

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. F.G. JACOBS

presentadas el 26 de octubre de 2000¹

Índice

I. Introducción	I-2104
II. La Stromeinspeisungsgesetz alemana en sus sucesivas versiones y la posición de la Comisión sobre esta Ley	I-2105
1. La estructura del suministro de electricidad en Alemania y la obligación de compra de electricidad procedente de fuentes de energía renovables antes de la entrada en vigor de la Stromeinspeisungsgesetz de 1990	I-2105
2. La Stromeinspeisungsgesetz de 1990	I-2106
3. La Stromeinspeisungsgesetz de 1998	I-2109
4. Evolución posterior a la petición de decisión prejudicial	I-2112
III. El litigio principal y las cuestiones planteadas	I-2113
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	I-2117
V. Admisibilidad	I-2119
1. Litigio artificial	I-2119
2. Lagunas y errores en la presentación de los antecedentes de hecho y de Derecho .	I-2122
3. Relevancia de las cuestiones	I-2123
VI. Primera cuestión: la Stromeinspeisungsgesetz de 1998 como ayuda de Estado	I-2127
1. La financiación mediante fondos públicos como elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	I-2129
2. ¿Debe el Tribunal de Justicia reconsiderar su jurisprudencia?	I-2134
3. Las ventajas que otorga la StrEG de 1988 ¿pueden considerarse financiadas mediante fondos estatales?	I-2139
a) Posible pérdida de recursos fiscales	I-2140
b) Conversión de fondos privados en fondos públicos	I-2140
c) Disminución de los beneficios de las empresas públicas como recursos estatales.	I-2142
4. ¿Es la StrEG de 1998 una medida equivalente a una ayuda de Estado, prohibida por el artículo 5, apartado 2, del Tratado?	I-2145

¹ — Lengua original: inglés.

VII. Segunda cuestión: el alcance de la obligación de suspensión del artículo 93, apartado 3, del Tratado	I-2146
VIII. Tercera cuestión: la Stromeinspeisungsgesetz de 1998 como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación	I-2147
1. Consideraciones preliminares	I-2147
2. El artículo 30 del Tratado	I-2148
3. Justificación	I-2150
a) Seguridad del abastecimiento	I-2151
b) Protección del medio ambiente	I-2152
IX. Conclusión	I-2158

I. Introducción

1. El presente asunto, remitido por el Landgericht (Tribunal regional) de Kiel (Alemania), atañe a una Ley alemana que tiene por objeto promover la utilización de electricidad procedente de fuentes de energía renovables. Esta Ley obliga a las empresas regionales de distribución de electricidad a comprar a precios mínimos establecidos la electricidad producida en su zona de suministro a partir de fuentes de energía renovables y obliga a los suministradores de electricidad procedente de fuentes convencionales situados en un nivel de distribución anterior a compensar parcialmente a las empresas de distribución por los costes adicionales derivados de esa obligación de compra.

2. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta:

— si el régimen establecido por esa Ley constituye una ayuda de Estado en

favor de los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables, en el sentido del artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) y, como cuestión subsidiaria,

— si ese régimen es una medida equivalente a una restricción cuantitativa de las importaciones, en el sentido del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación).

3. Estas cuestiones se plantean en un litigio en el que un suministrador de electricidad procedente de fuentes convencionales situado en un nivel de distribución anterior cuestiona la compatibilidad de la Ley con el Derecho comunitario, y pretende sobre esta base la devolución de las cantidades pagadas a una empresa de distribución de electricidad situada en un nivel de distribución posterior, sujeta a la obligación de compra. La empresa suministradora demandante es titular de la mayoría de las acciones de la distribuidora demandada y ambas partes concuerdan en la incompatibilidad de la Ley controvertida con el

Derecho comunitario y con el Derecho constitucional nacional.

4. Las principales dificultades en el presente asunto consisten en determinar si el litigio nacional es de carácter artificial, en el sentido de los asuntos Foglia I y II,² si sólo las medidas financiadas mediante fondos estatales pueden constituir ayudas de Estado y si una medida nacional que trata los productos nacionales más favorablemente que los importados puede estar justificada por motivos medioambientales.

II. La Stromeinspeisungsgesetz alemana en sus sucesivas versiones y la posición de la Comisión sobre esta Ley

1. La estructura del suministro de electricidad en Alemania y la obligación de compra de electricidad procedente de fuentes de energía renovables antes de la entrada en vigor de la Stromeinspeisungsgesetz de 1990

5. De la documentación aportada ante el Tribunal de Justicia resulta que pueden diferenciarse tres niveles en el sector eléctrico alemán.

