

**Asunto C-758/22**

**Petición de decisión prejudicial**

**Fecha de presentación:**

15 de diciembre de 2022

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania)

**Fecha de la resolución de remisión:**

27 de septiembre de 2022

**Demandantes y recurrentes en casación:**

Bayerische Ärzteversorgung

Bayerische Architektenversorgung

Bayerische Apothekerversorgung

Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung

Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m.  
Psychotherapeutenversorgung

**Demandada y recurrida en casación:**

Deutsche Bundesbank

---

**Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo)**

**RESOLUCIÓN**

[omissis]

[omissis]

En el litigio contencioso-administrativo entre

1. Bayerische Ärzteversorgung,

organismo de Derecho público,  
[omissis] Múnich,

2. Bayerische Architektenversorgung,
3. Bayerische Apothekerversorgung,
4. Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung,
5. Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m. Psychotherapeutenversorgung,

organismos de Derecho público, [omissis] 81925 Múnich,  
números 1 a 5:  
representados por Bayerische Versorgungskammer,  
[omissis] Múnich,  
demandantes y recurrentes en casación,  
[omissis]  
y  
Deutsche Bundesbank,  
[omissis] Fráncfort del Meno,  
demandada y recurrida en casación,  
la Sala Octava del Bundesverwaltungsgericht,  
tras las deliberaciones en la vista de 21 de septiembre de 2022,  
[omissis]  
ha resuelto, el 27 de septiembre de 2022:  
Suspender el procedimiento.

Solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que elucide mediante decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones de interpretación del Reglamento (UE) 2018/231 del Banco Central Europeo, de 26 de enero de 2018, sobre las obligaciones de información estadística de los fondos de pensiones (BCE/2018/2) (DO 2018, L 45, p. 3; corrección de errores en DO 2018, L 132, p. 47), en relación con el Reglamento (UE) n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de

21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO 2013, L 174, p. 1):

1. a) ¿Exige el anexo A, punto 3.19, letra b), del Reglamento n.º 549/2013 que todos los consumidores de productos que los productores están dispuestos a ofrecer sean libres de adquirirlos o no adquirirlos y elijan según los precios aplicados?

En caso de respuesta negativa:

b) En los supuestos en que, sin disponer de esa libertad de elección, la gran mayoría de los referidos consumidores reciban del productor productos en una cuantía superior a la mitad de la producción de este en virtud de su afiliación a él, que es obligatoria por ley, y deban abonarle obligatoriamente cotizaciones en la cuantía fijada por él, ¿se están cumpliendo los requisitos de la citada disposición si una minoría tuvo posibilidad de afiliarse voluntariamente al productor e hizo uso de la misma con el fin de recibir los productos abonando las mismas cotizaciones que quienes están afiliados a él con carácter obligatorio?

2. ¿Existe siempre una producción de mercado realizada a precios económicamente significativos, a efectos del anexo A, puntos 3.17 a 3.19, del Reglamento n.º 549/2013, con tal de que se esté cumpliendo el «criterio del 50 %» definido en su punto 3.19, frases penúltima y última, de cobertura de cuando menos la mitad de los costes por medio de las ventas de forma continuada a lo largo de varios años, o bien ha de considerarse que ese criterio no es condición suficiente (por sí mismo), sino condición necesaria que debe concurrir junto con los dos prerequisites contemplados en las letras a) y b) de ese punto 3.19?

3. Para determinar si las unidades institucionales son productoras de mercado con arreglo al anexo A, punto 3.24, del Reglamento n.º 549/2013, ¿deben tenerse en cuenta, además de sus puntos 3.17, 3.19 y 3.26, también los requisitos adicionales contemplados en su punto 1.37, párrafo segundo?

4. a) Para incluir una unidad institucional en el subsector S.129, ¿exige con carácter imperativo el anexo A, punto 2.107, del Reglamento n.º 549/2013 que aquella abone todas sus prestaciones a todos sus participantes en virtud de una obligación contractual de seguro?

En caso de respuesta afirmativa:

b) ¿Se cumple la exigencia de que a esos efectos se haya celebrado un contrato de seguro con el mero hecho de que, aun cuando la afiliación obligatoria, las cotizaciones obligatorias y las prestaciones obligatorias de la unidad institucional se regulen mediante normas internas adoptadas para ella en virtud de prerrogativas de poder público, también quienes están afiliados

con carácter obligatorio puedan adquirir derechos a prestaciones adicionales mediante cotizaciones adicionales voluntarias?

5. ¿Debe interpretarse el artículo 1, punto 1, letra f), del Reglamento 2018/231 en el sentido de que excluye del concepto de «fondo de pensiones» formulado en la primera frase de dicho punto 1 únicamente a las unidades institucionales que cumplan los dos criterios enumerados en el anexo A, punto 2.117, del Reglamento n.º 549/2013, o comprende también esa excepción a otras unidades institucionales que de conformidad con el punto 17.43 de dicho anexo A hayan de ser vistas como sistemas de pensiones de la seguridad social pero que no cumplan todos los requisitos del mencionado punto 2.117?

6. a) ¿Designa el concepto de «administraciones públicas» del anexo A, puntos 2.117, letra b), y 17.43, del Reglamento n.º 549/2013 únicamente a la respectiva unidad principal, o comprende también a las instituciones de seguridad social constituidas por ley, organizadas de forma jurídicamente autónoma sobre la base de la afiliación obligatoria, financiadas mediante cotizaciones y con derecho a la autogestión y a la llevanza de una contabilidad propia?

