



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. PRIIT PIKAMĂE  
presentadas el 9 de septiembre de 2021<sup>1</sup>

**Asunto C-179/20**

**Fondul Proprietatea SA**  
**contra**  
**Guvernul României,**  
**SC Complexul Energetic Hunedoara SA, en liquidación,**  
**Compania Națională de Transport al Energiei Electrice «Transelectrica» SA,**  
**SC Complexul Energetic Oltenia SA,**  
**con intervención de:**  
**Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumania)]

«Procedimiento prejudicial — Normas comunes para el mercado interior de la electricidad — Libre acceso de terceros a las redes — Obligaciones de servicio público — Seguridad del suministro — Directiva 2009/72/CE — Acceso garantizado a las redes eléctricas — Directiva 2009/28/CE»

1. ¿Puede un Estado miembro conceder un acceso garantizado a las redes de transporte y distribución a determinadas instalaciones generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables?
2. Esta es la cuestión que, de entre las que son objeto de la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), será objeto, a instancia del Tribunal de Justicia, de las presentes conclusiones.
3. En la sentencia que dicte, el Tribunal de Justicia tendrá, en particular, la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la obligación de los Estados miembros de conceder a las instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía renovables un acceso garantizado a las redes, así como sobre el impacto de la concesión de un acceso garantizado a determinadas instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía no renovables sobre el acceso a las redes de las instalaciones generadoras que no se benefician de tal acceso garantizado.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 2009/28/CE

4. El considerando 60 de la Directiva 2009/28/CE<sup>2</sup> indica lo siguiente:

«El acceso prioritario y el acceso garantizado para la electricidad procedente de energías renovables son importantes para la integración de las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, y como desarrollo ulterior del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/54/CE.<sup>3</sup> Los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red y a la gestión de las interconexiones pueden diferir en función de las características de la red nacional y de su funcionamiento seguro. El acceso prioritario a la red da a los generadores de electricidad procedente de fuentes renovables de energía conectados la garantía de que podrán vender y enviar dicha electricidad conforme a las normas de conexión en todo momento, siempre que la fuente esté disponible. En caso de que la electricidad procedente de fuentes renovables de energía esté integrada en el mercado al contado, el acceso garantizado asegura que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red, permitiendo el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red. No obstante, ello no implica obligación alguna para los Estados miembros de respaldar o introducir obligaciones de adquisición de energía procedente de fuentes renovables. En otros sistemas, se determina un precio fijo para la electricidad procedente de fuentes renovables, normalmente en combinación con una obligación de compra para el gestor de red. En este caso, ya se ha concedido el acceso prioritario.»

5. El artículo 16 de la citada Directiva, titulado «Acceso a las redes y funcionamiento de las mismas», dispone, en su apartado 2:

«Sin perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red, sobre la base de criterios transparentes y no discriminatorios definidos por las autoridades nacionales competentes:

[...]

- b) los Estados miembros deberán asimismo establecer bien un acceso prioritario o un acceso garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables;
- c) los Estados miembros velarán por que, cuando se realice el despacho de las instalaciones de generación de electricidad, los operadores de los sistemas de transporte den prioridad a las instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables en la medida en que el funcionamiento seguro del sistema eléctrico nacional lo permita y con arreglo a criterios transparentes y no discriminatorios. [...]

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

<sup>3</sup> 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 2003, L 176, p. 37).

## 2. Directiva 2009/72/CE

6. El artículo 3 de la Directiva 2009/72,<sup>4</sup> titulado «Obligaciones de servicio público y protección del cliente», disponía lo siguiente en sus apartados 2 y 14:

«2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red.

[...]

14. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones de los artículos 7, 8, 32 o 34 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.»

7. El artículo 15 de la Directiva 2009/72, titulado «Ordenación y equilibrio», establecía:

«1. Sin perjuicio del suministro de electricidad derivado de obligaciones contractuales, incluidas las resultantes de las condiciones de la licitación, el gestor de la red de transporte será competente, siempre que ejerza esta función, en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras situadas en su zona y de la utilización de las interconexiones con otras redes.

2. La ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras y de la utilización de las interconexiones se efectuará con arreglo a criterios que aprobarán las autoridades reguladoras nacionales cuando sean competentes y que deberán ser objetivos, publicados y aplicados de forma no discriminatoria, con el fin de lograr un buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad. Los criterios tendrán en cuenta la precedencia económica de la electricidad procedente de las instalaciones generadoras disponibles o de transferencias por interconexión, así como las limitaciones técnicas que afecten a la red.

3. Todo Estado miembro impondrá a los gestores de red la obligación de que, en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes renovables de energía, actúen de conformidad con el artículo 16 de la Directiva [2009/28]. También podrá exigir al

<sup>4</sup> 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 2009, L 211, p. 55).

gestor de red que, en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras, dé prioridad a las instalaciones de producción combinada de calor y electricidad.

4. Por motivos de seguridad del suministro, los Estados miembros podrán disponer que sea preferente la entrada en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas en una proporción que no supere, en el curso de un año civil, el 15 % de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad que se consuma en el Estado miembro de que se trate.

[...]»

8. El artículo 32 de la Directiva 2009/72, titulado «Acceso de terceros», establecía:

«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 no discriminatoria 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 37 y por que tales tarifas, así como las metodologías, en caso de que solo se aprueben las metodologías, se publiquen antes de su entrada en vigor.

2. El gestor de la 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, y deberá basarse en criterios objetivos y justificados desde el punto de vista técnico y económico. [...]»

## **B. Derecho rumano**

9. Con el fin de transponer la Directiva 2009/72, Rumanía adoptó una serie de actos entre los que se encontraba la Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (Ley n.º 123/2012 sobre la Electricidad y el Gas Natural), de 10 de julio de 2012 (*Monitorul Oficial al României*, n.º 485, de 16 de julio de 2012) (en lo sucesivo, «Ley n.º 123/2012»), y, en aplicación de esta última, la Hotărârea Guvernului n.º 138/2013 privind adoptarea unor măsuri penu Sitrăi n.º 196 (Decisión del Gobierno n.º 138/2013 relativa a la adopción de medidas para la seguridad del aprovisionamiento de electricidad), de 3 de abril de 2013 (*Monitorul Oficial al României*, n.º 196, de 8 de abril de 2013) (en lo sucesivo, «Decisión n.º 138/2013»).

10. La Ley n.º 123/2012 disponía, en primer lugar, en su artículo 5, apartado 3, titulado «Programa energético»:

«Mediante decisión del Gobierno, por razones vinculadas a la seguridad del suministro de electricidad, podrá concederse un acceso garantizado a las redes eléctricas a la electricidad generada por centrales eléctricas que utilizan combustible autóctono, dentro del límite de una cantidad anual de energía primaria del 15 % de la cantidad total de combustible equivalente necesaria para producir la electricidad correspondiente al consumo bruto final del país.»

