



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 15 de septiembre de 2022¹

Asunto C-46/21 P

**Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER)
contra**

Aquind Ltd

«Recurso de casación — Energía — Reglamento (CE) n.º 713/2009 — Decisión de la ACER por la que se desestima una solicitud de exención relativa a nuevos interconectores eléctricos — Recurso interpuesto ante la Sala de Recurso de la ACER — Función, composición, poderes y duración del procedimiento de la Sala de Recurso de la ACER — Intensidad del control — Artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 714/2009 — Régimen de exención para nuevos interconectores eléctricos — Artículo 12 del Reglamento (UE) n.º 347/2013 — Régimen general de financiación de las infraestructuras energéticas transnacionales — Financiación de proyectos de interés común — Distribución transfronteriza de los costes»

1. Este recurso de casación permitirá al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la intensidad del control que deben aplicar las salas de recurso de las agencias de la Unión al resolver las impugnaciones que se les planteen.
2. En particular, el Tribunal de Justicia habrá de refrendar o rechazar el criterio del Tribunal General que, en la sentencia ahora controvertida,² exigió a la Sala de Recurso de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (en lo sucesivo, «ACER»)³ un escrutinio de las decisiones de esta agencia que vaya más allá del examen de su errores manifiestos.
3. Aunque ya hay una jurisprudencia bien establecida sobre los poderes de las salas de recurso de otros organismos, como la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV), no ocurre lo mismo con el contencioso de las demás salas de recurso, cuyas resoluciones se van sometiendo progresivamente al Tribunal General.⁴ De ahí la relevancia de este recurso de casación.⁵

¹ Lengua original: español.

² Sentencia de 18 de noviembre de 2020, Aquind/ACER (T-735/18, EU:T:2020:542). En lo sucesivo, «sentencia impugnada».

³ Su régimen jurídico lo fijaba el Reglamento (CE) n.º 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (DO 2009, L 211, p. 1). Ese Reglamento ha sido derogado por el Reglamento (UE) 2019/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (DO 2019, L 158, p. 22).

⁴ En relación con la Sala de Recurso de la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA), véanse las sentencias del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019, BASF Grenzach/ECHA (T-125/17, EU:T:2019:638) y Alemania/ECHA (T-755/17, EU:T:2019:647).

⁵ Véase el amplio análisis doctrinal contenido en la obra de Chamon, M.; Volpato, A. y Eliantonio, M. (eds.): *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford University Press, 2022.

4. Como telón de fondo del litigio se halla una Decisión de la ACER (n.º 05/2018) que denegó eximir de ciertas obligaciones impuestas por las normas de liberalización del mercado eléctrico a la construcción de una infraestructura de conexión que enlaza las redes de transporte de electricidad británica y francesa.

5. En esa Decisión (después confirmada por la Sala de Recurso de la ACER en su Resolución A-001-2018), se aplicó el artículo 17, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 714/2009,⁶ en relación con el régimen general de financiación de las infraestructuras energéticas previsto por el artículo 12 del Reglamento (UE) n.º 347/2013.⁷

I. Marco jurídico

A. Reglamento n.º 713/2009

6. El artículo 19⁸ preceptúa:

«1. Cualquier persona física o jurídica, incluidas las autoridades reguladoras nacionales, podrá recurrir contra una decisión en virtud de los artículos 7, 8 o 9 de la que sea destinataria o contra una decisión que, aunque revista la forma de una decisión destinada a otra persona, le afecte directa e individualmente.

[...]

4. Si el recurso fuere admisible, la Sala de Recurso examinará si está fundado. Invitará a las partes, cuantas veces sea necesario, a que presenten sus observaciones, en los plazos especificados, sobre sus propias alegaciones o las de terceras partes en el procedimiento de recurso. Las partes en los procedimientos de recurso tendrán derecho a presentar sus observaciones oralmente.

5. La Sala de Recurso podrá ejercer, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, cualquier facultad reconocida a la Agencia o remitir el asunto al órgano competente de la Agencia. Esta quedará vinculada por la resolución de la Sala de Recurso.

[...]».

7. El artículo 20, apartado 1, indica:

«Las resoluciones de la Sala de Recurso o, en caso de no intervenir esta, de la Agencia, podrán recurrirse ante el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 230 del Tratado».

⁶ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1228/2003 (DO 2009, L 211, p. 15).

⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga la Decisión n.º 1364/2006/CE y se modifican los Reglamentos n.º 713/2009, n.º 714/2009 y (CE) n.º 715/2009 (DO 2013, L 115, p. 39). Conocido como el Reglamento sobre las redes transeuropeas de energía (en lo sucesivo, «Reglamento RTE-E»).

⁸ Transcribo la versión de ese artículo vigente en el momento del litigio. En el Reglamento 2019/942 su equivalente es el artículo 28, cuyo apartado 5 enuncia que «la Sala de Recurso podrá confirmar la decisión o remitir el asunto al órgano competente de la ACER. Esta quedará vinculada por la resolución de la Sala de Recurso».

B. Reglamento n.º 714/2009

8. El artículo 17 recoge:

«1. Previa solicitud en tal sentido, los nuevos interconectores directos de corriente continua podrán quedar exentos, durante un período de tiempo limitado, de lo dispuesto en el artículo 16, apartado 6, del presente Reglamento y en los artículos 9 y 32 y el artículo 37, apartados 6 y 10, de la Directiva 2009/72/CE ^[9] bajo las siguientes condiciones:

- a) la inversión deberá impulsar la competencia en el suministro eléctrico;
- b) el nivel de riesgo vinculado a la inversión sea tal que la inversión solo se efectuaría en caso de concederse la exención;
- c) el propietario del interconector deberá ser una persona física o jurídica independiente, al menos en su forma jurídica, de los gestores de las redes en cuyos sistemas vaya a construirse el interconector;
- d) se cobrarán cánones a los usuarios de dicho interconector;
- e) desde la apertura parcial del mercado a que se refiere el artículo 19 de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interno de la electricidad [(DO 1997, L 27, p. 20)], no deberá haberse efectuado recuperación alguna del capital ni de los costes de funcionamiento de dicho interconector por medio de cualquier componente de los cánones de utilización de los sistemas de transporte o distribución conectados por el interconector, y
- f) la exención no perjudicará a la competencia ni al funcionamiento eficaz del mercado interior de electricidad, ni al funcionamiento eficiente de la red regulada a la que está vinculado el interconector.

[...]

4. Las autoridades reguladoras de los Estados miembros afectados decidirán, en función de cada caso particular, sobre las exenciones previstas en los apartados 1, 2 y 3. Una exención podrá cubrir toda la capacidad del nuevo interconector o del interconector ya existente cuya capacidad se aumenta significativamente, o bien una parte de esta.

En el plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud de exención por la última de las autoridades reguladoras pertinentes, la Agencia podrá presentar un dictamen consultivo a esas autoridades reguladoras que les pueda servir de base para la toma de su decisión.

Al decidir conceder una exención, se estudiará caso por caso la necesidad de imponer condiciones en relación con la duración de la exención y el acceso no discriminatorio al interconector. Al decidir sobre esas condiciones, se tendrán en cuenta, en particular, la capacidad adicional que vaya a construirse o la modificación de la capacidad existente, el plazo previsto del proyecto y las circunstancias nacionales.

⁹ 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)

Antes de conceder una exención, las autoridades reguladoras de los Estados miembros afectados decidirán las normas y mecanismos para la gestión y la asignación de capacidad. Las normas de gestión de la congestión incluirán la obligación de ofrecer la capacidad no utilizada en el mercado, y los usuarios de la instalación tendrán derecho a intercambiar sus capacidades contratadas en el mercado secundario. En la evaluación de los criterios mencionados en el apartado 1, letras a), b) y f), se tendrán en cuenta los resultados del procedimiento de asignación de capacidad.

Si todas las autoridades reguladoras afectadas alcanzan un acuerdo sobre la decisión de exención en el plazo de seis meses, informarán a la Agencia de esa decisión.

La decisión de exención, acompañada de las posibles condiciones mencionadas en el párrafo segundo, se motivará debidamente y se publicará.

5. La Agencia adoptará la decisión a que se refiere el apartado 4:

- a) cuando todas las autoridades reguladoras afectadas no hayan podido llegar a un acuerdo en un plazo de seis meses desde la fecha en que se solicitó la exención a la última de estas autoridades reguladoras, o
- b) previa solicitud conjunta de las autoridades reguladoras afectadas.

Antes de adoptar tal decisión, la Agencia consultará a las autoridades reguladoras afectadas y a los solicitantes.

[...]».

C. Reglamento RTE-E

9. El artículo 12 reza:

«1. Los costes de inversión en que se incurra con eficiencia, lo que excluye los costes de mantenimiento, relacionados con un proyecto de interés común incluido en las categorías establecidas en el anexo II, punto 1, letras a), b) y d), y anexo II, punto 2, correrán a cargo de los gestores de redes de transporte de que se trate o de los promotores de proyecto de la infraestructura de transporte de los Estados miembros a los que el proyecto aportará un impacto positivo neto y, en la medida en que no estén cubiertos por los ingresos derivados de la congestión o por otras tasas, serán pagados por los usuarios de la red a través de las tarifas de acceso a la red en el Estado o Estados miembros en cuestión.

2. Para los proyectos de interés común incluidos en las categorías establecidas en el anexo II, punto 1, letras a), b) y d), y punto 2, y el anexo II, punto 2, lo dispuesto en el párrafo primero solo se aplicará si al menos uno de los promotores de proyecto solicita a las autoridades nacionales competentes que apliquen el presente artículo a todos o parte de los costes del proyecto. Para los proyectos de interés común incluidos en las categorías establecidas en el anexo II, punto 2, lo dispuesto en el párrafo primero solo se aplicará cuando se haya llevado a cabo una evaluación de la demanda del mercado que muestre que cabe esperar que los costes en que se incurra con eficiencia puedan cubrirse con las tarifas.

