

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 13 de diciembre de 2007¹

1. La presente petición de decisión prejudicial es la primera que versa sobre la interpretación de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (en lo sucesivo, «Directiva»).

4. La red controvertida en el litigio principal se encuentra en el Aeropuerto de Leipzig/Halle y es explotada por la empresa que gestiona el aeropuerto para su propio suministro y el de 93 empresas situadas en el aeropuerto.

2. La disposición que el Tribunal de Justicia debe interpretar es el artículo 20, apartado 1, de dicha Directiva, que se refiere al libre acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad.

I. Normativa pertinente*A. Normativa comunitaria*

5. El artículo 2 de la Directiva contiene las siguientes definiciones:

3. La cuestión prejudicial se planteó porque, con arreglo al Derecho alemán, las redes de suministro de energía íntegramente situadas en las instalaciones de una empresa (denominadas «redes de explotación» o «Betriebsnetze») pueden, en determinadas circunstancias, quedar exentas, entre otros, del principio de acceso de terceros a la red.

«[...] se entenderá por: [...]

5) “distribución”, el transporte de electricidad por las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro;

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO L 176, p. 37.

6) “gestor de red de distribución”, toda persona física o jurídica responsable de la explotación, el mantenimiento y, en caso necesario, el desarrollo de la red de distribución en una zona determinada, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que la red tiene capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de distribución de electricidad; [...]

6. El artículo 3, apartado 8, de la Directiva dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones de los artículos 6, 7, 20 y 22 en caso de que tal aplicación pudiera obstaculizar, de hecho o de derecho, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas eléctricas en aras del interés económico general, y siempre que la actividad comercial no se vea afectada de un modo que resulte contrario a los intereses de la Comunidad. Los intereses de la Comunidad incluyen, entre otras cosas, la competencia en lo que respecta a los clientes cualificados de conformidad con la presente Directiva y con el artículo 86 del Tratado.»

26) “pequeña red aislada”, cualquier red que tuviera en 1996 un consumo inferior a 3000 GWh y que obtenga una cantidad inferior al 5 % de su consumo anual mediante interconexión con otras redes;

7. El artículo 13 de la Directiva dispone:

«Designación de gestores de redes de distribución

Los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias o responsables de las redes de distribución que designen, por un periodo de tiempo que determinarán los Estados miembros en función de criterios de eficiencia y de equilibrio económico, uno o varios gestores de redes de distribución. Los Estados miembros velarán por que los gestores de redes de distribución procedan con arreglo a lo dispuesto en los artículos 14 a 16.»

27) “microrred aislada”, cualquier red de consumo inferior a 500 GWh en el año 1996 y que no esté conectada a otras redes; [...]

8. El artículo 20 de la Directiva dispone lo siguiente:

B. Normativa nacional

«Acceso de terceros

1. Los Estados miembros garantizarán la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios de la red. Los Estados miembros velarán por que dichas tarifas o las metodologías para su cálculo sean aprobadas antes de su entrada en vigor de conformidad con el artículo 23 y por que tales tarifas, así como las metodologías, en caso de que sólo se aprueben las metodologías, se publiquen antes de su entrada en vigor.

9. La «Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung» (Ley sobre el suministro de electricidad y gas), también denominada la «Energiewirtschaftsgesetz» (en lo sucesivo, «EnWG»), es la norma principal que adapta el Derecho interno alemán a la Directiva 2003/54.

10. El número 17 del artículo 3 («Definiciones») de la EnWG dispone lo siguiente:

«“Redes de suministro energético de abastecimiento general”:

2. El gestor de red de transporte o de distribución podrá denegar el acceso en caso de que no se disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá motivarse debidamente, en particular por lo que respecta al artículo 3. Cuando se deniegue el acceso, los Estados miembros garantizarán, si procede, que el gestor de red de transporte o distribución proporcione la información oportuna sobre las medidas necesarias para reforzar la red. Podrá solicitarse a quien pida dicha información el pago de una cantidad razonable que refleje el coste del suministro de tal información.»

Redes de suministro energético destinadas a la distribución de energía a terceros y que por sus dimensiones no estén diseñadas de antemano exclusivamente para el abastecimiento de ciertos usuarios finales, determinados o determinables en el momento de establecerse la red, sino que en principio estén abiertas al abastecimiento de cualquier usuario final.»

11. El artículo 20 de la EnWG establece el principio de acceso de terceros a «redes de suministro de energía», en los términos siguientes:

«Acceso a las redes de suministro energético

1) Los operadores de redes de suministro energético deben permitir el acceso a la red sin discriminación a todas las personas, con arreglo a criterios justificados objetivamente, y deben publicar en Internet las condiciones, incluidos los contratos tipo, y las tarifas de dicho acceso. Deben colaborar en la medida necesaria para garantizar un acceso eficiente a la red. [...]

2) Los operadores de redes de suministro energético pueden denegar el acceso al que se refiere el apartado 1 si demuestran que, por causas empresariales o de otro tipo y teniendo en cuenta los fines del artículo 1, la concesión del acceso a la red no es posible o no es razonablemente exigible. [...]

12. El artículo 21 establece las «Condiciones y tarifas de acceso a la red» y dispone:

«1) Las condiciones y las tarifas de acceso a la red deben ser razonables, no discriminatorias, transparentes, y no menos favorables que las que apliquen y facturen, sobre una base real o calculada, los operadores de redes de suministro energético en casos similares de prestaciones dentro de su empresa o a empresas vinculadas o asociadas. [...]»