11. Seguidamente, la Decisión n.º 138/2013 establecía, en su artículo 1:

«Se concederá un acceso garantizado a las redes eléctricas a la electricidad generada por la central termoeléctrica de Mintia, perteneciente a la Societatea Comercială Complexul Energetic

Hunedoara SA, lo que le garantiza el funcionamiento continuo a una potencia eléctrica media no inferior a 200 MW.»

12. En el mismo sentido, el artículo 2 de dicha Decisión disponía:

«Se concederá un acceso garantizado a las redes eléctricas a la electricidad generada por la Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA, lo que le garantiza el funcionamiento continuo a una potencia eléctrica media no inferior a 500 MW.»

13. El artículo 3 de la Decisión n.º 138/2013 disponía:

«La Compania Națională de Transport al Energiei Electrice “Transelectrica” SA, como gestora de la red de transporte, estará obligada a garantizar el despacho prioritario de la electricidad generada por las centrales termoeléctricas mencionadas en los artículos 1 y 2 en las condiciones previstas en la normativa adoptada por la Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [(ANRE), autoridad nacional de regulación en el ámbito de la energía].»

14. El artículo 4 de la Decisión n.º 138/2013 establecía:

«Con el fin de mantener el nivel de seguridad del sistema eléctrico nacional, Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA tiene la obligación de prestar servicios auxiliares al gestor de la red de transporte de una potencia eléctrica equivalente no inferior a 400 MW, de conformidad con la normativa adoptada por la [ANRE].»

15. En el mismo sentido, el artículo 5 de dicha Decisión disponía:

«Con el fin de mantener el nivel de seguridad del sistema eléctrico nacional, Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA tiene la obligación de prestar servicios auxiliares al gestor de la red de transporte de una potencia eléctrica equivalente a al menos 600 MW, de conformidad con la normativa adoptada por la [ANRE].»

16. La Decisión n.º 138/2013 establecía en su artículo 6 que las «medidas previstas en la presente Decisión se aplicarán desde el 15 de abril de 2013 hasta el 1 de julio de 2015».

17. Mediante la Decisión gubernamental n.º 941/2014, el plazo fijado para aplicar las medidas previstas en los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión n.º 138/2013 a la sociedad Complexul Energetic Hunedoara SA fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2017.

## II. Hechos, procedimiento y cuestión planteada

18. SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia son dos sociedades generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables. El Derecho rumano, que acabo de exponer, establece respecto a dichas sociedades tres medidas que pueden resumirse del siguiente modo:

- un despacho prioritario por parte de Transelectrica<sup>5</sup> de la electricidad generada por la central termoeléctrica de Mintia perteneciente a SC Complexul Energetic Hunedoara y la generada por SC Complexul Energetic Oltenia (artículo 3 de la Decisión n.º 138/2013).<sup>6</sup>
- un acceso garantizado a las redes de transporte y distribución de electricidad generada por dichas centrales termoeléctricas, garantizándoles respectivamente un funcionamiento continuado a una potencia eléctrica media no inferior a 200 MW y 500 MW (artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 y artículos 1 y 2 de la Decisión n.º 138/2013; en lo sucesivo, «medida controvertida»).
- la obligación de SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia de prestar a Transelectrica servicios auxiliares de una potencia eléctrica no inferior a 400 MW y 600 MW respectivamente (artículos 4 y 5 de la Decisión n.º 138/2013).

19. Fondul Proprietatea SA, accionista de una sociedad generadora de electricidad que utiliza fuentes de energía renovables, Hidroelectrica SA, se considera perjudicada por la adopción de esas medidas por Rumanía ya que constituyen, en su opinión, una ayuda de Estado que beneficia a SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia, a las que considera dos de sus competidoras.

20. Con el fin de proteger sus intereses, Fondul Proprietatea interpuso un recurso de anulación contra la Decisión n.º 138/2013 ante la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest). Mediante sentencia de 10 de marzo de 2015, el referido Tribunal desestimó su recurso.

21. La recurrente interpuso entonces un recurso de casación ante la Înalta Curte de Casație și Justiție — Secția de Contencios Administrativ și Fiscal (Tribunal Supremo — Sala de lo Contencioso-Administrativo y de lo Tributario, Rumanía). Mediante sentencia de 22 de mayo de 2018, este último anuló parcialmente la sentencia recurrida debido a que la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) no había examinado todos los motivos de ilegalidad invocados por la recurrente. En consecuencia, la Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Supremo) remitió a las partes a la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) para que examinara la totalidad de dichos motivos.

<sup>5</sup> Transelectrica es el gestor de la red de transporte de electricidad en Rumanía.

<sup>6</sup> Considero que el artículo 3 de la Decisión n.º 138/2013 no establece ningún límite a la cantidad de electricidad despachada de forma prioritaria por parte de Transelectrica, ya que el límite del 15 % fijado por el artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 solo se refiere al mecanismo del acceso garantizado. Es posible, sin embargo, que la cantidad de electricidad generada por las instalaciones generadoras a las que se refiere el artículo 3 de la Decisión n.º 138/2013 y que se haya beneficiado de un despacho prioritario no haya sobrepasado el límite del 15 % establecido en el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2009/72.

22. Con ocasión del examen de la devolución del recurso de anulación, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest), instada en ese sentido por la recurrente, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Artículos 107 TFUE y 108 TFUE, apartado 3: La adopción por el Estado rumano de una normativa que prevé en favor de dos sociedades de capital mayoritariamente estatal:

a) el despacho prioritario y la obligación del gestor de la red de transporte de adquirir servicios auxiliares a dichas sociedades, y

b) un acceso garantizado a las redes eléctricas para la electricidad generada por esas dos sociedades de modo que se garantice el funcionamiento continuado de estas

¿constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, es decir, constituye una medida otorgada por el Estado o mediante fondos estatales, tiene carácter selectivo y puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros? En caso de respuesta afirmativa, ¿estaba dicha ayuda de Estado sujeta a la notificación establecida en el artículo 108 TFUE, apartado 3?

2) Artículo 15, apartado 4, de la Directiva [2009/72]: ¿Es compatible con lo dispuesto en el artículo 15, apartado 4, de [dicha] Directiva el hecho de que el Estado rumano conceda a dos sociedades de capital mayoritariamente estatal un derecho de acceso garantizado a la red eléctrica, con el fin de garantizar el funcionamiento continuado de estas?»