[...]

3. Para los proyectos de interés común a los que se aplique lo dispuesto en el apartado 1, el promotor del proyecto deberá informar regularmente, al menos una vez al año y hasta la puesta en servicio del proyecto, a todas las autoridades reguladoras nacionales correspondientes del progreso de dicho proyecto y de los costes e impactos asociados con él.

Tan pronto como este proyecto haya alcanzado suficiente madurez, el promotor o promotores del proyecto, previa consulta a los gestores de redes de transporte de los Estados miembros a los que el proyecto aportará un impacto positivo neto significativo, presentarán una solicitud de inversión. Dicha solicitud de inversión incluirá una solicitud de distribución transfronteriza de costes y se presentará a todas las autoridades reguladoras nacionales correspondientes, acompañada de los siguientes elementos:

- a) un análisis de costes y beneficios específico del proyecto y coherente con la metodología elaborada en virtud del artículo 11, que tenga en cuenta los beneficios aportados más allá de las fronteras del Estado miembro de que se trate;
- b) un plan estratégico que evalúe la viabilidad financiera del proyecto, incluida la solución de financiación elegida y, para proyectos de interés común que entren dentro de la categoría establecida en el anexo II, punto 2, los resultados de las pruebas en el mercado, y
- c) si los promotores de proyecto llegan a un acuerdo al respecto, una propuesta motivada de distribución transfronteriza de los costes.

[...]

4. En el plazo de seis meses a partir de la fecha en que las autoridades reguladoras nacionales correspondientes hayan recibido la última solicitud de inversión, las autoridades reguladoras nacionales, previa consulta a los promotores de proyecto de que se trate, adoptarán decisiones coordinadas sobre la distribución de los costes de inversión que deberá asumir cada gestor de redes de transporte para dicho proyecto, así como sobre su inclusión en las tarifas. Las autoridades reguladoras nacionales podrán decidir distribuir solo una parte de los costes o podrán decidir distribuir los costes entre un paquete de varios proyectos de interés común.

[...]

5. Las autoridades reguladoras nacionales tendrán en cuenta, basándose en la distribución transfronteriza de los costes mencionada en el apartado 4 del presente artículo, los costes reales incurridos por un gestor de redes de transporte u otro promotor de proyecto como resultado de las inversiones cuando determinen o aprueben las tarifas de conformidad con el artículo 37, apartado 1, letra a), de la Directiva [2009/72] y el artículo 41, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/73/CE^[10], en la medida en que dichos costes correspondan a los de un gestor eficiente y estructuralmente comparable.

Las autoridades reguladoras nacionales notificarán sin demora a la Agencia la decisión relativa a la distribución de los costes, junto con toda la información pertinente relacionada con la misma. [...]

[...]

¹⁰ 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 2009, L 211, p. 94)

La decisión de distribución de los costes será publicada.

6. Cuando las autoridades reguladoras nacionales correspondientes no hayan alcanzado un acuerdo sobre la solicitud de inversión en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que la solicitud haya sido recibida por la última de dichas autoridades, informarán sin demora a la Agencia.

En dicho caso, o previa solicitud conjunta de las autoridades reguladoras nacionales correspondientes, la decisión relativa a la solicitud de inversión, incluida la distribución transfronteriza de los costes mencionada en el apartado 3, así como la forma en que las inversiones se reflejarán en las tarifas, será adoptada por la Agencia en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que haya sido remitida a la Agencia.

[...].».

II. Antecedentes del litigio y sentencia impugnada

10. Los hechos que originaron el litigio se exponen en los apartados 1 a 13 de la sentencia impugnada. De ellos destacaré los siguientes:

- Aquind Ltd, sociedad anónima constituida en Reino Unido, promueve un proyecto de interconector (en lo sucesivo, «interconector Aquind») que enlaza las redes de transporte de electricidad británica y francesa.
- El 17 de mayo de 2017, Aquind solicitó la exención para el interconector Aquind a las autoridades nacionales de regulación (en lo sucesivo, «ANR») francesa y británica.
- Como esas dos autoridades no llegaron a un acuerdo, transmitieron la solicitud de exención, respectivamente, el 29 de noviembre y el 19 de diciembre de 2017, a la ACER, para que esta última adoptara la decisión.
- El 26 de abril de 2018, el interconector Aquind obtuvo el estatuto de proyecto de interés común.
- La ACER, mediante la Decisión n.º 05/2018, de 19 de junio de 2018, desestimó la solicitud de exención.
- En opinión de la ACER, si bien Aquind satisfacía las condiciones necesarias para obtener una exención que enumera el artículo 17, apartado 1, letras a) y c) a f), del Reglamento n.º 714/2009, no cumplía la prevista en esta misma disposición, letra b).
- En particular, añadió la ACER, el interconector había obtenido el estatuto de proyecto de interés común, en abril de 2018, por lo que Aquind hubiera podido requerir la aplicación del artículo 12 del Reglamento RTE-E, que prevé la posibilidad de la distribución transfronteriza de los costes, pero no lo había hecho.
- Consideró la ACER que no podía excluirse que un apoyo financiero previsto por el régimen reglado estuviese disponible para el interconector Aquind. De ahí que no se pudiera identificar

con la certeza requerida la existencia de un riesgo basado en la falta de apoyo financiero mediante el régimen reglado.

- Consideró asimismo que no se habían demostrado, o eran insuficientes, el riesgo relacionado con los ingresos, el riesgo excepcional relacionado con el mercado, el riesgo relacionado con la competencia directa con los demás interconectores y la incertidumbre sobre los ingresos de la congestión, el riesgo de corte de la red británica, el riesgo relacionado con la construcción del interconector Aquind, así como los riesgos políticos y macroeconómicos asociados, en particular, con el Brexit.
- El 17 de agosto de 2018, Aquind recurrió la Decisión de la ACER ante la Sala de Recurso, que la confirmó en su Resolución A-001-2018, de 17 de octubre.

11. Aquind interpuso un recurso de anulación (T-735/18) ante el Tribunal General contra la Resolución de la Sala de Recurso.

12. El Tribunal General, en la sentencia impugnada, estimó los motivos cuarto y noveno del recurso de Aquind y, en consecuencia, anuló la Resolución de la Sala de Recurso. Desestimó el recurso en todo lo demás y condenó en costas a la ACER.

13. El 27 de enero de 2021, la ACER interpuso el presente recurso de casación.¹¹ Por su parte, Aquind también presentó, el 17 de abril de 2021, un escrito de adhesión a la casación contra la sentencia impugnada.

14. Una vez dictada la sentencia impugnada, la Sala de Recurso decidió, el 5 de febrero de 2021, retomar el procedimiento y consideró inadmisibles los recursos de Aquind.¹²

15. Por lo demás, Aquind presentó una demanda de reparto transfronterizo de costes ante las ANR de Francia, el Reino Unido, España y Alemania en agosto y septiembre de 2019. El procedimiento subsiguiente a esa demanda se interrumpió, una vez que el interconector Aquind dejó de considerarse proyecto de interés común en el Reglamento Delegado (UE) 2020/389.¹³

16. El 29 de mayo y el 2 de junio de 2020 Aquind formuló una segunda solicitud de exención parcial,¹⁴ por 25 años, para el interconector Aquind ante las ANR francesa y británica. Esas dos autoridades anunciaron, el 27 de enero de 2021, que no podían acceder a la solicitud, tras la entrada en vigor del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión y el Reino Unido como consecuencia del Brexit.

¹¹ Además, la ACER depositó ese mismo día una demanda de medidas provisionales para suspender la ejecución de la sentencia impugnada, aduciendo el riesgo que supondría para el derecho de la Unión y para el mercado interior de la energía. La Vicepresidenta del Tribunal de Justicia desestimó esa demanda en el auto de 16 de julio de 2021, ACER/Aquind (C-46/21 P-R, no publicado, EU:C:2021:633), porque el perjuicio grave e irreparable aducido dejó de existir y devino hipotético en el momento en el que la Sala de Recurso consideró inadmisibles las solicitudes de Aquind en su Resolución A-001-2018_R, de 4 de junio de 2021.

¹² Decisión A-001-2018_R, de 4 de junio de 2021. En ella, la Sala de Recurso declaró que la retirada del Reino Unido de la Unión no permite aplicar el Reglamento n.º 714/2009 y el Reglamento RTE-E a nuevas interconexiones eléctricas entre ese país y un Estado miembro de la Unión. Contra esta Decisión Aquind ha interpuesto ante el Tribunal General el recurso de anulación T-492/21, aún pendiente.

¹³ Reglamento Delegado de la Comisión, de 31 de octubre de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a la lista de la Unión de proyectos de interés común (DO 2020, L 74, p. 1). Aquind ha interpuesto, el 21 de mayo de 2020, un recurso de anulación contra este Reglamento Delegado, que está pendiente ante el Tribunal General (asunto T-295/20, Aquind y otros/Comisión). Previamente, lo había recurrido antes de su publicación, pero su recurso fue declarado inadmisibles por el auto del Tribunal General de 5 de marzo de 2021, Aquind y otros/Comisión (T-885/19, EU:T:2021:118), confirmado en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de agosto de 2022, Aquind y otros/Comisión (C-310/21 P, EU:C:2022:615).

¹⁴ Solo para las obligaciones del artículo 19, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad (DO 2019, L 158, p. 54).

III. Pretensiones de las partes

17. La ACER solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia impugnada en todo o en parte.
- En caso de que considere que el estado del litigio lo permite, desestime el recurso en primera instancia por ser infundado.
- Subsidiariamente, devuelva el asunto al Tribunal General para que resuelva el litigio de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia.
- Condene a Aquind a cargar con las costas del procedimiento de casación y del procedimiento ante el Tribunal General.