En caso de que la opción correcta sea la segunda de las mencionadas:

b) ¿Implica el establecimiento o aprobación de cotizaciones y prestaciones que se cita en el anexo A, punto 2.117, letra b), del Reglamento n.º 549/2013 el establecimiento o aprobación de su importe, o bien basta con que por ley se prescriban los riesgos mínimos que deben cubrirse y el nivel mínimo de cobertura y se regulen los principios y límites de cara al cobro de las cotizaciones, aunque se esté dejando en manos de la institución de seguridad social calcular las cotizaciones y prestaciones dentro de ese marco?

c) ¿Comprende el concepto de «unidad de las administraciones públicas» a efectos del anexo A, punto 20.39, del Reglamento n.º 549/2013 únicamente a las unidades institucionales que cumplan todos los requisitos de sus puntos 20.10 y 20.12?

#### Fundamentos:

##### I

- 1 Las partes debaten sobre si las demandantes en primera instancia están sujetas a una obligación de información de conformidad con el Reglamento 2018/231.
- 2 Las demandantes en primera instancia fueron constituidas como organismos de Derecho público con capacidad jurídica en el estado federado de Baviera mediante la Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen (Ley sobre el Sistema Público de Previsión del Estado Federado de Baviera; en lo sucesivo, «VersoG»), en la

versión publicada el 16 de junio de 2008 (BayGVBl. p. 371), modificada por última vez mediante el artículo 32a, apartado 18, de la Ley de 10 de mayo de 2022 (BayGVBl. p. 182). Dichos organismos de Derecho público conceden a sus afiliados prestaciones de previsión por incapacidad laboral, vejez y fallecimiento en los términos de la citada Ley y de las normas internas para ellos adoptadas. A tal fin, deben cumplir los requisitos necesarios para que sus afiliados estén exentos de la afiliación obligatoria al régimen general del seguro de pensiones (artículo 28, apartado 3, de la VersoG). Solo pueden operar sin ánimo de lucro y deben destinar sus fondos y activos únicamente al cumplimiento de sus funciones de previsión (artículo 9, apartados 1 y 3, de la VersoG). Deben sufragar sus gastos de gestión, incluidas las retribuciones de los empleados y las percepciones de los beneficiarios, con cargo a sus propios fondos (artículo 9, apartado 2, primera frase, de la VersoG).

- 3 La gran mayoría de los afiliados de cada una de las demandantes en primera instancia están sujetos a una obligación legal de afiliación, en cuanto que desempeñan su profesión en el estado federado de Baviera (artículo 30, apartado 1, en relación con los artículos 33 y ss., de la VersoG). El artículo 30, apartado 2, de la VersoG permite la exención de la afiliación obligatoria únicamente en casos excepcionales, tales como el desempeño de un empleo de forma pasajera o con un número mínimo de horas de trabajo, o bien la afiliación a otro organismo de previsión. Quienes hubieran estado afiliados con carácter obligatorio y se hubieran dado de baja pueden permanecer como afiliados voluntarios, de conformidad con el artículo 30, apartado 3, de la VersoG, en los términos de las normas internas del propio organismo, con el fin de mantener su derecho a obtener futuras pensiones mediante la aportación de las mismas cotizaciones que los afiliados obligatorios. Las demandantes en primera instancia regulan, mediante esas normas propias, en el marco de los criterios legales, el cobro de las cotizaciones o aportaciones para financiar el desempeño de sus tareas, así como los requisitos, las modalidades, la cuantía y la extinción de los derechos a pensión (artículo 10, apartados 2 y 3, de la VersoG). Dichas normas internas pueden permitir que los afiliados efectúen pagos adicionales voluntarios con el fin de incrementar sus derechos a futuras pensiones, siempre que la suma de los pagos adicionales y de la cotización obligatoria no rebase el límite máximo fijado por ley para las cotizaciones (artículo 31, apartado 4, de la VersoG). Es pacífico que cada una de las demandantes en primera instancia abona más del 50 % de sus prestaciones en concepto de prestaciones obligatorias a quienes están afiliados con carácter obligatorio.
- 4 Mediante escritos de 7 de septiembre de 2018 y de 25 de marzo de 2019, la demandada en primera instancia notificó a las demandantes en primera instancia n.ºs 1 a 4 que, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Reglamento 2018/231, estaban sujetas a obligaciones de información estadística en su condición de fondos de pensiones y debían facilitarle trimestralmente, a partir de la fecha de referencia de 30 de septiembre de 2019, diversos datos, que detallaba, sobre su situación financiera. A la demandante en primera instancia n.º 5 se la instó, mediante escritos de tenor casi idéntico de la demandada en primera instancia, de 12 de noviembre de 2018 y de 17 de julio de 2019, a que proporcionara con

periodicidad anual una cantidad menor de datos. Mediante sus recursos contencioso-administrativos respectivos, cada una de las demandantes en primera instancia solicita la revocación de las comunicaciones que las afectan y, con carácter subsidiario, que se declare que no están sujetas a la obligación de información. [omissis] [observaciones sobre las medidas cautelares]

