



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 16 de abril de 2013¹

Asuntos acumulados C-105/12 a C-107/12

Staat der Nederlanden
contra
Essent NV y Essent Nederland BV (C-105/12)
Eneco Holding NV (C-106/12)
Delta NV (C-107/12)

[Peticiónes de decisión prejudicial planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos)]

«Gestores de redes de distribución de energía — Prohibición absoluta de privatización — Régimen de la propiedad — Prohibición de constituir grupos que incluyan simultáneamente gestores de redes de distribución de energía y sociedades que comercializan, suministran o generan energía — Prohibición de actividades secundarias impuesta a los gestores de redes de distribución de energía — Libre circulación de capitales — Restricciones — Justificación — Proporcionalidad — Justificación “puramente económica” — Competencia no falseada»

I. Introducción

1. El Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) solicita al Tribunal de Justicia que interprete los artículos 63 TFUE y 345 TFUE en el marco de los litigios entre el Staat der Nederlanden contra Essent NV y Essent Nederland BV (asunto C-105/12) (en lo sucesivo, conjuntamente, «Essent») y contra Eneco Holding NV (asunto C-106/12) y Delta NV (asunto C-107/12) (en lo sucesivo, conjuntamente, «sociedades»), que son varias sociedades que se dedican a la distribución de electricidad y gas en los Países Bajos, con respecto a varias disposiciones de la legislación neerlandesa aplicable a estos sectores.

2. En el marco de estos tres asuntos, que han sido acumulados por el Tribunal de Justicia, el Hoge Raad der Nederlanden ha planteado tres cuestiones prejudiciales:

- la primera cuestión se refiere a la «prohibición de privatización» establecida en la legislación neerlandesa, que impide que los gestores de redes de distribución de electricidad y gas² lleguen a estar en manos de entidades privadas, a la luz del artículo 345 TFUE;
- la segunda cuestión versa sobre la apreciación, a la luz de la libre circulación de capitales, de otras dos prohibiciones establecidas en la legislación neerlandesa, que impiden respectivamente que los gestores de tales redes de distribución mantengan vínculos con empresas que generan, suministran

1 — Lengua original: francés.

2 — En las presentes conclusiones, las expresiones «red» y «gestor de la red» se refieren siempre a las redes de distribución de electricidad o gas en los Países Bajos. En el caso de que se trate de redes de transporte, se indicará expresamente.

o comercializan electricidad o gas en Países Bajos (en lo sucesivo, «compañías energéticas») (en lo sucesivo, «prohibición de grupos») o que desarrollen otras actividades ajenas a la gestión de la red (en lo sucesivo, «prohibición de actividades secundarias»);

- la tercera cuestión se refiere a la existencia de «razones imperiosas de interés general» que constituyan una justificación de una restricción a la libre circulación de capitales, en la medida en que la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias mencionadas en la segunda cuestión supongan una restricción a dicha libertad.

3. Así pues, en los presentes asuntos se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie, una vez más, sobre la interpretación del Tratado FUE y en particular sobre la articulación entre los artículos 345 TFUE y 63 TFUE en lo que respecta a las medidas de liberalización de un sector económico estratégico. Sin embargo, los presentes asuntos revisten ciertas particularidades frente a los que dieron lugar a la jurisprudencia sobre las «golden shares». Por una parte, se trata no de una privatización parcial, sino de una prohibición de privatización que se traduce en una separación nítida entre el régimen de la propiedad de los gestores de la red de distribución, que funciona en un «marco cerrado» entre entidades públicas, y el de la propiedad de las empresas que generan, suministran y comercializan electricidad o gas, que puede transmitirse a entidades privadas. Por otra parte, las prohibiciones controvertidas no se basan en un mecanismo excepcional respecto al Derecho privado que confiera un privilegio a las entidades públicas. Por último, las disposiciones de Derecho neerlandés controvertidas no proceden solamente de una actuación espontánea en el plano nacional, sino que se enmarcan también en una política de liberalización iniciada por la Unión Europea, que se ha reflejado en la adopción de directivas que imponen una separación entre los gestores y los usuarios de redes de transporte y de distribución de energía.

4. A este respecto, procede precisar desde un primer momento que las dos directivas del segundo paquete energético de 2003, a saber, las Directivas 2003/54/CE³ y 2003/55/CE⁴ y las del tercer paquete energético de 2009, a saber, las Directivas 2009/72/CE⁵ y 2009/73/CE,⁶ que no son objeto de la petición de decisión prejudicial, son sin embargo importantes. En efecto, definen el grado de liberalización perseguido por el legislador comunitario entre el año 2003 y el año 2009, que las sociedades sostienen que los Estados miembros no pueden superar sin infringir las normas de Derecho de la Unión sobre las libertades fundamentales. Además, dichas directivas recogen definiciones pertinentes en el marco de los presentes asuntos.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. El Tratado FUE

5. Con arreglo al artículo 63 TFUE, apartado 1, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO L 176, p. 37).

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (DO L 176, p. 57).

5 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO L 211, p. 55).

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (DO L 211, p. 94).

6. El artículo 345 TFUE prevé que los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.

2. Directivas 2003/54 y 2003/55

7. La Directiva 2003/54 sobre la electricidad y la Directiva 2003/55 sobre el gas forman parte del segundo paquete energético adoptado para la liberalización del sector de la energía. Las normas sobre la electricidad son idénticas en sustancia a las que se refieren al gas. Con objeto de evitar duplicaciones, sólo se reproducen aquí las disposiciones relativas a la electricidad.

8. Los considerandos sexto a octavo y décimo de la Directiva 2003/54 establecen:

- «(6) Para que la competencia funcione correctamente se requiere un acceso a la red no discriminatorio, transparente y a precios razonables.
- (7) Para completar el mercado interior de la electricidad, es primordial que los gestores de redes de transporte o distribución puedan acceder a la red en condiciones no discriminatorias. Un gestor de red de transporte o distribución puede constar de una o más empresas.
- (8) A fin de garantizar un acceso eficaz y no discriminatorio a la red, es conveniente que, en caso de que existan empresas integradas verticalmente, las redes de distribución y transporte se gestionen a través de entidades jurídicamente independientes. [...]

Es necesario que pueda garantizarse la independencia de los gestores de redes de distribución y de los gestores de redes de transporte, especialmente con respecto a intereses de generación y de suministro. Por consiguiente, deben establecerse estructuras de gestión independientes entre gestores de redes de distribución y gestores de redes de transporte y cualquier empresa de generación/suministro.

No obstante, es importante distinguir entre dicha separación jurídica y la separación de la propiedad. La separación jurídica no implica un cambio en la propiedad de los activos y nada impide el empleo de condiciones similares o idénticas que apliquen en toda la empresa integrada verticalmente. Sin embargo, un proceso decisorio no discriminatorio debe estar garantizado mediante medidas organizativas respecto de la independencia de los responsables de las decisiones.

[...]

- (10) Aunque la presente Directiva no se ocupa de cuestiones de propiedad, cabe recordar que, cuando una empresa lleve a cabo el transporte o la distribución y esté separada, en su forma jurídica, de las empresas que realizan actividades de generación o de suministro, el gestor de la red designado podrá ser la misma empresa propietaria de la infraestructura.»

9. Según el artículo 2, apartados 3 y 5, de la Directiva 2003/54, 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, mientras que por «distribución» se entenderá 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.

10. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2003/54, titulado «Separación [jurídica] de los gestores de redes de distribución», dispone:

«Si el gestor de red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente.»

11. El artículo 15, apartado 2, de dicha Directiva prevé obligaciones adicionales para las empresas integradas verticalmente. En particular, los responsables de la administración del gestor de red de distribución deberán presentar garantías de independencia frente a las estructuras que sean responsables de la gestión de las actividades de generación, transporte y suministro, el gestor de red gozará de facultad de decisión efectiva y establecerá un programa de cumplimiento sobre la exclusión de conductas discriminatorias.

