y 110.

---

48 *Ibidem*, apartados 113 y 114.

---

49 Observaciones escritas de la Comisión, apartado 36.

---

50 *Ibidem*, apartado 37. Sin cursiva en el original.

---

51 El Tribunal de Justicia, en la reciente sentencia de 17 de septiembre de 2020, Burgo Group (C-92/19, EU:C:2020:733), apartados 41 a 44, ha declarado inadmisibles dos preguntas de otra petición de decisión prejudicial del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), porque no aportaba los elementos necesarios para discernir si «el artículo 107 TFUE […] se opone a una normativa nacional que permite que las instalaciones de cogeneración que no sean de alta eficiencia, con arreglo a dicha Directiva [2004/8], se sigan beneficiando, incluso con posterioridad al 31 de diciembre de 2010, de un plan de apoyo a la cogeneración en virtud del cual, en particular, estén exentas de la obligación de adquirir certificados verdes».

---

52 Sentencias 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; de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 17; y de 29 de julio de 2019, Azienda Napoletana Mobilità (C-659/17, EU:C:2019:633), apartado 20.

---

53 Sentencia de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 20.

---

54 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 24.

---

55 Veáse el punto 90 de estas conclusiones.

---

56 Sentencia de 28 de marzo de 2019, Alemania/Comisión (C-405/16 P, EU:C:2019:268), apartado 49.

---

57 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, en lo sucesivo «sentencia PreussenElektra»), apartado 58; y de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 23.

---

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

---

59 Conclusiones de 27 de febrero de 2018, Georgsmarienhütte y otros (C-135/16, EU:C:2018:120), puntos 104 a 121.

---

60 Los puntos siguientes, del 112 al 127, transcriben los correlativos de esas conclusiones.

---

61 Sentencia PreussenElektra, apartado 62.

---

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

---

63 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.

---

64 C-262/12, EU:C:2013:85, apartado 25; y de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 35.

---

65 Sentencia de 15 de julio de 2004 (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]».

---

66 Sentencia de 30 de mayo de 2013 (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 esa 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.

---

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

---

68 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.

---

69 Sentencia PreussenElektra, 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.

---

70 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 tal obligación de compra. Por eso, en algunas circunstancias, los suministradores de electricidad adquirían la electricidad producida 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.

---

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

---

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

---

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

---

74 *Ibidem*, apartados 30 y 31.

---

75 Asunto C-405/16 P, EU:C:2019:268.

---

76 Asunto C-706/17, EU:C:2019/407.

---

77 Asunto T-47/15, EU:T:2016:281.

---

78 Decisión (UE) 2015/1585 de la Comisión, 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 fuentes renovables y para grandes consumidores de energía].

---

79 Sentencia de 28 de marzo de 2019, Alemania/Comisión (C-405/16 P, EU:C:2019:268), apartado 90.

---

80 *Ibidem*, apartados 76 a 80.

---

81 Sentencia de 15 de mayo de 2019, Achema y otros (C-706/17, EU:C:2019/407), apartados 52 a 54.

---

82 *Ibidem*, apartado 55 (sin cursiva en el original). La sentencia Achema y otros aseveró que había transferencia de fondos estatales en el régimen lituano de recaudación de fondos destinados a financiar un régimen de servicios de interés público en el sector eléctrico.

---

83 Sentencia de 5 de marzo de 2009 (C-222/07, EU:C:2009:124). En este asunto, la ley española imponía a los operadores de televisión, públicos o privados, la obligación de destinar un porcentaje de sus ingresos a la industria cinematográfica de ese Estado miembro (mediante la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión). El Tribunal de Justicia, al dilucidar si estaban en juego fondos estatales, declaró que «la ventaja que proporciona una medida adoptada por un Estado miembro […] a la industria cinematográfica de dicho Estado miembro no constituye una ventaja otorgada directamente por el Estado o por medio de un organismo público o privado, designado o instituido por este Estado» (apartado 44).

---

84 Asunto C-405/16 P, EU:C:2019:268. Con arreglo a su apartado 75, «si bien es cierto […] el origen legal del apoyo a la electricidad EEG establecida por la EEG de 2012 y, por tanto, una influencia efectiva del Estado sobre los mecanismos establecidos por la EEG de 2012, no es menos verdad que tales elementos no

son suficientes para llegar a la conclusión de que el Estado tenía por ello la facultad de disponer de los fondos gestionados y administrados por los GRT».

---

85 El Estado italiano, desde esta perspectiva, renunciaría a unos ingresos que podría haber obtenido vendiendo los CV en una subasta o atribuyéndolos a título oneroso.