18. Aquind solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación interpuesto por la ACER.
- Si estima alguno de los argumentos de la ACER, desestime el recurso de casación por los otros motivos invocados por Aquind, incluidos, en su caso, los esgrimidos en los motivos rechazados por el Tribunal General.
- Si no confirma la sentencia recurrida, anule la Decisión de la Sala de Recurso por los otros motivos invocados por Aquind ante el Tribunal General.
- Condene a la ACER a cargar con las costas.

19. Aquind formula, además, una adhesión a la casación en la que insta al Tribunal de Justicia a que:

- Anule la declaración de inadmisibilidad de los motivos tercero y cuarto invocados por Aquind ante el Tribunal General.
- Anule la desestimación de los motivos primero, quinto, sexto, séptimo y octavo invocados por Aquind ante el Tribunal General.
- Tome en consideración las alegaciones formuladas en el marco de los motivos invocados por Aquind en el presente recurso de casación, en apoyo de su pretensión de confirmación de la sentencia recurrida.
- Por consiguiente, anule la decisión de la Sala de Recurso de la ACER por los motivos invocados en la demanda de Aquind ante el Tribunal General.

20. La ACER ha contestado a la adhesión a la casación, interesando del Tribunal de Justicia que:

- Lo desestime íntegramente.
- Condene a Aquind a cargar con sus propias costas y con las incurridas por la ACER.

IV. Recurso de casación de la ACER. Observación preliminar

21. La ACER sostiene, en síntesis, que la sentencia impugnada incurre en dos errores de derecho, correspondientes a:

- La intensidad del control que ejerce la Sala de Recurso, tanto en general como en relación con este asunto, acerca de las apreciaciones que presentan un carácter económico o técnico complejos.
- La interpretación del artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009.

22. Anticipo que propondré rechazar el primero de los dos motivos de casación de la ACER, lo que implicará confirmar la sentencia impugnada en la parte que anula la Resolución de la Sala de Recurso.

23. A partir de esa premisa, pudiera parecer innecesario analizar el segundo motivo de casación de la ACER, porque la Resolución de la Sala de Recurso ha sido invalidada en su totalidad.

24. Sin embargo, acometeré ese análisis y propondré la estimación del segundo motivo de casación de la ACER, con la subsiguiente anulación de la sentencia impugnada en lo que se refiere, únicamente, a la relación del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 con el régimen general de financiación del artículo 12 del Reglamento RTE-E.

25. Considero imprescindible que el Tribunal de Justicia resuelva este segundo motivo de casación porque, de lo contrario, dejaría indemne la tesis del Tribunal General (que me parece errónea) sobre la relación entre aquellos dos Reglamentos. De no rectificarse esa tesis, podría entenderse vinculante para la ACER y su Sala de Recurso.

26. En realidad, el Tribunal General no tenía necesidad¹⁵ de haber analizado el cuarto motivo de anulación, una vez acogido el primero que, de suyo, privaba de validez a la Resolución de la Sala de Recurso. Como no se detuvo en este último pronunciamiento, sentó una doctrina que, a mi juicio, excede de un mero *obiter dictum* y no se ajusta a derecho.

V. Primer motivo de casación de la ACER: intensidad del control de la Sala de Recurso sobre las apreciaciones complejas de orden técnico y económico

A. Sentencia impugnada

27. El Tribunal General analiza «el planteamiento defendido por la ACER de considerar que el control que la Sala de Recurso ejerce sobre las apreciaciones de orden técnico y económico complejas puede ser equivalente al control jurisdiccional limitado ejercicio por el juez de la Unión» (apartado 49 de la sentencia impugnada) y lo rechaza.

¹⁵ En el apartado 91 de la sentencia impugnada se afirma: «Así, *por razones relacionadas con una buena administración de la justicia*, el Tribunal considera útil examinar el cuarto motivo, basado en una interpretación errónea de la relación existente entre el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 714/2009 y el artículo 12 del Reglamento [RTE-E]». *Cursiva añadida.*

28. Ese rechazo se apoya, en síntesis, en cuatro tipos de consideraciones:

- La creación de la Sala de Recurso se inscribe en un movimiento tendente a prever un mecanismo para impugnar las decisiones de las agencias, sobre complejas cuestiones técnicas, científicas o económicas que afectan directamente a la situación jurídica de las partes interesadas. Estas últimas disponen de ese recurso en un contexto en el que el control del juez de la Unión se circunscribe a examinar si el ejercicio de la facultad de apreciación adolece de un error manifiesto o de desviación de poder.¹⁶
- Las disposiciones relativas a la organización y a las facultades de la Sala de Recurso permiten constatar que no fue creada «para limitarse a un control restringido de las apreciaciones de orden técnico y económico complejas». Así se infiere: a) de la capacitación de sus miembros; b) de las facultades que otorga a la Sala de Recurso el artículo 19, apartado 5, del Reglamento n.º 713/2009; c) de la exégesis del artículo 20 de ese Reglamento.¹⁷
- Las normas de organización y de procedimiento aprobadas por la ACER con arreglo al artículo 19, apartado 6, del Reglamento n.º 713/2009 confirman que se ha querido atribuir a la Sala de Recurso «la misión de ejercer un control de la Decisión de la Agencia con una intensidad que no puede limitarse a la del control restringido».¹⁸
- El Tribunal General ya ha declarado (en relación con la Sala de Recurso de la ECHA) que «[...] es contrario a la propia naturaleza de los órganos de recurso creados en el seno de las agencias que ejerzan un control limitado reservado a los órganos jurisdiccionales de la Unión». Las alegaciones sobre la inaplicabilidad de esa jurisprudencia a la Sala de Recurso de la ACER (por la diferente composición y las facultades de una y de otra) no pueden acogerse.¹⁹

B. Alegaciones de las partes en el recurso de casación de la ACER

29. Según la ACER, el Tribunal General ha cometido varios errores de derecho en cuanto al objetivo de la Sala de Recurso, su organización y sus poderes, a la luz del contexto en el que esta desempeña su cometido.

30. Aquind se opone a las correlativas alegaciones de la ACER y considera acertada la tesis del Tribunal General sobre la exigencia, por la Sala de Recurso, de un control completo y no restringido al error manifiesto de apreciación.

31. Expondré, pues, los argumentos de la ACER en defensa de su primer motivo de casación.

¹⁶ Sentencia impugnada, apartado 51.

¹⁷ Sentencia impugnada, apartados 52 a 58.

¹⁸ Sentencia impugnada, apartados 59 y 60.

¹⁹ Sentencia impugnada, apartados 61 a 70.

1. *En cuanto al objetivo*

32. El Tribunal General incurre en un error de derecho y viola los principios de separación de poderes y de cooperación leal consagrados por el artículo 13 TUE, apartado 2, en la medida en que no ha tenido en cuenta el objetivo de poner en práctica un procedimiento de recurso rápido y simplificado ante la Sala de Recurso, como proclama el considerando décimo noveno del Reglamento n.º 713/2009.

33. Por el contrario, el Tribunal General habría dado prioridad a un objetivo que él mismo enuncia, fundado sobre la percepción de un supuesto «movimiento» del legislador de la Unión.

2. *En cuanto al contexto en el que interviene la Sala de Recurso*

34. El Tribunal General incurre en un error de derecho al declarar que las disposiciones relativas a la organización y a los poderes de la Sala de Recurso permiten concluir que la intensidad de su control sobre apreciaciones de orden técnico y económico complejas no se podía limitar a los errores manifiestos de apreciación (apartados 52 a 82 de la sentencia impugnada). Ese error tiene las siguientes expresiones:

- En lo que respecta a la composición de la Sala de Recurso, el Tribunal General yerra al equipararla con la de la ECHA (apartados 53 y 61, entre otros, de la sentencia impugnada).
- Yerra también el Tribunal General al entender que la elección de los miembros de la Sala de Recurso «con la experiencia necesaria en el sector de la energía» implica que el legislador de la Unión ha pretendido dotar a la Sala de Recurso de la pericia necesaria para proceder ella misma a apreciaciones sobre hechos de carácter técnico y económico complejos relacionados con la energía (apartados 53, 65 y 69 de la sentencia impugnada).
- El Tribunal General se equivoca al considerar que la duración del procedimiento y los recursos limitados de su Sala de Recurso no justificaban un control limitado de las apreciaciones complejas de orden técnico y económico (apartados 66 y 73 a 82 de la sentencia recurrida).²⁰ Esa declaración desconocería los principios del equilibrio institucional y de la división de poderes, pues la ACER no puede aumentar sus recursos humanos y financieros de forma autónoma.
- El Tribunal General no acierta al interpretar el artículo 19, apartado 5, del Reglamento n.º 713/2009 (apartados 54, 55, 59 y 60 de la sentencia impugnada). Este precepto, lejos de justificar el ejercicio de un control completo de la Sala de Recurso, se refiere únicamente a la posibilidad de anular las decisiones de la ACER y sustituirlas por las de la Sala de Recurso o de renviar el asunto a la ACER, pero nada dice sobre la intensidad del control por parte de la Sala de Recurso.
- Un nuevo error del Tribunal General se advierte en los apartados 57, 58 y 60 de la sentencia impugnada, pues los artículos 19, apartado 1, y 20 del Reglamento n.º 713/2009 no impiden a la Sala de Recurso realizar un control limitado. Según la ACER, el Tribunal General puede

²⁰ En el apartado 66 de la sentencia impugnada se lee que «[...] incumbe a la ACER tomar todas las medidas organizativas internas necesarias para movilizar los medios puestos a su disposición a fin de cumplir sus objetivos, tal como se definen en el Reglamento n.º 713/2009».

siempre llevar a cabo un control jurisdiccional completo de las decisiones de la Sala de Recurso, aunque estas últimas realicen un control limitado.

3. *A título subsidiario*

35. Subsidiariamente, la ACER aduce que, aun admitiendo (*quod non*) que la Sala de Recurso debiera ejercer un control completo de sus decisiones, cuando conllevan apreciaciones complejas de orden técnico y económico, el Tribunal General erró (apartados 83 a 90 de la sentencia impugnada) al apreciar que la Sala de Recurso no había realizado ese control completo en este caso.