- 5 Mediante sentencia de 4 de noviembre de 2021, el Verwaltungsgericht (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) desestimó los recursos contencioso-administrativos y declaró que las demandantes en primera instancia son fondos de pensiones a efectos del artículo 1, punto 1, del Reglamento 2018/231 y que, de conformidad con su artículo 2, apartado 1, están sujetas a la obligación de información. A juicio del Verwaltungsgericht, son productoras de mercado, tienen la condición de sociedades financieras y pertenecen al subsector S.129 del Reglamento n.º 549/2013. Mediante su actividad principal, realizan prestaciones de previsión. A cambio, aplican precios económicamente significativos. Lo mismo cabe afirmar respecto a las prestaciones obligatorias, pues estas, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, primera frase, de la VersoG, deben calcularse conforme a criterios económicos. No mediando ayudas de Estado, las demandantes se ven obligadas a regular las cotizaciones y prestaciones de forma tal que se siga garantizando su funcionamiento. En cualquier caso, la calificación de las prestaciones obligatorias como producción de mercado se deriva también del anexo A, punto 3.19, del Reglamento n.º 549/2013, porque las demandantes en primera instancia cubren como mínimo el 50 % de sus costes por medio de la venta de sus productos de forma continuada a lo largo de varios años. Su punto 1.37 no obsta a lo anterior, ya que se aplica únicamente a las unidades del sector público, y entre estas no se encuentran las demandantes en primera instancia, pues no se hallan bajo el control de las administraciones públicas. Por ello, queda igualmente excluida la inclusión en el subsector 1314 (fondos de la seguridad social), respecto al cual no se da la obligación de información conforme al artículo 1, punto 1, letra f), del Reglamento 2018/231. El anexo A, punto 20.39, del Reglamento n.º 549/2013 confirma esa clasificación. Según dicho punto, un sistema financiado de cotizaciones definidas y establecido por una unidad de las administraciones públicas no tiene la consideración de sistema de seguridad social cuando las administraciones públicas —como es el caso de las demandantes en primera instancia— no garantizan el importe de las prestaciones debidas, dependiendo dicho importe del rendimiento de los activos; en consecuencia —concluye—, dicho importe es forzosamente incierto.
- 6 En sus recursos de casación contra la resolución de primera instancia, las que en dicha instancia eran demandantes alegan que son productoras no de mercado. Sus prestaciones obligatorias, que —y afirman esto no se discute— constituyen la mayor parte de su producción, no se venden a precios económicamente significativos. En tal medida, quienes están afiliados a ellas con carácter obligatorio no pueden decidir libremente, tal como establece en el anexo A, punto 3.19, letra b), del Reglamento n.º 549/2013, sobre la adquisición de las prestaciones de previsión sobre la base de las cotizaciones aplicadas. La regla del 50 % de su punto 3.19, último párrafo, carece de pertinencia, pues está dirigida

únicamente a la determinación de la producción. En cualquier caso, las demandantes en primera instancia, al igual que el régimen general del seguro de pensiones, pertenecen a la seguridad social.

- 7 La demandada en primera instancia solicita que se mantenga la sentencia recurrida.

## II

- 8 Procede suspender el procedimiento y solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero. La interpretación del artículo 1, punto 1, del Reglamento 2018/231 y de las disposiciones del anexo A del Reglamento n.º 549/2013 mencionadas en la parte dispositiva de la presente resolución no se impone con tal evidencia que no deje lugar a dudas razonables y se llegue a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los demás tribunales de última instancia de los Estados miembros de la Unión Europea (sobre este criterio, véase la sentencia de Gran Sala del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, Consorzio, C-561/19, [ECLI:EU:C:2021:799,] apartado 40).
- 9 Las cuestiones formuladas resultan pertinentes para la resolución que debe dictarse sobre el recurso de casación. Procede declarar la admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra la resolución de primera instancia. [*omissis*] [Observaciones sobre la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de primera instancia y del recurso de casación contra la resolución de primera instancia]
- 10 El elemento decisivo para determinar la procedencia de los recursos de casación radica en saber si las demandantes en primera instancia están sujetas a las obligaciones de información estadística de los fondos de pensiones de conformidad con el artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1, punto 1, primera frase, del Reglamento 2018/231. De conformidad con el artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, la población informadora real estará formada por los fondos de pensiones residentes en los Estados miembros de la zona del euro. El artículo 1, punto 1, primera frase, de ese Reglamento define el concepto de fondo de pensiones remitiéndose al subsector S.129 del Reglamento n.º 549/2013, y exige que se trate de una institución o cuasisociedad financiera que se dedique principalmente a la intermediación financiera resultante de la compensación de riesgos y de necesidades sociales de las personas aseguradas (seguros sociales). De conformidad con la segunda frase de esa disposición, los fondos de pensiones, como regímenes de seguridad social, proporcionan una renta durante la jubilación y pueden proporcionar prestaciones por fallecimiento e invalidez. Sin embargo, con arreglo a la letra f) de esa misma disposición, esa definición no comprende a los fondos de la seguridad social, según se definen en el anexo A, punto 2.117, del Reglamento n.º 549/2013.