13. El artículo 110, apartado 1, de la EnWG es una disposición que se refiere específicamente a las «redes internas» («Objekt-netze»). Dispone lo siguiente:

«Los capítulos 2 y 3 y los artículos 4, 52 y 92 de esta Ley no son aplicables a la explotación de redes de suministro energético:

1. que se encuentren en un área de explotación que constituya una unidad espacial, y se dediquen principalmente al

transporte de energía dentro de la propia empresa o a empresas vinculadas en el sentido del artículo 3, número 38, de esta Ley;^[3]

3. que se encuentren en un área que constituya una estrecha unidad espacial y sirvan principalmente para el autoabastecimiento,^[5]

2. que se encuentren en un área privada que constituya una unidad espacial, y sean utilizadas por el operador de la red o por quien éste designe para suministrar energía a usuarios finales determinables mediante un fin comercial común y superior:

siempre que la red de suministro energético no esté destinada al abastecimiento general en el sentido del artículo 3, número 17, y el operador de la red interna o quien éste designe cuente con la capacidad personal, técnica y económica para garantizar a largo plazo la operatividad de la red con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.»

a) que trascienda la mera relación de arrendamiento y

b) para cuya consecución la aplicación de las disposiciones citadas al principio de este artículo suponga inconvenientes inaceptables;^[4] o bien

14. Si una red interna cumple los criterios establecidos en el artículo 110, apartado 1, números 1, 2 o 3, de la EnWG varias disposiciones de la EnWG no son aplicables, entre ellas las relativas al acceso de terceros a la red.

3 — Estas se denominan «redes de explotación» (Betriebsnetze).

4 — Estas se denominan «redes de servicio» (Dienstleistungsnetze).

5 — Estas se denominan «redes de propio suministro» (Eigenversorgungsnetze).

II. Marco fáctico, procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional y cuestión prejudicial

15. Flughafen Leipzig/Halle GmbH (en lo sucesivo, «FLH») gestiona el aeropuerto de Leipzig/Halle. En tal calidad, mantiene una red de suministro energético a través de la cual obtiene electricidad para sí misma y para otras 93 empresas establecidas en el recinto del aeropuerto. En el año 2004, el consumo total de energía a través de esta red ascendió a unos 22.200 MWh, de los cuales el 85,4 % correspondió al consumo propio de FLH y el resto, unos 3.800 MWh que representan el 14,6 %, a las demás empresas establecidas en el aeropuerto.

16. Desde principios del año 2004, citiworks AG (en lo sucesivo, «citiworks»), una compañía de suministro de electricidad, suministra electricidad a DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, situada en el Aeropuerto de Leipzig/Halle.

17. El 12 de julio de 2006, a raíz de una solicitud de FLH, el Ministro sajón de Economía y Empleo, como autoridad de regulación del *Land*, adoptó una resolución por la que declaró que la red de suministro energético gestionada por FLH en el Aeropuerto de

Leipzig/Halle constituía una «red interna» que cumplía los requisitos del artículo 110, apartados 1, puntos 1, y 2, de la EnWG.

18. Habida cuenta de que, supuestamente, dicha resolución tendría el efecto de impedir a terceros como citiworks acceder a la red explotada por FLH en el Aeropuerto de Leipzig/Halle con el fin de suministrar a los clientes allí situados, citiworks interpuso un recurso contra dicha resolución ante el Oberlandesgericht Dresden.

19. El Oberlandesgericht consideró que, puesto que las disposiciones pertinentes de la EnWG no supondrían inconvenientes inaceptables para FLH, la red controvertida no podía considerarse una «red de prestación de servicios» de conformidad con el artículo 110, apartados 1 y 2, de la EnWG. Sin embargo, la red cumple los requisitos establecidos en el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG y, por consiguiente, podía calificarse como una «red de explotación» y estar exenta, entre otras, de las disposiciones de la EnWG relativas al acceso de terceros. Por lo tanto, el recurso interpuesto por citiworks carece, en principio, de fundamento con arreglo a la legislación nacional. Sin embargo, el Oberlandesgericht expresó sus dudas acerca de si el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG se ajusta a los requisitos del artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54.

20. En consecuencia, mediante resolución de 17 de octubre de 2006, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 24 de octubre de 2006, el Kartellsenat del Oberlandesgericht Dresden (Alemania) decidió suspender el procedimiento y formular al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la siguiente cuestión prejudicial:

22. El 20 de septiembre de 2007 se celebró una vista.

IV. Principales alegaciones de las partes

«¿Es el artículo 110, apartado 1, número 1, de la Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz — EnWG) [Ley sobre el suministro de electricidad y gas, en lo sucesivo, «EnWG»], [...] compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [...] en la medida en que en las condiciones especificadas en el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG se excluye la aplicación de las disposiciones generales sobre acceso a la red (artículos 20 a 28a de la EnWG) a las llamadas redes de explotación incluso cuando el libre acceso a la red no suponga inconvenientes inaceptables?»

A. Citiworks

23. Citiworks alega que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no es compatible con el artículo 20 de la Directiva.

24. Citiworks señala que uno de los principales objetivos de la Directiva es garantizar a los proveedores de energía el derecho de acceso a toda la red de energía con el fin de garantizar que los clientes puedan elegir libremente a su proveedor. Sin embargo, el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG vulnera la obligación de garantizar el acceso a la red.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia citiworks, el Ministro sajón de Economía y Empleo como autoridad de regulación del *Land*, FLH, la Comisión y los Gobiernos alemán, polaco y del Reino Unido.