C. *Apreciación*

36. El Tribunal de Justicia ha de dilucidar si el Tribunal General acertó o cometió un error de derecho al considerar que la Sala de Recurso debía haber ejercido un control completo de la Decisión de la ACER, en virtud de las facultades que le otorga el Reglamento n.º 713/2009.

37. La ACER propugnaba, y sigue defendiendo, que a la Sala de Recurso le competía un mero control restringido, limitado a evaluar solo los errores manifiestos de apreciación respecto a las decisiones complejas de orden técnico y económico.

38. En mi opinión, la interpretación que realiza el Tribunal General es correcta. Su lectura de los artículos 19 y 20 del Reglamento n.º 713/2009 me parece la más adecuada.

39. Avala esta postura la función propia de la Sala de Recurso y la corroboran (o, al menos, no se oponen a ella) otros elementos de juicio relativos a su composición, sus poderes, la duración del procedimiento y su comparación con las salas de recurso de otras agencias de la Unión.

1. *Función y objetivos de la Sala de Recurso*

40. En estos últimos años, se ha producido un fenómeno de «agencificación» de la administración de la Unión.²¹ En el marco de ese proceso, se ha dotado de salas de recurso a las agencias que tienen capacidad de adoptar actos jurídicos con incidencia en la situación jurídica de los particulares. La ACER ha adquirido progresivamente unos poderes decisorios limitados y capacidad para adoptar acuerdos que inciden en la situación jurídica de los particulares, aunque su función principal sea coordinar la actuación de las ANR en el ámbito de la energía.²² Esta circunstancia explica la configuración inicial de su Sala de Recurso.

²¹ Everson, M., Monda, C. y Vos, E. (eds): *European Agencies in Between Institutions and Member States*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2014; Chamon, M.: *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, 2016; Alberti, J.: *Le agenzie dell'Unione europea*, Giuffrè, Milán, 2018; Vos, E.: *EU Agencies, Common Approach and Parliamentary Scrutiny*, European Parliament, 2018.

²² Véase el análisis de Tovo, C.: «The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?», en Chamon, M.; Volpato, A y Eliantonio, M., *op. cit.*, pp. 36 a 40; así como Jankovich, K.: «La réforme de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie: une évolution sans révolution», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n.º 3, pp. 69 a 85.

41. En particular, se han creado, si mis cálculos no fallan, ocho salas de este tipo,²³ que no obedecen a un modelo único²⁴ y presentan diferencias en su estructura, su funcionamiento y sus poderes. No obstante, comparten algunas características comunes:²⁵

- Son órganos de revisión administrativa, internos a las agencias, revestidos de cierta independencia. No tienen naturaleza jurisdiccional, aunque desempeñan funciones cuasi judiciales mediante procedimientos contradictorios.
- Están compuestas por juristas y por técnicos, lo que les procura una mayor capacidad para resolver recursos contra decisiones que suelen incorporar un notable componente técnico.
- Pueden interponer recursos ante ellas los destinatarios de las decisiones de las agencias, así como las personas físicas y jurídicas que se vean afectadas directa e individualmente por esas decisiones.
- Fiscalizan las decisiones con efectos sobre terceros respecto de las cuales la norma de derecho derivado que crea las salas de recurso les confiere competencia. El ámbito de su competencia es, por consiguiente, limitado.
- Constituyen un mecanismo expeditivo, rápido, accesible, especializado y poco costoso para proteger los derechos de los destinatarios y los afectados por las decisiones de las agencias.

42. De manera indirecta, la importancia de algunas de estas salas de recurso se ha visto reforzada por la introducción del artículo 58 *bis* en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁶

43. Según ese artículo, la admisión a trámite de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal General relativas a una resolución de ciertas salas de recurso²⁷ se supedita a la demostración de su importancia para la unidad, la coherencia o el desarrollo del derecho de la Unión.²⁸

²³ Las de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA), la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA), la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), la Junta Única de Resolución (JUR), la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea (AFE) y las tres Autoridades Europeas de Supervisión [la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ)] que comparten una única Sala de Recurso.

²⁴ La declaración conjunta y el planteamiento común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre las agencias descentralizadas, de 19 de julio de 2012, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11450-2012-INIT/en/pdf>, únicamente hablan en el apartado 21 del planteamiento común de la independencia e imparcialidad de los miembros de las salas de recurso.

²⁵ Entre la abundante bibliografía sobre las salas de recurso de las agencias, véanse las diversas contribuciones en el libro colectivo de Chamon, M.; Volpato, A y Eliantonio, M., *op. cit.*; Chirulli, P.: *Non-Judicial Remedies and EU Administration Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*, Routledge, 2021; De Lucia, L.: «Specialised Adjudication in EU Administrative Law: the Boards of Appeal of EU Agencies», *European Law Review* 2015, pp. 832 a 857.

²⁶ Reglamento (UE) 2019/629 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por el que se modifica el Protocolo n.º 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DO 2019, L 111, p. 1).

²⁷ En concreto, las salas de recurso de la EUIPO, la OCVV, la ECHA, la ESA y las constituidas después del 1 de mayo de 2019 en cualquier otra oficina o agencia de la Unión.

²⁸ No es descartable que, en el futuro, el mecanismo de admisión de los recursos de casación se extienda a las sentencias del Tribunal General que, a su vez, hayan enjuiciado resoluciones de las salas de recurso de otras agencias cuya posición sea equiparable a las de las mencionadas en el artículo 58 *bis* del Estatuto del Tribunal de Justicia. La articulación de la Sala de Recurso de la ACER es equiparable a las de las salas de recurso de las agencias mencionadas en ese artículo. Véase De Lucia, L.: «The Shifting State of Rights Protection vis-à-vis EU Agencies: a Look at Article 58a of the Statute of the Court of Justice of the European Union», *European Law Review*, 2019, pp. 812 a 816.

44. Coincido con la apreciación del Tribunal General (apartado 51 de la sentencia impugnada) en que la creación de la Sala de Recurso de la ACER se inscribe en un movimiento, al que el legislador de la Unión ha dado preferencia, tendente a instaurar «órganos de recurso» en el seno de las agencias de la Unión, cuando a estas se les atribuyen facultades de decisión sobre cuestiones complejas en el plano técnico o científico, que afectan directamente a la situación jurídica de las partes interesadas.

45. Como bien afirma el Tribunal General, «el sistema del órgano de recurso representa [...] un medio apropiado para proteger los derechos de estas últimas [las partes interesadas] en un contexto en el que [...] el control del juez de la Unión debe limitarse a examinar si el ejercicio de la amplia facultad de apreciación de los hechos de carácter científico, técnico y económico complejos adolece o no de un error manifiesto [...]».²⁹

46. En efecto, opino que no tendría demasiado sentido que, en un marco de actuación caracterizado por la complejidad técnica y económica de los asuntos asignados a cada agencia, se crearan en su seno órganos de recurso que, justamente, no pudieran valorar los aspectos técnicos y económicos de las decisiones de esa agencia.

47. Es cierto que el control del juez de la Unión debe limitarse a examinar si el ejercicio de la amplia facultad de apreciación sobre los hechos de carácter científico, técnico y económico complejos adolece de un error manifiesto o de desviación de poder. Pero ese control, que ya lleva a cabo el Tribunal General, no es el que corresponde a la Sala de Recurso, cuya especialización le permite, como a continuación expondré, profundizar en aquellos aspectos y evaluar de modo exhaustivo todos los pormenores de la decisión impugnada.³⁰

48. Entiendo, pues, que, en principio, la función de los órganos de recurso creados en las agencias, en cuanto al control de las decisiones complejas de estas últimas, no puede equipararse a la de los órganos jurisdiccionales de la Unión. En otro caso, la creación de las salas de recurso sería redundante, esto es, duplicaría innecesariamente el canon de control que es propio de los órganos jurisdiccionales de la Unión.

49. Por eso, coincido con el Tribunal General cuando declara que «si el control efectuado por la Sala de Recurso solo hubiera de ser limitado en lo referente a las apreciaciones de orden técnico y económico complejas, ello significaría que el Tribunal ejercería un control limitado sobre una decisión que sería ella misma el resultado de un control restringido. Es manifiesto que un sistema de “control limitado sobre un control restringido” no ofrece las garantías de una protección jurisdiccional efectiva de que deben disfrutar las empresas [...]».³¹

²⁹ Apartado 51 de la sentencia impugnada.

³⁰ En este sentido, Tovo, C.: «the added value of BoAs with respect to the proper functioning of the EU system of legal remedies, however, resides precisely in guaranteeing an in-depth control of the merits of the decisions of the agencies, which, as atypical implementing acts of a technical nature, are necessarily subject to a limited judicial review before the CJEU» (en Tovo, C.: «The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?», en Chamon, M.; Volpato, A y Eliantonio, M., *op. cit.*, p. 55).

³¹ Apartado 58 de la sentencia impugnada.

2. Composición de la Sala de Recurso

50. Con arreglo al artículo 18, apartado 1, del Reglamento n.º 713/2009,³² los miembros de la Sala de Recurso se seleccionarán entre el personal directivo de las ANR, o de otros organismos, que cuenten con la experiencia necesaria en el sector de la energía.

51. A tenor del artículo 18, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 713/2009,³³ el mandato de esos miembros, que serán independientes en la toma de decisiones y no estarán vinculados por ninguna instrucción, es de cinco años, con posibilidad de renovación.

52. La composición de la Sala de Recurso cumple, pues, con las exigencias indispensables para llevar a cabo un control completo y no limitado de las decisiones de la ACER. Si sus miembros han de contar con experiencia previa en el sector de la energía, es porque disponen (o deben disponer) de los conocimientos técnicos necesarios para resolver los recursos con profundidad. Así lo subrayó el Tribunal General, cuyo parecer comparto.³⁴

53. La ACER arguye que los directivos de las ANR no poseen necesariamente esos conocimientos técnicos y pericia, pues son los cuadros medios de las ANR quienes realizan las apreciaciones sobre las cuestiones complejas de orden técnico y económico.