- 11 Las demandantes en primera instancia son personas jurídicas establecidas en Alemania. Se dedican principalmente a la intermediación financiera resultante de las actividades de seguros sociales descritas en el artículo 1, punto 1, frases primera y segunda, del Reglamento 2018/231, proporcionando a sus afiliados pensiones de vejez, a supérstites y por invalidez financiadas mediante cotizaciones. Ha de elucidarse si han de ser incluidas entre las sociedades financieras del subsector S.129 del Reglamento n.º 549/2013 o bien han de quedar excluidas de la obligación de información en cuanto parte de la seguridad social.
- 12 1. Entre las sociedades financieras del sector S.12 del [Sistema Europeo de Cuentas] 2010 se encuentran las unidades institucionales con personalidad jurídica propia y que, en cuanto productoras de mercado, tienen como actividad principal la prestación de servicios financieros. Las demandantes en primera instancia son personas jurídicas de Derecho público, por lo que cumplen ese primer requisito. Serán productoras de mercado, de conformidad con el anexo A, punto 3.24, del Reglamento n.º 549/2013, si su producción es en su mayor parte producción de mercado en el sentido de sus puntos 3.17 y ss. Solo cabe tener en cuenta aquí la producción de productos vendidos a precios económicamente significativos [punto 3.18, letra a)]. De conformidad con su punto 3.19, párrafo primero y letras a) y b), por precios económicamente significativos se entienden precios que tienen un efecto significativo sobre el volumen de productos que los productores están dispuestos a ofrecer y sobre el volumen de productos que los compradores están dispuestos a adquirir. Dichos precios son el resultado del cumplimiento de estas dos condiciones:
- a) al productor le interesa ajustar la oferta para obtener un beneficio [a largo plazo] o, cuando menos, para cubrir los gastos de capital y otros costes, y
  - b) los consumidores son libres de comprar o no comprar, y eligen según los precios aplicados.
- 13 A juicio de esta Sala, esas dos condiciones deben cumplirse de forma acumulativa. Así se desprende de la utilización del plural en la versión lingüística alemana y así lo ratifican las versiones francesa («la réunion des deux conditions») e inglesa («both»). Es posible que se cumpla la primera condición, habida cuenta de la obligación de las demandantes de sufragar sus gastos de gestión, incluidas las retribuciones, con fondos propios (véase el apartado 2 anterior, relativo al artículo 9, apartado 2, primera frase, de la VersoG). La segunda solo podrá cumplirse si los conceptos de compra y de precios comprenden también la adquisición de derechos sobre futuras prestaciones conforme a la normativa interna de dichos organismos y las cotizaciones recaudadas por las administraciones públicas, y si, además, no se exige que todo consumidor, o cuando menos el que percibe las prestaciones del productor, sea libre para adquirir o no adquirir estas prestaciones y elija según los precios aplicados.



- 14 A favor de una interpretación amplia de los conceptos de compra y de precios aboga la circunstancia de que el Reglamento n.º 549/2013, para establecer una distinción entre los sectores público y privado, no toma como referencia la forma jurídica, de Derecho público o privado, de la unidad institucional, ni la configuración de la afiliación o de los derechos, sino el hecho de que la unidad esté bajo control de las administraciones públicas (véanse el anexo A, punto 1.35, del Reglamento n.º 549/2013 y las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2019, FIG y FISE, C-612/17, [ECLI:EU:C:2019:705,] apartados 34 y ss., 73 y 78, y de 28 de abril de 2022, Secrétariat général de l'enseignement catholique, C-277/21, [ECLI:EU:C:2022:318,] apartados 25 y ss). Ahora bien, aun acogiendo una interpretación amplia, que incluya las expectativas de futuros derechos y las cotizaciones percibidas en virtud de prerrogativas de poder público, sigue siendo problemático el hecho de que la libertad de elección que se exige en la condición b) no se atribuya a todos los consumidores. Quien no está afiliado con carácter obligatorio a las demandantes en primera instancia ni cumple los estrictos requisitos de la afiliación voluntaria queda excluido de la adquisición de sus prestaciones de previsión. En el caso de consumidores a los que la ley obligue a afiliarse o permita afiliarse, no se dará, en todo caso, la libertad de elección necesaria de los obligatoriamente afiliados en relación con las prestaciones obligatorias. En la medida en que no cumplan los requisitos para que se les aplique la excepción de exención de la afiliación obligatoria, no podrán evitar ni la adquisición de futuros derechos ni la obligación de cotización. Únicamente tendrán libertad para abonar cotizaciones adicionales con el fin de adquirir prestaciones adicionales. De todo ello resulta la cuestión formulada en el punto 1, letra a), de la parte dispositiva, acerca de si el anexo A, punto 3.19, letra b), del Reglamento n.º 549/2013 presupone que todos los consumidores sean libres de adquirir o no adquirir los productos que los productores están dispuestos a ofrecer y elijan según los precios aplicados.
- 15 El tenor de la condición b) («Los consumidores») [del referido punto 3.19] podría apuntar a que la libertad de elección requerida y la elección en función de los precios deba darse respecto a todos los consumidores y en relación con la totalidad de la oferta del productor. En el caso de que, a efectos de una interpretación sistemática, haya de hacerse referencia a la distinción entre de mercado y no de mercado al objeto de la clasificación por sectores (anexo A, punto 1.37, del [Sistema Europeo de Cuentas] de 2010) (véase a este respecto la tercera cuestión prejudicial), la condición relativa a la venta a toda persona que esté dispuesta a pagar el precio, formulada en el punto 1 [del propio punto 1.37], podría abogar por tal interpretación. Lo mismo cabe afirmar respecto a la condición adicional, establecida en el punto 3 [del punto 1.37], de que existan mercados eficaces a los cuales los vendedores y los compradores tengan acceso y sobre los cuales tengan información. Con todo, en la frase siguiente se aclara que un mercado eficaz puede funcionar aun cuando no se cumplan íntegramente esas condiciones. Esta Sala no puede inferir inequívocamente ni del Reglamento n.º 549/2013 ni de la anterior jurisprudencia sobre el mismo qué clase e intensidad de restricciones de acceso o de obligaciones de compra debe haber para excluir la existencia de una actividad de mercado y de precios económicamente