25. Citiworks indica que la exención establecida en el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG es, en la práctica, automática. Según una mayoría de reguladores competentes a escala federal y del *Land*, el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG es directamente aplicable cuando concurren las

condiciones en él establecidas. Mientras que muchos operadores de redes han presentado solicitudes para que dicha disposición fuera declarada aplicable a su red, otros presuponen que cumplen los requisitos de dicha disposición y ni siquiera solicitan una declaración en ese sentido.

una exención general y automática como la contenida en el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG.

26. Además, en la Directiva no hay nada que permita a los Estados miembros determinar libremente las situaciones en las que pueden establecer una excepción al principio de libertad de acceso a la red.

B. *FLH*

27. La excepción prevista en el artículo 26 de la Directiva para las pequeñas redes aisladas no justifica una disposición como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG, porque Alemania no ha presentado a la Comisión ninguna solicitud de excepción y las redes cubiertas por la disposición nacional no son microrredes o pequeñas redes aisladas conforme se definen en el artículo 2, números 26 y 27 de la Directiva.

29. En primer lugar, FLH alega que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile porque la cuestión planteada al Tribunal de Justicia es hipotética. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia en su pregunta al tenor del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG que, en la actualidad, no está vigente. Además, la respuesta a dicha pregunta no es pertinente para la solución del litigio de que conoce el órgano jurisdiccional remitente.

28. No cabe deducir de la Directiva una exención general de las redes con respecto a las obligaciones de acceso de terceros por razones estructurales. Pese a que puede ser cierto que las obligaciones de acceso de terceros suponen un inconveniente desproporcionadamente pesado para las redes pequeñas, esto no puede justificar

30. En cuanto al fondo, FLH alega que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG es compatible con el Derecho comunitario. Las redes comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición son redes internas creadas por empresas con fines de consumo propio y no afectan a la competencia. Por consiguiente, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

31. Así lo demuestra el hecho de que el consumo de la red de que se trata está muy por debajo del de una «microrred aislada» según se define en el artículo 2, número 27, de la Directiva.⁶ No es previsible, pues, que la exclusión de dicha red entrañe una distorsión de la competencia significativa en el mercado interior de la energía.

34. Por estos motivos, el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG es compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

C. Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit

32. El artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no es más que la expresión de la facultad discrecional que tenía el legislador alemán al adaptar el Derecho interno a la Directiva. No hay duda de que los artículos 3, apartado 8, 13, 15, apartado 2, letra d) y última frase, y 20, apartado 1, de la Directiva establecen una serie de posibilidades para establecer una excepción a las disposiciones relativas a la separación, conexión y acceso a la red.

35. Esta parte alega que la red controvertida en el presente litigio, que puede quedar exenta en virtud del artículo 110, apartado 1, de la EnWG, no es una red de transporte ni una red de distribución en el sentido de la Directiva, sino una red que sirve principalmente para satisfacer el consumo propio de FLH. En consecuencia, la red no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y no existe una obligación de permitir el acceso de terceros a dicha red con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.

33. FLH pone de relieve que es una empresa que presta servicios en aras del interés económico general en el sentido del artículo 3, apartado 8, de la Directiva, y no sólo un mero distribuidor de energía. Le incumbe la obligación de gestionar un aeropuerto. Por ello, la red de suministro privada que explota no es una red de distribución en el sentido de la Directiva.

36. Además, FLH no puede ser considerada como un gestor de una red de distribución en el sentido del artículo 2, apartado 6, de la Directiva, ya que su finalidad principal es gestionar un aeropuerto y, en consecuencia, no puede cumplir íntegramente las obligaciones impuestas a un gestor de red de distribución.

6 — Una «microrred aislada» es una red que tenía un consumo inferior a 500 GWh en el año 1996. El consumo de la red de que se trata no se conoce en lo que respecta 1996, si bien de los autos se desprende que osciló entre 19 GWh y 23 GWh entre 2000 y 2007.

37. Por consiguiente, el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG se refiere

exclusivamente a las redes que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva y es compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

En lo que respecta a una instalación de cliente, no existen, sin embargo, dichos terceros. Por ello, las normas sobre la liberalización del mercado de la energía son aplicables exclusivamente a las redes con participación de terceros.

D. El Gobierno alemán

38. El Gobierno alemán alega que, con arreglo a una interpretación sistémica y teleológica de la Directiva, las «instalaciones de clientes» no están comprendidas en su ámbito de aplicación. Una instalación de cliente es la instalación eléctrica de un consumidor final que incluye también redes establecidas por dichos consumidores y que distribuye energía dentro de un recinto cerrado.

39. Según se desprende de la definición de un «gestor de red de distribución» que figura en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva y de las obligaciones de dichos gestores establecidas en el artículo 14 de la Directiva, ésta afecta sólo a las empresas que explotan redes de distribución que tienen como finalidad el suministro energético al público, lo que excluye las instalaciones de clientes.

40. Además, las normas jurídicas relativas a la liberalización del mercado de la energía tienen por objeto proporcionar a los terceros el derecho a elegir libremente a su proveedor.