3. Directivas 2009/72 y 2009/73

12. Al constatar la insuficiente separación conseguida en virtud de las Directivas anteriores y con el fin de liberalizar este sector, el legislador de la Unión, en el marco del tercer paquete energético, adoptó las Directivas 2009/72 y 2009/73, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, respectivamente. Dichas Directivas no son pertinentes *ratione temporis* en los presentes asuntos, pero las partes del litigio principal las citan en sus observaciones.

13. Según el undécimo considerando de la Directiva 2009/72, «la separación efectiva solo puede asegurarse mediante la eliminación del incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente a discriminar a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y a la inversión. La separación patrimonial, entendiendo por tal una situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro, es evidentemente una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés inherente y garantizar la seguridad del suministro. Por ello, el Parlamento Europeo, en su Resolución, de 10 de julio de 2007, sobre las perspectivas para el mercado interior del gas y la electricidad, [⁷] señalaba que la separación patrimonial al nivel del transporte es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado. En virtud de la separación patrimonial, debe exigirse, por lo tanto, a los Estados miembros que velen por que la misma persona o personas no puedan ejercer control sobre una empresa de generación o de suministro y, al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte. De la misma manera, el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o de suministro. Dentro de dichos límites, una empresa de generación o de suministro puede tener una participación minoritaria en un gestor de red de transporte o en una red de transporte».

7 — DO 2008, C 175 E, p. 206.

B. Derecho neerlandés

14. Las disposiciones de Derecho nacional pertinentes en los procedimientos principales se recogen en ley sobre la producción, el transporte y el suministro de electricidad (*Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit*), de 2 de julio de 1998⁸ y la ley sobre el transporte y el suministro de gas (*Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas*), de 22 de junio de 2000,⁹ en su versión modificada en particular en 2004 y 2006 (en lo sucesivo, respectivamente, «*Elektriciteitswet 1998*» y «*Gaswet*»).

15. Estas leyes fueron modificadas en primer lugar por la Ley de intervención y aplicación (*Interventie- en Implementatiewet*), de 1 de julio de 2004,¹⁰ en particular para trasponer las directivas del segundo paquete energético.

16. Posteriormente fueron modificadas por la Ley sobre gestión independiente de redes (*Wet onafhankelijk netbeheer*), de 23 de noviembre de 2006 (en lo sucesivo, «*Ley Won*»)¹¹. Dicha Ley estableció obligaciones más estrictas para el gestor de red, entre ellas la prohibición de privatización, la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias. Esas son en concreto las modificaciones introducidas por dicha Ley Won en la *Elektriciteitswet 1998* y la *Gaswet* que son objeto del litigio entre las partes ante el órgano jurisdiccional nacional.

17. En virtud de estas disposiciones, en los Países Bajos son aplicables las prohibiciones siguientes, pertinentes en el caso de autos:

1. Prohibición de privatización

18. El Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de redes (*Besluit aandelen netbeheerders*), de 9 de febrero de 2008,¹² en relación con el artículo 93 de la *Elektriciteitswet 1998* y el artículo 85 de la *Gaswet*, establece el régimen de la propiedad aplicable a los gestores de red.

19. Las acciones de las sociedades que sean gestores de redes y el control sobre las redes deben estar totalmente en poder de accionistas que pertenezcan al «ámbito de las autoridades públicas». Según el Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de redes, sólo los entes públicos, como los ayuntamientos, las provincias o el Estado, o las personas jurídicas cuya propiedad corresponda, directa o indirectamente, a autoridades públicas, incluidas *Essent NV*,¹³ *Eneco Holding NV* y *Delta NV*, podrán ser o llegar a ser titulares de acciones de un gestor de red.

20. Por consiguiente, según el Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de redes la autorización de cualquier modificación de la propiedad de una red o de las acciones de un gestor de red deberá ser denegada por el Ministro de Economía si la transmisión pudiera tener por resultado que las acciones lleguen a manos de personas ajenas al ámbito de las autoridades públicas.

2. Prohibición de grupos

21. La prohibición de grupos se deriva del artículo 10b, apartado 1, de la *Elektriciteitswet 1998* y del artículo 2c, apartado 1, de la *Gaswet*.

8 — Stb. 1998, n° 427.

9 — Stb. 2000, n° 305.

10 — Stb. 2004, n° 328.

11 — Stb. 2006, n° 614.

12 — Stb. 2008, n° 62.

13 — Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

22. En virtud de estas disposiciones, los gestores de red no pueden formar parte de un grupo, tal como se define en el artículo 2:24b del Código Civil neerlandés (*Burgerlijk Wetboek*), al que también pertenezca una compañía energética, esto es, una persona jurídica que genera, suministra o comercializa electricidad o gas en los Países Bajos. De forma análoga, la prohibición de grupos se opone también a que un gestor de red posea acciones o participaciones en una compañía energética o en cualquier entidad de un grupo al que pertenezca una compañía energética. De modo recíproco, una compañía energética no puede poseer ninguna acción o participación en un gestor de red o en una entidad miembro de un grupo al que pertenezca un gestor de red.

23. En virtud de dicha prohibición, las empresas integradas verticalmente que operan en el sector de la energía deben escindirse en una parte responsable de la gestión de la red y una parte encargada de la generación, el suministro y la comercialización de la energía, es decir, en uno o varios gestores de red y compañías energéticas. En efecto, un gestor de red y las sociedades del grupo vinculadas a éste no pueden pertenecer a un grupo del que formen parte también compañías energéticas. Esta obligación de escindirse es denominada por el órgano jurisdiccional remitente la «obligación de escisión».

3. Prohibición de actividades secundarias

24. La prohibición de actividades secundarias está prevista en el artículo 17, apartados 2 a 4, de la *Elektriciteitswet 1998* y en el artículo 10b, apartados 2 a 4, de la *Gaswet*.¹⁴ Se compone de tres elementos.

25. En primer lugar, no está permitido que un gestor de red de distribución y las sociedades del grupo que están vinculadas a éste realicen actividades u operaciones que puedan entrar en conflicto con los intereses de la gestión de la red. Asimismo, en virtud de esta prohibición, una empresa del grupo no puede desarrollar actividades que no tengan una relación estrecha con las funciones básicas de una infraestructura. Por último, la prohibición de actividades secundarias impide también que el gestor de red preste, a favor de las actividades de la empresa de red, garantías financieras o avale deudas de otros integrantes del gestor de red de distribución.

III. Litigios principales, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

A. Hechos

26. Se desprende de las observaciones del Gobierno neerlandés que, cuando entró en vigor la Ley Won en 2006, tres tipos de empresas operaban en el mercado neerlandés de la energía. El primer tipo estaba integrado por las empresas que sólo se dedicaban a la generación, el suministro o la comercialización de electricidad o gas. El segundo tipo incluía a las empresas integradas verticalmente que llevaban a cabo tanto la generación, el suministro o la comercialización de electricidad o gas como la gestión y explotación de redes de electricidad y gas para la distribución de electricidad y gas. El tercer tipo de empresas se dedicaban principalmente a la gestión y explotación de redes de electricidad y gas y no ejercían ninguna actividad en materia de generación, suministro o comercialización de electricidad o gas. Las sociedades recurrentes en el litigio principal eran las empresas integradas verticalmente más importantes en el mercado neerlandés. Así pues, estaban comprendidas en el segundo tipo de empresas.

¹⁴ — En las presentes conclusiones, la expresión «prohibición de actividades secundarias» ha sustituido a la de «prohibición de actividades auxiliares», utilizada en la versión francesa de las resoluciones de remisión, con el fin de evitar cualquier confusión con el concepto de «servicios auxiliares» en el sentido del artículo 2, apartado 17, de la Directiva 2003/54, y del artículo 2, apartado 14, de la Directiva 2003/55, especificándose que la definición de este concepto es distinta en cada una de las Directivas citadas.