significativos. Las resoluciones del Tribunal de Justicia citadas en el anterior apartado 14, así como su sentencia de 3 de octubre de 2019, *Fonds du Logement de la Région Bruxelles-Capitale*, C-632/18[, ECLI:EU:C:2019:833], apartados 36 y ss., versan sobre los requisitos para la inclusión de diversas unidades en el sector de las administraciones públicas, y no recogen ningún pronunciamiento sobre la cuestión antes mencionada ni sobre la libre decisión de compra de los consumidores como prerrequisito de la producción de mercado.

- 16 2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a), habrá de elucidarse si la condición establecida en el anexo A, punto 3.19, letra b), del Reglamento n.º 549/2013 se cumple por el mero hecho de que sean pocos los consumidores que se afilian voluntariamente a las demandantes en primera instancia y, en tal medida, pueden decidir libremente sobre la adquisición de derechos a futuras prestaciones asociados a su condición de afiliado, abonando las mismas cotizaciones que quienes están afiliados con carácter obligatorio, aun cuando dichos consumidores constituyan la minoría de los afiliados y la mayor parte de la producción de las demandantes en primera instancia corresponda a prestaciones obligatorias abonadas a quienes están afiliados con carácter obligatorio [cuestión 1, letra b)]. A juicio de la demandada en primera instancia, la decisión sobre la afiliación voluntaria es expresión de una decisión de compra libre y adoptada en función del precio y justifica que las cotizaciones obligatorias, que tienen el mismo importe, sean clasificadas también como precios económicamente significativos. Esta Sala duda de que esta conclusión sea plausible, puesto que las cotizaciones abonadas por quienes están afiliados voluntariamente no resultan del juego entre la oferta y la demanda en condiciones de mercado, como exige indudablemente el anexo A, punto 3.19, del Reglamento n.º 549/2013. Para la mayoría de quienes están afiliados con carácter obligatorio y no puedan acogerse a la exención, las demandantes en primera instancia prestan sus servicios como proveedoras monopolistas. Dado que, de conformidad con el artículo 30, apartado 3, de la *VersoG*, solo se permite la afiliación voluntaria a quienes previamente hubieran estado afiliados con carácter obligatorio, a todos los demás consumidores se les niega la libertad de elección a la hora de adquirir los servicios de las demandantes en primera instancia. De este modo, ni siquiera se cumplen los requisitos más bajos imaginables para el acceso al mercado de los consumidores. Además, la cuantía de las cotizaciones obligatorias no se infiere de las cotizaciones de quienes están afiliados con carácter voluntario. Antes bien, es al revés: el establecimiento, en virtud de prerrogativas de poder público, de las cotizaciones obligatorias determina el importe de las cotizaciones que han de abonar por las mismas prestaciones quienes están afiliados de forma voluntaria.
- 17 3. Por tanto, la sentencia recurrida se basó en una única consideración que sostiene todo su razonamiento, a saber, que las cotizaciones deben clasificarse en todo caso como precios económicamente significativos de conformidad con el criterio del 50 % establecido en el anexo A, punto 3.19, frases penúltima y última, del Reglamento n.º 549/2013. Las citadas disposiciones tienen el siguiente tenor:

En lo que respecta a la producción de otras unidades institucionales [*distintas de las empresas no constituidas en sociedad y pertenecientes a hogares, contempladas en la frase anterior*], la capacidad de realizar una actividad de mercado a precios económicamente significativos se determinará aplicando un criterio cuantitativo (el criterio del 50 %), basado en la relación entre las ventas y los costes de producción. Para ser un productor de mercado, la unidad debe cubrir como mínimo el 50 % de sus costes por medio de sus ventas de forma continuada a lo largo de varios años.

