

Asunto C-775/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

15 de diciembre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía)

Fecha de la resolución de remisión:

6 de octubre de 2023

Demandante:

Bursa Română de Mărfuri SA

Demandada:

Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (Autoridad Nacional Reguladora de la Energía, en lo sucesivo, «ANRE»)

Coadyuvantes:

Federația Europeană a Comercianților de Energie (Federación Europea de Comercializadores de Energía)

The London Energy Broker's Association «LEBA»

The European Venues and Intermediaries Association «EVIA»

Objeto del procedimiento principal

Demanda mediante la cual la Bursa Română de Mărfuri SA (Bolsa Rumana de Mercancías), demandante, solicita a la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), por una parte, que anule la resolución mediante la cual la demandada Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (Autoridad Nacional Reguladora de la Energía, en lo sucesivo, «ANRE») le denegó una licencia para la organización y gestión de mercados centralizados

de la electricidad y, por otra parte, que ordene a la demandada que le conceda dicha licencia.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

En virtud del artículo 267 TFUE, se solicita la interpretación de los artículos 35 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, apartado 1, los dos últimos en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3, para determinar si dichas disposiciones se oponen a una normativa nacional que establece la concesión de una única licencia para operar en el mercado de la electricidad y obliga a los productores nacionales de electricidad a ofertar toda la electricidad disponible en plataformas gestionadas por un único operador del mercado nacional de electricidad.

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Constituye una vulneración de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una disposición nacional que establece la concesión de una única licencia para operar en el mercado de la electricidad?
2. ¿Debe interpretarse el artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de que una normativa nacional que obliga a los productores nacionales y europeos de electricidad a ofertar toda la electricidad disponible a través de plataformas gestionadas por un único operador del mercado nacional de electricidad, designado para prestar los servicios de negociación de la electricidad, constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la exportación que no puede justificarse por razones de seguridad pública relacionadas con la seguridad del suministro de la electricidad, en la medida en que dicha normativa no es proporcional al objetivo perseguido?
3. ¿Deben interpretarse los artículos 102 y 106, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, en el sentido de que una normativa nacional que establece que en un Estado miembro solo se puede conceder una licencia para la prestación del servicio de intermediación de las ofertas de venta y de compra de la electricidad en el mercado mayorista constituye una restricción a la competencia en el sentido de dichas disposiciones?

Disposiciones del Derecho de la Unión y jurisprudencia de la Unión invocadas

Artículo 4 TUE, apartado 3, y artículos 35 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interno de la electricidad.

Sentencia de 2 de marzo de 2023, Bursa Română de Mărfuri (C-394/21).

Sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15).

Disposiciones de Derecho nacional invocadas y jurisprudencia nacional

Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (Ley n.º 123/2012, sobre la Electricidad y el Gas Natural): artículo 10, apartado 2, letra f), en su forma en vigor el 21 de septiembre de 2021.

«La autoridad competente concede licencias para:

- a) la explotación comercial de las capacidades de producción de electricidad y de las instalaciones de almacenamiento de electricidad añadidas a las capacidades de producción;
- b) la explotación comercial de las capacidades de producción de electricidad y de energía térmica de las centrales eléctricas de cogeneración y de las instalaciones de almacenamiento de electricidad añadidas a las capacidades de producción;
- c) la prestación del servicio de transporte de electricidad;
- d) la prestación del servicio de sistema;
- e) la prestación del servicio de distribución de electricidad;
- f) la gestión de los mercados centralizados de electricidad: se concede una sola licencia de operador del mercado de la electricidad y otra de operador de mercado de balance».

Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (Ley n.º 123/2012, sobre la Electricidad y el Gas Natural), artículo 10, apartado 2, letras a) a f), en su versión modificada el 28 de diciembre de 2021 por la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 143/2021 (Decreto-ley n.º 143/2021):

«ANRE concede licencias para:

- a) la explotación comercial de las capacidades de producción de electricidad y, en su caso, de las instalaciones de almacenamiento de electricidad añadidas a las capacidades de producción de que se trate;

- b) la explotación comercial de las capacidades de producción de electricidad y de energía térmica de las centrales eléctricas de cogeneración y, en su caso, de las instalaciones de almacenamiento de la electricidad añadidas a las capacidades de producción de que se trate;
- c) la prestación del servicio de transporte de la electricidad y de los servicios de balance del sistema;
- d) la prestación del servicio de distribución de electricidad;
- e) la actividad del operador del mercado de electricidad;
- f) la actividad de suministro de la electricidad;»

Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (Ley n.º 554/2004, del Procedimiento Contencioso-Administrativo): artículo 1, que establece que toda persona que considere lesionados sus derechos o intereses legítimos por una autoridad pública, bien mediante un acto administrativo o por la no resolución de su solicitud dentro del plazo legal, tendrá derecho a reclamar ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo competentes, artículo 8, apartados 1 y 1¹, según el cual las personas físicas y jurídicas solo pueden ejercer la acción en defensa de un interés público legítimo con carácter subsidiario, en la medida en que la lesión del interés público legítimo se derive de forma lógica de la vulneración un derecho subjetivo o de un interés privado legítimo, y artículo 2, apartado 1, letra r), que define el interés público legítimo como el interés que se refiere al ordenamiento jurídico y a la democracia constitucional, a la garantía de los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos, a la satisfacción de la necesidades de la comunidad o al cumplimiento de sus cometidos por parte de los poderes públicos.

Decizia nr. 53/2014 a Curții Constituționale (Resolución n.º 53/2014 del Tribunal Constitucional de Rumanía), mediante la cual, en relación con las críticas formuladas por la Bursa Română de Mărfuri SA en el procedimiento n.º 9.657/2/2012 de la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest), se declaró que las disposiciones del artículo 10, apartado 2, letra f), de la Ley n.º 123/2012, sobre la Electricidad y el Gas Natural, son constitucionales.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 En virtud de la *Legea privind bursele de mărfuri nr. 357/2005* (Ley n.º 357/2005, de las Bolsas de mercancías), desde el año 1992 la demandante tiene el estatus de institución autónoma con competencia general de gestión de los mercados de interés público.
- 2 En virtud del Reglamento 2019/943, el 20 de agosto de 2020, la demandante solicitó a la ANRE que le concediera la licencia para la organización y la gestión

de mercados centralizados de la electricidad, aportando toda la documentación exigida por la Orden ANRE n.º 12/2015.

- 3 Mediante demanda registrada con el n.º 5366/2/2020 ante la Curtea de Apel București, la demandante solicitó que se anulara la resolución n.º 73800/21.09.2020, emitida por la ANRE, y que se ordene a dicha autoridad pública que le conceda la licencia para la organización y la gestión de mercados centralizados de electricidad.
- 4 En la fundamentación de su demanda, la demandante sostuvo, también invocando el Reglamento 2019/934, que la ANRE tenía la obligación no solo de permitir, sino también de garantizar de forma efectiva la competencia entre operadores de los mercados de la electricidad, con el fin de evitar un monopolio anticompetitivo.
- 5 Para fundamentar la denegación de la licencia solicitada, la ANRE invocó las disposiciones del artículo 10, apartado 2, letra f), de la Ley n.º 123/2012, sobre la Electricidad y el Gas Natural y señaló que en Rumanía existe un monopolio legal para la gestión de mercados centralizados de electricidad, ejercido por el Operatorul Pieței de Energie Electrică și de Gaze Naturale OPCOM SA (en lo sucesivo, «OPCOM»), empresa pública, filial de la transportadora de electricidad Transelectrica. Señaló, asimismo, que el Reglamento 2019/943 no contiene ninguna disposición que imponga a los Estados miembros la obligación de designar a varios operadores económicos para la organización y la gestión de mercados centralizados de electricidad, con el fin de comercializar al por mayor la electricidad.
- 6 Por su parte, la Federación Europea de Comercializadores de Energía, con sede en Ámsterdam, Países Bajos, que sostiene que representa los intereses de más de 100 empresas de trading en materia de electricidad, activas en más de 27 Estados europeos, intervino en el asunto como coadyuvante en favor de la demandante y alegó que su acceso al mercado de la electricidad de Rumanía está restringido como consecuencia de la negativa injustificada de la ANRE a resolver la solicitud dirigida a obtener la licencia de organización y gestión de mercados centralizados de electricidad. Además, puesto que está obligada a actuar en la única plataforma, gestionada por OPCOM, sus operaciones de trading están gravemente restringidas tanto en Rumanía como en el ámbito transfronterizo, con graves consecuencias económicas.
- 7 En el transcurso del procedimiento, la Curtea de Apel București formuló una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, que se pronunció mediante la sentencia de 2 de marzo de 2023, Bursa Română de Mărfuri (C-394/21).
- 8 Durante la tramitación del asunto C-394/21 por el Tribunal de Justicia, el artículo 10 de la Ley n.º 123/2012 fue modificado el 28 de diciembre de 2021, mediante el Decreto-ley n.º 143/2021.
- 9 El 20 de marzo de 2022, la ANRE concedió a la demandante la licencia n.º 2314 para la actividad de operador del mercado de la electricidad, en virtud del artículo