### III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. Estas cuestiones han sido objeto de observaciones escritas por parte de Fondul Proprietatea, SC Complexul Energetic Oltenia y la Comisión Europea.

24. En la vista celebrada el 2 de junio de 2021 se oyeron las observaciones orales de Fondul Proprietatea y de la Comisión.

### IV. Análisis

25. Como se ha señalado anteriormente, las presentes conclusiones se referirán únicamente, conforme a lo solicitado por el Tribunal de Justicia, a la segunda cuestión prejudicial.

#### ***A. Observaciones preliminares sobre los conceptos de «despacho prioritario» y de «acceso garantizado»***

26. Dada la falta de definición de los conceptos de despacho prioritario y de acceso garantizado entre las disposiciones de las Directivas 2009/28 y 2009/72, su presentación me parece necesaria.

## 1. Sobre el concepto de «despacho prioritario»

27. Como establece el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2009/72, corresponde al gestor de la red de transporte proceder a la ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras. A este respecto, la ordenación del funcionamiento puede definirse, como hizo el Tribunal de Justicia en la sentencia ENEL, como «la operación mediante la cual el gestor de red “ordena” las instalaciones de producción que disponen de una reserva de capacidad adecuada y situadas en su zona, en función de las exigencias de la demanda, con el fin de asegurar, en todo momento, el equilibrio entre la oferta y la demanda de electricidad en la red, y garantizar de ese modo la continuidad del suministro de electricidad».<sup>7</sup>

28. A tenor del artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2009/72, la determinación de las instalaciones generadoras que deben entrar en funcionamiento con tal motivo se llevará a cabo con arreglo a criterios que deberán ser objetivos, publicados y aplicados de forma no discriminatoria y que tengan en cuenta, en particular, el criterio de precedencia económica. A este respecto, ese criterio se define como «la jerarquización de fuentes de suministro de electricidad con arreglo a criterios económicos».<sup>8</sup> Concretamente, las instalaciones generadoras entran en funcionamiento en principio comenzando por la oferta de venta más baja y siguiendo en orden creciente hasta que se satisfaga toda la demanda.<sup>9</sup>

29. No obstante, el legislador ha adaptado la ordenación del funcionamiento tal como acabo de exponer mediante la introducción del concepto de «entrada en funcionamiento preferente». La entrada en funcionamiento preferente consistirá para el gestor de la red de transporte en ordenar el funcionamiento de las instalaciones generadoras sobre la base de criterios distintos del orden de precedencia económica. En efecto, con posterioridad a la adopción de la Directiva 2009/72, el legislador ha definido el despacho prioritario «por lo que respecta al modelo de autodespacho, el despacho de las centrales generadoras con arreglo a criterios diferentes del orden económico de las ofertas y, por lo que respecta al modelo de despacho centralizado, el despacho de las centrales generadoras con arreglo a criterios diferentes del orden económico de ofertas y de las limitaciones de la red, dando prioridad al despacho de determinadas tecnologías de generación».<sup>10</sup> En el presente asunto, la Directiva 2009/72 prevé un despacho prioritario para dos categorías de instalaciones generadoras.

30. En primer lugar, los Estados miembros están obligados a despachar de forma prioritaria las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de energía renovables en virtud del artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28, al que remite el artículo 15, apartado 3, de la Directiva 2009/72.<sup>11</sup> Tal despacho prioritario, que se basa en razones de protección del medio ambiente,<sup>12</sup> pretende ser un mecanismo de apoyo de dichas instalaciones.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 11.

<sup>8</sup> Artículo 2 de la Directiva 2009/72.

<sup>9</sup> Véase la sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 87.

<sup>10</sup> Artículo 2, punto 20, del Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre el mercado interior de la electricidad (DO 2019, L 158, p. 54).

<sup>11</sup> El despacho prioritario en favor de las instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía renovables ya estaba previsto en las Directivas anteriores a la Directiva 2009/72 [artículo 8, apartado 3, de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20), posteriormente artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/54]. Por otra parte, esta ordenación del funcionamiento también se aplica a las instalaciones de producción combinada de calor y electricidad (artículo 15, apartado 3, de la Directiva 2009/72).

<sup>12</sup> Véase el considerando 28 de la Directiva 96/92.

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Realización del mercado interior de la energía [COM(2001) 125 final, p. 25].

31. En segundo lugar, con arreglo al artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2009/72, los Estados miembros podrán disponer que sea preferente la entrada en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas.<sup>14</sup> Ese despacho prioritario, que se basa en razones de seguridad del suministro, está limitado no obstante al «15 % de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad que se consume en el Estado miembro de que se trate».

## 2. Sobre el concepto de «acceso garantizado»

32. El artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, titulado «Acceso a las redes y funcionamiento de las mismas», obliga a los Estados miembros a conceder «bien un acceso prioritario o un acceso garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables».<sup>15</sup>

33. Sin embargo, esa disposición no define el concepto de «acceso garantizado» y no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance. En consecuencia, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este concepto debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte.<sup>16</sup>

34. A este respecto, el considerando 60 de la Directiva 2009/28 expone la función del acceso garantizado, los efectos a los que conduce su aplicación y el objetivo perseguido. Según dicho considerando, la función del acceso garantizado es asegurar «que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red». Habida cuenta de su función, la aplicación del acceso garantizado tiene necesariamente como consecuencia «el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red». Por último, el objetivo perseguido por el legislador de la Unión era «la integración de las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad» y profundizar el despacho prioritario concedido a las instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía renovables.

35. En definitiva, indiscutiblemente, la escasez de materiales que permiten la comprensión del concepto de «acceso garantizado» no ayuda a su comprensión. Sin embargo, sin que sea necesario definir más detenidamente este concepto para el examen de la cuestión prejudicial, considero que el acceso garantizado, tal como se expone en el considerando 60 de la Directiva 2009/28, es un mecanismo que garantiza a las instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía renovables el acceso a las redes para transportar la electricidad vendida.

<sup>14</sup> El despacho prioritario a favor de las instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía primaria autóctonas ya estaba previsto en las Directivas anteriores a la Directiva 2009/72 (artículo 8, apartado 4, de la Directiva 96/92, posteriormente artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/54).

<sup>15</sup> La Directiva 2009/28 sustituyó a la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad (DO 2001, L 283, p. 33). El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2001/77, titulado «Cuestiones relativas a la red», ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de establecer un acceso prioritario a la red para la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables.

<sup>16</sup> Sentencia de 16 de julio de 2015, Abcur (C-544/13 y C-545/13, EU:C:2015:481), apartado 45 y jurisprudencia citada.