- 18 La sentencia recurrida entiende esta cobertura de costes de cuando menos el 50 % mediante las ventas como una condición suficiente por sí misma para que se constate la existencia de precios económicamente significativos. De ello parece partir también el Abogado General Hogan al fundamentar sus conclusiones de 28 de febrero de 2019 presentadas en el asunto FIG y FISE, C-612/17, [ECLI:EU:C:2019:149], punto 31. Según la tesis de este, solo cuando no se alcance una cobertura de cuando al menos el 50 % de los costes se considerará que la organización de que se trata es un productor no de mercado. Conforme a esa interpretación, habría que clasificar a las demandantes en primera instancia como productoras de mercado en la medida en que en la instancia anterior ya se constató que cubren cuando menos la mitad de sus costes mediante el cobro de cotizaciones, aun cuando no se cumplieran las condiciones examinadas en los apartados 12 y ss. anteriores y establecidas en el anexo A, punto 3.19, letras a) y b), del Reglamento n.º 549/2013.
- 19 Con todo, el criterio del 50 % contemplado en las dos últimas frases del referido punto 3.19 podría entenderse también como un requisito necesario pero no suficiente todavía por sí solo de la producción de mercado. En tal caso, completaría las condiciones establecidas sus letras a) y b), pero no podría compensar su falta. Ello podría verse corroborado por el hecho de que el criterio del 50 % contemplado en el último párrafo de dicho punto 3.19 se emplee únicamente para el examen de la posibilidad de la existencia de una producción de mercado, y no se establezca, como las condiciones contempladas en esas dos letras, como elemento definitorio de la producción de mercado. Así lo confirman las versiones lingüísticas francesa e inglesa («La capacité de réaliser une activité marchande»; «The ability to undertake a market activity»). Según esas versiones lingüísticas, la recuperación de cuando menos la mitad de los costes determina (únicamente) la capacidad de realizar producción de mercado, no su existencia misma. Lo mismo es extrapolable a la disposición contenida en el anexo A, punto 20.29, último párrafo, del Reglamento n.º 549/2013, que es comparable desde un punto de vista sistemático e va igualmente dirigida a establecer la distinción entre productores de mercado y no de mercado. Si se sigue la interpretación del criterio del 50 % contenida en el punto 3.19, penúltima frase, como condición necesaria pero no suficiente por sí misma, revestirá entonces la función de un criterio de exclusión: aun cuando concurren los dos elementos de la definición que figuran en sus dos letras, no se dará, pues, una producción de mercado a precios económicamente significativos cuando las ventas cubran, de forma continuada a

lo largo de varios años, menos de la mitad de los costes. Parece convincente no clasificar ya como producción de mercado una producción gravemente deficitaria que tampoco resulta financierable a medio plazo en condiciones de mercado. A la inversa, una cobertura de cuando menos la mitad de los costes podría no justificar por sí sola la constatación de existencia de una producción de mercado cuando no concurren las condiciones contempladas en las letras a) y b) del punto 3.19.

- 20 De la jurisprudencia dictada hasta ahora por el Tribunal de Justicia no cabe deducir de forma inequívoca la interpretación correcta del anexo A, punto 3.19, frases penúltima y última, del Reglamento n.º 549/2013. En su sentencia de 11 de septiembre de 2019, FIG y FISE, C-612/17, trata a las federaciones [deportivas] demandantes en aquel asunto como organizaciones sin ánimo de lucro y, por tanto, productoras no de mercado (véase el anexo A, puntos 2.129 y s., del Reglamento n.º 549/2013), si bien no aborda un criterio comparable, como es el del 50 % establecido en su punto 20.29 para las unidades bajo control de las administraciones públicas y citado en el apartado 9 de la sentencia como «prueba de mercado/no de mercado». Es posible que la cuestión de la cobertura de costes careciera en su momento de pertinencia para la resolución del litigio, pues se excluía la clasificación de las federaciones como sociedades de capital por carecer de ánimo de lucro o, cuando menos, por la falta de cobertura de los costes (véanse a este respecto las normas del anexo A, puntos 20.19 a 20.28, del Reglamento n.º 549/2013, y en particular sus puntos 20.21, segunda frase, y 20.23, a las que se hace referencia en su punto 20.29, párrafo segundo). Sería procedente, entonces, a la hora de aplicar la norma paralela contemplada en su punto 3.19 —con independencia de la cobertura de costes—, partir de que solo se da una producción de mercado cuando se cumplen las dos condiciones establecidas en las letras a) y b), de la citada disposición.
- 21 4. Constituye el objeto de la tercera cuestión prejudicial saber si el anexo A, punto 1.37, del Reglamento n.º 549/2013 puede utilizarse a efectos de una interpretación sistemática con el fin de despejar las dudas restantes que suscite la interpretación de su punto 3.19, párrafos primero y último. Si la clasificación como productor de mercado conforme a su punto 3.24 ha de presuponer que, además de las condiciones contempladas en el punto 3.19, también se cumplan las condiciones relativas a la actividad de mercado conforme al punto 1.37, habría de clasificarse a las demandantes en primera instancia como productoras no de mercado. Contrariamente a cuanto se dispone en el punto 1 del propio punto 1.37, no persiguen maximizar sus beneficios a largo plazo y tampoco enajenan sus prestaciones libremente en el mercado a cualquiera que pague el precio que aplican. Además, ambas cosas les están prohibidas conforme a la normativa nacional pertinente. Como se señala en el anterior apartado 2, las demandantes en primera instancia deben destinar todos sus ingresos al desempeño de su tarea, esto es, primordialmente, al pago de prestaciones de previsión y a la cobertura de los gastos que ello implica. Tampoco pueden abonar sus prestaciones a cualquier consumidor dispuesto a pagar las cotizaciones, sino únicamente a quienes por ley están afiliados a ellas con carácter obligatorio y al grupo, delimitado de forma estricta, de quienes están afiliados a ellas con carácter voluntario.