41. Aunque suministren a varias personas físicas o jurídicas como clientes, algunas redes deben considerarse instalaciones de clientes cuando dichos clientes no pueden ser considerados verdaderos terceros. Así sucede en lo que respecta a las partes que están vinculadas al operador de la instalación de cliente mediante una «comunidad de suministro», que puede ser la consecuencia de circunstancias fácticas o jurídicas. Habida cuenta de que dichos clientes no son verdaderos terceros con respecto al operador de red, no es necesario garantizar su derecho a elegir libremente a su proveedor de electricidad, y las normas relativas a la liberalización del mercado de la energía no les resultan aplicables.

42. El artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG tiene por objeto excluir precisamente dichas redes, con respecto a las cuales no existen verdaderos terceros, de las obligaciones en materia de acceso de terceros. En consecuencia, es compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

E. *El Gobierno polaco*

43. El Gobierno polaco considera que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no es compatible con la Directiva.

44. El Gobierno polaco recuerda que, en particular, del undécimo considerando y del artículo 3, apartado 8, de la Directiva se desprende que los Estados miembros podrán establecer exenciones al principio de acceso de terceros a la red, si bien no se prevé la posibilidad de exenciones generales.

45. Es evidente que el undécimo considerando de la Directiva implica que una exención de los pequeños gestores de red de las obligaciones de proporcionar acceso a terceros exige la existencia de una carga administrativa y financiera desproporcionada. Es probable que el cumplimiento de los requisitos administrativos establecidos por la Directiva sea más gravoso para los pequeños gestores y que los costes conexos serán más difíciles de compensar, dada la cantidad relativamente limitada de electricidad que venden. Además, en el presente asunto, el gestor de la red de transporte está obligado también a contribuir a la seguridad del suministro de electricidad.

46. Sin embargo, antes de que el gestor de una red pequeña pueda ser eximido de las

obligaciones relativas al acceso de terceros, es necesario examinar si el cumplimiento de estas obligaciones entrañaría costes desproporcionados. Para ello, las autoridades nacionales competentes deben llevar a cabo una evaluación económica exhaustiva de la situación del gestor de red, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la seguridad de suministro a los clientes finales del gestor de la red.

47. Una disposición de la legislación nacional, como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG, que permite eximir a los pequeños gestores de red de distribución de las obligaciones de acceso de terceros, incluso cuando ello no entraña dificultades excesivas para el gestor de que se trate, es, por tanto, incompatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

F. *Reino Unido*

48. El Gobierno del Reino Unido considera que la disposición nacional controvertida es compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

49. Recuerda que uno de los principales objetivos de la Directiva era establecer la libre competencia y que se dirigía, en particular, a las empresas en una posición de

monopolio o cuasimonopolio, que impiden el funcionamiento eficiente de la competencia. Sin embargo, las compañías eléctricas pequeñas y las empresas que no suministran electricidad a clientes particulares no constituirían un objeto principal del legislador comunitario. Además, las obligaciones que los artículos 14 a 20 de la Directiva imponen a los gestores de redes de distribución son costosas de cumplir. En consecuencia, el artículo 20 de la Directiva debe interpretarse de modo que permita a los Estados miembros excluir cuidadosa y restrictivamente categorías definidas de entidades de las obligaciones de acceso a la red.

50. La aplicación de las disposiciones de la Directiva para igualar las redes más pequeñas sería absurda y poco razonable. El cumplimiento de las obligaciones de acceso de terceros haría demasiado gravoso gestionar redes pequeñas y nuevas y, por tanto, más difícil para ellas competir de manera efectiva con las compañías eléctricas de mayor tamaño. En cambio, su exclusión de los requisitos de acceso de terceros tendría una repercusión insignificante en la liberalización del mercado de la electricidad habida cuenta de su muy limitado ámbito de operación.

51. Por último, según el tenor de la definición de «distribución» en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, ésta se realiza «con el fin de suministrarla a los clientes». Por consiguiente, el suministro a los clientes debe ser el principal objetivo de una red de distribución, si bien es evidente que éste no es el caso

de FLH, que consume ella misma el 85,4 % de la electricidad transportada a través de su red. El principal objetivo de FLH es la gestión de un aeropuerto.

G. La Comisión

52. La Comisión considera que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG es incompatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

53. Alega que el artículo 20 de la Directiva, que exige que se permita a terceros el acceso a las redes de transporte y distribución, es aplicable a la situación de hecho que dio lugar a la controversia que se sustancia ante el órgano jurisdiccional remitente. La red de que se trata es una red de distribución en el sentido del artículo 2, apartado 6, de la Directiva porque sirve para distribuir electricidad a FLH y a otras 93 empresas situadas en el aeropuerto. Por ello, la libertad de acceso a dicha red debe garantizarse de conformidad con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

54. Según se desprende de los considerandos sexto y séptimo de la Directiva, el principio de acceso de terceros es esencial para garantizar la plena consecución del mercado interior de la energía. En consecuencia, las limitaciones de dicho principio pueden

admitirse sólo en circunstancias claramente definidas. Por ello, la Directiva establece sólo una excepción general a las obligaciones de acceso de terceros. Dicha excepción se prevé en el artículo 20, apartado 2, y está vinculada a la falta de la capacidad necesaria del gestor de red. Sin embargo, esta disposición de la Directiva no puede justificar una excepción general definida por ley porque las redes de explotación en el sentido del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no se caracterizan de manera forzosa ni permanentemente por dicha falta de capacidad.