## ***B. Reformulación de la segunda cuestión prejudicial***

36. Consta que Rumanía, al adoptar el artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 y los artículos 1 y 2 de la Decisión n.º 138/2013, concedió un acceso garantizado a las redes a instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía no renovables.

37. El tenor del artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 puede no obstante resultar en una especie de *quid pro quo* entre acceso garantizado y despacho prioritario, dado que la referida disposición supedita la concesión de un acceso garantizado al respeto de los requisitos relativos al despacho prioritario tal como se recoge en el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2009/72. En efecto, con arreglo al artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012, el acceso garantizado a las redes solo podía concederse a «centrales eléctricas que utilizan combustible autóctono, dentro del límite de una cantidad anual de energía primaria del 15 % de la cantidad total de combustible equivalente necesaria para producir la electricidad correspondiente al consumo bruto final del país».<sup>17</sup>

38. Por otra parte, el Gobierno rumano alegó ante la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) que el objeto del artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 era transponer el despacho prioritario previsto en el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2009/72. Considero que esta circunstancia ha llevado al órgano jurisdiccional remitente a referirse al artículo 15, apartado 4, de dicha Directiva al formular su segunda cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho de la Unión del acceso garantizado previsto en el artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012.

39. Pues bien, para responder a la cuestión prejudicial relativa, en esencia, a la posibilidad de que un Estado miembro conceda un acceso garantizado a las redes a determinadas instalaciones generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables, el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2009/72 no me parece esencial. En efecto, esa disposición de la Directiva solo se refiere al despacho prioritario, bajo determinadas condiciones, de determinadas instalaciones generadoras que utilizan fuentes de combustión de energía primaria autóctonas.

40. En cambio, he de señalar que el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 es la única disposición que aborda el acceso garantizado. No obstante, como señala el órgano jurisdiccional remitente, la obligación de los Estados miembros de conceder un acceso garantizado a las redes solo afecta a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables (en lo sucesivo, «electricidad verde»). Por lo tanto, me parece necesario determinar si dicho artículo reserva tal acceso únicamente a la electricidad verde.

41. Por otra parte, considero que el acceso garantizado a las redes, tal como se prevé en el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, adapta, en parte y únicamente para la electricidad verde, las normas de acceso de terceros a las redes contenidas en el artículo 32 de la Directiva 2009/72.

42. En efecto, el artículo 32 de la Directiva 2009/72, y más concretamente su apartado 1, establece el principio de libre acceso de terceros a las redes, principio que tiene como corolario la prohibición impuesta a los Estados miembros de establecer normas de acceso a las redes discriminatorias entre los usuarios. Pues bien, el acceso garantizado, al ser un mecanismo que garantiza a las instalaciones generadoras que disfrutan del mismo el acceso a las redes para enviar la electricidad vendida, tiene una clara incidencia en el acceso a esas mismas redes de las

<sup>17</sup> Sin embargo, la Decisión n.º 138/2013 distingue claramente el acceso garantizado (artículos 1 y 2) del despacho prioritario (artículo 3).

instalaciones generadoras que no disfrutaban de él. Debido a esa incidencia, me parece necesario examinar el acceso garantizado previsto por el Derecho rumano a la luz del artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72.

43. Continuando con ese examen, me parece igualmente necesario comprobar si el artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72 se opone al acceso garantizado previsto por el Derecho rumano. En efecto, de la resolución de remisión se desprende que la concesión del acceso garantizado se justificó ante el órgano jurisdiccional remitente por la necesidad de garantizar la seguridad del suministro de electricidad. Tal justificación, cuando ha sido planteada ante el Tribunal de Justicia, ha sido examinada invariablemente por este a la luz del artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72, que permite a los Estados miembros restringir, bajo determinadas condiciones, el libre acceso de terceros a las redes a que se refiere el artículo 32, apartado 1, de esa misma Directiva, cuando la aplicación de esta disposición puede obstaculizar el cumplimiento por parte de las empresas eléctricas de sus obligaciones de servicio público.

44. En esas circunstancias, considero pertinente, con el fin de dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil para la solución del litigio, proceder a una reformulación de la segunda cuestión prejudicial tal como ha sido planteada al Tribunal de Justicia.<sup>18</sup>

45. En consecuencia, propongo la reformulación de la segunda cuestión prejudicial en los siguientes términos:

«¿Deben interpretarse las disposiciones de los artículos 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, así como de su artículo 3, apartados 2 y 14, y del artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72 en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el presente asunto, que concede un acceso garantizado a las redes de transporte y distribución a determinadas instalaciones generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables para garantizar la seguridad del suministro de electricidad?»

### ***C. Análisis de la cuestión prejudicial planteada***

46. Como se ha expuesto anteriormente, trataré de determinar, en un primer momento, si el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 reserva el acceso garantizado a las redes únicamente a la electricidad verde. En segundo lugar, examinaré la limitación a la que conduce el acceso garantizado tal como está previsto por el Derecho rumano respecto al principio de libre acceso de terceros a las redes a que se refiere el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72, así como su posible justificación a la luz del artículo 3, apartados 2 y 14, de esa misma Directiva.

#### ***1. Sobre la compatibilidad de un acceso garantizado a las redes para la electricidad generada a partir de fuentes de energía no renovables con el acceso garantizado establecido por la Directiva 2009/28***

47. A tenor del artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, «los Estados miembros deberán asimismo establecer bien un acceso prioritario o un acceso garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables». Para determinar si el legislador de la Unión, al adoptar el tenor de esa disposición, pretendió reservar el acceso garantizado a las

<sup>18</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de mayo de 2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373), apartado 45 y jurisprudencia citada.

redes únicamente a la electricidad verde, procederé a su interpretación literal y teleológica.<sup>19</sup> Considero que ese análisis debe llevar a la compatibilidad, bajo determinadas condiciones, de la concesión de un acceso garantizado a determinadas instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía no renovables con la Directiva 2009/28.

*a) Interpretación literal*

48. La interpretación literal del artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 no me permite concluir que se prohíba a los Estados miembros conceder un acceso garantizado a las redes a determinadas instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía no renovables.

49. En efecto, en su versión en lengua francesa, el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 señala que «les États membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables». En su versión en lengua inglesa, esa misma disposición establece que «Member States shall also provide for either priority access or guaranteed access to the grid-system of electricity produced from renewable energy sources». Por último, la versión en lengua estonia de esta disposición establece que los Estados miembros «sätestavad ka taastuvatest energiaallikatest toodetud elektrienergia kas eelistatud või tagatud juurdepääsu võrgusüsteemile».