6. En el primer nivel, unas pocas grandes empresas producen la mayor parte de la electricidad consumida en Alemania y gestionan redes de alta tensión (320, 220 o 110 kilovoltios). La función principal de esas redes es la transmisión de electricidad a larga distancia, el intercambio de electricidad con redes próximas y el suministro de electricidad a distribuidores regionales. En este nivel también se efectúan importaciones y exportaciones de electricidad pero, por regla general, no se suministra electricidad al consumidor final.

7. En el segundo nivel, cerca de 60 empresas regionales de distribución de electricidad gestionan redes de media tensión (20, 10 o 6 kilovoltios). Esas redes reciben electricidad del primer nivel, la distribuyen en todo el territorio nacional y suministran electricidad bien directamente a consumidores industriales, bien a los consumidores finales a través de redes de baja tensión. En este nivel también se produce cierta cantidad de electricidad.

8. En el tercer nivel, la electricidad se suministra a los consumidores finales mediante redes locales de baja tensión. Estas redes son gestionadas bien por los propios distribuidores regionales, bien por distribuidores locales que pertenecen con frecuencia a los municipios. En este tercer nivel la generación de electricidad es escasa.

² — Sentencias de 11 de marzo de 1980, Foglia I (104/79, Rec. p. 745), y de 16 de diciembre de 1981, Foglia II (244/80, Rec. p. 3045).

9. En cada uno de los tres niveles, la infraestructura necesaria (por ejemplo, el tendido, los transformadores) es única en cada zona.

función de sus costes evitados de producción o de compra.

10. Al igual que otros Gobiernos, las autoridades alemanas han fomentado durante muchos años la generación y el consumo de electricidad procedente de fuentes de energía renovables, como el viento, el agua y la luz solar, con el fin de aumentar la cuota de electricidad procedente de dichas fuentes en la producción eléctrica nacional.

2. *La Stromeinspeisungsgesetz de 1990*

12. El 7 de diciembre de 1990, Alemania adoptó la Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz⁴ (Ley sobre alimentación de la red pública con electricidad procedente de energías renovables; en lo sucesivo, «Stromeinspeisungsgesetz de 1990» o «StrEG de 1990»).

11. Se estimó necesario apoyar la demanda adoptando al mismo tiempo medidas relativas a la oferta, como la subvención de actividades de investigación y desarrollo. Antes de 1990, las autoridades alemanas se sirvieron con este fin del Derecho nacional de la competencia para obligar a los distribuidores de electricidad (en situación de monopolio en un territorio determinado) a comprar electricidad procedente de fuentes de energía renovables generada en su zona de suministro. El precio de compra de este tipo de electricidad se fijaba conforme al principio de los costes evitados («vermiedene Kosten»).³ Dependiendo de si el propio distribuidor de electricidad afectado producía electricidad, el precio de compra de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables estaba en

13. Esta Ley obligaba a las empresas públicas suministradoras de electricidad:

- a adquirir toda la electricidad generada en su zona de suministro a partir de fuentes de energía renovables como el viento, el agua y la luz solar (en lo sucesivo, «obligación de compra»);⁵
- a pagar por esa electricidad un precio mínimo de compra establecido, calcu-

3 — Esta política había sido aprobada por la Recomendación 88/61/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1988, sobre el fomento de la cooperación entre las empresas de servicios públicos y los autoprodutores de electricidad (DO L 335, p. 29).

4 — BGBl. 1990, I, p. 633; la StrEG de 1990 entró en vigor el 1 de enero de 1991.

5 — Artículo 2 de la StrEG de 1990.

lado en función del precio medio nacional de venta de la electricidad;⁶ en lo que atañe a la electricidad procedente de la energía eólica, el precio de compra se fijó en el 90 % del precio medio de venta de la electricidad proveída por las empresas suministradoras de electricidad a los consumidores finales⁷ (en lo sucesivo, «regla del precio mínimo»)

su aprobación con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 3) mediante escrito de 14 de agosto de 1990.

14. No se discute que, en el contexto de la *Stromeinspeisungsgesetz*, el término «empresas públicas suministradoras de electricidad» abarca empresas de propiedad tanto pública como privada.