55. La reducida dimensión de algunas redes y su importancia económica limitada no justifican su exclusión, por principio, del principio de la libertad de acceso. El tamaño de una red sólo desempeña una función en lo que respecta a cuestiones relativas a la separación jurídica de los gestores de red de distribución, según se desprende del artículo 15, apartado 2, de la Directiva.

56. El artículo 13 de la Directiva no proporciona ninguna justificación para una exención de determinadas redes de las obligaciones de acceso de terceros.

57. Tampoco la excepción prevista en el artículo 26, apartado 1, de la Directiva para las «las microrredes aisladas» sirve como base para el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG porque, entre otras razones, no ha sido presentada a la Comisión ninguna solicitud a tal efecto.

V. Admisibilidad

58. FLH impugnó la admisibilidad de la cuestión prejudicial esencialmente aduciendo que contempla un supuesto que no es el formulado por la legislación nacional de que se trata y es, en consecuencia, hipotético.

59. Según jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión es general o hipotética.⁷

60. Sin embargo, no sucede así en el presente asunto. De la resolución de remisión se desprende que el órgano jurisdiccional

⁷ — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61; de 27 de noviembre de 1997, *Somalfruit y Camar* (C-369/95, Rec. p. I-6619), apartados 40 y 41; y de 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme* (C-36/99, Rec. p. I-6049), apartado 20.

nacional alberga dudas sobre si el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG, en su formulación actual, es compatible con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva.

acceso de terceros a las denominadas «redes de explotación» que están situadas en una zona de explotación geográficamente conectada y que principalmente sirven para satisfacer las necesidades de energía de la propia empresa o de empresas relacionadas.

61. Es cierto que la cuestión planteada al Tribunal de Justicia no sólo se refiere a la formulación vigente del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG, sino que añade la frase «incluso cuando el libre acceso a la red no suponga inconvenientes inaceptables». Mediante dicha indicación, el órgano jurisdiccional remitente se limita a señalar dónde se suscita, a su juicio, el problema de compatibilidad de la legislación nacional de ejecución con la Directiva, a saber, en el hecho de que la excepción de las obligaciones de acceso de terceros se concede sin considerar los inconvenientes reales que el cumplimiento de dichas obligaciones puede suponer efectivamente para el gestor de red, mientras que, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, de la Directiva se desprende la obligación de tener en cuenta dichos inconvenientes. Sin embargo, ello no convierte en hipotética la cuestión.

62. Por consiguiente, la petición de decisión prejudicial es admisible y la cuestión que debe responder el Tribunal de Justicia es, en esencia, si el artículo 20, apartado 1, de la Directiva se opone a una legislación nacional, como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG, que excluye, en principio, la aplicación de las disposiciones en materia de

VI. Sobre el fondo del asunto

63. La Directiva 2003/54 marca la segunda fase de la liberalización del mercado de la electricidad en la Comunidad Europea. Su objetivo es completar el mercado interior de la electricidad iniciado por la Directiva 96/92/CE⁸ (en lo sucesivo, «Primera Directiva sobre electricidad»)⁹.

64. Uno de los elementos clave de la liberalización del mercado interior de la electricidad es el acceso de terceros a la red. En la Directiva, el principio de acceso de terceros se recoge en el artículo 20, apartado 1, que exige a los Estados miembros que garanticen la aplicación de un sistema de acceso de

8 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO L 27, p. 20).

9 — Un tercer paquete de medidas ha sido presentado por la Comisión el 19 de septiembre de 2007 (véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/07/1361 y la exposición de motivos del tercer paquete sobre energía, disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/doc/2007_09_19_explanatory_memorandum_en.pdf). Las modificaciones propuestas no afectan a la disposición controvertida en el presente litigio.

terceros a las redes de transporte y distribución. Del artículo 20, apartado 1, de la Directiva se desprende que sólo las denominadas «redes de transporte» o «redes de distribución» en el sentido de la Directiva están sujetas a obligaciones de acceso de terceros en virtud de la Directiva.

65. No se discute que una red como la explotada por FLH no es una red de transporte.¹⁰ Para determinar si, no obstante, es obligatorio permitir el acceso de terceros de conformidad con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva, debe comprobarse aún si la red de que se trata podría ser una red de distribución.

66. A este respecto, cabe señalar brevemente que es discutible si FLH puede, por ejemplo, ser considerada también como un «proveedor» o un «mayorista» de electricidad en el sentido de la Directiva. Estas posibles calificaciones adicionales carecen, sin embargo, de pertinencia para el presente asunto, ya que de la Directiva no puede inferirse que impedirían a FLH ser al mismo tiempo un gestor de red de distribución obligado, como tal, en principio, a permitir el acceso de terceros a la red de distribución que explota.

67. Por lo tanto, la cuestión pertinente en el presente asunto es si una red, como la explotada por FLH y que puede quedar exenta con arreglo a la legislación alemana impugnada, es, de hecho, una «red de distribución» en el sentido de la Directiva.

68. La Directiva no define la expresión «red de distribución», si bien define la «distribución» como el «transporte de electricidad por las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro».¹¹

69. En estas circunstancias, para determinar el alcance del concepto de «red de distribución» empleado en la Directiva, procede tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.¹²

70. La Directiva persigue la realización del mercado interior de la energía, liberali-

10 — Según el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, por «transporte» se entenderá el transporte de electricidad por la red interconectada de muy alta tensión y de alta tensión con el fin de suministrarla a clientes finales o a distribuidores, pero sin incluir el suministro.

11 — Véase el artículo 2, apartado 5, de la Directiva.