54. No me convence ese argumento. Si se eligieran miembros de la Sala de Recurso sin la experiencia necesaria en el sector de la energía y sin el conocimiento técnico requerido, simplemente su selección no se atendería al artículo 18 del Reglamento n.º 713/2009. Que esos conocimientos estén también al alcance de «cuadros medios» no significa que los directivos superiores puedan prescindir de ellos.

55. Por lo demás, la composición y el perfil de los miembros de la Sala de Recurso no han sido modificados por la reforma operada por el Reglamento 2019/942, cuyos artículos 25, 26 y 27 reproducen sustancialmente el artículo 18 del Reglamento n.º 713/2009. Con la reforma se ha pretendido, justamente, fortalecer la Sala de Recurso para que ejerza con mayor solvencia sus funciones.

56. Tampoco me convence el argumento de la ACER sobre la incidencia en el litigio del régimen de los miembros de la Sala de Recurso que ejercían su función, hasta 2019, sin remuneración y a título honorífico. Según la ACER, podían, bajo ese régimen, ejercer otros trabajos que les restaban tiempo para dedicarse a la Sala de Recurso, por lo que era lógico que se limitaran a ejercer un control limitado y más rápido de las decisiones de la Agencia.

³² «La Sala de Recurso estará compuesta de seis miembros y seis suplentes, seleccionados entre el personal directivo actual o anterior de las autoridades reguladoras nacionales, los organismos responsables de la competencia u otras instituciones comunitarias o nacionales, y con la experiencia necesaria en el sector de la energía».

³³ Véanse, en el mismo sentido, los artículos 1 a 4 de la Decisión n.º 1-2011 de la Sala de Recurso de la ACER de 1 de diciembre de 2011 por la que se establecen las normas de organización y procedimiento de la Sala de Recurso, disponible en https://extranet.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/BoA%20minutes%20FINAL%20.pdf. El texto reformado el 5 de octubre de 2019 está disponible en https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/Rules%20of%20Procedure_for%20publication.pdf.

³⁴ Apartado 53 de la sentencia impugnada: «el legislador de la Unión ha pretendido dotar a la Sala de Recurso de la ACER de la pericia necesaria para que pueda proceder ella misma a apreciaciones sobre hechos de carácter técnico y económico complejos relacionados con la energía».

57. La ausencia de remuneración y de exclusividad en la dedicación de los miembros de la Sala de Recurso, hasta 2019, no justifica la reducción de sus funciones de control. Aquellas notas pueden explicarse, entre otros motivos, por los menores poderes de decisión de la ACER antes de 2019 y, sobre todo, por el limitado número de recursos que, según los cálculos iniciales, se interpondrían.³⁵

58. El aumento del número de asuntos ha conducido a prever en la actualidad una remuneración para los miembros de la Sala de Recurso³⁶ y una selección de los candidatos con mayores exigencias de conocimientos jurídicos generales, junto con los perfiles técnicos.³⁷

59. El reforzamiento de los medios humanos de la Sala de Recurso habría puesto de relieve, todo lo más, que su diseño inicial no era del todo adecuado para desempeñar las tareas que el Reglamento n.º 713/2009 le encomendaba.³⁸ Esa deficiencia, empero, no avala que la Sala de Recurso hubiera de renunciar a su función primordial para limitarse a un control restringido de las decisiones de la Agencia.

60. El aumento de los poderes de la ACER en el marco de la modificación de las normas sobre energía de la Unión, operada tras 2019³⁹ (no aplicables a los hechos de este litigio), así como la reforma de la propia ACER mediante el Reglamento 2019/942, determinan que el reforzamiento de su Sala de Recurso la coloque en situación idónea para ejercer un control completo de las decisiones de aquella.

3. Duración del procedimiento

61. La ACER considera que el plazo en el que había de resolver la Sala de Recurso (dos meses, según el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n.º 713/2009) no le permitía realizar un examen en profundidad. El Tribunal General habría cometido un error de derecho al entender lo contrario.

62. Por mi parte, coincido con los razonamientos del Tribunal General y estimo que no ha cometido error de derecho alguno al interpretar aquel precepto.

63. Es cierto que el plazo para resolver el recurso era reducido,⁴⁰ pues en dos meses se había de tramitar un procedimiento de carácter contradictorio, en el que se podía instar a unas partes a formular observaciones sobre las comunicaciones que emanan de las otras y presentar oralmente sus observaciones ante la Sala de Recurso.

³⁵ De hecho, antes de la entrada en vigor del Paquete Energía Limpia de 2019, únicamente se había depositado una demanda ante la Sala de Recurso en 2017 y dos en 2018. En 2019 ya fueron seis, en 2020, nueve y en 2021, once. Véase <https://acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/boa-decisions>.

³⁶ Véase la Decisión n.º 17/2019 del Consejo de Administración de la ACER, de 26 de septiembre de 2019.

³⁷ Así se afirma en el *Programming Document 2021 – 2023*, diciembre 2020, http://documents.acer.europa.eu/en/The_agency/Mission_and_Objectives/Documents/Programming%20Document%20-%202021-2023%20-%20European%20Union%20Agency%20for%20the%20Cooperation%20of%20Energy%20Regulators.pdf, (p. 33).

³⁸ La ACER reconoce esta circunstancia en el documento citado en la nota precedente (p. 160).

³⁹ El Paquete de Energía Limpia contiene, entre otros, el Reglamento 2019/942.

⁴⁰ Este plazo reducido está en consonancia con el objetivo, señalado en el considerando décimo noveno del Reglamento 713/2009, de conferir a las partes interesadas, «por motivos de economía procesal [...] derecho a recurrir ante una Sala de Recurso [...]».

64. No obstante, la duración del plazo, como bien afirma el Tribunal General (apartado 74 de la sentencia impugnada), no basta para revelar una intención del legislador favorable a limitar el control de la Sala de Recurso. Varios argumentos avalan lo contrario:

- El conocimiento técnico y la pericia de los miembros de la Sala de Recurso facilitan una pronta comprensión de los recursos y su rápida resolución.
- El artículo 19 del Reglamento n.º 713/2009 prevé, en lo sustancial, que la Sala de Recurso examine si las alegaciones formuladas por la parte demandante demuestran la existencia de un error que afecte a la decisión recurrida. La Sala de Recurso circunscribe su acción a evaluar si los motivos invocados por aquella parte son idóneos para demostrar que la decisión atacada adolece de errores. Únicamente debe verificar los elementos técnicos y económicos complejos que se susciten en dichos motivos.
- La Sala de Recurso no tiene por qué llevar a cabo un control *ex novo* de los elementos fácticos y jurídicos de la Decisión de la ACER. En este punto se diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las salas de recurso de la EUIPO y de la OCVV.
- Según el artículo 19, apartado 5, del Reglamento n.º 713/2009, la Sala de Recurso podía ejercer «cualquier facultad reconocida a la Agencia o remitir el asunto al órgano competente de la Agencia». Le era factible, pues, estimar el recurso y remitir el asunto a la ACER para que adoptase una nueva decisión.

65. Esta interpretación no se ve desvirtuada por que el Reglamento 2019/942 haya ampliado a cuatro meses el plazo del que dispone la Sala de Recurso para resolver.⁴¹ Esa ampliación solo demuestra que el legislador fue, quizás, poco realista al fijar el plazo de dos meses en el Reglamento n.º 713/2009, pero de ella no puede inferirse que la Sala de Recurso solo debiera aplicar un control limitado sobre las decisiones de la ACER.

4. Poderes de la Sala de Recurso

66. El artículo 19, apartado 5, del Reglamento n.º 713/2009 preveía, como ya he mencionado, que la Sala de Recurso ejerciese cualquier facultad reconocida a la ACER o remitir el asunto al órgano competente de esta, que estará vinculado por la resolución de la Sala de Recurso.

67. Como acertadamente señala el Tribunal General (apartado 54 de la sentencia impugnada), la Sala de Recurso podía, cuando estimase el recurso, asumir la facultad de apreciación de la ACER para examinar si los elementos de los que disponía le permitían adoptar su propia resolución, como alternativa al envío del asunto a la ACER para una nueva decisión.

⁴¹ Artículo 28, apartado 2, del Reglamento 2019/942. El muy escaso número de asuntos de la Sala de Recurso en sus primeros años era compatible con un plazo de resolución tan reducido, pero el aumento de casos a partir de 2018 ha aconsejado la ampliación de dos a cuatro meses.

68. De conformidad con el artículo 20, apartado 1, del Reglamento n.º 713/2009 lo que se debe recurrir ante el Tribunal General es la resolución de la Sala de Recurso y no la decisión de la ACER. Así sucedió en este asunto: la demandante no estaba legitimada para recurrir directamente la Decisión de la ACER ante el juez de la Unión,⁴² como razonó el Tribunal General en el apartado 58 de la sentencia impugnada.

69. Esa doble constatación corrobora que la Sala de Recurso no podía restringir su actuación a controlar de modo limitado la Decisión de la ACER, en términos equivalentes al control jurisdiccional ejercido por el juez de la Unión.

70. La Sala de Recurso dispone, como ya he indicado, de unos conocimientos técnicos que le permiten llevar a cabo un control completo y no limitado al escrutinio del error manifiesto de las decisiones de la ACER. Este control completo posibilita, posteriormente, la fiscalización judicial a cargo del Tribunal General.

71. Las consideraciones precedentes no quedan empañadas por el error, irrelevante, en el que incurre el Tribunal General (apartado 60 de la sentencia impugnada) al aludir a una «eventual contradicción» de la Decisión de la ACER de 5 de octubre de 2019⁴³ con el Reglamento n.º 713/2009.