27. Essent opera en los mercados de energía neerlandés, belga y de otros Estados. Para Essent, la prohibición de grupos ha supuesto que Essent NV se escinda en dos para formar, por una parte, la empresa de red Enexis Holding NV que, con arreglo a la prohibición de privatización, es titularidad de accionistas públicos en un 100 % y, por otra parte, la empresa de comercialización, suministro y generación de electricidad y gas, Essent NV. La obligación de escisión supuso costes considerables para Essent, por lo que el juez nacional consideró que tenía interés en ejercitar la acción en el litigio principal. Desde su adquisición por el grupo alemán especializado en energía RWE, Essent NV pertenece en un 100 % a RWE Benelux Holding BV, una filial del grupo RWE AG.

28. Eneco Holding NV es una empresa cuya actividad, ejercida a través de sus filiales, consiste en generar, comprar, vender, transportar y suministrar electricidad y gas, en particular a usuarios de energía. El capital de Eneco Holding NV es propiedad de 60 ayuntamientos. Su actividad de suministro abarca todo el país, mientras que su empresa de red cubre una zona que comprende seis provincias neerlandesas.

29. Delta NV opera también en los mercados de generación, transporte, comercialización y suministro de electricidad. Asimismo distribuye y suministra gas. Delta NV está también presente en otros mercados. Las redes de energía desempeñan una función importante en el marco de su estrategia diversificada, que incluye una participación mayoritaria en una empresa belga especializada en el tratamiento de residuos. El valor que representan estas redes refuerza la base financiera de Delta NV. La provincia de Zelanda es su accionista principal y las acciones restantes son titularidad de ayuntamientos neerlandeses.

30. Como consecuencia de la existencia de una red de electricidad o gas, las sociedades debían estar participadas, directa o indirectamente, en un 100 % por accionistas (públicos) incluidos en el ámbito de las autoridades públicas. Estas empresas y sus accionistas tenían prohibido vender la red o el gestor de red, total o parcialmente, a inversores privados. Como ya he señalado, Essent NV se escindió posteriormente en un gestor de red y en una compañía energética, y las otras dos sociedades siguieron integradas verticalmente.

B. Procedimiento nacional

31. Las sociedades presentaron tres demandas separadas ante el Rechtbank Den Haag solicitando que se declarara que la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias eran contrarias a las libertades fundamentales consagradas en los artículos 49 TFUE y 63 TFUE y, por consiguiente, no tenían efecto. El Rechtbank Den Haag desestimó dichas demandas.

32. Las sociedades interpusieron un recurso de apelación contra estas decisiones ante el Gerechtshof Den Haag. El Gerechtshof Den Haag anuló las decisiones del Rechtbank Den Haag basándose en que las disposiciones impugnadas eran contrarias al artículo 63 TFUE y, por consiguiente, no tenían efecto.

33. El Staat der Nederlanden interpuso a continuación un recurso de casación contra las sentencias del Gerechtshof Den Haag alegando que el Derecho de la Unión no se oponía a las disposiciones impugnadas.

34. En el marco de ese procedimiento, el Hoge Raad der Nederlanden decidió, mediante tres resoluciones de 24 de febrero de 2012, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en los tres asuntos de que se trata, las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 345 TFUE en el sentido de que el “régimen de la propiedad en los Estados miembros” también incluye el régimen de que se trata en el presente asunto de prohibición absoluta de privatización tal como se establece en el Decreto sobre participaciones

en el capital de gestores de red, en relación con el artículo 93 de la [Elektricitetswet 1998] y el artículo 85 de la [Gaswet], que implica que las participaciones en el capital de un gestor de red sólo pueden transmitirse dentro del ámbito de las autoridades públicas?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿tiene ello como consecuencia que las normas relativas a la libre circulación de capitales no se aplican a la prohibición de grupos ni a la prohibición de [actividades secundarias],¹⁵ o cuando menos que no corresponde examinar la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias a la luz de las normas sobre libre circulación de capitales?
- 3) Los objetivos en que se basa la Ley Won, que consisten en establecer la transparencia en el mercado de la energía y evitar distorsiones de la competencia impidiendo las subvenciones cruzadas en sentido amplio (incluido el intercambio de información estratégica), ¿son intereses puramente económicos o pueden también considerarse intereses de naturaleza no económica, en el sentido de que, en determinadas circunstancias, pueden constituir, como razones imperiosas de interés general, una justificación de una restricción a la libre circulación de capitales?»

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

35. Mediante auto de 26 de marzo de 2012, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió acumular los asuntos C-105/12, C-106/12 y C-107/12.

36. Han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia las sociedades interesadas, los Gobiernos neerlandés, checo y polaco y la Comisión Europea, que estuvieron también representados en la vista que se celebró el 14 de enero de 2013, con la excepción de la República Checa y la República de Polonia.

IV. Análisis

A. Sobre la primera cuestión prejudicial relativa a la prohibición de privatización a la luz del artículo 345 TFUE

37. Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 345 TFUE debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de «régimen de la propiedad en los Estados miembros» incluye también el régimen de prohibición absoluta de privatización controvertido en el caso de autos, que supone que las acciones de un gestor de red sólo pueden ser transmitidas en el ámbito de las autoridades públicas.

38. Procede señalar en primer lugar que la prohibición de privatización prevista en la legislación neerlandesa supone, en lo que respecta a las redes, que sólo las «autoridades públicas» en el sentido del citado Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de red¹⁶ pueden ser propietarias de las redes, de forma directa o indirecta.

15 — La terminología utilizada en las presentes conclusiones para el análisis de las cuestiones segunda y tercera sigue la convención explicada en la nota 14 de las presentes conclusiones («actividades secundarias»).

16 — Hay que precisar que la definición de autoridad pública comprende también a las personas jurídicas que sean una filial al 100 % de una compañía energética mencionada en el Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de red, incluidas Essent NV (antes de su escisión), Eneco Holding NV y Delta NV. Estas filiales pueden ser personas jurídicas extranjeras.

39. Sin embargo, los bienes relacionados con la explotación de la red, así como las acciones o las participaciones directas o indirectas en las redes, no son *res extra commercium*, ya que se trata de derechos de propiedad totalmente ordinarios sujetos al Derecho privado, que pueden ser vendidos, comprados y utilizados por ejemplo como garantía de un crédito. No obstante, la transmisión de participaciones sólo puede tener lugar dentro de una categoría especial de propietarios, a saber, las llamadas «autoridades públicas».

40. El Hoge Raad der Nederlanden estima que, a la luz de la legislación nacional aplicable *ratione temporis*, se trata de una prohibición de privatización absoluta. Comparto esta opinión. La circunstancia de que el contenido de esta limitación se plasme únicamente en un acto de carácter reglamentario no afecta a esta conclusión, en contra de lo que sostienen las sociedades.

41. Como ha recordado el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, el artículo 345 TFUE es la única disposición de los tratados que se inspira directamente en la Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, y se recogía inicialmente en el artículo 83 del Tratado CECA.¹⁷ Su objetivo original era asegurar que el establecimiento de la nueva Comunidad no invadiera una delicada cuestión política de la época acerca de la naturaleza jurídica y social de la propiedad de las minas alemanas y de las empresas del sector siderúrgico «desagregadas».¹⁸ Así, el artículo 345 TFUE reconoce el principio de neutralidad ante la propiedad, pública o privada, de los «medios de producción» y de las empresas.¹⁹

42. A mi juicio, ello significa, por una parte, que una consecuencia inherente al sistema de propiedad adoptado, en la medida en que dicho sistema no sea discriminatorio o desproporcionado, no puede ser considerada un obstáculo comprendido en el ámbito de aplicación de las prohibiciones que prevé el Tratado. Por otra parte, las consecuencias restrictivas distintas de las derivadas directamente y de forma inevitable del régimen de la propiedad pública o privada están, en cambio, sometidas a las libertades fundamentales del Tratado.²⁰

43. Por ejemplo, se deriva del hecho de que el sector de la industria siderúrgica esté nacionalizado en un Estado miembro que se excluyan de dicho sector los establecimientos o las inversiones directas por inversores de otros Estados miembros. Como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia ha confirmado la compatibilidad de las nacionalizaciones con el Derecho de la Unión desde la sentencia Costa.²¹

44. Además, en mi opinión procede remitirse a la sentencia dictada por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)²² en el asunto entre el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y el Reino de Noruega sobre concesiones para la adquisición de saltos de agua. El Tribunal de la AELC interpretó el artículo 125 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,²³ de 2 de mayo de 1992, que se corresponde con el artículo 345 TFUE, en el

17 — Véase el punto 45 de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 3 de julio de 2001 en los asuntos acumulados que dieron lugar a las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731); Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781), y Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809).