12 — Véanse, a tal efecto, entre otras, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck (292/82, Rec. p. 3781), apartado 12; de 21 de febrero de 1984, St. Nikolaus Brenner (337/82, Rec. p. 1051), apartado 10, y de 14 de octubre de 1999, Adidas (C-223/98, Rec. p. I-7081), apartado 23.

zando y armonizando las condiciones en que funciona el mercado de la electricidad para integrar plenamente los mercados nacionales en un auténtico mercado único plenamente operativo.¹³

71. El objetivo de conseguir condiciones de igualdad entre los Estados miembros en materia de apertura del mercado¹⁴ exige una interpretación uniforme del ámbito de aplicación material de la Directiva. Esto exige que las restricciones al principio general de acceso de terceros se interpreten restrictivamente y se limiten a las previstas en la Directiva. Excluye también la posibilidad de que una disposición como el artículo 13 de la Directiva, que establece que los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias o responsables de las redes de distribución que designen uno o varios gestores de redes de distribución, pudiera conceder a los Estados miembros total libertad en la definición de una «red de distribución».

72. Además, de la Directiva se desprende que uno de los elementos esenciales de la liberalización de los mercados de la energía es garantizar que los clientes de electricidad tengan derecho a elegir libremente a sus

proveedores y que todos los proveedores tengan el derecho a abastecer libremente a sus clientes.¹⁵ Estos dos derechos están necesariamente vinculados porque, si los clientes deben elegir libremente a su proveedor, es necesario que los proveedores tengan el derecho a acceder, a cambio de una remuneración adecuada y no discriminatoria, a las distintas redes de transporte y distribución que llevan la electricidad hasta el cliente.

73. La importancia del principio de acceso de terceros también se desprende de los trabajos preparatorios de la Directiva. La disposición que exige a los Estados miembros que garanticen el acceso de terceros fue un elemento esencial de la propuesta de la Comisión para modificar la Primera Directiva sobre electricidad,¹⁶ y fue adoptada sin modificaciones sustanciales en el artículo 20 de la Directiva.

74. Además, en su jurisprudencia sobre la Primera Directiva sobre electricidad, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya la importancia del acceso no discriminatorio de terceros a la red.¹⁷

75. El alcance del concepto de «red de distribución», que es esencial para el alcance efectivo del acceso de terceros según se

13 — Véase la exposición de motivos presentada por la Comisión con la Propuesta de Directiva de Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural (COM/2001/0125 final).

14 — Véase la exposición de motivos, citada en la nota de 13 *supra*.

15 — Véase el cuarto considerando de la Directiva. Esta libertad de elección debe poder ejercerse plenamente en lo que respecta a los clientes no domésticos el 1 de enero de 2003 y a todas las categorías de clientes a más tardar el 1 de enero de 2005.

16 — COM/2001/125 final (DO C 240E, p. 60).

17 — Véase la sentencia de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartados 42 a 46.

establece en el artículo 20, apartado 1, de la Directiva, debe interpretarse a la luz de estas consideraciones. Como primer paso, analizaré la medida en que algunos criterios, como el tamaño o la finalidad de la red, son esenciales para la calificación de una «red de distribución».

76. En primer lugar, cabe señalar que la Directiva no especifica un umbral de tamaño para que una red eléctrica sea considerada una «red de distribución». No obstante, en el marco de la Directiva, el tamaño de una red es pertinente para la aplicación de determinadas obligaciones esenciales, sobre todo para la separación de los gestores de red de distribución.¹⁸

77. En relación con la obligación de permitir el acceso de terceros, resulta pertinente sólo en circunstancias excepcionales,¹⁹ a saber, en relación con la definición de microrredes y pequeñas redes aisladas, para las que los Estados miembros pueden establecer exenciones, entre otras, de las obligaciones de

acceso de terceros. Sin embargo, la posibilidad de eximir a las redes aisladas no se justifica principalmente por su reducido tamaño, sino por el hecho de que dichas redes no están conectadas a una red mayor o reciben cantidades de electricidad muy pequeñas de una red mayor, lo que da lugar a que queden sujetas a limitaciones técnicas muy específicas, en especial en lo que respecta a la seguridad de suministro de electricidad a los usuarios finales.²⁰ Por ello, el umbral con respecto a las microrredes aisladas fue establecido con un fin muy específico y no puede considerarse como un indicador global del tamaño de las redes que el legislador comunitario pretendió o no regular.

78. En mi opinión, esto indica que, por principio, la Directiva está destinada a aplicarse a una amplia variedad de redes, con independencia de su tamaño. Esto excluye la posibilidad de que la aplicación de determinadas obligaciones esenciales establecidas en la Directiva, como sucede con respecto a la separación, pueda adaptarse en función del tamaño de la red de que se trate.

79. Además, pese a que la exclusión de una red «pequeña» del ámbito de aplicación de la Directiva no tiene por qué tener una

18 — El artículo 15 de la Directiva, que se refiere a la «separación de los gestores de redes de distribución», establece, en la última frase del párrafo segundo, que «los Estados miembros podrán decidir que los apartados 1 y 2 no se apliquen a las empresas eléctricas integradas que suministren electricidad a menos de 100.000 clientes conectados, o que suministren a pequeñas redes aisladas». Véase asimismo el undécimo considerando de la Directiva, que dispone que «para evitar imponer una carga administrativa y financiera desproporcionada a las pequeñas empresas de distribución, los Estados miembros podrán eximirlos, cuando sea necesario, de los requisitos de separación legal de la distribución».