15. La *StrEG* de 1990 contenía también una especie de cláusula de salvaguardia.⁸ Cuando el cumplimiento de la obligación de compra suponía un «rigor injustificado» («unbillige Härte») para la empresa suministradora de electricidad afectada, el suministrador de electricidad situado en el nivel de distribución anterior (generalmente una empresa explotadora de una red de alta tensión) debía asumir la obligación de compra y atenerse a la regla del precio mínimo. Acaso debido a la vaguedad de su formulación, esta cláusula de salvaguardia prácticamente nunca se aplicó.

16. El Gobierno alemán notificó el proyecto de *StrEG* de 1990 a la Comisión para

17. Mediante escrito de 19 de diciembre de 1990, la Comisión informó a la República Federal de Alemania de su decisión de no formular objeciones contra la Ley. Según un examen efectuado con arreglo al artículo 92 del Tratado, consideró que el nivel de la ayuda variaba entre el 28 % y el 48 %, dependiendo de la fuente de energía renovable afectada, y que la Ley originaría beneficios adicionales de 48 millones de DEM en favor de los 4.000 productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables del sector privado. El proyecto de Ley coincidía no obstante con los objetivos de política energética de la Comunidad. Además, la electricidad procedente de fuentes de energía renovables sólo representaba una pequeña parte del sector energético y los beneficios adicionales para los productores y el efecto en los precios de la electricidad eran escasos. La Comisión indicó que sometería la Ley a un nuevo examen dos años después de su entrada en vigor y que la modificación de la Ley o la prórroga de su vigencia debería notificarse previamente.

18. La *StrEG* de 1990 fue modificada por vez primera mediante la Ley de 19 de julio de 1994.⁹ Además de otros cambios de menor importancia, el precio mínimo de compra de la electricidad generada mediante energía hidráulica y a partir de otras fuentes pasó del 75 % al 80 % del precio medio de venta por kilovatio/hora.

6 — Artículos 2 y 3 de la *StrEG* de 1990.

7 — Artículo 3, apartado 2, de la *StrEG* de 1990.

8 — Artículo 4 de la *StrEG* de 1990.

9 — BGBl. 1994, I, p. 1618.

El precio mínimo de la electricidad procedente de la energía eólica permaneció sin variación en el 90 % del precio medio de venta.

19. En un escrito de 25 de octubre de 1996 dirigido al Gobierno alemán, a raíz de las quejas formuladas por empresas de suministro de electricidad, la Comisión manifestó dudas acerca de si la *Stromeinspeisungsgesetz* seguía siendo compatible con las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. La mayor preocupación derivaba del precio mínimo de compra de la electricidad procedente de la energía eólica.

20. La Comisión señaló que el número de instalaciones de producción de energía eólica en Alemania había pasado de 500 en 1991 a casi 4.000 en 1995, y su producción había pasado de 20 megavatios (MW) en 1990 a 1.100 MW en 1995. Además, el progreso tecnológico había reducido considerablemente los costes de producción de la electricidad procedente de la energía eólica. Según datos de los suministradores alemanes de electricidad, el precio obligatorio de compra de cerca de 0,17 DEM por kilovatio/hora, previsto en la *StrEG* de 1990, excedía del coste evitado en 0,085 DEM. Este exceso alcanzaría en 2005 un coste añadido de 900 millones de DEM para los distribuidores de electricidad. Así pues, de mantenerse sin cambios la regla de precio mínimo, existiría el riesgo de una compensación excesiva, con los consiguientes efectos perjudiciales para la competencia y para el intercambio de electricidad entre los Estados miembros.

Un simple cambio de la cláusula para los casos de rigor, como el contemplado por el Parlamento alemán,¹⁰ no suprimiría la distorsión de la competencia causada por la Ley, pues solamente redistribuiría los costes adicionales.

21. La Comisión propuso por tanto varias alternativas de modificación que harían compatible la Ley con las normas sobre ayudas de Estado. Así el legislador alemán podría bien reducir el precio mínimo de compra de la electricidad de origen eólico al 75 % del precio medio de venta, bien limitar la duración del mecanismo de apoyo y/o modularlo en función de la producción de electricidad, bien adoptar una regla por la que el precio de compra fuera calculado sobre la base de los costes evitados.

22. La Comisión llegó a la conclusión de que, si el legislador alemán no modificaba la Ley, se vería obligada a proponer a la República Federal de Alemania las «medidas apropiadas», en el sentido del artículo 93, apartado 1, del Tratado, para que la Ley se ajustara a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado.

10 — Véase, respecto al sistema de compensación finalmente adoptado, el punto 32 *infra*.