18 — Delta NV se remite en sus observaciones a la descripción de la génesis de dicha disposición efectuada por el profesor Reuter, P. en su libro *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, París, 1953.

19 — Según el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, el artículo 345 TFUE no se refiere a los regímenes de la propiedad en el sentido del ordenamiento civil de las relaciones patrimoniales (véase el punto 54 de las conclusiones en los asuntos C-367/98, Comisión/Portugal; C-483/99, Comisión/Francia y C-503/99, Comisión/Bélgica, antes citados).

20 — El Tribunal de Justicia declaró recientemente en la sentencia de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Grecia (C-244/11), apartados 15 y 16, que «[...] el efecto [del artículo 295 CE] no es sustraer los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado [...]. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien el artículo 295 CE no cuestiona la facultad de los Estados miembros para adoptar un régimen de adquisición de la propiedad inmobiliaria, dicho régimen no puede eludir las normas fundamentales del Derecho de la Unión, en particular, las de no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales (sentencia de 23 de septiembre de 2003, Ospelt y Schlössle Weissenberg, C-452/01, Rec. p. I-9743, apartado 24 y jurisprudencia citada)».

21 — Sentencia de 15 de julio de 1964 (6/64, Rec. p. 1141).

22 — Sentencia del Tribunal de la AELC de 26 de junio de 2007, ESA/Noruega, «saltos de agua en Noruega», (E-2/06, EFTA Court, p. 163), apartado 72.

23 — DO 1994, L 1, p. 3.

sentido de que el derecho de un Estado del Espacio Económico Europeo (EEE) de decidir si la propiedad de los recursos hidroeléctricos y las instalaciones conexas corresponde a las autoridades públicas o a personas privadas no resulta afectado, en sí mismo, por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, según dicho Tribunal, el Reino de Noruega podía legítimamente perseguir el objetivo de establecer un régimen de propiedad pública para tales bienes, siempre que fuera proporcionado y no discriminatorio.

45. Según esta argumentación, el hecho de que ningún inversor privado pueda adquirir acciones o participaciones de una sociedad reservada a accionistas públicos no puede considerarse una restricción prohibida por el Tratado, puesto que se trata precisamente de un elemento del régimen de propiedad que el Tratado no pretende modificar.

46. En cambio, como la jurisprudencia sobre las «golden shares» pone de manifiesto, el trato privilegiado de los intereses públicos en el ámbito de un régimen de propiedad en principio privado, como el de las sociedades previsto en el Derecho de sociedades, no se sustrae a las disposiciones del Tratado sobre las libertades fundamentales.²⁴

47. El sistema neerlandés controvertido se basa en una opción fundamental en virtud de la cual la propiedad de la red de distribución de energía ha sido reservada a un accionariado público (*res publica*), pero no a un solo propietario. Conforme a este objetivo, los derechos de propiedad de la red corresponden a diversas entidades que se atienen a la definición de autoridad pública en el sentido del Decreto sobre participaciones en el capital de gestores de red. De ello se deriva inexorablemente la necesidad de prohibir la participación privada indirecta.

48. Por consiguiente, son necesarias restricciones a la transmisión de las acciones de la sociedad para que las participaciones en el bien puedan ser compradas y vendidas entre las distintas entidades autorizadas al efecto, sin que dicho bien pierda su carácter público. La prohibición de privatización es, por tanto, una consecuencia inevitable de la opción por la propiedad pública y de la pretensión de mantener la propiedad en manos del poder público. Así pues, concluyo que, en los asuntos principales, se trata precisamente de un régimen de propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE.

49. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión en el sentido de que un régimen de un Estado miembro, como el controvertido en los procedimientos principales, en virtud del cual las acciones de un gestor de red de distribución sólo pueden ser transmitidas a organismos públicos y a determinadas sociedades participadas en un 100 % por autoridades públicas (prohibición de privatización), constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE y es, por tanto, compatible con el Derecho de la Unión Europea.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial relativa a la prohibición de grupos y a la prohibición de actividades secundarias a la luz de la libre circulación de capitales

50. La segunda cuestión prejudicial se refiere a la libre circulación de capitales. El Hoge Raad der Nederlanden pretende saber si una respuesta afirmativa a la primera cuestión tendría como consecuencia que las normas relativas a la libre circulación de capitales no se aplicaran a la prohibición de grupos ni a la prohibición de actividades secundarias,²⁵ o cuando menos que no correspondiera examinar dichas prohibiciones a la luz de las normas sobre libre circulación de capitales.

24 — Véanse en particular las citadas sentencias dictadas en los asuntos Comisión/Portugal (C-367/98), Comisión/Francia (C-483/99) y Comisión/Bélgica (C-503/99).

25 — Véanse los puntos 21 a 25 de las presentes conclusiones.

51. En primer lugar, conforme a la distinción que he propuesto más arriba,²⁶ procede determinar si estas dos prohibiciones son consecuencias inherentes a la decisión de principio del Staat der Nederlanden, analizada en el marco de la primera cuestión, de reservar la propiedad de los gestores de redes a las autoridades públicas, en cuyo caso no podrían constituir obstáculos. En mi opinión, la respuesta es negativa.

52. La prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias no son consecuencias directas e inevitables de la prohibición de privatización, que, por su parte, está sujeta al régimen de propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE, sino que son medidas legislativas que persiguen impedir que la gestión de las redes de distribución se lleve a cabo para promover intereses ajenos a las necesidades de dichas redes, en particular los intereses relacionados con el suministro o la generación de energía. En realidad, se trata de evitar que se eluda el principio de separación de las estructuras de propiedad de las redes, por una parte, y de los servicios de suministro y generación que las explotan, por otra parte, con independencia del carácter público o privado de cualquiera de estas estructuras. Además, la finalidad de la prohibición de actividades secundarias es que la gestión de las redes quede aislada de los riesgos asociados a actividades no conexas y, al mismo tiempo, evitar que la gestión de las redes sea utilizada como forma de financiación de actividades no conexas.

53. En otras palabras, no se trata de medidas que persigan, mediante el control de las cadenas intermedias de propiedad, reservar la propiedad de las redes a las autoridades públicas, sino que son medidas que pretenden mantener «puro» el sistema mediante la separación patrimonial, de forma que los intereses de la red y los de la venta de energía no se mezclen. A mi juicio, sería también necesaria en el supuesto de que la separación de la propiedad se hubiera efectuado sin prohibición de privatización. Aunque la legislación nacional autorizara que un gestor de red fuera propiedad de entidades privadas, sería preciso en todo caso establecer prohibiciones análogas para garantizar el respeto de la separación de la propiedad²⁷ con el fin de evitar conflictos de intereses.

54. Dado que la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias son separables de la prohibición de privatización, procede determinar si constituyen una restricción a la libre circulación de capitales.