50. Así, si bien se enuncia una obligación en cada una de esas versiones lingüísticas, esta consiste en que los Estados miembros concedan a la electricidad verde un acceso prioritario o garantizado a las redes sin llegar hasta el punto de reservar tal acceso únicamente a esta electricidad. En otras palabras, ninguna de las versiones lingüísticas examinadas del artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 me permite concluir que el legislador de la Unión ha prohibido a los Estados miembros conceder un acceso garantizado a las redes a otras instalaciones generadoras distintas de las que utilizan fuentes de energía renovables.

*b) Interpretación teleológica*

51. A efectos de la interpretación teleológica de la disposición controvertida, me parece necesario señalar que las redes de transporte y distribución disponen de una capacidad de transporte intrínsecamente limitada. Así pues, necesariamente, estas redes no pueden conducir toda la electricidad generada o que pueda ser generada por las instalaciones incluidas en ella.<sup>20</sup>

52. Por lo que se refiere ahora al artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, del considerando 60 de dicha Directiva se desprende que el acceso garantizado a las redes tiene por objeto, en particular, integrar las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad mediante la utilización de la máxima cantidad de electricidad verde. Por consiguiente, deduzco que los gestores de redes adjudican a las instalaciones generadoras que disfrutan de un acceso garantizado la capacidad de conducción correspondiente a la cantidad de electricidad verde que puede utilizarse.

53. Así, partiendo de la capacidad intrínsecamente limitada de las redes de transporte y distribución, por una parte, y de la atribución de capacidad a la que conduce el acceso garantizado, por otra, considero que la concesión de un acceso garantizado a las redes a la

<sup>19</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187), apartado 22 y jurisprudencia citada.

<sup>20</sup> Por otra parte, esta situación se contempla en el artículo 32, apartado 2, de la Directiva 2009/72, que establece que «el gestor de la red de transporte o de distribución podrá denegar el acceso en caso de que no se disponga de la capacidad necesaria».

electricidad generada a partir de fuentes de energía no renovables puede conducir, únicamente en determinadas circunstancias, a que el acceso concedido a la electricidad verde no esté garantizado.<sup>21</sup>

54. No obstante, considero que esas circunstancias no deben llevar a una interpretación consistente en considerar que el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 prohíbe, en todos los casos, conceder un acceso garantizado a las redes a determinadas instalaciones generadoras que no utilizan fuentes de energía renovables.

55. En efecto, considerar que el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 prohíbe la concesión de un acceso garantizado a las redes a las instalaciones generadoras que no utilicen fuentes de energía renovables no es necesario para la consecución del objetivo perseguido por dicha disposición, que consiste en integrar las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad mediante la utilización de la máxima cantidad de electricidad verde.

56. Por otra parte, tal interpretación contiene una forma de radicalidad que no me parece compatible con el importante margen de maniobra de que disponen los Estados miembros en este ámbito. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que el legislador de la Unión, al adoptar la Directiva 2009/28, no tenía como objetivo llevar a cabo una armonización exhaustiva de los sistemas nacionales de apoyo a la producción de energía verde.<sup>22</sup> Por otra parte, esa interpretación es coherente con la afirmación más general del Tribunal de Justicia conforme a la cual «la normativa de la Unión en el ámbito del medio ambiente no pretende alcanzar una armonización completa».<sup>23</sup> Por ello, considero que los Estados miembros conservan un importante margen de maniobra cuando aplican este instrumento.<sup>24</sup>

57. Por todos esos motivos, considero, al igual que la Comisión, que la concesión por parte de un Estado miembro de un acceso garantizado a las redes a instalaciones generadoras que utilizan fuentes de energía no renovables resulta compatible con la obligación establecida en el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 siempre que se respete el acceso garantizado concedido a la electricidad verde. Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar que la electricidad verde dispuso efectivamente de un acceso garantizado a las redes tal como se prevé en el artículo 16, apartado 2, letra b), de la citada Directiva.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Por ejemplo, si un Estado miembro concediese un acceso garantizado a sus redes a todas las instalaciones generadoras conectadas a ellas, ninguna de esas instalaciones podría, de hecho, hacer valer tal acceso. Por lo tanto, en tal caso, el Estado miembro que concedió dicho acceso vulneraría las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28.

<sup>22</sup> Sentencias de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037), apartado 59, y de 4 de octubre de 2018, L. E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804), apartados 53 y ss.

<sup>23</sup> Sentencia de 21 de julio de 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini y Eolica di Altamura (C-2/10, EU:C:2011:502), apartado 48 y jurisprudencia citada.

<sup>24</sup> Sentencia de 4 de octubre de 2018, L. E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804), apartado 54.

<sup>25</sup> Considero que el artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 fue transpuesto en el artículo 70, letra a), de la Ley n.º 123/2012.

## *2. Sobre la compatibilidad de un acceso garantizado a las redes para determinadas instalaciones generadoras con las normas de acceso establecidas por la Directiva 2009/72*

58. Al examinar la compatibilidad de medidas nacionales con las normas de acceso de terceros a las redes previstas por las directivas relativas a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad,<sup>26</sup> el Tribunal de Justicia ha elaborado un marco de análisis específico resultante de la articulación de las disposiciones que regulan dicho acceso, marco que expondré y que seguidamente me propongo seguir.

59. Previsto en el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72, el principio de libre acceso de terceros a las redes ha sido calificado por el Tribunal de Justicia de «medida esencial» para culminar el mercado interior de la electricidad.<sup>27</sup> La importancia de ese principio le ha llevado a considerar que cualquier limitación impuesta por un Estado miembro será autorizada únicamente en los supuestos en los que la Directiva 2009/72 prevea excepciones.<sup>28</sup>

60. Por lo que respecta a tales excepciones, el Tribunal de Justicia examina el artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72 en la medida en que permite a los Estados miembros restringir, en determinadas condiciones, el libre acceso de terceros a las redes a que se refiere el artículo 32, apartado 1, de dicha Directiva si la aplicación de esta disposición puede obstaculizar el cumplimiento por parte de las empresas eléctricas, incluidas las instalaciones generadoras, de sus obligaciones de servicio público, las cuales pueden afectar a la seguridad del suministro.<sup>29</sup>

61. Paralelamente, dado que el examen de la compatibilidad de medidas nacionales con el artículo 32, apartado 1, y el artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72 requiere para cada uno de ellos un control de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia procederá a tal control al final de su examen con el fin de evitar, en mi opinión, cualquier redundancia inútil.<sup>30</sup>

### *a) Sobre el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72*

62. El principio de libre acceso de terceros a las redes fue formulado, si bien de forma embrionaria, desde el momento de la adopción de la Directiva 96/92.<sup>31</sup> Seguidamente, ese principio será adoptado de manera sistemática y desarrollado por las Directivas posteriores sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> La Directiva 2009/72 sustituyó a la Directiva 2003/54, la cual, a su vez, sustituyó a la Directiva 96/92.