19 — Véase el artículo 26, que permite, en determinadas circunstancias, la exención de microrredes y pequeñas redes aisladas de las obligaciones de acceso de terceros.

20 — Las «redes de explotación» en el sentido de la EnWG están, en principio, cerradas, pero esto no las hace aisladas, ya que pueden recibir electricidad de una red mayor a la que estén conectadas.

repercusión significativa en la competencia y, en consecuencia, en la liberalización del sector eléctrico, esto no tiene relación alguna con el modo en que la exclusión de una categoría completa de redes pequeñas puede afectar a la competencia.

como «red de distribución». Esta cuestión se deriva de la utilización de la frase «con el fin de suministrarla a los clientes» en la definición de «distribución» del artículo 2, apartado 5, de la Directiva.

80. En cualquier caso, además de las dificultades obvias de definir cuándo una red debe considerarse «pequeña», no hay prueba de que sólo las redes relativamente «pequeñas» quedarán eximidas en virtud del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG. En la medida en que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, las redes están exentas con independencia de la cantidad de electricidad que suministran. Esto significa, por ejemplo, que aeropuertos mucho mayores que el Aeropuerto de Leipzig/Halle pueden ser eximidos de las obligaciones de acceso de terceros en virtud del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG.

81. Por consiguiente, considero que el pequeño tamaño de una red no es un criterio esencial para negarse a calificar una red como la operada por FLH como una «red de distribución» y eximirla, por principio, de la aplicación del principio de acceso de terceros.

82. En segundo lugar, procede determinar en qué medida la finalidad para la que se explota una red es esencial para la calificación de ésta

83. La exención de determinadas redes de las obligaciones de acceso de terceros basándose exclusivamente en la finalidad para la que se explotan corre el riesgo de que la misma red, en función de si se explota como parte de otro negocio o como un negocio propio, cumplirá o no los requisitos para quedar exenta de las obligaciones de acceso de terceros. Por ejemplo, si FLH hubiera subcontratado la explotación de su red eléctrica a otra empresa que tuviera como único objeto la explotación de la red para abastecer de electricidad al aeropuerto y a otros usuarios finales situados en el aeropuerto, no hay duda de que la distribución de electricidad se haría «con el fin de suministrarla a los clientes», según se indica en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva. Por lo tanto, la exclusión de las denominadas «redes de explotación» de las obligaciones de acceso de terceros podría dar lugar a una diferencia de trato de la misma red exclusivamente en función de la finalidad empresarial del gestor de red.

84. Si hubiera de seguirse este planteamiento, ello querría decir también que el mismo cliente, por ejemplo, una tienda o un restaurante, tendría o no el derecho a elegir libremente entre los proveedores de electricidad en función de la finalidad empresarial del gestor de red que explota la red eléctrica

a la que está conectado para recibir electricidad. En consecuencia, eximir a las redes de las obligaciones de acceso de terceros en función de la finalidad para la que se explotan daría lugar a una diferencia de trato de los clientes finales.

85. Estas consideraciones sugieren que una situación en que la calificación de una red como «red de distribución» dependiese del requisito de que persiga el objetivo principal de abastecer de electricidad al público en general daría lugar a una discriminación considerable entre los gestores de red, así como entre los clientes. Tal resultado parece difícil de conciliar con el objetivo de acceso no discriminatorio de terceros y el derecho del usuario final a elegir libremente al proveedor de energía que la Directiva pretende conseguir.

86. Además, no considero que deba negarse a determinadas redes pequeñas o cerradas, por principio, la calificación de «redes de distribución» por motivos estructurales. En efecto, se ha alegado que las obligaciones impuestas por la Directiva a los gestores de red de distribución y, en particular, las obligaciones de acceso de terceros son en sí mismas demasiado gravosas para determinados gestores de red, en particular cuando son pequeños, nuevos operadores y/o persiguen un objetivo principal que es diferente del de suministro de energía a los clientes.

Por esa razón, tales gestores no pueden estar destinados a quedar sujetos a las obligaciones que la Directiva impone a los gestores de redes de distribución.

87. No debe seguirse este planteamiento. Los Estados miembros gozan de una amplia facultad discrecional acerca del modo en que ejecutan en la práctica las obligaciones de acceso de terceros previstas en la Directiva. Los Estados miembros pueden establecer un régimen administrativo más fácil para las redes más pequeñas o de reciente creación, o para las redes que persiguen un objetivo principal diferente del suministro de energía a los clientes. Por consiguiente, la carga efectiva que el cumplimiento de tales obligaciones constituye para un operador individual es, en cierta medida, la consecuencia de las opciones reguladoras adoptadas por cada Estado miembro.²¹ Por lo tanto, dicha razón no permitiría en sí misma eximir totalmente a tales redes de las obligaciones impuestas por la Directiva a los gestores de red de distribución y, en especial, de las obligaciones de acceso de terceros.

88. De ello se desprende que ninguna de las razones anteriores justifica como tal la exclusión de una red como la explotada por

21 — Por ejemplo, el legislador alemán ha optado por un control *ex-ante* de las tarifas de acceso a la red, «un instrumento de regulación molesto y engorroso no exigido por el Derecho comunitario, en lugar de limitarse a controlar los métodos para calcular estas tarifas». Véase Thomas von Danwitz: «Regulation and Liberalisation of the European Electricity Market — A German View», 2006 *Energy Law Journal*, Vol. 27:423, p. 448.

el Aeropuerto de Leipzig/Halle del ámbito del concepto de «red de distribución» en el sentido de la Directiva.