- 22 Esta Sala duda de que el anexo A, punto 1.37, del Reglamento n.º 549/2013 —tal como sostiene la demandada en primera instancia— se aplique únicamente a entidades del sector público. Según su párrafo primero, mediante esta disposición se pretende tanto distinguir entre de mercado y no de mercado como («y») distinguir entre sector público y sector privado. Ahora bien, resulta problemático invocar el punto 1 del propio punto 1.37, pues los requisitos que establece van más allá de los requisitos del punto 3.19, que son pertinentes a la vista de su punto 3.24. Es posible que con el punto 3.19 se pretenda concretar los criterios de distinción entre productores de mercado y no de mercado formulados en el punto 1.37. El punto 1.37 hace referencia al esquema, recogido *grosso modo* en la tabla 1.1, de clasificación por sectores, que, en el caso de las unidades bajo control de las administraciones públicas y bajo control privado, distingue en función de que se trate, respectivamente, de una producción de mercado o no de mercado. Vinculados al objetivo del vendedor de maximización del beneficio y al objetivo del comprador de optimizar la relación precio/uso, los criterios normalizados a tal efecto son más estrictos que las dos condiciones contempladas en el punto 3.19, letras a) y b), para que concurra una producción de mercado, a saber, el cálculo de una oferta mediante la cual, cuando menos, se cubran los costes y la libre elección de adquisición por el consumidor según los precios aplicados. Por consiguiente, el punto 1.37 podría aplicarse solo en la medida en que los criterios generales contemplados en dicho punto no contradigan los más específicos recogidos en el punto 3.19, sino que se limiten a reformular las condiciones allí impuestas —esto es, un mínimo de libre acceso al mercado o una situación de competencia en cuanto prerequisite de la formación de precios de mercado—. Esta Sala también solicita al Tribunal de Justicia aclaraciones al respecto.
- 23 5. La cuarta cuestión versa sobre el anexo A, punto 2.107, segunda frase, del Reglamento n.º 549/2013, que trata de las prestaciones de los contratos de seguros de sistemas y fondos de pensiones. Ello podría apuntar a que no comprende a las unidades que —al igual que sucede con las demandantes en primera instancia— abonan sus prestaciones únicamente sobre la base de normas de carácter público. Por otro lado, la definición del concepto contenida en su punto 2.105 no establece ningún requisito relativo al fundamento jurídico de las prestaciones, y su punto 2.107 tampoco contiene ninguna definición (adicional), sino únicamente ejemplos. Por ello, con la alusión a los contratos de seguro quizá se pretenda únicamente recoger una forma típica, pero no necesaria a efectos de la formulación del concepto, de la relación en que se basa la prestación. Su punto 2.109 aclara expresamente que los regímenes de fondos de pensiones pueden organizarlos también las administraciones públicas, al tiempo que pasa por alto la cuestión de su formulación contractual. De igual modo, su punto 20.39 se basa en otros elementos para la clasificación de casos dudosos. Ahora bien, ello podría deberse a que se presupone que existe una forma de acuerdo cubierta por el punto 2.107. Ni el objetivo de las normas ni la exposición de motivos de los Reglamentos pertinentes le sirven a esta Sala para despejar inequívocamente las dudas de interpretación. En el caso de que no se requiera una configuración contractual, quedará por responder, a nuestro juicio, la cuestión de si basta una configuración jurídico-pública que descansa primordialmente sobre la afiliación obligatoria,

siempre que todos los miembros puedan aumentar el alcance de la prestación mediante cotizaciones voluntarias, aun cuando solo una minoría pueda constituir o poner fin a la relación en que se fundamentan las prestaciones mediante su afiliación o su baja.

- 24 Las cuestiones 1 a 4, relativas a los requisitos concretos de la producción de mercado y a la clasificación en el subsector S.129, no resultarían redundantes por ejemplo porque se pudiera constatar inequívocamente que las demandantes en primera instancia quedan comprendidas en la excepción aplicable a los fondos de la seguridad social de conformidad con el artículo 1, punto 1, letra f), del Reglamento 2018/231. Que tal sea o no el caso dependerá de las cuestiones interpretativas 5 y 6, a las que tampoco cabe responder sin la decisión prejudicial solicitada.
- 25 6. El artículo 1, punto 1, letra f), del Reglamento 2018/231 remite, a efectos de la determinación del subsector «Fondos de la seguridad social», al anexo A, punto 2.117, del Reglamento n.º 549/2013. Según esta última norma, ese subsector comprende a las unidades institucionales, centrales y territoriales, cuya actividad principal consiste en proporcionar prestaciones sociales y que cumplen los dos criterios siguientes:
- a) determinados grupos de la población están obligados a participar en el sistema o a pagar cotizaciones, en virtud de disposiciones legales o normativas, e
  - b) independientemente del papel que desempeñen como organismos de supervisión o como empleadores, las administraciones públicas son responsables de la gestión de dichas unidades en lo relativo al establecimiento o la aprobación de las cotizaciones y las prestaciones.
- 26 El anexo A, punto 2.110, letra a), del Reglamento n.º 549/2013 aclara que las unidades institucionales que cumplen esos dos criterios no se incluyen en el subsector «Fondos de pensiones» (S.129), sino en el subsector «Fondos de la seguridad social».
- 27 Ahora bien, no todos los elementos de la definición recogida en el anexo A, punto 2.117, del Reglamento n.º 549/2013 se han incorporado a la definición de sistemas de pensiones de la seguridad social recogida en su punto 17.43. De ahí deriva la quinta cuestión formulada. En el caso de que la primera disposición haya de entenderse como definición del subsector de los fondos de seguridad social y la segunda como disposición específica dirigida a establecer una distinción en el seno de este dicho subsector, el punto 17.43 presupone el cumplimiento de todos los elementos de la definición recogida en el punto 2.117 y lo complementa mediante varias características al objeto de diferenciar los sistemas de pensiones de la seguridad social. En tal caso, podría no prosperar la clasificación de las demandantes en primera instancia como fondos de la seguridad social, si no cumplen la condición establecida en la letra b) del punto 2.117 (véase a este