10, apartado 2, letra e), de la Ley n.º 123/2012, en su versión modificada por el Decreto-ley n.º 143/2021.

- 10 Tras la reanudación del procedimiento nacional, en el asunto intervinieron, como coadyuvantes de la demandante, la London Energy Broker's Association («LEBA») y la European Venues and Intermediaries Association («EVIA»), que sostienen que a sus miembros, que representan una parte considerable de la red europea de negociación de la electricidad, les resulta imposible prestar de forma independiente servicios en el mercado de la electricidad, puesto que el único operador de mercado es OPCOM, regulado por el Estado.
- 11 La London Energy Broker's Association («LEBA») precisó que es una subdivisión de la European Venues and Intermediaries Association («EVIA») y que representa a empresas europeas de intermediación que operan a nivel europeo, tanto en los mercados organizados sujetos al Reglamento (UE) n.º 1227/2011, como en sistemas de negociación organizada sujetos al Reglamento (UE) n.º 600/2014.
- 12 Los miembros de LEBA constituyen una parte considerable de la red europea de negociación de la electricidad, puesto que gestionan más de la mitad de la actividad de negociación al por mayor de gases, electricidad y emisiones.
- 13 A petición de la demandante, la Curtea de Apel București ha decidido formular una nueva remisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 14 Según la demandante, la negativa de la ANRE a liberalizar el mercado de la electricidad perjudica sustancialmente los intereses de todos los participantes en el mercado. Además, puesto que OPCOM SA no ofrece futuros u otros instrumentos derivados específicos de los mercados de la electricidad, priva a dichos participantes de la posibilidad de utilizar instrumentos financieros propios del mercado mayorista.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 15 El órgano jurisdiccional remitente señala que uno de los motivos de la demanda es que, durante el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 20 de marzo de 2022, la demandante sufrió un menoscabo en sus derechos e intereses legítimos como consecuencia de la negativa de la demandada a concederle la licencia solicitada.
- 16 La demandante ha invocado, además, la lesión de un interés público legítimo, al sostener que, a falta de competencia real en el mercado, los costes de los productos quedan en máximos y dictados por un único actor económico, hecho que dificulta el acceso de los participantes con bajos recursos a la bolsa y a los

productos negociados en esta, lo que perjudica sustancialmente los intereses de todos los participantes en el mercado.