3. La *Stromeinspeisungsgesetz de 1998*

23. El 24 de abril de 1998, la República Federal de Alemania adoptó la *Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts*¹¹ (Ley sobre la nueva regulación del Derecho de la economía energética; en lo sucesivo, «*Stromeinspeisungsgesetz de 1998*» o «*StrEG de 1998*») con objeto de adaptar el Derecho alemán a 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 electricidad¹² (en lo sucesivo, «*Directiva de la electricidad*»).

24. Entre otras modificaciones legislativas de importancia, esta Ley de reforma contenía, en el artículo 3, apartado 2, las modificaciones de la *Stromeinspeisungsgesetz de 1990* que constituyen el objeto del presente asunto. Las disposiciones pertinentes de la *Stromeinspeisungsgesetz* en su versión modificada pueden resumirse como sigue.

25. El artículo 1 de la *StrEG de 1998* dispone, bajo el título «Ámbito de aplicación», que la *Stromeinspeisungsgesetz* regula la compra y el precio de compra de la electricidad procedente de determinadas fuentes de energía renovables específicas (por ejemplo, el agua, el viento, la luz solar y la biomasa). En comparación con la *StrEG de 1990*, el primer elemento nuevo

es que la *StrEG de 1998* se aplica a toda clase de biomasa y no sólo a la biomasa derivada de la agricultura y la silvicultura. También es nueva la disposición según la cual la Ley sólo se aplica a la electricidad que se haya generado en Alemania.

26. El artículo 2 contiene, bajo el título «Obligación de compra», tres normas diferentes.

27. La primera frase del artículo 2 establece la norma principal, es decir, la obligación de compra a un precio mínimo establecido:

«Las empresas de suministro de electricidad que gestionan una red de suministro general están obligadas a adquirir la electricidad producida en su zona de suministro por las energías renovables y a retribuir la conforme al artículo 3.»

28. La segunda frase del artículo 2 contiene una norma nueva, relativa a las instalaciones de generación que no se encuentran en la zona de suministro de una empresa suministradora (las denominadas instalaciones «off-shore» u «off-shore Anlagen»). La electricidad producida en una instalación que se encuentra fuera de la zona de suministro de una empresa suministradora de electricidad debe ser comprada por la empresa distribuidora o suministradora que gestione la red más próxima a la instalación de producción de que se trate.

11 — BGBl. 1998, I, p. 730.

12 — DO L 27, p. 20.

29. En virtud de la tercera frase, también nueva, del artículo 2, los costes adicionales derivados de la obligación de compra prevista en el artículo 2 y del nuevo sistema de compensación contemplado en el artículo 4 (véase el punto 32 *infra*), pueden imputarse, a efectos contables, a las actividades de distribución o de transmisión de las empresas distribuidoras de electricidad afectadas y tenerse en cuenta al establecer el precio de transporte de la electricidad a través de la red de las empresas afectadas.

30. El artículo 3 de la StrEG de 1998, que contiene reglas para el cálculo del precio mínimo de compra de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables, no fue modificado. Como ya señalé, el precio mínimo de compra por kilovatio/hora de electricidad de origen eólico se fijó en el 90 % del precio medio de venta por kilovatio/hora de la electricidad suministrada al consumidor final.

31. El artículo 4 sigue llevando por título «Cláusula para los casos de rigor».

32. El artículo 4, apartado 1, establece un nuevo sistema de compensación, que ocupa un lugar central en el litigio principal. En la

medida en que la electricidad que debe adquirirse en virtud del artículo 3 de la StrEG de 1998 supere el 5 % del total de la electricidad suministrada por la empresa afectada, el gestor de red situado en un nivel de distribución anterior está obligado a compensar a dicha empresa por el coste adicional derivado de la compra obligatoria de la cantidad de electricidad que exceda de ese 5 % (denominado «primer umbral del 5 %» o «erster 5 % Deckel»). Así pues, a diferencia de lo que establecía la StrEG de 1990, un productor de electricidad procedente de fuentes de energía renovables puede, en caso de «rigor injusto», continuar suministrando electricidad al distribuidor de su zona. Sin embargo, este último está facultado para reclamar al suministrador situado en un nivel de distribución anterior una compensación económica por el coste adicional de la compra de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que exceda del 5 % del total de su producción.