<sup>27</sup> Sentencias de 22 de mayo de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 44; de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 76, y de 17 de octubre de 2019, Elektrizitätsregulierungsbehörde (C-31/18, EU:C:2019:868), apartado 41.

<sup>28</sup> Sentencia de 22 de mayo de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 55.

<sup>29</sup> Sentencia de 22 de mayo de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 58.

<sup>30</sup> Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartados 86 y 94.

<sup>31</sup> Véase el artículo 16 de la Directiva 96/92 y jurisprudencia relativa (sentencia de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, EU:C:2005:362, apartados 37 y 46).

<sup>32</sup> Véanse el artículo 20 de la Directiva 2003/54 y el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DO 2019, L 158, p. 125).

63. El artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72 establece, en particular, «la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución [...] [aplicable] a todos los clientes cualificados». A este respecto, el Tribunal de Justicia considera, de forma reiterada, que este derecho constituye «una de las medidas esenciales que los Estados miembros deben aplicar para culminar el mercado interior de la electricidad».<sup>33</sup>

64. Por otra parte, ese principio prohíbe a los Estados miembros organizar el acceso de terceros a las redes de manera discriminatoria. En efecto, el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72 establece que el sistema de acceso de que se trata deberá aplicarse «de forma objetiva y no discriminatoria entre usuarios de la red».<sup>34</sup> El Tribunal de Justicia ha equiparado la prohibición impuesta a los Estados miembros de discriminar a los terceros a la recogida, de forma más general, en el artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva,<sup>35</sup> disposición conforme a la cual los Estados miembros no ejercerán discriminación en cuanto a los derechos y obligaciones de las empresas eléctricas.

65. De ello, el Tribunal de Justicia deduce que esas disposiciones «son concreciones del principio general de igualdad»,<sup>36</sup> principio que exige «que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado».<sup>37</sup>

66. Procede, pues, preguntarse sobre la existencia de una diferencia de trato en el asunto que nos ocupa.

67. En el presente asunto, con arreglo al artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 y de los artículos 1 y 2 de la Decisión n.º 138/2013, se ha garantizado un acceso a las redes no inferior a 700 MW a SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia. Esta mera afirmación permite concluir que existe una diferencia de trato en perjuicio de aquellos generadores de electricidad que tienen acceso a las redes de que se trata y que hayan utilizado fuentes de energía no renovables.

68. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, no creo que sea necesario analizar más detenidamente las categorías de instalaciones generadoras afectadas por la diferencia de trato que acabo de identificar. En primer lugar, si la medida controvertida hubiera afectado al conjunto de instalaciones generadoras de electricidad que utilizan combustibles autóctonos, habría señalado igualmente una diferencia de trato, ya que la combustibilidad de la fuente de energía y su origen geográfico no son criterios de diferenciación reconocidos por el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72, dado que, por otra parte, esta disposición no reconoce ningún criterio. Seguidamente, la determinación de la existencia de otras instalaciones generadoras que puedan prestar los mismos servicios realizados por las instalaciones generadoras a las que se refiere la medida de que se trata debe efectuarse, como expondré más adelante, en el marco del examen del artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72.

<sup>33</sup> Sentencias de 22 de mayo de 2008, *citiworks* (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 44; de 29 de septiembre de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 76, y de 17 de octubre de 2019, *Elektrorazpredelenie Yug* (C-31/18, EU:C:2019:868), apartado 41.

<sup>34</sup> Hidroeléctrica goza del derecho a no ser discriminada en virtud del artículo 32 de la Directiva 2009/72 (véase, a este respecto, la sentencia de 29 de septiembre de 2016, *Essent Belgium*, C-492/14, EU:C:2016:732, apartados 71 a 75).

<sup>35</sup> Sentencia de 7 de junio de 2005, *VEMW y otros* (C-17/03, EU:C:2005:362), apartado 46. Aunque el asunto versaba sobre la Directiva 96/92, su artículo 3, apartado 1, es idéntico en este punto al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72.

<sup>36</sup> Sentencias de 7 de junio de 2005, *VEMW y otros* (C-17/03, EU:C:2005:362), apartado 47, y de 29 de septiembre de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 79.

<sup>37</sup> Sentencia de 28 de noviembre de 2018, *Solvay Chimica Italia y otros* (C-262/17, C-263/17 y C-273/17, EU:C:2018:961), apartado 66.

69. En cualquier caso, la mera identificación de esta diferencia de trato no basta para calificar a la medida en cuestión de discriminatoria, puesto que persigue un objetivo legítimo.<sup>38</sup>

70. En cuanto a la posible justificación de tal diferencia de trato, procede señalar que el artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 justifica la concesión de un acceso garantizado a la electricidad generada por centrales eléctricas que utilizan combustible autóctono por motivos vinculados a la seguridad del suministro de electricidad. Por otra parte, de la lectura de la resolución de remisión se desprende que esa justificación fue formulada por las partes que apoyaban la conformidad con el Derecho de la Unión del acceso garantizado previsto por el Derecho rumano.

71. Pues bien, considero que no cabe duda de la legitimidad del objetivo perseguido por la medida controvertida, a saber, la seguridad del suministro de electricidad de Rumanía.

72. A este respecto, debo recordar que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 permite que los Estados miembros establezcan obligaciones de servicio público relativas a la seguridad del suministro a las instalaciones de generación eléctrica.<sup>39</sup> Además, en lo que se refiere a las disposiciones del TFUE, y más concretamente a su artículo 36, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la protección de la seguridad del abastecimiento energético puede quedar comprendida entre las razones de seguridad pública.<sup>40</sup>

73. Sin embargo, la mera invocación de un objetivo legítimo no basta para excluir la calificación de «discriminatoria» de una diferencia de trato. En efecto, es preciso además que la diferencia de trato de que se trate puede verse justificada por esta finalidad, «es decir, si se basa en un criterio objetivo y razonable y proporcionado al fin perseguido».<sup>41</sup>

74. No obstante, habida cuenta del marco de análisis recordado con anterioridad, reservo mi argumentación sobre el respeto del principio de proporcionalidad a una fase posterior de mis conclusiones.

*b) Sobre el artículo 3, apartados 2 y 14, de la Directiva 2009/72*

75. Como se ha recordado anteriormente, el margen de maniobra concedido a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias para que se establezca un sistema de acceso de terceros no les autoriza a no aplicar el principio de libre acceso a las redes contemplado en el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72, salvo en los casos en que la Directiva prevé excepciones.<sup>42</sup>

76. Así, el artículo 3, apartado 14, de la Directiva 2009/72 permite a los Estados miembros no aplicar las disposiciones del artículo 32 de la citada Directiva «en caso de que tal aplicación pudiera obstaculizar [...] 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».