89. Antes al contrario, algunos elementos sugieren que una red como la explotada por FLH debe, en realidad, ser considerada una red de distribución en el sentido de la Directiva.

90. Aun cuando la red de que se trata se utiliza principalmente para el propio suministro de FLH,²² no debe olvidarse que en torno al 15 % del volumen total de electricidad que consumió en 2004 fue distribuido a terceros, lo cual, según la resolución de remisión, es equivalente al consumo de aproximadamente 1.000 hogares de tres miembros, y dicha cifra tiende a aumentar de manera constante.²³ Por consiguiente, el suministro a terceros, pese a que quizás no es predominante, está lejos de ser irrelevante.

91. Tampoco entiendo por qué las 93 empresas situadas en el Aeropuerto de

Leipzig/Halle no deben considerarse «verdaderos» terceros. Da la casualidad de que están situadas en el aeropuerto, pero persiguen su propia finalidad empresarial. La relación contractual que tienen con FLH es, como se confirmó en la vista, principalmente un contrato de arrendamiento. En consecuencia, la situación de dichas 93 empresas no difiere fundamentalmente de las empresas que alquilan oficinas en el centro de la ciudad u oficinas en un centro minorista. Por lo tanto, estas empresas deben, en principio, poder elegir libremente a su proveedor de electricidad. Para ello, la red que abastece de electricidad al punto de conexión de las instalaciones privadas de estos clientes debe, en principio, ser accesible a terceros.

92. Por estos motivos, considero que una red, como la explotada por FLH, debe ser considerada una «red de distribución» en el sentido de la Directiva.

22 — Como ya se ha indicado en el punto 15 de las presentes conclusiones, en 2004, el volumen de energía consumida a través de esta red ascendió aproximadamente a 22.200 MWh, de los cuales en torno a 3.800 MWh, o el 14,6 %, fue suministrado a otras empresas situadas en el aeropuerto.

23 — Según la resolución de remisión, estaba previsto que, en 2007, el volumen de energía suministrada a otras empresas situadas en las instalaciones del aeropuerto sería de aproximadamente 8.000 MWh, lo que se considera el equivalente del consumo de 2.000 hogares de tres miembros y representa una duplicación del volumen de energía suministrada a terceros por la red de que se trata tan sólo en el plazo de tres años.

93. Sin embargo, esto no significa que dicha red no pueda, de conformidad con la Directiva, ser eximida de las obligaciones de acceso de terceros. En efecto, la Directiva prevé una serie de disposiciones que eximen a las redes de determinadas obligaciones, en un intento por conseguir un equilibrio entre la necesidad de garantizar el acceso de terceros a la red salvaguardando a la vez los intereses

generales imperiosos como la seguridad de suministro y la prestación de servicios en aras del interés económico general.

permitir el acceso. Además, es difícil aceptar que una exención basada en la falta de capacidad pudiera ser ilimitada en el tiempo.

94. En virtud del artículo 3, apartado 8, de la Directiva, los Estados miembros pueden decidir no aplicar las disposiciones del artículo 20 «en caso de que tal aplicación pudiera obstaculizar, de hecho o de derecho, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas eléctricas en aras del interés económico general, y siempre que la actividad comercial no se vea afectada de un modo que resulte contrario a los intereses de la Comunidad». Pese a que no cabe excluir que algunas «redes de explotación» que pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG cumplan estas condiciones, no existe ninguna base para la conclusión de que así sucede necesariamente, sin una evaluación adicional de las circunstancias en las que funciona una red determinada.

96. Como se ha indicado antes, el artículo 26 de la Directiva establece una excepción para las microrredes y pequeñas redes aisladas con respecto, entre otras, a las obligaciones de acceso de terceros. Sin embargo, no hay pruebas de que la red explotada por FLH o todas las «redes de explotación» que pueden optar a la exención en virtud del artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG estén aisladas en el sentido de la Directiva. Además, la aplicación de esta excepción exige que el Estado miembro presente una solicitud a la Comisión, mientras que Alemania no ha presentado nunca tal solicitud. Ambas razones excluyen que una exención de «redes de explotación» de acuerdo con el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG pueda basarse, en principio, en el artículo 26 de la Directiva.

95. Una red de distribución también puede ser eximida de las obligaciones de acceso de terceros de conformidad con el artículo 20, apartado 2, de la Directiva, «en caso de que no disponga de la capacidad necesaria». De nuevo, no cabe excluir que dicha disposición permita la exención de determinadas «redes de explotación», si bien no hay duda de que no sucede así si no existen pruebas circunstanciadas de una falta de capacidad para

97. De cuanto antecede se desprende que la exclusión de la aplicación de las disposiciones en materia de obligaciones de acceso de terceros a las «redes de explotación» en el sentido de la EnWG no puede estar justificada por el tenor, el contexto y la finalidad de la Directiva.

VII. Conclusión

98. A la luz de lo anterior, considero que la respuesta a la cuestión prejudicial debe ser la siguiente:

«El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que excluye, como norma general, la aplicación de las disposiciones sobre acceso de terceros a las redes de distribución que están situadas en una zona de operación geográficamente vinculada y que principalmente sirven para abastecer las necesidades de energía de la propia empresa o de empresas vinculadas.»