33. Según el artículo 4, apartado 1, primera y segunda frases, una regla similar del 5 % se aplica en favor del gestor de red situado en un nivel de distribución anterior («segundo umbral del 5 %» o «zweiter 5 % Deckel»). Cuando la cantidad de electricidad adquirida por la que ese gestor haya debido pagar compensación exceda del 5 % de su propia producción, él mismo tiene derecho a reclamar una compensación al gestor de red situado en un nivel de distribución anterior. Si tal gestor no existe (como sucederá normalmente), la obligación de compra del artículo 2 no se aplicará a la electricidad producida en instalaciones cuya construcción no hubiera concluido

antes del final del año en el que se alcanzó el segundo umbral del 5 %.

34. De los documentos presentados ante el Tribunal de Justicia resulta que, antes de la adopción de la StrEG de 1998, la Comisión había pedido a las autoridades alemanas información sobre los antecedentes legales y políticos de las modificaciones introducidas en la *Stromeinspeisungsgesetz*.

35. Asimismo, mediante escrito de 13 de marzo de 1998 la demandante en el litigio principal, *PreussenElektra Aktiengesellschaft* (en lo sucesivo, «*PreussenElektra*») pidió a la Comisión que solicitara a la República Federal de Alemania la notificación del proyecto de Ley, según lo dispuesto en el artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado.

36. Sin embargo, mediante escrito de 21 de abril de 1998 dirigido a *PreussenElektra*, la Comisión manifestó que albergaba dudas en cuanto a la obligación de que la República Federal de Alemania notificara el proyecto de modificación de la *Stromeinspeisungsgesetz*. La Comisión hizo una mera referencia, sin mayores comentarios, a los argumentos del Gobierno alemán, según los cuales las modificaciones de la StrEG bien estaban amparadas por la autorización inicial de 1990 (nuevas reglas sobre biomasa e instalaciones «*off-shore*»), bien eran irrelevantes a efectos de ayudas de Estado (nuevo sistema de compensación del artículo 4, apartado 1, de la StrEG de

1998). A juicio de la Comisión, a las autoridades alemanas incumbía decidir sobre la conveniencia o no de llevar a cabo la notificación. Las empresas afectadas por la StrEG de 1998 podían defender sus intereses por «*otros medios adecuados*».

37. En lo que atañe al precio mínimo de compra de la electricidad procedente de la energía eólica, la Comisión manifestó que proseguía su examen de las normas no modificadas, según el régimen procedimental relativo a las «*ayudas existentes*», y que aún no excluía la posibilidad de proponer al Gobierno alemán las medidas apropiadas al respecto.

38. Mediante escrito de 29 de julio de 1998 dirigido al Gobierno alemán, después por tanto de la entrada en vigor de la StrEG de 1998, el Comisario Sr. Van Miert señaló que el legislador alemán no había adoptado ninguna de las propuestas que la Comisión formuló en su escrito de 25 de octubre de 1996¹³ y que el método de cálculo del precio de compra de la electricidad procedente de la energía eólica no había sido modificado. Aun cuando se produjera un descenso efectivo del precio de compra de la electricidad de origen eólico (como consecuencia de la disminución de los precios de venta de la electricidad a raíz de la liberalización del mercado de la electricidad), la Ley no establecía un sistema suficientemente degresivo respecto al precio de compra. Por otra parte, en un futuro próximo se esperaban importantes cambios legislativos en el orden comunitario en relación con la aplicación de la Directiva de la electricidad y las propuestas

13 — Véanse los puntos 19 a 22 *supra*.

de armonización de las normas sobre electricidad procedente de fuentes de energía renovables. Así pues, el Comisario se abstenía de proponer a sus colegas una decisión formal hasta que el Gobierno alemán elaborara un informe para el Bundestag alemán sobre la aplicación de la *Stromeinspeisungsgesetz*. En cuanto a la redacción de tal informe, se invitó al Gobierno alemán a cooperar estrechamente con la Comisión y a examinar detalladamente el importe de la ayuda para la electricidad procedente de fuentes de energía renovables.

4. Evolución posterior a la petición de decisión prejudicial

39. En respuesta a una pregunta escrita del Tribunal de Justicia, la Comisión ofreció la siguiente información sobre la evolución del asunto tras la petición de decisión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente.

40. El 1 de abril de 1999 entró en vigor la Ley alemana de reforma fiscal por la que se establecía un impuesto ecológico.