<sup>38</sup> Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 81.

<sup>39</sup> Véase también el considerando 46 de la Directiva 2009/72.

<sup>40</sup> Sentencia de 17 de septiembre de 2020, Hidroelectrica (C-648/18, EU:C:2020:723), apartado 36.

<sup>41</sup> Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 85.

<sup>42</sup> Sentencia de 22 de mayo de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 55.

77. En línea con esa disposición, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 establece que, en pleno respeto de lo dispuesto en el artículo 86 CE (actualmente artículo 106 TFUE), los Estados miembros podrán imponer a las instalaciones generadoras de electricidad obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad del suministro.<sup>43</sup>

78. Por tanto, esas obligaciones deben entenderse como «medidas de intervención pública en el funcionamiento del citado mercado, que imponen a las empresas eléctricas, para la consecución de un interés económico general, actuar en dicho mercado sobre la base de criterios impuestos por las autoridades públicas».<sup>44</sup>

79. No obstante, las obligaciones de servicio público que un Estado miembro puede imponer a las empresas eléctricas están reguladas. En efecto, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 establece que esas obligaciones deberán «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales».

80. Para tener en cuenta el artículo 106 TFUE, el Tribunal de Justicia ha considerado que de los propios términos de esa disposición resulta que las obligaciones de servicio público que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 permite imponer a las empresas deben respetar el principio de proporcionalidad.<sup>45</sup>

81. De todas esas disposiciones deduzco que los Estados miembros pueden imponer a las instalaciones generadoras obligaciones de servicio público relativas a la seguridad del suministro aun cuando el cumplimiento de esas obligaciones obstaculice el libre acceso de terceros a las redes.

82. No obstante, esta posibilidad concedida a los Estados miembros no carece de límites, ya que las medidas nacionales, que deben adoptarse en aras del interés económico general, no pueden en ningún caso afectar al desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Unión. Además, las obligaciones que dichas medidas incluyan deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables. Sobre todo, las obligaciones de servicio público deben garantizar a las instalaciones generadoras de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. Por último, tales obligaciones deberán respetar el principio de proporcionalidad.

83. Aunque corresponde a la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) comprobar que, en el caso de autos, la medida controvertida impone efectivamente obligaciones de servicio público, por una parte, y respeta todas las exigencias señaladas anteriormente, por otra, el Tribunal de Justicia podrá aportarle todas las precisiones necesarias para su comprobación.

84. Por otro lado, debo señalar, con cierto asombro, que las partes que sostienen la conformidad con el Derecho de la Unión de la medida controvertida se refieren a la seguridad del suministro sin que ninguna de ellas invoque el beneficio del artículo 3 de la Directiva 2009/72 y, en consecuencia, exponga las razones que les llevan a considerar que el acceso garantizado previsto por el Derecho rumano cumple los requisitos establecidos en dicha disposición.

<sup>43</sup> Sentencias de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 38, y de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 87.

<sup>44</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129), apartado 45.

<sup>45</sup> Sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 42.

85. En cuanto a la existencia de obligaciones de servicio público impuestas a las instalaciones generadoras de que se trata, no creo que el acceso garantizado previsto por el Derecho rumano esté comprendido entre tales obligaciones. En efecto, el acceso garantizado a las redes no limita la libertad de actuación de las instalaciones generadoras que disfrutaban del mismo en el mercado de la electricidad. Por el contrario, aquellas a las que se concede tal acceso disfrutaban de una ventaja económica indudable en la medida en que tienen la certeza de transportar la electricidad vendida.

86. Además, no alcanzo a comprender el procedimiento seguido por el Gobierno rumano y las razones que le llevaron a designar a las instalaciones generadoras de que se trata. Por lo que respecta, por ejemplo, al carácter discriminatorio de la medida controvertida, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si existían otras instalaciones generadoras en condiciones de cumplir las obligaciones de servicio público establecidas por la Decisión n.º 138/2013.<sup>46</sup>

87. Por lo que respecta a la exigencia de que las obligaciones de servicio público deben garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales, el acceso garantizado es, como se ha expuesto anteriormente, un mecanismo que garantiza a las instalaciones generadoras el acceso a las redes para transportar la electricidad vendida.

88. De la capacidad intrínsecamente limitada de las redes de transporte y distribución, por un lado, y de la asignación de capacidad a la que conduce el acceso garantizado, por otro, deduzco que la capacidad así atribuida reduce en la misma medida la capacidad que puede asignarse al transporte de la electricidad generada por las instalaciones que no disfrutaban de dicho acceso. Esas instalaciones se encuentran por tanto ante la imposibilidad de cumplir, total o parcialmente, las transacciones acordadas. Dicho de otro modo, si bien la insuficiente capacidad de las redes no tiene como causa el acceso garantizado concedido, tal acceso agrava la importancia de dicha falta de capacidad para las instalaciones que no se benefician del referido acceso garantizado.

89. A este respecto, ha de señalarse que, en el caso de autos, el artículo 5, apartado 3, de la Ley n.º 123/2012 y los artículos 1 y 2 de la Decisión n.º 138/2013 garantizaban el acceso a las redes eléctricas a las instalaciones generadoras de al menos 700 MW.

90. Por lo tanto, la medida controvertida impidió, al menos potencialmente y en parte, a las instalaciones generadoras que no se benefician de esa medida cumplir las transacciones acordadas y, por ello, pudo afectar a la igualdad de acceso de los generadores de electricidad de la Unión a los consumidores nacionales.

91. Tales observaciones, en caso de ser compartidas por el Tribunal de Justicia, deberían llevar a declarar la incompatibilidad de la medida controvertida con el artículo 3, apartados 2 y 14, y el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72. No obstante, si ese no fuera el caso, la argumentación recogida seguidamente continúa el examen de la compatibilidad de la medida controvertida con las disposiciones relevantes.

<sup>46</sup> Véanse las sentencias de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 86, y de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 89.

92. En lo que respecta a la toma en consideración del artículo 106 TFUE, el Tribunal de Justicia ha declarado que la medida nacional que impone obligaciones de servicio público debe respetar el principio de proporcionalidad y, por ello, «ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo».<sup>47</sup>

*c) Sobre el respeto del principio de proporcionalidad*

93. Conforme a las alegaciones del Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri (Ministerio de Economía, Energía y Mundo Empresarial, Rumanía) ante el órgano jurisdiccional remitente, la medida controvertida fue adoptada, incluyendo el despacho prioritario y la obligación de prestar servicios auxiliares, para crear capacidad de generación, creación que resultaba necesaria por varias razones, razones todas ellas que amenazaban la seguridad del suministro de electricidad de Rumanía.