respecto el punto 7, apartado 28, de la presente resolución). La tesis contraria sostiene que la definición recogida en el punto 17.43 tiene carácter autónomo y exhaustivo. Además, entiende el concepto de administraciones públicas allí recogido en el sentido de que también comprende a las personas jurídicas de Derecho público que son autónomas de la unidad principal. En tal caso, habría que incluir a las demandantes en primera instancia en los sistemas de pensiones de la seguridad social, porque la ley exige que quienes están afiliados a ellas con carácter obligatorio participen en su fondo de pensiones y porque ellas abonan sus prestaciones en su condición de unidades institucionales con personalidad jurídica propia de un estado federado —el de Baviera—.

- 28 7. La cuestión 6, letra a), sobre si el concepto de administraciones públicas recogido en el anexo A, puntos 2.117, letra b), y 17.43, del Reglamento n.º 549/2013 también comprende a dichas unidades institucionales o únicamente designa a la unidad principal respectiva, tampoco puede responderse de forma inequívoca en un sentido u otro. Dado que el punto 2.117, letra b), hace referencia a una función de gestión que va más allá de la de supervisión o de empleador, cabría en todo caso pensar que esté designando como «administración pública» únicamente a la unidad principal a la que incumba la función de supervisión o empleador de las unidades institucionales dotadas de un derecho de autogestión (autonomía). Si se utilizase ese concepto de forma congruente, el de administraciones públicas que recoge el punto 17.43 debería entenderse también en ese sentido estricto. Con todo, el concepto allí incluido también podría estar incluyendo otras unidades de las administraciones públicas o incluso entidades administrativas de gestión autónoma respecto a la unidad principal, que actúan como garantes del seguro obligatorio de rentas periódicas, permiten a sus afiliados eximirse del seguro obligatorio de rentas periódicas y han de garantizar un sistema de pensiones de jubilación autogestionado en función de las cotizaciones y de las prestaciones para determinados grupos profesionales, sin que tengan que estar sujetas al control de las administraciones públicas. Esta tesis podría venir apuntalada por la norma de delimitación recogida en su punto 20.39, la cual presupone que las prestaciones también pueden estar gestionadas por una «unidad institucional independiente». Por otro lado, su punto 20.12 parte de que los sistemas de seguridad social deben cubrir a toda o a una gran parte de la comunidad en su conjunto; por regla general, tal circunstancia no se dará en el caso de las instituciones de seguridad social existentes en ámbitos regionales para determinados colectivos profesionales.
- 29 En función de la interpretación del concepto de administraciones públicas recogido en una y otra disposición, se suscita también, respecto al anexo A, punto 2.117, letra b), del Reglamento n.º 549/2013, la cuestión adicional [6, letra b)] de si el establecimiento o la aprobación de las cotizaciones y prestaciones por las administraciones públicas exige que la unidad principal determine el importe de las mismas, en el sentido de su cuantificación, en cada supuesto de aplicación. El concepto de establecimiento o aprobación apunta a la exigencia de una regulación exhaustiva. Sin embargo, conforme a la tesis contraria sostenida por las demandantes en primera instancia, bastará con que la unidad principal cree el

marco legal, descrito con más detalle en la cuestión prejudicial, en cuyo seno la unidad autónoma pueda regular la cuantía de las cotizaciones y el tipo y alcance de la prestación.

- 30 Por último, a la hora de aplicar la norma de delimitación de los casos dudosos recogida en el anexo A, punto 20.39, del Reglamento n.º 549/2013, se plantea la cuestión de si el concepto de unidad de las administraciones públicas comprende únicamente a las unidades institucionales que cumplen todos los requisitos de sus puntos 20.10 y 20.12. En el presente asunto, habría que constatar que no se cumple el criterio relativo a la recepción de importantes transferencias del presupuesto de las administraciones públicas (punto 20.10), a la vista de las conclusiones vinculantes formuladas por el tribunal de instancia (artículo 137, apartado 2, de la *Verwaltungsgerichtsordnung* —Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—). Por consiguiente, la cuestión de si las demandantes en primera instancia se hallan bajo control de las administraciones públicas solo tendría importancia si fuera aplicable el punto 20.12 pero no el 20.10. En el caso de que, conforme a la interpretación que corresponda de las disposiciones del Reglamento n.º 549/2013, las demandantes no sean productoras de mercado ni parte de la seguridad social, habrán de clasificarse como organizaciones privadas sin ánimo de lucro, y en cuanto tales —con independencia de la concurrencia de la existencia de control por las administraciones públicas— no estarán sujetas a las obligaciones de información.

[omissis] [firmas]