41. En opinión de la Comisión, la introducción de este impuesto tuvo como con-

secuencia un aumento del precio de compra de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables conforme a la *StrEG* de 1998, que las autoridades alemanas, infringiendo el Tratado, omitieron notificar. Dado que la Comisión dudaba de la compatibilidad de dicho aumento con el mercado común, informó a las autoridades alemanas mediante escrito de 17 de agosto de 1999 de su decisión de incoar el procedimiento previsto en las normas del Tratado relativas a las ayudas de Estado.¹⁴

42. El 1 de abril de 2000, la nueva *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien*¹⁵ (Ley para la prioridad de las fuentes de energía renovables) sustituyó en su totalidad a la *Stromeinspeisungsgesetz* de 1998. La nueva Ley se basa también en una obligación de compra a un precio mínimo establecido, pero contiene muchos aspectos nuevos. Lo más destacado es que el precio de compra deja de estar vinculado a los precios de venta de la electricidad (que, al parecer, está descendiendo) fijándose, mediante ley, para cada una de las diferentes fuentes de energía. Por ejemplo, el precio de la electricidad de generación eólica se establece en 0,178 DEM por kilovatio/hora.

43. Según informaciones periodísticas, la Comisión ha incoado el procedimiento previsto en el Tratado respecto de esta nueva Ley. Parece ser que, en su opinión, dicha Ley debería haber sido notificada.¹⁶

14 — El texto de esta Decisión fue publicado en el DO 1999, C 306, p. 19.

15 — BGBl. 2000, I, p. 305.

16 — *Handelsblatt*, 13 de abril de 2000; *Financial Times Deutschland*, 19 de abril de 2000.

44. El 10 de mayo de 2000 la Comisión presentó una propuesta de Directiva relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.¹⁷

III. El litigio principal y las cuestiones planteadas

45. La demandante en el litigio principal, PreussenElektra, es una de las empresas situada en el primer nivel del sector eléctrico alemán. Gestiona más de 20 centrales eléctricas convencionales y nucleares, así como una red de distribución de electricidad de alta y máxima tensión. A través de esta red, suministra electricidad a empresas regionales de distribución de electricidad, a centrales municipales de una cierta envergadura y a grandes empresas industriales.

46. La demandada, Schleswig Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, «Schleswig»), es una empresa regional de distribución de electricidad que se sitúa en un segundo nivel. Adquiere casi exclusivamente de PreussenElektra la electricidad necesaria para abastecer a sus clientes en el Land de Schleswig-Holstein.

47. PreussenElektra posee un 63,5 % de las acciones de Schleswig. El 34,7 % restante pertenece a diversos municipios («Landkreise») del Land de Schleswig-Holstein.

48. Con arreglo al artículo 2 de la StrEG de 1998, Schleswig tiene la obligación de adquirir electricidad procedente de fuentes de energía renovables generada en su zona de suministro. La zona en la que opera Schleswig ofrece condiciones idóneas para la producción de electricidad a partir de la energía eólica. Así, la cuota de electricidad procedente de la energía eólica suministrada a Schleswig ha aumentado de forma continuada, desde un 0,77 % del total de sus ventas en 1991 hasta alrededor de un 15 % en 1998.

49. Los costes adicionales soportados por Schleswig a causa de la obligación de compra y del requisito de precio mínimo pasaron de 5,8 millones de DEM en 1991 a aproximadamente 111,5 millones de DEM en 1998. Habida cuenta de la cantidad que PreussenElektra debe pagar a Schleswig en virtud del nuevo sistema de compensación previsto en el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998 (véase el punto siguiente), los costes adicionales para Schleswig en 1998 ascienden a 38 millones de DEM.

50. A finales de abril de 1998, la electricidad procedente de fuentes de energía renovables adquirida por Schleswig alcanzó el 5 % de la cantidad total de electricidad

17 — COM(2000) 279 final.

vendida durante el año anterior. Al amparo del artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998, Schleswag facturó a PreussenElektra los costes adicionales derivados de la compra de electricidad procedente de fuentes de energía renovables, exigiendo el pago de cuotas mensuales de 10 millones de DEM.

51. PreussenElektra abonó el importe de la cuota de mayo de 1998, reservándose el derecho a reclamar su devolución en cualquier momento.

52. En el litigio principal, PreussenElektra reclama la devolución de una parte de la cuota de mayo, a saber, 500.000 DEM.