- 17 La Curtea de Apel señaló asimismo que, el 3 de noviembre de 2020, tras el inicio del procedimiento del que conoce, la Federación Europea de Comercializadores de Energía, coadyuvante, dirigió a la Comisión Europea una denuncia contra OPCOM, en la que sostuvo que a los productores y a los comercializadores de electricidad se les impide comercializar en Rumanía productos al por mayor personalizados y servicios de flexibilidad, como consecuencia del efecto de aislamiento del mercado de Rumanía respecto del mercado regional, derivado de la obligación de negociar a través de OPCOM.
- 18 Dicha coadyuvante también ha alegado que todas las operaciones corrientes de OPCOM en el mercado de la electricidad, a excepción de los mercados diarios e intradiarios, deben liberarse del régimen de negociación obligatoria y que a los comercializadores se les debe permitir el comercio bilateral extrabursátil, con el fin de que dispongan de libertad para elegir su bolsa, plataforma o prestador de servicios.
- 19 Además, la Federación Europea de Comercializadores de Energía añadió, por una parte, que OPCOM es una empresa pública en el sentido del artículo 106 TFUE, apartado 1, siendo la única empresa autorizada para gestionar una plataforma de intermediación de la electricidad en Rumanía y que disfruta de derechos exclusivos y, por otra parte, que OPCOM tiene un comportamiento abusivo en el mercado, siéndole aplicables las disposiciones del artículo 102 TFUE.
- 20 En su opinión, los efectos de la vulneración de los artículos 102 TFUE y 106 TFUE en el mercado de electricidad de Rumanía, como consecuencia de la aplicación del artículo 10, apartado 2, letra f), de la Ley n.º 123/2012, son los siguientes: (i) impedir a los brókeres y traders de energía prestar servicios de intermediación independientes en el mercado mayorista de electricidad de Rumanía, (ii) privar a los comerciantes de electricidad de la posibilidad de elegir la modalidad, la bolsa o la plataforma de negociación, (iii) privar a los participantes en el mercado de la electricidad de la posibilidad de realizar de forma directa intercambios comerciales extrabursátiles *over the counter* (OTC) en el ámbito nacional, (iv) los comerciantes de electricidad no tienen la posibilidad de comprar electricidad directamente de los productores, lo que impide toda negociación transfronteriza bilateral de electricidad, (v) los productos al por mayor personalizados no se pueden comercializar en Rumanía, (vi) los productores rumanos están obligados a vender a través de OPCOM toda la electricidad generada, habida cuenta de que la electricidad no puede exportarse sin haber sido previamente negociada a través de OPCOM, siendo esta última una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a las exportaciones.
- 21 Por lo tanto, la obligación de negociar a través de OPCOM hace menos ventajosas las actividades de los comerciantes establecidos en otros Estados miembros, restringiendo la libertad de los brókeres de prestar servicios de negociación de la

electricidad y la libertad de los participantes en el mercado de recibirlos, vulnerándose con ello los artículos 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE.

- 22 Por su parte, el 7 de octubre de 2020, la London Energy Broker's Association y la European Venues and Intermediaries Association, coadyuvantes, presentaron una denuncia contra OPCOM ante la Comisión Europea. Sostuvieron que el monopolio de OPCOM vulnera la libre prestación de servicios de corretaje en todo el territorio de la Unión Europea y que la negociación al por mayor es una actividad comercial que se realiza a cambio de una remuneración, que puede considerarse servicio en el sentido del artículo 56 TFUE.
- 23 Además, la obligación de negociar a través de OPCOM impide totalmente cualquier servicio de corretaje en el ámbito de la energía, perjudicando la prestación transfronteriza de servicios corretaje por los participantes en los mercados nacionales de energía de Rumanía, al restringir las opciones de suministro de electricidad ofrecidas en general a los participantes en los mercados OTC de otras zonas.
- 24 Asimismo, puesto que los productores internos de electricidad están obligados a comercializar toda la electricidad producida directa y exclusivamente a través de OPCOM, no pueden celebrar contratos a medio y largo plazo para exportar directamente a otros Estados miembros la electricidad que producen o para tener acceso directo a los mercados centralizados de otros Estados miembros.
- 25 La London Energy Broker's Association, coadyuvante, también ha precisado que la negociación obligatoria y exclusiva a través de OPCOM restringe la libre circulación de la electricidad en toda la Unión Europea y que es una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las exportaciones en el sentido del artículo 35 TFUE.
- 26 Según ella, la designación en régimen de monopolio de unos «operadores de plataformas de mercado», como OPCOM, no permite a sus miembros prestar servicios de negociación RITME y MiFID en los mercados mayoristas emergentes. El monopolio actual de OPCOM vulnera la libertad de prestación de servicios de corretaje en todo el territorio de la Unión y perjudica en particular a los brókeres, traders y productores de electricidad; por consiguiente, la normativa rumana debe evaluarse, en primer lugar, a la luz del artículo 56 TFUE.
- 27 Además, según dicha coadyuvante, la restricción impuesta a los productores de energía de Rumanía, que no pueden exportar directamente la electricidad mediante, por ejemplo, una empresa de corretaje, y la obligación impuesta a estos de negociar dicha electricidad primero en el OPCOM, contrarias a lo dispuesto en el artículo 35 TFUE, no están justificadas, puesto que no existen razones de orden público relacionadas con la garantía del suministro de electricidad, las prácticas comerciales perjudiciales, la garantía de la liquidez del mercado y de la estabilidad en el ámbito de la electricidad.