72. El Tribunal General no acertó en esa apreciación, porque la modificación de la Decisión de la ACER n.º 1/2011 obedecía a la adopción previa del Reglamento 2019/942. El artículo 21 de la Decisión n.º 1/2011, modificada, no hace sino transcribir el contenido del artículo 28, apartado 5, del Reglamento 2019/942.⁴⁴ No existía, pues, la contradicción apuntada.

73. No obstante, este error del Tribunal General se produce en un razonamiento *obiter dictum* y referido a una modificación normativa no aplicable *ratione temporis* al litigio. Por eso, no incide en la solución final, en lo que atañe a la intensidad del control operado por la Sala de Recurso.

5. Comparación de la Sala de Recurso de la ACER con las de otras agencias de la Unión

74. Me parece adecuada la comparación que el Tribunal General hace entre la intensidad del control de la Sala de Recurso de la ECHA y de la ACER, para extender a la segunda su jurisprudencia sobre el nivel de escrutinio de las resoluciones de la primera.

⁴² El nuevo artículo 29 del Reglamento 2019/942 estipula ahora más claramente que «solo se podrá interponer recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia contra una decisión emitida por la ACER en virtud del presente Reglamento o recurso por omisión dentro de los plazos aplicables si se ha agotado previamente el procedimiento de recurso contemplado en el artículo 28».

⁴³ En esa Decisión se modificó el artículo 20 de la Decisión n.º 1-2011, por la que se establecen las normas de organización y procedimiento de la Sala de Recurso. El (nuevo) artículo 21, que reemplaza al 20, de la Decisión modificada señala que la Sala de Recurso se limitará a confirmar la decisión de la Agencia o a remitir el asunto al órgano competente de la ACER.

⁴⁴ El artículo 28, apartado 5, del Reglamento 2019/942 facilita, en cierto modo, el trabajo de la Sala de Recurso, que «podrá confirmar la decisión o remitir el asunto al órgano competente» de la ACER.

75. El Tribunal General, tras transcribir su posición a propósito de la Sala de Recurso de la ECHA (apartado 61 de la sentencia impugnada),⁴⁵ afirma que es igualmente aplicable a la Sala de Recurso de la ACER.

76. La crítica de la ACER a esta parte de la sentencia impugnada se apoya en las diferencias de objetivos, procedimientos de recurso (en particular, de los plazos para resolver) y régimen del personal de las salas de recurso de la ACER y de la ECHA. Tales disparidades invalidarían la comparación llevada a cabo por el Tribunal General.

77. Esas diferencias, sin embargo, no afectan al núcleo de la tesis del Tribunal General, aplicable tanto a la Sala de Recurso de la ECHA como a la de la ACER: sería contrario a la naturaleza de los órganos de recurso creados en el seno de las agencias que ejerzan un control limitado al control del error manifiesto, y que no lleven a cabo una valoración completa de las apreciaciones de orden técnico, científico y económico complejas contenidas en las decisiones recurridas.

78. Como, por todo lo expuesto, me parece que esa tesis del Tribunal General no está viciada de ningún error de derecho, también esta parte del primer motivo de casación es rechazable.

6. *Argumento subsidiario: el control ejercido por la Sala de Recurso fue completo*

79. Subsidiariamente, la ACER esgrime que, aun admitiendo (*quod non*) que la Sala de Recurso debiera ejercer un control completo y no limitado al error manifiesto de las decisiones que conllevan apreciaciones complejas de orden técnico y económico, el Tribunal General habría cometido un error de derecho al afirmar que la Sala de Recurso no había llevado a cabo este tipo de control en este asunto.

80. Este argumento subsidiario no tiene en cuenta, sin embargo, que la propia Sala de Recurso consideró (apartados 47 y 52 de su Resolución) que se limitaría a ejercer un control limitado al error manifiesto de apreciación, en lo que atañe a la exención demandada por Aquind.

81. La Sala de Recurso hace esta afirmación expresa como una declaración de principio que regirá su intervención. No resultaba necesario, pues, analizar en detalle los apartados 70 a 74 y 94 a 98 de la Decisión de la ACER cuando la propia Sala de Recurso comienza diciendo que aplicará un control limitado al error manifiesto de apreciación. El Tribunal General no cometió, en definitiva, ningún error de derecho en este extremo.

82. A tenor de las consideraciones precedentes, ha de desestimarse el primer motivo de casación de la ACER.

⁴⁵ «En particular, ya se ha declarado, a propósito de la Sala de Recurso de la ECHA, que el control efectuado por esta Sala de Recurso sobre apreciaciones de orden científico que figuran en una decisión de la ECHA no se limita a la verificación de la existencia de errores manifiestos, sino que, por el contrario, debido a las competencias jurídicas y científicas de sus miembros, la citada Sala de Recurso debe examinar si las alegaciones formuladas por la parte demandante son idóneas para demostrar que las consideraciones en las que se basa la decisión de la ECHA adolecen de errores (sentencia de 20 de septiembre de 2019, BASF Grenzach/ECHA, T-125/17, EU:T:2019:638, apartados 87 a 89). Así, la intensidad del control efectuado por la Sala de Recurso es mayor que la del control efectuado por el juez de la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 20 de septiembre de 2019, BASF Grenzach/ECHA, T-125/17, EU:T:2019:638, apartado 124)».

VI. Segundo motivo de casación de la ACER: violación del artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009

A. Sentencia impugnada

83. Para el Tribunal General, el planteamiento adoptado por la Sala de Recurso en cuanto a la exención no estaba justificado ni a la luz del Reglamento n.º 714/2009 ni a la luz del Reglamento RTE-E. Apoyó esta afirmación, en lo sustancial, en los siguientes argumentos:

- La Sala de Recurso habría introducido una condición adicional que no figura entre las enumeradas por el artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009.
- Ninguna disposición reglamentaria permite considerar que el legislador haya previsto la prioridad de un régimen sobre el otro. Los dos regímenes pueden ser aplicados alternativamente.
- El criterio esencial que debe guiar el examen de la solicitud de exención es el del «nivel de riesgo vinculado a la inversión» del artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009, que la Sala de Recurso no aplicó.
- Acudir al procedimiento de distribución transfronteriza de los costes no constituye una garantía de que los riesgos a los que están expuestos los interconectores sean suprimidos.

B. Alegaciones de las partes

84. La ACER imputa al Tribunal General un error de derecho «fundamental» por haber declarado (especialmente en los apartados 105 y 106 de la sentencia impugnada) que ninguna disposición reglamentaria permite entender que el legislador haya previsto la prioridad del régimen del Reglamento RTE-E sobre el régimen de exención del Reglamento n.º 714/2009.

85. Ese error de derecho deriva de la interpretación inadecuada que hace el Tribunal General acerca de la relación entre el artículo 12 del Reglamento RTE-E y el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009. El tenor literal, el objetivo y el contexto de este último, y de su predecesor, el Reglamento (CE) n.º 1228/2003,⁴⁶ llevan a la ACER a sostener que el Reglamento RTE-E establece el régimen general y que el Reglamento n.º 714/2009 implanta un régimen de exención, cuya interpretación ha de ser estricta. No se trata de regímenes iguales entre los que los promotores de los proyectos puedan elegir con libertad, como afirma el Tribunal General.

86. Un segundo error de derecho que la ACER censura de la sentencia impugnada (apartados 101 a 104) es el de mantener que, si bien la eventual financiación en virtud del artículo 12 del Reglamento RTE-E puede ser un criterio pertinente para determinar el riesgo vinculado a la inversión, este criterio no puede erigirse en condición inexcusable para obtener la exención.⁴⁷

⁴⁶ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (DO 2003, L 176, p.1).

⁴⁷ Según el Tribunal General, la Sala de Recurso hizo de la presentación de una previa solicitud de apoyo financiero, en virtud del artículo 12 del Reglamento RTE-E, una «verdadera condición para demostrar el riesgo vinculado a la inversión», planteamiento que no justifican el Reglamento n.º 714/2009 ni el Reglamento RTE-E.

87. La ACER entiende que la indisponibilidad de apoyo económico suficiente en el marco del régimen reglado es un elemento básico para determinar si el riesgo de la inversión está o no cubierto, de manera que este análisis está implícito en el artículo 17, apartado 1, letra b) del Reglamento n.º 714/2009 y no es una condición adicional para conceder la exención a un interconector nuevo.

88. Finalmente, para la ACER, el Tribunal General habría incurrido en un error de derecho (apartados 108 y 109 de la sentencia impugnada) al afirmar que no se puede denegar a Aquind la exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 presumiendo que la solicitud de apoyo en aplicación del artículo 12 del Reglamento RTE-E daría lugar a una ventaja financiera que permitiría eliminar el riesgo.

89. A juicio de la ACER, la posibilidad de obtener financiación para el interconector, mediante el reparto transfronterizo de los costes, no era hipotética, sino que se fundamentó en la consideración del interconector Aquind como proyecto de interés común, así como en el análisis de costes, de capacidad y de ventajas realizado por la ACER. Este es precisamente el análisis de riesgo que el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009 requiere para determinar si los riesgos financieros del interconector podían limitarse mediante otros medios que no fueran la concesión de la exención al régimen general.

90. Aquind refuta los argumentos de la ACER y considera que el Tribunal General no ha cometido ninguno de los errores de derecho que se le imputan.

C. *Apreciación*

91. La mejor comprensión del problema aconseja exponer, primero, la relación entre los dos regímenes de financiación para, después, estudiar los argumentos de este segundo motivo de casación.

1. Financiación de los interconectores eléctricos

92. Los interconectores eléctricos transeuropeos de corriente continua son infraestructuras fundamentales para el desarrollo del mercado eléctrico europeo.⁴⁸ Conectan los sistemas eléctricos nacionales asegurando los suministros de electricidad y evitando su aislamiento, a la vez que impulsan la creación de un mercado eléctrico europeo integrado con más competencia y mejores precios para los consumidores.⁴⁹

⁴⁸ Sentencia de 11 de marzo de 2020, *Baltic Cable* (C-454/18, EU:C:2020:189), apartado 57: «Como se desprende del artículo 1, letra a), del Reglamento n.º 714/2009, dicha asignación de capacidad de interconexión es objeto de principios armonizados que deben permitir el establecimiento de normas equitativas para el comercio transfronterizo de electricidad, impulsando la competencia en el mercado interior de la electricidad».