55. Al no existir en los Tratados una definición de los movimientos de capitales, el Tribunal de Justicia ha reconocido un valor indicativo a la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE,²⁸ en particular en la sentencia Comisión/Portugal.²⁹ Según dicha nomenclatura, constituyen en particular movimientos de capitales las inversiones denominadas «directas», a saber, las inversiones en forma de participación en una empresa mediante la titularidad de acciones que confiera la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control, así como las inversiones denominadas «de cartera», efectuadas con la única intención de realizar una inversión, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa.³⁰ Dicha nomenclatura incluye también las fianzas, otras garantías y los derechos de pignoración.

26 — En el punto 42 de las presentes conclusiones.

27 — Según la Comisión, en la época en que se adoptaron estas dos prohibiciones, el Gobierno neerlandés no había excluido todavía la posibilidad de una privatización de los gestores de red. Cabe recordar que, en efecto, los regímenes que limitan la constitución de grupos o el ejercicio de actividades secundarias son bastante habituales en las normativas aplicables a los sectores sometidos a un control estatal reforzado, tales como las que se aplican en los sectores financiero o de salud.

28 — Directiva del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo [67 CE], (DO L 178, p. 5).

29 — Sentencia de 8 de julio de 2010 (C-171/08, Rec. p. I-6817), apartado 49. Véase también la sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartado 179.

30 — Véanse, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius* (C-567/07, Rec. p. I-9021), apartado 19, y de 8 de julio de 2010, *Comisión/Portugal*, antes citada, apartados 49 y 50.

56. El Tribunal de Justicia ha precisado que deben calificarse de restricciones, en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1, las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las sociedades afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas.³¹

57. En mi opinión, la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias afectan claramente a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1, y constituyen restricciones de dichos movimientos. Además, dado que se trata de prohibiciones absolutas que impiden, por definición, todas las operaciones comprendidas en su ámbito de aplicación, no es necesario determinar separadamente su carácter de obstáculos a la libre circulación de capitales.

58. Al impedir toda estrategia de diversificación financiera u operativa de las entidades afectadas, basada en la complementariedad de los dos sectores, las prohibiciones de que se trata se oponen tanto a las inversiones directas como a las inversiones de cartera. En efecto, limitan las inversiones por parte de sociedades extranjeras en los operadores del sector de la energía en los Países Bajos, así como las inversiones por estos últimos en los operadores extranjeros que tengan participaciones en otros grupos energéticos de los Países Bajos. La prohibición de actividades secundarias puede también alterar las condiciones de financiación de las sociedades afectadas. Por consiguiente, la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias constituyen restricciones a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1, prohibidas salvo que concurra una justificación.

59. Es conveniente precisar que estas dos prohibiciones podrían ser analizadas igualmente desde el punto de vista de la libertad de establecimiento. En efecto, la prohibición de grupos impide que se tomen participaciones minoritarias y mayoritarias en los gestores de red y en las compañías energéticas así como en las entidades miembros de los grupos a los que pertenecen tales compañías. La prohibición de actividades secundarias limita, por su parte, el ámbito de actividad de los gestores de red y de las sociedades vinculadas a éstos en el marco de un grupo, lo que constituye una potencial restricción a la libertad de establecimiento desde el punto de vista de la empresa afectada. A este respecto basta con señalar que, según reiterada jurisprudencia, en la medida en que las medidas nacionales controvertidas originan restricciones a la libertad de establecimiento, dichas restricciones son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales, a los que se encuentran indisolublemente ligadas. En consecuencia, no es necesario analizar las medidas controvertidas a la luz de la libertad de establecimiento.³²

60. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial que si bien la prohibición de privatización de los gestores de red de distribución controvertida en el procedimiento principal constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE compatible con el Derecho de la Unión, otros regímenes nacionales, como la prohibición de grupos que incluyen a gestores de red de distribución de energía y a personas jurídicas que comercializan, suministran o generan electricidad o gas en los Países Bajos y la prohibición de actividades secundarias aplicable a los gestores de la red de distribución, están comprendidos en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales a la luz de la cual debe comprobarse su compatibilidad.

31 — Sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 50.

32 — Sentencias de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos (C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141), apartado 43, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 80.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial relativa a la existencia de razones imperiosas de interés general que constituyan una justificación de una restricción a la libre circulación de capitales

61. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si los objetivos de la Ley Won, a saber garantizar la transparencia en el mercado de la energía y evitar distorsiones de la competencia impidiendo las subvenciones cruzadas en sentido amplio (incluido el intercambio de información estratégica), son intereses puramente económicos o pueden también considerarse intereses de naturaleza no económica, en el sentido de que, según las circunstancias, pueden constituir, como razones imperiosas de interés general, una justificación de una restricción a la libre circulación de capitales.

1. Sobre las características de las redes de distribución de electricidad y gas

62. Antes de analizar la existencia de una eventual justificación y su proporcionalidad, me parece necesario recordar las características de las redes de distribución de electricidad y gas desde el punto de vista de la competencia y estratégico.

63. Dichas redes conectan la red de transporte nacional con el consumidor en el ámbito regional o local. Constituyen los llamados monopolios «naturales», puesto que no pueden duplicarse razonablemente habida cuenta de sus enormes economías de escala. Desde el punto de vista de la competencia, el propietario de la red de distribución controla por tanto una infraestructura esencial («essential facility») entre el suministro y el consumo, que le confiere un poder de mercado tanto en el segmento anterior como en el posterior.

64. Las redes de distribución de electricidad y gas son importantes para los consumidores en dos aspectos. En primer lugar, es indispensable que el propietario de la red no utilice su posición monopolística para exigir una remuneración desproporcionada por sus servicios, esto es, el acceso al suministro de energía por la red de distribución. Por ello, la tarifa de transporte para la distribución de la energía puede estar controlada por las autoridades nacionales, lo que al parecer sucede en los Países Bajos.³³ En segundo lugar, es necesario que la calidad de la gestión de la red sea satisfactoria, en particular en lo que se refiere a la reparación de las deficiencias que afectan a la recepción de la energía y a la fiabilidad de la facturación del consumo.

65. Desde el punto de vista de la seguridad del suministro energético, las redes de distribución son esenciales, ya que es inútil disponer de un suministro suficiente de energía si no puede ser distribuido a los consumidores. Por esta razón los gestores de redes también presentan importancia para la seguridad nacional, puesto que quien controla la distribución de la electricidad controla también la sociedad moderna en todas sus funciones. El mismo razonamiento se aplica para el gas en los Estados miembros en los que constituye una fuente de energía significativa.

66. Teniendo en cuenta las particularidades de los sectores que explotan redes no «duplicables» para la prestación de servicios o el suministro de energía, resulta más clara la importancia de garantizar una estructura competitiva adaptada. En este contexto, es necesario asegurar un acceso no discriminatorio de los terceros a dichas redes con el fin de completar el proceso de liberalización, es decir la realización de un mercado competitivo en el que esté garantizada la libre prestación de servicios en la explotación de redes como las redes de distribución de electricidad, de gas o los transportes ferroviarios. El legislador de la Unión, al igual que el de varios Estados miembros, ha adoptado al efecto una estrategia de separación, esto es una disociación entre la gestión de la red y su explotación para la prestación de servicios. El grado de separación previsto o alcanzado varía según los sectores y los Estados miembros de que se trate, desde una separación contable o funcional hasta una separación jurídica e incluso hasta la disociación de las estructuras patrimoniales.

33 — Según las indicaciones facilitadas por el Gobierno neerlandés en la vista.

2. Incidencia del Derecho derivado de la Unión en la apreciación de una normativa nacional a la luz de las libertades de circulación

67. Los presentes asuntos suscitan el problema de la incidencia de las normas de Derecho derivado de la Unión en la apreciación de la justificación de una medida nacional de trasposición que constituye una restricción a una de las libertades de circulación y que va más allá de las exigencias de la Directiva que traspone.

68. Me parece en efecto importante, a la vista de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, determinar si el control de la medida de trasposición objeto de los presentes asuntos implica controlar la compatibilidad de la Directiva traspuesta con el Derecho primario de la Unión.