- 28 El monopolio de OPCOM lleva a riesgos sistémicos en el mercado regional de la electricidad, como consecuencia de la total inexistencia de oportunidades de cubrir los riesgos. En efecto, Rumanía se ha convertido, para los participantes en el mercado físico de la energía en uno de los mercados con mayor riesgo de la Unión.
- 29 El órgano jurisdiccional remitente señala que el litigio del que conoce se refiere al menoscabo no solo de los derechos e intereses privados de la demandante, sino también de un interés público legítimo, cuyos aspectos esenciales son la satisfacción de las necesidades de la comunidad y el cumplimiento de sus cometidos por parte de los poderes públicos.
- 30 El modo en que se desarrollan los servicios de comercialización y de intermediación en el mercado de la electricidad de Rumanía puede influir en el precio de la negociación de la energía, con un impacto significativo en el sistema energético y en el funcionamiento general del mercado de la electricidad de Rumanía.
- 31 La demandante y las tres coadyuvantes han invocado la existencia de un interés transfronterizo en el presente litigio nacional, considerando por su parte que el artículo 10, apartado 2, letra f), de la Ley n.º 123/2012 llevó, durante el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 31 de diciembre de 2021, a la vulneración de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios de las empresas de corretaje, de los traders y de otros comerciantes de electricidad de los otros Estados miembros de la Unión.
- 32 La Curtea de Apel București considera que se cumplen en el caso de autos los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en los apartados 50 y 51 de la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15), puesto que no cabe excluir que los miembros de las asociaciones coadyuvantes, nacionales de otros Estados miembros, habrían estado interesados en hacer uso de esas libertades fundamentales para ejercer actividades de negociación y de intermediación de la electricidad en el territorio de Rumanía.
- 33 Además, habida cuenta de que la ANRE aplicó las disposiciones nacionales controvertidas sin distinción entre sus propios nacionales y los nacionales de otros Estados miembros, esas disposiciones son susceptibles de producir efectos jurídicos que no se limitan únicamente al Estado rumano.
- 34 El interés transfronterizo del litigio viene dado, además, tanto por el hecho de que las coadyuvantes que intervienen en favor de la demandante han formulado denuncias ante la Comisión Europea en el año 2020, como por la circunstancia de que la electricidad puede ser objeto de intercambios transfronterizos y de que los servicios de comercialización y de intermediación en el mercado de la energía, controvertidos en el litigio principal, se pueden prestar por operadores establecidos en otros Estados miembros, incluidos los miembros de la federación y de las asociaciones coadyuvantes.

- 35 La sentencia que el Tribunal de Justicia dicte con carácter prejudicial tendrá también efecto sobre otro asunto del que conoce la Sección Novena de lo Contencioso-Administrativo de la Curtea de Apel București, en el que la Bursa Română de Mărfuri SA ha solicitado la condena de la ANRE a abonar determinadas indemnizaciones por daños y perjuicios como consecuencia de la denegación de la licencia para la organización y gestión de mercados centralizados de electricidad durante el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 21 de septiembre de 2021, asunto que actualmente está suspendido hasta la resolución definitiva del presente litigio por el órgano jurisdiccional remitente.

DOCUMENTO DE TRABAJO