---

86 Asunto C-279/08 P, EU:C:2011:551. En su apartado 107 se lee: «el Estado miembro, al otorgar a esos derechos de emisión [de óxidos de nitrógeno] el carácter de bienes inmateriales negociables y al ponerlos a disposición de las empresas de manera gratuita en lugar de venderlos o subastarlos, renuncia efectivamente a fondos estatales».

---

87 Véase la nota 10 de estas conclusiones. En sus observaciones escritas (apartado 40 de la versión italiana), el GSE recuerda que, al evaluar el sistema de los CV belgas en su Decisión de 25 de julio de 2001 [ayuda de Estado N 550/2000, SG (2001) D/290545], la Comisión explicó: «L'État procure gratuitement les certificats verts […] aux producteurs d'électricité verte. Ceux-ci doivent prouver qu'ils ont produit une certaine quantité d'électricité verte, en échange de quoi ils reçoivent une quantité correspondante de certificats verts. Ils peuvent vendre ces certificats aux distributeurs sur le (futur) marché des certificats verts. L'État leur offre donc des biens incorporels. On ne peut cependant considérer qu'il accepte un manque à gagner en procurant les certificats verts gratuitement […] En conséquence, *la fourniture de certificats verts par l'État aux producteurs ne met pas en jeu des ressources d'État*» (sin cursiva en el original).

---

88 Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente de 2008 (DO 2008, C 82, p. 1): «las ayudas estatales pueden estar justificadas si el coste de producir energía a partir de fuentes renovables es superior al coste de producción a partir de fuentes menos respetuosas del medio ambiente […]».

---

89 Sentencia Ålands Vindkraft, apartado 103.

---

90 *Ibidem*, apartado 109.

---

91 El Gobierno italiano argumentó en la vista que no hay renuncia de Italia a un recurso público, porque, en realidad, nunca ha habido tal recurso. El CV certifica la cantidad de E-FER generada por un productor italiano y es lógico que el beneficio de ese CV revierta en el propio productor.

---

92 Auto de reenvío, apartado 8.

---

93 Sentencia PreussenElektra, apartado 62.

---

94 Axpo invoca a este respecto el informe de actividad del GSE de 2016, según el que «GSE, junto con la CSEA [Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (Caja para los servicios energéticos y medioambientales)], evalúa las necesidades económicas de la componente A3 sobre una base anual. En función de las necesidades, la AEEGSI [transformada en la ARERA] determina los ingresos necesarios para alimentar la cuenta para las nuevas instalaciones de producción a partir de fuentes renovables y asimiladas y contribuye a la actualización trimestral de los valores de la componente tarifaria A3, pagada por los consumidores en sus facturas de electricidad».

---

95 Para una explicación más detallada de los costes generales del sistema eléctrico en Italia, me remito a la sentencia de 18 de enero de 2017, IRCCS — Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17),

apartados 31 a 35, y a mis conclusiones en ese asunto (C-189/15, EU:C:2016:287).

---

96 Cassa per i Servizi Elettrici e Ambientali, denominado hasta 2015 Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico.

---

97 Otros objetivos de interés general cubiertos eran la seguridad nuclear y las compensaciones territoriales, los regímenes tarifarios especiales para la sociedad nacional de ferrocarriles, las compensaciones destinadas a las pequeñas empresas del sector eléctrico, el apoyo a la investigación aplicada en el sector eléctrico y la cobertura del «bono eléctrico» y de las ventajas otorgadas a las empresas de elevado consumo de electricidad.

---

98 Para una explicación detallada de este mecanismo, véase la Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2017, SA.38635 (2014/NN) – Italy – Reductions of the renewable and cogeneration surcharge for electro-intensive users in Italy, apartados 6 a 13.

---

99 Esta es la apreciación de la Comisión en su Decisión de 25 de marzo de 2017, SA.38635 (2014/NN) – Italy – Reductions of the renewable and cogeneration surcharge for electro-intensive users in Italy, apartado 91.

---

100 Axpo declaró en la vista que, en la práctica, el GSE adquiere la mayoría de los CV en la plataforma digital de intercambio gestionada por GME.

---

101 En un mecanismo de ayuda diferente y posterior al de los CV, la Comisión ha considerado que una intervención similar del GSE implica transferencia de recursos públicos [Decisión de 14 de junio de 2019, SA.53347 (2019/N) – Italy – Support to electricity from renewable sources 2019-2021].

---

102 Sentencia de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), apartado 25; auto de 22 de octubre de 2014, Elcogás (C-275/13, no publicado, EU:C:2014:2314), apartado 30; y sentencia de 15 de mayo de 2019, Achema y otros (C-706/17, EU:C:2019/407), apartado 68.