69. En los casos de autos, las prohibiciones de grupos y de actividades secundarias se derivan de la Ley Won, promulgada en particular con el fin de trasponer las Directivas 2003/54 y 2003/55 del segundo paquete energético, las cuales no exigen la separación entre la propiedad de las acciones del gestor de la red de transporte o de distribución y la de los demás operadores, y no prevén que dicha separación constituya una modalidad explícita de trasposición.³⁴ Al igual que otros legisladores nacionales que habían optado por la separación patrimonial entre los gestores de redes de transporte, por una parte, y las empresas de generación y suministro de energía, por otra parte,³⁵ considero que el legislador neerlandés por iniciativa propia fue más allá en 2006, con la Ley Won, de las exigencias del Derecho derivado de la Unión vigente, al optar por la separación patrimonial de los gestores de redes de distribución, por una parte, y de las empresas de generación y suministro de energía, por otra parte. Procede subrayar que las Directivas de que se trata recogen disposiciones de armonización mínima.

70. En el marco jurídico aplicable *ratione temporis* a los presentes asuntos, la Ley Won es una medida dissociable de las Directivas de 2003, aunque fue promulgada para su trasposición. Por tanto, puede ser examinada de forma autónoma a la luz de las libertades de circulación.

71. Sin embargo, aunque no sean aplicables *ratione temporis* al caso de autos, no me parece que pueda prescindirse de la adopción posterior de las Directivas 2009/72 y 2009/73, que, por su parte, prevén la separación patrimonial como una de las modalidades explícitas de trasposición. Cabe recordar, en efecto, que el undécimo considerando de la Directiva 2009/72 califica dicha separación como una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés inherente y que el vigesimoprimer considerando de ésta prevé el derecho a optar por la completa separación patrimonial.³⁶

72. Ciertamente, una interpretación literal y restrictiva de dichos considerandos podría llevar a pensar que sólo se refieren a los gestores de redes de transporte de energía. No obstante, al igual que el Gobierno neerlandés y la Comisión, estimo que dichos considerandos son también pertinentes para las redes de distribución, por sus características, que ya he descrito, y por la necesidad de eliminar los conflictos de intereses entre los gestores y los usuarios de redes, que me parece de igual importancia tanto en materia de distribución como de transporte, aun cuando únicamente estas últimas redes sean determinantes desde el punto de vista de la libre prestación de servicios en el ámbito transfronterizo.

34 — Véanse el octavo considerando y el artículo 15 de la Directiva 2003/54, antes citados.

35 — Antes de la adopción del tercer paquete energético, trece Estados miembros habían optado por la separación entre la propiedad de los gestores de redes de transporte de electricidad y seis por la separación en el transporte de gas, según Hunt, M.: «Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate», *EU Energy Law and Policy Issues*, ed. Delvaux, B., y otros, Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

36 — Sin embargo, no se trata de una obligación. A este respecto, el artículo 26 de la Directiva 2009/72, titulado «Separación de los gestores de red de distribución», dispone, al igual que el artículo 15 de la Directiva 2003/54, que «estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente».

73. Por consiguiente, en el marco jurídico actual, en mi opinión la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias ya no podrían ser impugnadas, al menos en principio, sin que ello implique directamente un control de la compatibilidad de las Directivas de 2009 con la libre circulación de capitales. Sin embargo, hay que señalar que la separación patrimonial prevista en el undécimo considerando de dichas Directivas no va tan lejos como la resultante de la prohibición de grupos en Derecho neerlandés, en la medida en que ese considerando reserva expresamente la posibilidad de inversiones minoritarias recíprocas entre el gestor de red y una empresa de generación o suministro.

74. La Comisión destaca en sus observaciones que la compatibilidad de la prohibición de grupos con la libre circulación de capitales debe apreciarse en el marco de las normas pertinentes del Derecho derivado de la Unión y parece alegar que la mera compatibilidad de la prohibición de grupos con los objetivos de las Directivas puede suponer una justificación de esa medida.

75. A mi juicio, la verdadera cuestión es más bien la siguiente: ¿es compatible la separación patrimonial posteriormente prevista en las Directivas de 2009 con el Tratado y en particular con las libertades de circulación que puede obstaculizar?

76. Según reiterada jurisprudencia, el legislador de la Unión está, en principio, obligado a respetar las libertades de circulación establecidas por el Tratado, al igual que el legislador nacional.³⁷ Se ha suscitado un debate doctrinal³⁸ para determinar si la legislación derivada está sujeta a un control de la misma naturaleza y de la misma intensidad en el marco de la apreciación de su conformidad con el Derecho primario de la Unión, en particular con las libertades de circulación,³⁹ o si dicho control debe adaptarse a las particularidades y a las finalidades propias del Derecho de la Unión.

77. En el asunto Bauhuis, el Tribunal de Justicia declaró que las medidas dictadas por el Consejo en interés general de la Comunidad, y no unilateralmente por los Estados miembros con la finalidad de proteger intereses propios, no pueden considerarse como medidas que obstaculizan los intercambios.⁴⁰ En otras palabras, la legislación derivada de la Unión parece gozar de una presunción de conformidad con las libertades de circulación garantizadas por el Tratado. Más recientemente, la sentencia Alemania/Parlamento y Consejo⁴¹ ha ilustrado la particularidad del control de las medidas de Derecho derivado con respecto a las libertades de circulación, declarando que el objetivo de evitar cualquier distorsión del mercado podía justificar un obstáculo a la libertad de establecimiento resultante de la Directiva relativa a la garantía de depósitos. Dicho objetivo no habría podido sin duda justificar una medida nacional similar que hubiera sido considerada de carácter puramente económico.

78. Así, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido que las finalidades económicas del Tratado pueden justificar obstáculos a las libertades fundamentales que se derivan de la legislación de la Unión. En los asuntos principales, conviene preguntarse por tanto si, y en qué medida, los objetivos de una normativa nacional que persigue finalidades del Tratado también pueden justificar dichos obstáculos. Este problema puede plantearse en términos idénticos fuera del ámbito de la liberalización

37 — Véase, en materia de libre circulación de mercancías, la sentencia de 20 de abril de 1978, *Les Commissionnaires Réunis y Les Fils de Henri Ramel* (80/77 y 81/77, Rec. p. 927), en la que se señala que «la prohibición de restricciones cuantitativas así como de medidas de efecto equivalente es válida, como el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente, no sólo para las medidas nacionales, sino también para las medidas que emanan de las instituciones comunitarias». Véase también la sentencia de 17 de mayo de 1984, *Denkavit Nederland* (15/83, Rec. p. 2171), apartado 15. A mi juicio no procede adoptar un razonamiento distinto en materia de libre circulación de capitales.

38 — Sobre dicho debate, Mortelmans, K.: «The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market», *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, p. 1303.

39 — A favor de esta tesis, Petersmann, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Friburgo, 1991.

40 — Sentencia de 25 de enero de 1977 (46/76, Rec. p. 5), apartados 27 a 30.

41 — Sentencia de 13 de mayo de 1997 (C-233/94, Rec. p. I-2405), apartado 57.

de los sectores de las redes de distribución de electricidad y gas, en particular en el marco del análisis de una normativa nacional en materia de competencia que, en su propio ámbito de aplicación, resulte más estricta que la de la Unión por lo que podría constituir una restricción a la libertad de establecimiento.

3. Sobre las justificaciones llamadas «puramente económicas»

79. Con ocasión del análisis de la segunda cuestión prejudicial, ya he indicado que tanto la prohibición de grupos como la prohibición de actividades secundarias aplicables a los gestores de redes de distribución están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales y constituyen restricciones a dicha libertad.

80. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la libre circulación de capitales sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por alguna de las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal. Además, tales restricciones deben ser apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.⁴²

81. El órgano jurisdiccional remitente observa que los objetivos de transparencia en el mercado de la energía y de evitar las distorsiones de la competencia con el fin de crear condiciones de competencia equitativas («level playing field»), invocados por el Estado para justificar la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias, fueron también utilizados por el Parlamento Europeo y el Consejo como fundamento de las Directivas 2009/72 y 2009/73. Según sus exposiciones de motivos, estas Directivas persiguen en particular garantizar un acceso equitativo a la red y la transparencia en el mercado para la aplicación de tarifas transparentes y no discriminatorias.⁴³ Aunque estas Directivas no imponen la separación patrimonial del gestor de red de distribución y de las actividades comerciales, el órgano jurisdiccional remitente destaca que las medidas previstas, en particular de separación jurídica y funcional, se establecieron con el fin de alcanzar los objetivos antes mencionados.

82. En cambio, las sociedades consideran que la transparencia y la prevención de las subvenciones cruzadas persiguen principalmente reforzar la estructura de la competencia en el mercado neerlandés de la energía. Invocando una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, alegan que tales objetivos son de carácter meramente económico y no pueden constituir, en cuanto tales, razones imperiosas de interés general.⁴⁴

83. La Comisión, por su parte, estima que ciertamente la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias entrañan una separación de los gestores de redes de distribución que va más allá de lo previsto en las Directivas 2003/54 y 2003/55, si bien se atiende al sistema y a los objetivos de dichas Directivas.

42 — Véase la sentencia de 21 de diciembre de 2011, Comisión/Polonia (C-271/09, Rec. p. 13613), apartados 55 y 58.

43 — Véanse, en particular, los considerandos cuarto, séptimo, vigésimo sexto y trigésimo segundo de la Directiva 2009/72 y los considerandos cuarto, quinto, vigésimo quinto y trigésimo primero de la Directiva 2009/73.

44 — Sentencias de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727), apartados 35 y 36; de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04, Rec. p. I-2421), apartado 34, y de 15 de abril de 2010, CIBA (C-96/08, Rec. p. I-2911), apartado 48.

84. En mi opinión, se desprende claramente de la exposición de motivos de las Directivas de 2009 y de los debates parlamentarios en los Países Bajos que los objetivos principales de la separación patrimonial y de la prohibición de grupos son respectivamente, en la Unión, el aumento de las inversiones y de la competencia en el mercado de la energía y la bajada de los precios en el ámbito europeo⁴⁵ y, en los Países Bajos, la lucha contra los comportamientos contrarios a la competencia a través de una mayor transparencia.⁴⁶ Basta con señalar que estos objetivos constituyen *prima facie* motivos de carácter económico en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

85. En concreto, pese a los motivos económicos criticados en el caso de autos, las prohibiciones de grupos y de actividades secundarias pueden, a mi juicio, estar justificadas de tres formas. En primer lugar, considerando que los objetivos económicos no son «puros», sino que son medios al servicio de fines no económicos. En segundo lugar, precisando el concepto de objetivo económico para incluir en el mismo un elemento relativo a la finalidad proteccionista, o incluso «egoísta», de la medida objeto de control. O en tercer lugar, justificando, al margen del carácter económico o no del motivo alegado, las prohibiciones controvertidas por referencia a uno de los objetivos del Tratado.

86. El primer razonamiento se enmarca en las adaptaciones, ya admitidas por el Tribunal de Justicia, a la prohibición de los motivos económicos.⁴⁷ En particular, el Gobierno neerlandés invoca una corriente jurisprudencial que admite la legitimidad de las medidas que, aun teniendo un motivo económico, persiguen otro fin de carácter no económico.⁴⁸

87. Sin embargo, seguir este razonamiento plantearía dos dificultades en los asuntos principales. Una de ellas se refiere a la formulación de la tercera cuestión prejudicial del Hoge Raad der Nederlanden que versa únicamente sobre los objetivos de transparencia en el mercado de la energía y sobre las distorsiones de la competencia, por lo que el Tribunal de Justicia no puede tomar en consideración los objetivos no económicos alegados por el Gobierno neerlandés, en particular la protección de los consumidores, la garantía de la seguridad del suministro y el interés en que los gestores de redes se centren en esta tarea.

88. La otra hace referencia a que la relación entre la prohibición de grupos y la prohibición de actividades secundarias y la seguridad pública y la protección del consumidor no está clara ni desde el punto de vista de la proporcionalidad de estas medidas ni de su proporcionalidad a tales objetivos,⁴⁹ tal como señalan acertadamente las sociedades. En efecto, me parece que la prohibición de privatización ya responde de manera suficiente a las exigencias derivadas del interés de proteger la seguridad pública, puesto que impide, en particular, que las redes de distribución de electricidad sean gestionadas por sociedades controladas por Estados terceros. En cambio, las exigencias derivadas de la protección de los consumidores deberían ser objeto de una atención específica aunque el legislador haya admitido el mantenimiento de las sociedades integradas verticalmente.

89. El segundo razonamiento se basa en la idea de que el motivo por el cual las medidas procedentes del Derecho de la Unión no son objeto de un control tan riguroso con respecto a las libertades de circulación como el que se ejerce sobre las medidas estrictamente nacionales consiste en que lo que pretende el Tribunal de Justicia al distinguir las razones que pueden justificar una medida restrictiva

45 — Véase sobre este punto la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva COM(2007) 528 final, p. 5.

46 — Las observaciones de Essent NV y Essent Nederland BV reproducen los motivos invocados por el legislador neerlandés en diversas etapas del proceso.

47 — Para un intento de racionalización de estas adaptaciones, véase Snell, J.: «Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement», en *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, ed. Schrauwen, A., Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

48 — Sentencia Campus Oil y otros, antes citada.

49 — Tanto más cuanto que el Tribunal de Justicia estima que la excepción de seguridad pública del actual artículo 65 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en sentido estricto y sólo puede cubrir los casos en los que exista una amenaza real y suficientemente grave para el interés público; véanse las sentencias de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581), apartado 72, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 73.

de otras razones no es tanto la naturaleza económica del objetivo perseguido en sí, sino la finalidad proteccionista implícita de esa justificación explícita.⁵⁰ Así, la clasificación estática de la expresión legislativa de una política pública es menos importante que su finalidad dinámica, teniendo en cuenta el sistema y los objetivos del Tratado.

90. Esta argumentación es confirmada por el análisis de las medidas controvertidas en determinados asuntos en los que el Tribunal de Justicia no aceptó la justificación de una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales por tener un carácter meramente económico.

91. Por ejemplo, en el asunto Comisión/Portugal,⁵¹ antes citado, el Tribunal de Justicia no admitió que el régimen nacional controvertido, por el que se limitaba el número de inversores nacionales de otro Estado y se condicionaba a la aprobación previa de la República Portuguesa la adquisición de acciones por encima de un cierto límite, estuviera justificado por el reforzamiento de la estructura competitiva del mercado de que se trata, así como por la modernización y el reforzamiento de la eficacia de los medios de producción, sobre la base de su carácter económico. A mi juicio la motivación implícita de esta sentencia consiste en la sospecha de motivos proteccionistas en el ejercicio de la facultad de apreciación reservada a la autoridad nacional responsable de conceder dicha autorización.

92. Por lo demás, la preeminencia del riesgo de desviación proteccionista sobre la naturaleza del motivo alegado se trasluce *a fortiori* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que no se refiere a las justificaciones económicas. Así, en el reciente asunto Comisión/Grecia,⁵² el Tribunal de Justicia negó que estuviera justificada una medida de autorización previa para la adquisición de acciones de sociedades estratégicas como consecuencia de la facultad de apreciación discrecional de las autoridades nacionales en el ejercicio de dicha facultad, pese a la existencia de una razón de seguridad pública, que podría justificar tales medidas, relacionada con la seguridad del suministro energético. En otros términos, la finalidad de la medida nacional objeto de control prevalece sobre su calificación económica.