⁴⁹ Véase el Report of the Commission Expert Group on electricity interconnection: “Towards a sustainable and integrated Europe”, noviembre 2017, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/report_of_the_commission_expert_group_on_electricity_interconnection_targets.pdf, pp. 10 a 14.

93. Los interconectores eléctricos son obras de gran envergadura y complejidad tecnológica que requieren una importante inversión y varios años para completarse. Estas características explican la adopción del Reglamento RTE-E y la creación de la figura de los proyectos de interés común, como vía para dirigir financiación hacia ellos.⁵⁰

94. En su artículo 1, el Reglamento RTE-E⁵¹ se refiere a la identificación de los proyectos de interés común, necesarios para poner en práctica los corredores y los ámbitos prioritarios en materia de infraestructuras energéticas transeuropeas. Además de abordar la identificación y ejecución de esos proyectos, el Reglamento RTE-E prevé normas para facilitar y agilizar sus autorizaciones, así como para garantizar la participación del público en ellos.

95. En este asunto, es particularmente relevante el artículo 12 del Reglamento RTE-E, que establece las normas y orientaciones para la distribución transfronteriza de los costes, teniendo en cuenta los riesgos para los proyectos de interés común.

96. Con arreglo al artículo 12, apartados 3, 4, 5 y 6 del Reglamento RTE-E:

- Tan pronto como un proyecto incluido en las categorías del anexo II, punto 1, letras a), b) y d), y punto 2, haya alcanzado suficiente madurez, su promotor o promotores presentarán a las ANR correspondientes una «solicitud de inversión [que] incluirá una solicitud de distribución transfronteriza de costes».
- Tras consultar al promotor o promotores del proyecto, las ANR adoptarán «decisiones coordinadas sobre la distribución de los costes de inversión que deberá asumir cada gestor de redes de transporte para dicho proyecto, así como sobre su inclusión en las tarifas».
- Las ANR notificarán sin demora a la ACER «la decisión relativa a la distribución de los costes, junto con toda la información pertinente relacionada con la misma».
- Si las ANR no alcanzan un acuerdo sobre la solicitud de inversión en el plazo de seis meses, informarán sin demora a la ACER, que puede adoptar «la decisión relativa a la solicitud de inversión, incluida la distribución transfronteriza de los costes [...], así como la forma en que las inversiones se reflejarán en las tarifas».

97. El Reglamento RTE-E se adoptó en 2013 y no había con anterioridad una norma equivalente en el derecho de la Unión que contemplara un régimen similar de financiación de las infraestructuras energéticas transeuropeas.⁵²

⁵⁰ Entre 2014 y 2020, el instrumento de financiación denominado Facilidad Conectar Europa contribuyó a la financiación de 107 proyectos de interés común, con un presupuesto total de 4 700 millones de euros. Casi dos tercios de este importe se emplearon en proyectos de transmisión y almacenamiento de electricidad, así como en redes eléctricas inteligentes. Véanse los datos en Comisión Europea: *Connecting Europe Facility. Energy. Supported actions 2014-2020*, May 2021, https://cinea.ec.europa.eu/system/files/2021-05/CEF_Energy_supporting-actions_2021.pdf.

⁵¹ El Reglamento RTE-E ha sido modificado por no ser apto ya asegurar la neutralidad climática de la Unión, tras la adopción del Pacto Verde Europeo y las nuevas orientaciones de la política energética, mediante el Reglamento (UE) 2022/869 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se modifican los Reglamentos n.º 715/2009, 2019/942 y 2019/943 y las Directivas 2009/73 y (UE) 2019/944 y se deroga el Reglamento RTE-E (DO 2022, L 152, p. 45).

⁵² La Decisión n.º 1364/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía y por la que se derogan la Decisión 96/391/CE y la Decisión n.º 1229/2003/CE (DO 2006, L 262, p. 1), es la precursora del Reglamento RTE-E. Establecía un marco muy precario de apoyo a las redes energéticas transeuropeas, en el que no había un régimen general de financiación de estas infraestructuras, más allá de la posibilidad del recurso a financiación de la Unión.

98. Por esta razón, su artículo 12, apartado 9, prevé que «el presente artículo no se aplicará a los proyectos de interés común que *hayan obtenido* ⁵³: [...] b) una exención de la aplicación del artículo 16, apartado 6, del Reglamento [n.º 714/2009] de conformidad con el artículo 17 del Reglamento [n.º 714/2009]; [...] o d) una exención en virtud del artículo 7 del Reglamento [n.º 1228/2003]».

99. La misma interpretación cabe hacer del artículo 13, apartado 1, segundo párrafo, del Reglamento RTE-E, relativo a los incentivos para este tipo de infraestructuras energéticas transeuropeas.

100. Este conjunto normativo no pretende establecer una aplicación alternativa entre el régimen reglado de financiación de interconectores eléctricos y el régimen de exención.

101. Los artículos 12, apartado 9, y 13, apartado 1, segundo párrafo, del Reglamento RTE-E tratan de impedir que los interconectores eléctricos que se habían beneficiado del régimen de exención en virtud del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 (y del artículo 7 del Reglamento n.º 1228/2003) pudiesen optar a la financiación del régimen general establecido por el artículo 12 del Reglamento RTE-E.

102. Ahora bien, para los nuevos interconectores eléctricos planeados con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento RTE-E, sus artículos 12, apartado 9, y 13, apartado 1, segundo párrafo, carecen de relevancia, al tratarse de normas que podrían calificarse de «transitorias». ⁵⁴

103. Corroboran la relación entre el régimen reglado y el régimen de excepción los trabajos preparatorios del Reglamento n.º 1228/2003, que el Tribunal General no ha tenido en cuenta. El Tribunal de Justicia se ha valido de esos trabajos preparatorios para interpretar los artículos 16 y 17 del Reglamento n.º 714/2009. ⁵⁵

104. En efecto, en la posición común del Consejo para la adopción del Reglamento n.º 1228/2003 se incluyó la siguiente declaración de la Comisión sobre el régimen de exención: «La Comisión hace hincapié en su intención de interpretar esta exención de manera restrictiva para garantizar que dicha exención se limitará al mínimo necesario, especialmente en lo que respecta a la duración de la exención y a la capacidad pertinente del proyecto al que se refiera la exención, con el fin de cumplir el objetivo de financiar inversiones de un nivel de riesgo excepcionalmente alto». ⁵⁶ La interpretación restrictiva de la excepción y del recurso a ella en situaciones muy limitadas se reitera en el punto C 4 de la posición común. ⁵⁷

⁵³ Cursiva añadida.

⁵⁴ En el mismo sentido, el considerando vigesimotercero, última frase, del Reglamento n.º 714/2009 afirma que «las exenciones concedidas en virtud del Reglamento [n.º 1228/2003] siguen aplicándose hasta la fecha de expiración prevista indicada en la decisión sobre la concesión de la exención».

⁵⁵ Sentencia de 11 de marzo de 2020, *Baltic Cable* (C-454/18, EU:C:2020:189), apartado 48.

⁵⁶ SEC/2003/0160 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE acerca de la posición común adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo con vistas a la adopción de un reglamento relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, anexo E.

⁵⁷ «La Comisión cree que las condiciones limitativas estrictas, que el Consejo ha precisado, y el examen de la Comisión de cualquier decisión reglamentaria sobre una exención deberían constituir garantías suficientes para asegurarse de que solo se recurra a esta posibilidad de exención en los casos en que sea absolutamente necesario salvaguardar una inversión en aras del mercado interior y de la seguridad del abastecimiento».

105. La Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión publicó una nota interpretativa del Reglamento n.º 1228/2003 para facilitar su aplicación por las ANR, en la que propugna el carácter excepcional del régimen de exención.⁵⁸ De la misma manera se hizo en el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión de 2009.⁵⁹

106. Los trabajos preparatorios y los documentos explicativos de la Comisión ponen de relieve, pues, el carácter excepcional del régimen de exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 y su aplicación subsidiaria respecto al régimen general de financiación de los interconectores eléctricos del Reglamento RTE-E.

2. *Análisis del motivo*

107. En mi opinión, el razonamiento del Tribunal General adolece de un error de derecho, especialmente en los apartados 105 y 106 de la sentencia impugnada, porque sitúa al mismo nivel dos regímenes jurídicos diferentes. Como ya he avanzado:

- El Reglamento RTE-E establece el régimen general para la financiación de interconectores que constituyan proyectos de interés común.
- Por el contrario, las reglas sobre la exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 constituyen el régimen de excepción, de manera que a los promotores no se les reconoce el derecho a elegir si tramitan su proyecto por uno u otro de ambos regímenes.

108. En principio, los promotores de un interconector eléctrico catalogado como proyecto de interés común han de someterse, para conseguir su viabilidad financiera, al régimen general (o reglado, como lo denomina la ACER) del Reglamento RTE-E, que se recoge principalmente en su artículo 12.

109. Si no obtienen apoyo mediante el reparto transfronterizo de costes, los promotores pueden demostrar, en su caso, que su proyecto tiene un nivel de riesgo financiero que justifica la concesión de una exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009.

110. Pero, repito, los promotores no pueden optar directamente por el régimen excepcional de exención, lo que supondría subvertir la relación entre este último y el régimen general de apoyo financiero a los interconectores nuevos. En virtud de esa relación:

- El régimen de exención implica una derogación temporal a los principios generales que rigen la utilización de los ingresos, la disociación de las redes de transporte y de los gestores de redes de transporte, así como el acceso de terceros a las redes de transporte o de distribución, factores clave para la liberalización del mercado eléctrico de la Unión.