94. En efecto, en su opinión, se trataba de crear capacidad de generación que utilice fuentes de energía no renovables con el fin, en primer lugar, de poder satisfacer la demanda durante los picos de consumo; en segundo lugar, de disponer de instalaciones que puedan sustituir a las que utilizan fuentes de energía renovables en caso de indisponibilidad de la fuente y, en tercer y último lugar, de responder al esperado aumento de los intercambios transfronterizos en el marco de la realización del proyecto 4M MC.<sup>48</sup>

95. Por lo que respecta al examen de la proporcionalidad, procede comprobar, en primer lugar, si la medida es adecuada para alcanzar el objetivo de crear capacidad de generación. A este respecto, me pregunto por qué tanto la Decisión n.º 138/2013 como la resolución de remisión indican que el acceso garantizado previsto por el Derecho rumano ha garantizado un «funcionamiento continuado» a las instalaciones generadoras que se han beneficiado de dicho acceso. En mi opinión, el acceso garantizado es incapaz de garantizar por sí solo el funcionamiento continuado de una instalación generadora puesto que solo constituye una garantía de acceso a las redes. Me parece más correcto considerar, por las razones que se exponen a continuación, que el funcionamiento continuado de las instalaciones de SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia resultó de la conjunción del despacho prioritario y del acceso garantizado, tal y como fueron previstos por el Derecho rumano.<sup>49</sup>

96. En primer lugar, el despacho prioritario permitió ordenar la entrada en funcionamiento de las instalaciones de SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia por parte de Transelectrica, sin que, por definición, fuera tomado en consideración el orden de precedencia económica. Además, el acceso garantizado ha permitido a esas instalaciones que la electricidad generada y despachada de forma prioritaria tuviera acceso a las redes pese a que su capacidad probablemente no lo hubiera permitido.

97. A este respecto, ha de señalarse que el valor del acceso garantizado depende de la capacidad de las redes de transporte y distribución. En este sentido, la certeza que ofrece el acceso garantizado tiene aún más valor para las instalaciones generadoras que disfrutaban del mismo

<sup>47</sup> Sentencia de 21 de diciembre de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861), apartado 55.

<sup>48</sup> «The 4M Market coupling is the day ahead electricity trading platform of the CEE region» (Sterpu, V., *The analysis of 4M MC electricity market*, Erasmus University Rotterdam, 2018, p. 8, <https://thesis.eur.nl/pub/44746/Sterpu-V.-447658-.pdf>).

<sup>49</sup> Por otra parte, a ese primer mecanismo, constituido por el despacho prioritario y el acceso garantizado, sigue un segundo que persigue, en mi opinión, la misma finalidad que el primero, y que consistió en la obligación de SC Complexul Energetic Hunedoara y SC Complexul Energetic Oltenia de prestar a Transelectrica servicios auxiliares de una potencia eléctrica no inferior a 1 000 MW.

cuando las redes de transporte y distribución adolecen estructuralmente de una capacidad insuficiente. En cambio, un acceso garantizado a las redes pierde su sentido cuando la capacidad de estas es superior a la cantidad de electricidad inyectada.

98. Al garantizar, por una parte, el continuo funcionamiento de las instalaciones generadoras que se benefician de dicho acceso, no dudo de la aptitud del acceso garantizado para participar en la creación de la capacidad de generación que permita garantizar la seguridad del suministro de electricidad de un Estado miembro como Rumanía.<sup>50</sup>

99. En segundo lugar, procede abordar la cuestión de si la medida controvertida puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo de crear capacidad de generación. A este respecto, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la falta de acceso garantizado podía obstaculizar el cumplimiento, por parte de las instalaciones generadoras que disfrutaban del mismo, de sus obligaciones de servicio público, por una parte, y determinar si el cumplimiento de esas obligaciones no podía realizarse por otros medios que no menoscabasen el derecho de acceso a las redes, por otra.<sup>51</sup>

100. Por lo que respecta al riesgo de que las instalaciones generadoras se vean obstaculizadas en el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público si se vieran privadas de la medida controvertida, considero que el órgano jurisdiccional remitente podría preguntarse sobre la capacidad de las redes de transporte y distribución y, más concretamente, sobre sus características estructuralmente suficientes o insuficientes.

101. Por lo que se refiere a la existencia de otros medios que no menoscaben el derecho de acceso a las redes y que permitan el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, el Tribunal de Justicia podrá recordar eficazmente su jurisprudencia según la cual, «si bien es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca el apartado 2 del artículo 90 demostrar que concurren los requisitos previstos por esta disposición, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada las razones por las cuales considera que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumplimiento de las misiones de interés económico general en condiciones económicamente aceptables, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones».<sup>52</sup>

102. En conclusión, considero que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que un Estado miembro puede conceder un acceso garantizado a las redes a determinadas instalaciones generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables con el fin de garantizar su seguridad de suministro a condición de que, por una parte, el acceso a las redes de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, reconocido con arreglo al artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28, haya quedado garantizado, y, por otra parte, de que las exigencias previstas en el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72 y, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente identifique obligaciones de servicio público impuestas a esas instalaciones generadoras de electricidad, en el artículo 3, apartados 2 y 14, de dicha Directiva, hayan sido respetadas y siempre que esa normativa no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue.

<sup>50</sup> Como se ha señalado en estas conclusiones, el considerando 60 de la Directiva 2009/28 indica que el acceso garantizado permite «el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red».

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298), apartado 60.

<sup>52</sup> Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, EU:C:1997:501), apartado 101.

## V. Conclusión

103. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la segunda cuestión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), tal como ha sido reformulada:

«El artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, el artículo 3, apartados 2 y 14, y el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72/CE 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la del presente asunto, que concede un acceso garantizado a las redes de transporte y distribución de electricidad a determinadas instalaciones generadoras de electricidad que utilizan fuentes de energía no renovables con el fin de garantizar la seguridad del suministro de electricidad a condición de que el acceso a las redes de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, reconocido con arreglo al artículo 16, apartado 2, letra b), de la Directiva 2009/28 haya quedado garantizado, de que las exigencias previstas en el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2009/72 y, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente identifique obligaciones de servicio público impuestas a esas instalaciones generadoras de electricidad, en el artículo 3, apartados 2 y 14, de dicha Directiva hayan sido respetadas y siempre que esa normativa no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue. Corresponde al órgano jurisdiccional competente comprobar si, en el asunto principal, concurre ese requisito.»