93. El asunto Comisión/Italia⁵³ versaba también sobre una ley de privatización que, como medida transitoria para la liberalización completa del sector de la energía, privaba de derecho de voto a todas las acciones que superaran un límite global del 2 %. La República Italiana trató de justificar esta medida por la salvaguardia de unas condiciones de competencia sanas y equitativas en los mercados de la energía, objetivo que no fue aceptado por el Tribunal de Justicia. También en este caso, me parece que no era tanto la naturaleza económica de la medida lo que se oponía a que el Tribunal la admitiera como el hecho de que dicha medida contribuía a mantener el *statu quo*, es decir, en ese asunto, el control de las autoridades públicas italianas sobre sociedades en curso de privatización, objetivo que es proteccionista en su esencia.

94. Del mismo modo, en la jurisprudencia relativa a las «golden shares», no es tanto la naturaleza económica de la justificación alegada como el carácter exorbitante del derecho que se reserva el Gobierno, que supone también un proteccionismo público, lo que a mi juicio ha justificado que el Tribunal de Justicia haya considerado sistemáticamente que tales medidas eran incompatibles con la libre circulación de capitales y con la libertad de establecimiento.⁵⁴

50 — Tal como alegó la Comisión en la vista.

51 — C-367/98, antes citado, apartado 52.

52 — Sentencia antes citada, apartado 79.

53 — Sentencia de 2 de junio de 2005 (C-174/04, Rec. p. I-4933), apartado 37.

54 — Véase, en particular, la sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, que tenía por objeto acciones dotadas de derechos especiales (derecho de veto) que debían ser poseídas de forma obligatoria y mayoritaria por el Estado o por otros accionistas públicos.

95. Un objetivo que podría *a priori* ser incompatible con la jurisprudencia clásica del Tribunal de Justicia, podría en cambio considerarse compatible con el Tratado como resultado de la aplicación de un criterio de finalidad en el marco de un enfoque renovado del motivo económico. Ello supondría, por ejemplo, crear una distinción entre, por una parte, los motivos económicos que tienen por efecto proteger, de una manera u otra, los intereses económicos de los Estados miembros y, por otra parte, los que tienen por efecto organizar un sector económico conforme a los objetivos económicos del Tratado.

96. En el caso de autos, en el marco de la situación de partida en los Países Bajos, a saber que los gestores de redes y las compañías energéticas integradas verticalmente son propiedad de entidades públicas, no considero que la prohibición de grupos o de actividades secundarias favorezca directa o indirectamente a los operadores nacionales. Por el contrario, dado que Essent NV fue forzada a escindirse antes de poder ser privatizada, estima que al haber sido obligada a transmitir las participaciones en el gestor de red de distribución Enexis Holding NV, quedó situada en una situación de desventaja competitiva con respecto a los competidores de otros Estados miembros en los que el modelo integrado verticalmente sigue estando autorizado. Por consiguiente, parece que la prohibición de grupos no persigue una finalidad proteccionista, a diferencia de las medidas consideradas incompatibles con las libertades de circulación en los asuntos antes citados.

97. Además, la prohibición de grupos o la prohibición de actividades secundarias no persiguen una finalidad proteccionista a favor de las autoridades públicas que, ciertamente, obtienen la reserva de la propiedad de los gestores de red, pero son también excluidas de la propiedad de las compañías energéticas en la medida en que son gestores de red.

98. El tercer razonamiento consiste en reconocer un nuevo fundamento para la justificación de una restricción a las libertades de circulación, basado en la disposición del Tratado según la cual el mercado interior comprende siempre un sistema que garantiza que no se falsee la competencia. Esta disposición, que figuraba ya en el artículo 3, letra f), del Tratado CEE original, se encuentra actualmente en el Protocolo 27 del TFUE.⁵⁵

99. Pues bien, la normativa nacional que pretende sustituir en el ámbito regional o local los monopolios históricos de las compañías energéticas integradas verticalmente por una estructura que, separando la propiedad de la gestión de la red de distribución y la de los servicios que la explotan, permite establecer un mercado competitivo de la comercialización, del suministro y de la generación de energía, constituye plenamente una medida idónea para garantizar que no se falsee la competencia.

100. En mi opinión, las limitaciones a la libertad de actuación del gestor de la red de distribución y de las compañías energéticas pueden garantizar un acceso no discriminatorio al mercado de la energía y asegurar que no se falsee la competencia en la comercialización, el suministro y la generación de energía. A mi juicio, este objetivo debe ser considerado como una justificación significativa de interés general de las restricciones nacionales no discriminatorias que resultan necesarias para poder liberalizar un mercado caracterizado por un monopolio natural. Poco importa que esta justificación sea calificada de justificación no puramente económica o no proteccionista.

101. Más en concreto, la prohibición de grupos refuerza la separación entre el suministro y la generación, por una parte, y la distribución de la energía, por otra, lo cual, según el undécimo considerando de las Directivas 2009/72 y 2009/73, es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado.

55 — Sobre la jurisprudencia relativa al artículo 3, letra f), del Tratado CEE véase la sentencia de 10 de enero de 1985, *Association des Centres distributeurs Leclerc y Thouars Distribution* (229/83, Rec. p. 1), apartados 20 y ss.

102. La prohibición de actividades secundarias, por su parte, aísla simultáneamente los demás sectores, como por ejemplo la gestión de los residuos de un vertido, de los recursos generados en el marco de una actividad que presenta el carácter de un monopolio natural, protegiendo la gestión de las redes contra los riesgos asociados a las actividades no conexas. De ello se deduce que tal prohibición puede garantizar que los potenciales excedentes de explotación generados en el marco de la gestión de las redes se inviertan en el mantenimiento y mejora de la red, y no en actividades externas.

103. Por lo que respecta a la proporcionalidad, en el marco de la decisión de principio adoptada por el legislador nacional, a saber la separación estructural entre la gestión de las redes de distribución y la comercialización, el suministro y la generación de electricidad y gas, esa prohibición no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de transparencia en el mercado de la energía y de prevención de las distorsiones de la competencia.

104. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión prejudicial que los regímenes nacionales controvertidos, como la prohibición de grupos que incluyen a gestores de red de distribución de energía y a personas jurídicas que comercializan, suministran o generan electricidad o gas en los Países Bajos y la prohibición de actividades secundarias aplicable a los gestores de redes de distribución, pueden considerarse restricciones justificadas a la libre circulación de capitales, ya que pueden garantizar que no se falsee la competencia mediante la explotación de una posición monopolística del gestor de redes de distribución en la comercialización, el suministro o la generación, o en otros sectores independientes de la gestión de red.

V. Conclusión

105. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad de Nederlanden:

- «1) Un régimen de un Estado miembro, como el controvertido en los procedimientos principales, en virtud del cual las acciones de un gestor de red de distribución sólo pueden ser transmitidas a organismos públicos y a determinadas sociedades participadas en un 100 % por autoridades públicas (prohibición de privatización), constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE y es, por tanto, compatible con el Derecho de la Unión Europea.
- 2) Si bien la prohibición de privatización de los gestores de redes de distribución controvertida en el procedimiento principal constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 TFUE compatible con el Derecho de la Unión, otros regímenes nacionales, como la prohibición de grupos que incluyen a gestores de redes de distribución de energía y a personas jurídicas que comercializan, suministran o generan electricidad o gas en los Países Bajos y la prohibición de actividades secundarias aplicable a los gestores de la red de distribución, están comprendidos en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales a la luz de la cual debe comprobarse su compatibilidad.
- 3) Los regímenes nacionales controvertidos, como la prohibición de grupos que incluyen a gestores de red de distribución de energía y a personas jurídicas que comercializan, suministran o generan electricidad o gas en los Países Bajos y la prohibición de actividades secundarias aplicable a los gestores de redes de distribución, pueden considerarse restricciones justificadas a la libre circulación de capitales, ya que pueden garantizar que no se falsee la competencia mediante la explotación de una posición monopolística del gestor de redes de distribución en la comercialización, el suministro o la generación, o en otros sectores independientes de la gestión de red.»