53. Según el órgano jurisdiccional nacional, ni PreussenElektra ni Schleswag pueden repercutir a los consumidores finales los costes adicionales originados por la Stromeinspeisungsgesetz. Se nos ha afirmado que es imposible, de hecho y de Derecho, facturar precios superiores por la electricidad suministrada a los consumidores finales. Y ello porque el Land de Schleswig-Holstein denegó una solicitud de aumento de las tarifas de la electricidad suministrada a los consumidores y por el aumento de la competencia en razón de la progresiva liberalización del mercado eléctrico. Estas manifestaciones del órgano jurisdiccional nacional, basadas en la exposición de los hechos realizada por PreussenElektra y Schleswag, son firmemente

rebatidas por las partes coadyuvantes en el procedimiento principal.¹⁸

54. En el litigio principal, PreussenElektra alegó que el pago a Schleswag carecía de fundamento jurídico y debía devolverse. A su entender, el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998 infringe el Tratado. Ello se debe a que dicho artículo forma parte de las modificaciones de la Stromeinspeisungsgesetz introducidas en 1998. Tales modificaciones alteraron una ayuda existente y por tanto deberían haber sido notificadas en virtud del artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado. Dado que las autoridades alemanas no notificaron las modificaciones y no esperaron a que la Comisión las autorizara, infringieron el artículo 93, apartado 3, primera y tercera frases. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 93, apartado 3, tercera frase, es directamente aplicable. En consecuencia, el artículo 4, apartado 1, de la StrEG no puede aplicarse.

55. Schleswag sostiene que el pago tiene fundamento jurídico válido en el artículo 4, apartado 1, de la StrEG, por lo que no debe devolverse. Conviene con PreussenElektra en que la StrEG de 1998 puede ser calificada como una ayuda modificada en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado. No obstante, el sistema de compensación del artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998 no puede, como tal, ser calificado de ayuda en el sentido del artículo 92. Es solamente un sistema que permite repartir las cargas

18 — Véanse los puntos 85 y 86 *infra*.

ocasionadas por la obligación de compra y la regla del precio mínimo establecidas en los artículos 2 y 3 de la StrEG. Por un lado, el órgano jurisdiccional remitente carece de competencia para enjuiciar la legalidad de los artículos 2 y 3 de la StrEG, ya que tales artículos son irrelevantes para la relación jurídica entre PreussenElektra y Schleswig y para la resolución de la controversia. Por otro, aunque el órgano jurisdiccional remitente no aplicara el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998, las medidas de ayuda ilegales previstas en los artículos 2 y 3 de la StrEG de 1998 no resultarían afectadas y Schleswig habría de soportar la carga en su totalidad. El efecto directo del artículo 93, apartado 3, última frase, no puede pues subsanar ni sancionar la situación ilegal. Por tanto, el artículo 4, apartado 1, de la StrEG debe seguir aplicándose.

56. El órgano jurisdiccional remitente manifiesta en la resolución de remisión que si, al adoptar la Ley controvertida, el legislador alemán infringió, bien sus obligaciones en materia de la modificación de una ayuda de Estado existente con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado, bien la prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas de las importaciones en virtud del artículo 30, en tal caso la StrEG de 1998 no puede ser aplicada y PreussenElektra debe obtener la devolución.

57. Según el órgano jurisdiccional remitente, en lo que atañe, en primer lugar, al artículo 93, apartado 3, las autoridades

alemanas notificaron la StrEG de 1990 como ayuda de Estado y la Comisión la autorizó en ese concepto. Las mismas autoridades no notificaron, sin embargo, las modificaciones de la Stromeinspeisungsgesetz de las que resultó la StrEG de 1998.¹⁹ Si esas modificaciones alteraron una ayuda existente en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado y si el resultado mismo de dichas modificaciones (la StrEG de 1998) constituye una ayuda de Estado, las modificaciones deberían haber sido notificadas.

58. El Landgericht no está seguro de que la Stromeinspeisungsgesetz de 1998, con su obligación de compra a un precio mínimo establecido y su sistema de compensación, pueda ser calificada como ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado. Alude, por un lado, a sentencias como las recaídas en los asuntos Van Tiggele²⁰ y Sloman Neptun,²¹ que parecen indicar que la StrEG de 1998 no constituye una ayuda de Estado, ya que las ventajas económicas para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables son exclusivamente financiadas por las empresas distribuidoras de electricidad y por los gestores de redes situados en un nivel de distribución anterior, y no con cargo a fondos estatales. Por otro, indica que una interpretación tan restrictiva del concepto de ayuda de Estado permitiría a los Estados miembros eludir con facilidad los sistemas de control del artículo 93 del Tratado, lo

19 — Esta manifestación es igualmente refutada con firmeza por las partes coadyuvantes en el procedimiento principal; véanse los puntos 85 y 87 *infra*.