---

103 Comunicación de la Comisión — Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (DO 2014, C 200, p. 1). En esas directrices se reconoce que «los Estados miembros podrán otorgar ayudas a fuentes de energía renovables utilizando mecanismos de mercado tales como los certificados ecológicos. Estos mecanismos [que pueden, por ejemplo, obligar a los proveedores de electricidad a la hora de adquirir una determinada proporción de sus suministros de fuentes renovables] permiten a las empresas productoras de energías renovables *beneficiarse indirectamente de una demanda garantizada para la energía que producen a un precio superior al precio de mercado de la energía convencional*. El precio de los certificados ecológicos no está fijado de antemano, sino que depende de la oferta y la demanda del mercado» (apartado 135). Sin cursiva en el original.

---

104 En los últimos años, las controversias sobre el carácter *selectivo* de las ayudas estatales (en particular, de las otorgadas mediante normas tributarias) están incrementándose, adquiriendo en ocasiones una complejidad tal que difícilmente los operadores económicos o jurídicos saben *a priori*, con certeza, a qué atenerse.

---

105 Sentencias de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362), apartado 59; de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981), apartado 54; y sentencia de 15 de mayo de 2019, Achema y otros (C-706/17, EU:C:2019:407), apartado 84.

106 Sentencias de 30 de junio de 2016, Bélgica/Comisión (C-270/15 P, EU:C:2016:489), apartados 49 y 50; de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981), apartado 55; y de 4 de mayo de 2015, Comisión/MOL (C-14/15 P, ECLI:EU:C:2015:362), apartado 60.

---

107 La aplicación generalizada de ese método no está exenta de críticas, que subrayan su falta de idoneidad para calificar algunos regímenes de ayuda.

---

108 Auto de reenvío, apartado 8.8.

---

109 Auto de reenvío, apartado 8.6: «puesto que los regímenes de apoyo nacional a la producción de energía verde […] prevén, por definición, un tratamiento especial, en sentido técnico-jurídico, a favor de los productores de energía verde […] podría deducirse que […] lejos de introducir una derogación al "régimen de referencia" y, como tales, integrar potencialmente ayudas de Estado, soportan, favorecen y consienten, por el contrario, la implementación concreta».

---

110 El artículo 107 TFUE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que los define en función de sus efectos y, por lo tanto, independientemente de las técnicas utilizadas (sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartado 48; y de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 87).

---

111 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; y de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), apartado 62; y 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.

---

112 La República de Italia ha notificado a la Comisión otros sistemas de apoyo: véanse, entre otras, las citadas en las notas 98, 99 y 101 de estas conclusiones, así como la Decisión de la Comisión de 28 de abril de 2016, SA.43756, Support to electricity for renewable sources in Italy (DO 2016, C 258, p. 16).

---

113 Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente de 2008 (DO 2008, C 82, p. 1); y Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (DO 2014, C 200, p. 1).

---

114 El artículo 2 del Acuerdo avanza que este «se aplicará a los productos originarios de la Comunidad y de Suiza: […] clasificados en los capítulos 25 a 97 del sistema armonizado de designación y codificación de las mercancías, excepto los productos enumerados en el anexo I». La energía eléctrica está englobada en el capítulo 27 de ese sistema armonizado (código 2716).

---

115 Puntos 39 y 40 de estas conclusiones, con la referencia a la sentencia Green Network. En la vista, el Gobierno italiano indicó que se podía haber desencadenado un conflicto de derecho internacional público, porque la aplicación del acuerdo bilateral fue imposible tras la adopción del Decreto legislativo n.º 28 de 2011. Entre el 1 de enero de 2012 y el 26 de noviembre de 2014, fecha de la sentencia Green Network, el reconocimiento recíproco de las garantías de origen en virtud de aquel acuerdo bilateral no permitió a los importadores de E-FER suiza en Italia esquivar la obligación de compra de los CV italianos.

---

116 La jurisprudencia Green Network es extrapolable a la Directiva 2009/28, ya que se elaboró en relación con la Directiva 2001/77, predecesora de la Directiva 2009/28, cuyo contenido es similar en este aspecto.

---

117 Aunque el tribunal de reenvío no suscita la cuestión y la da por sobreentendida, creo que los artículos 6 y 13 del Acuerdo pueden desplegar efecto directo y ser invocados directamente ante los jueces nacionales por los particulares afectados. Se trata de normas que incluyen prohibiciones claras, precisas e incondicionales y el Acuerdo, por sus características, tiene aptitud para que sus disposiciones puedan ser directamente invocables, conforme a las sentencias de 26 de octubre de 1982, Kupferberg (C-104/81, EU:C:1982:362), apartados 22 y 23; y de 16 de julio de 2015, ClientEarth/Comisión (C-612/13 P, EU:C:2015:486), apartado 35 y jurisprudencia citada.

---

118 Punto 68 de estas conclusiones.

---

119 Puntos 76 a 87 de estas conclusiones.