⁵⁸ Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228\03 in the electricity and gas internal market about exemptions from certain provisions of the third party access regime, 30.1.2004, p. 1: «The possibility for such exemptions is clearly an exception to the general rule of third party access which is the basis of the new competitive market for electricity and gas. Exemptions will therefore only be granted exceptionally and on a case-by-case basis. There will be no block exemptions for specific types of infrastructure and all cases will be assessed on their merits. This consideration is particularly relevant since there is no possibility of exemptions for existing infrastructure and therefore any decision to give new pieces of infrastructure a different status must be clearly justified».

⁵⁹ Document SEC(2009)642 final, 6.5.2009, Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity – New Infrastructure Exemptions. En el punto 17 se afirma: «Exemptions are an exception to the general rule of regulated TPA. Such exceptions have to be limited to what is strictly necessary to realise the investment and the scope of the exemptions has to be proportionate».

- El régimen general de apoyo a las infraestructuras energéticas transnacionales del Reglamento RTE-E está pensado, precisamente, para evitar exenciones a los promotores de estas obras que supongan restricciones de la libre competencia en el mercado eléctrico de la Unión.
- Solamente cuando la viabilidad económica no se pueda conseguir a través del régimen general de apoyo económico tiene lógica conceder, de manera excepcional, la exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009.

111. De esa inadecuada comprensión de las relaciones entre ambos regímenes deriva un nuevo error de derecho, perceptible, en particular, en los apartados 101 y 102 de la sentencia impugnada. En ellos, el Tribunal General defiende que la Sala de Recurso no podía hacer de la presentación de una solicitud previa de apoyo financiero, en virtud del artículo 12 del Reglamento RTE-E, una condición para demostrar el riesgo vinculado a la inversión.

112. Es cierto que la indisponibilidad de apoyo financiero genera un riesgo económico que puede poner en peligro la construcción del interconector. Este factor, como admite el propio Tribunal General, debe ser tenido en cuenta por la ACER al aplicar la condición de la existencia de un riesgo vinculado a la inversión que justifique una exención al sistema reglado, que prevé el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009.

113. Por tanto, la verificación por la ACER de la existencia o no de apoyo financiero a través del régimen general debe realizarse para verificar el riesgo y conceder o denegar la exención.⁶⁰ Así lo hizo la ACER y su Sala de Recurso confirmó la adecuación de este examen a las exigencias del artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 714/2009.

114. Ahora bien, no puede admitirse, como erróneamente apreció el Tribunal General, que con este planteamiento la ACER añada una nueva condición a las ya fijadas por el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 714/2009 para acordar una exención.

115. Es más, la ACER y su Sala de Recurso no exigieron a Aquind la presentación de una solicitud de financiación a través del régimen reglado. Se limitaron a valorar en qué medida el riesgo económico de la construcción del interconector Aquind se habría reducido si se hubiera conseguido la financiación a través del régimen reglado. Junto con la estimación de costes y beneficios y otros elementos, la ACER valoró⁶¹ si se cumplía la exigencia de que «el nivel de riesgo vinculado a la inversión sea tal que la inversión solo se efectuaría en caso de concederse la exención».

116. Considero, pues, que el análisis de la ACER, confirmado por su Sala de Recurso, era adecuado y que no supone, contrariamente a lo que afirmó el Tribunal General, introducir una condición que no figura entre las enumeradas por el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 714/2009 para conceder la exención.

⁶⁰ La Comisión siguió un razonamiento similar para rechazar una exención en favor de un gestor checo de almacenamiento de gas en su Decisión C(2011) 4509 de la Comisión, de 27 de junio de 2011, relativa a la exención aplicable a una instalación de almacenamiento subterráneo de gas en Damborice, disponible en https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_damborice_decision_en.pdf. Esta exención se basaba en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 2009/73 aplicable al ámbito del gas, que es similar a la del artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009.

⁶¹ En este punto la ACER dispone de un cierto poder de apreciación, tal como se reconoció respecto a las exenciones equivalentes en relación con el mercado del gas en la sentencia de 4 de diciembre de 2019, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo/Comisión* (C-342/18 P, no publicada, EU:C:2019:1043), apartado 48.

117. En el mismo sentido, está viciado de error el razonamiento expuesto por el Tribunal General en los apartados 107 a 110 de la sentencia impugnada. Sus dos argumentos principales son los siguientes:

- La Sala de Recurso y la ACER se basaron, principalmente, en un razonamiento hipotético, a saber, en la «posibilidad» de que una solicitud en virtud del artículo 12 del Reglamento RTE-E dé lugar a un apoyo financiero para Aquind, y en el hecho de que no «podía excluirse» que una decisión favorable en virtud de esta disposición aportara una garantía suficiente a los inversores potenciales. La ventaja del apoyo financiero a través del régimen reglado no podía apoyarse simplemente en una presunción o presentarse como un hecho probado.
- La posibilidad de obtener un apoyo financiero en virtud del artículo 12 del Reglamento RTE-E no permite excluir automáticamente el riesgo financiero vinculado a la inversión. El recurso al procedimiento de distribución transfronteriza de los costes no constituye una garantía de que todos los riesgos a los que están expuestos los interconectores sean suprimidos.

118. El primer argumento no me convence. La catalogación del interconector Aquind como proyecto de interés común abría la puerta a su financiación a través del régimen reglado de reparto transfronterizo de costes y de incentivos del Reglamento RTE-E. De ahí que la ACER y su Sala de Recurso pudieran considerar que esta financiación estaba al alcance de Aquind, si la hubiera demandado.⁶²

119. En todo caso, el análisis del «nivel de riesgo vinculado a la inversión», previsto en el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009, obligaba a la ACER a valorar si el riesgo financiero del proyecto pudiera haberse reducido acudiendo a otros medios de financiación que operan de forma general y de manera preferente a la concesión de la exención. Esta última, repito, por su naturaleza de régimen excepcional, es una solución de «última instancia», dado su impacto negativo en la liberalización del mercado común eléctrico.

120. El segundo argumento del Tribunal General tampoco me resulta convincente. El hecho (cierto) de que el régimen general de financiación del Reglamento RTE-E no sea una garantía para la eliminación de todos los riesgos a los que están expuestos los interconectores no puede conducir al otorgamiento de la exención del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009.

121. A los promotores de un proyecto de interés común, como el interconector Aquind, les bastaría con no solicitar la ayuda del régimen reglado para incrementar el riesgo financiero de su proyecto y «forzar» así la concesión de la exención. Se les estaría permitiendo, en definitiva, elegir entre dos regímenes de apoyo a este tipo de infraestructuras que no se encuentran al mismo nivel. El error de base del Tribunal General antes analizado aparece nuevamente en este razonamiento de la sentencia impugnada.

122. Además, el análisis del «nivel de riesgo vinculado a la inversión» se cumpliría automáticamente, y perdería sentido la propia condición requerida por el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009, si se entendiera que los posibles retrasos e incertidumbre relativos a la concesión de apoyo financiero mediante el régimen general del Reglamento RTE-E permiten otorgar la exención.

⁶² Debo añadir que Aquind pidió posteriormente esta financiación a través del régimen general.

123. A tenor de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia estimar este motivo de casación, por cuanto el Tribunal General cometió un error de derecho al interpretar el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009 en relación con el artículo 12 del Reglamento RTE-E.

VII. La adhesión a la casación de Aquind

124. Además de oponerse al recurso de casación de la ACER, Aquind ha interpuesto una adhesión a la casación en la que formula las pretensiones reseñadas en el punto 19 de estas conclusiones.

125. Como propongo al Tribunal de Justicia rechazar el primer motivo de casación de la ACER y confirmar la sentencia del Tribunal General en la parte que anula la Decisión de la Sala de Recurso, no será necesario un análisis específico de la adhesión a la casación de Aquind.

126. En efecto, la sentencia impugnada ha de confirmarse en casación con el rechazo del primer motivo, aunque se acepte el segundo. De este modo se corrobora la anulación completa de la Decisión de la Sala de Recurso por haber aplicado un control limitado al error manifiesto. No es necesario ni aconsejable que el Tribunal de Justicia analice ningún otro motivo adicional de anulación de dicha Decisión, como solicita Aquind. Su adhesión a la casación ha de ser, pues, desestimada.

VIII. No devolución del asunto al Tribunal General

127. Según el artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia, cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva.

128. No es necesario que el Tribunal de Justicia devuelva el asunto al Tribunal General, una vez confirmada la sentencia de este último en cuanto anula por completo la Decisión de la Sala de Recurso de la ACER.

129. Corresponde a esa Sala de Recurso dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal General de conformidad con las precisiones aportadas en casación por el Tribunal de Justicia, lo que implica hacer caso omiso de esa sentencia en lo que atañe a la relación del artículo 17 del Reglamento n.º 714/2009 y el artículo 12 del Reglamento RTE-E.

130. La estimación del segundo motivo de casación no requiere la devolución del asunto al Tribunal General porque, como ya he señalado, no era imprescindible que este se hubiera pronunciado sobre la relación entre el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 714/2009 y el artículo 12 del Reglamento RTE-E.

IX. Costas

131. En virtud del artículo 138, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, aplicable en casación en virtud de su artículo 184, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, cada parte cargará con sus propias costas.

132. Puesto que propugno que se rechace el primer motivo de casación de la ACER, en línea con lo solicitado por Aquind, pero que se estime el segundo, cada parte debería cargar con sus propias costas. Procede aplicar este mismo reparto de costas a la adhesión a la casación, estrechamente vinculada con el principal.

X. Conclusión

133. De conformidad con los razonamientos precedentes, propongo al Tribunal de Justicia:

- 1) Desestimar el primer motivo de casación de la ACER
- 2) Estimar el segundo motivo de casación de la ACER.
- 3) Desestimar íntegramente la adhesión a la casación de Aquind.
- 4) Declarar que la ACER y Aquind cargarán cada uno con sus propias costas.