20 — Sentencia de 24 de enero de 1978 (82/77, Rec. p. 25).

21 — Sentencia de 17 de marzo de 1993 (asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887).

que podría acarrear graves consecuencias para la competencia.²²

59. Si la *Stromeinspeisungsgesetz* establece una ayuda de Estado, el *Landgericht* tiene la convicción de que, dada la autorización por la Comisión de la *StrEG* de 1990, ésta debe ser calificada como ayuda existente, en el sentido del artículo 93, apartado 1, y las modificaciones de 1998 constituyen una modificación de una ayuda existente, en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, que no ha sido notificada.

60. Asimismo, el *Landgericht* alberga dudas acerca del sistema de compensación establecido por el artículo 4, apartado 1, de la *StrEG* de 1998. Aun cuando la obligación de compra a un precio mínimo elevado (artículos 2 y 3 de la *StrEG* de 1998) constituyese una ayuda de Estado en favor de los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables, podría alegarse que el propio artículo 4, apartado 1, no puede ser calificado como ayuda de Estado. En tal supuesto, el *Landgericht* desea saber si los efectos restrictivos del artículo 93, apartado 3, se aplican no sólo a la ayuda misma sino también a las medidas de aplicación, como el artículo 4 de la *StrEG* de 1998.

61. En cuanto al artículo 30 del Tratado, el *Landgericht* considera que la obligación de

adquirir la electricidad generada en Alemania a partir de fuentes de energía renovables a precios que no podrían obtenerse en un mercado libre implica cuando menos el riesgo de un descenso de la demanda de electricidad producida en otros Estados miembros.

62. A la luz de estas consideraciones, el *Landgericht* remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones para que se pronunciara sobre las mismas con carácter prejudicial:

«1) ¿Constituyen la remuneración por recepción de electricidad (“*Stromeinspeisevergütung*”) y el régimen de restitución de los artículos 2 o 3 o 4, o de los artículos 2 a 4 conjuntamente, de la [*Stromeinspeisungsgesetz* de 1998], una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado CE?

¿Debe interpretarse el artículo 92 del Tratado CE en el sentido de que el concepto de ayuda que contempla también comprende normativas nacionales que tienen como finalidad apoyar al beneficiario del pago, cuando los medios de apoyo necesarios, no obstante, no proceden ni directa ni indirectamente de los presupuestos públicos, sino que, en virtud de obligaciones legales de compra a precios mínimos establecidos, se exigen a determinadas empresas de un sector que, por motivos de hecho o de Derecho, no pueden repercutir esas cargas a los consumidores finales?

22 — Los argumentos del *Landgericht* serán expuestos más detalladamente en el punto 109 *infra*.

¿Debe interpretarse el artículo 92 del Tratado CE en el sentido de que el concepto de ayuda que contempla también comprende normativas nacionales que sólo regulan el reparto de cargas, entre empresas situadas en distintos niveles de producción, que son consecuencia de obligaciones de compra y retribución mínima, cuando el planteamiento del legislador supone, de hecho, un reparto duradero de las cargas, sin que la empresa gravada reciba una contraprestación?

- 2) Para el caso de que se responda negativamente a la segunda parte de la primera cuestión, y con relación al artículo 4 de la Stromeinspeisungsgesetz de 1998:

¿Debe interpretarse el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE en el sentido de que la prohibición que establece no sólo se extiende a la medida de apoyo en sí, sino también a normas de desarrollo como el artículo 4 de la Stromeinspeisungsgesetz de 1998?

- 3) Si se responden negativamente las cuestiones primera y segunda:

¿Debe interpretarse el artículo 30 del Tratado CE en el sentido de que existe una restricción cuantitativa a la importación entre los Estados miembros, o medidas de efecto equivalente, en el sentido del artículo 30 del Tratado CE,

cuando una normativa nacional obliga a empresas a adquirir electricidad procedente de fuentes de energía renovables a precios mínimos y, además, recurre a los gestores de redes para asegurar su financiación sin contraprestación?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

63. En primer lugar, PreussenElektra, Schlesweg, los Gobiernos alemán y finlandés y la Comisión presentaron observaciones escritas.

64. Una vez planteada la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente notificó al Tribunal de Justicia una resolución de 23 de abril de 1999, por la que dejó constancia de la intervención en el litigio principal del Land de Schleswig-Holstein y de un productor de electricidad procedente de la energía eólica, Windpark Reussenköge III GmbH (en lo sucesivo, «partes coadyuvantes en el procedimiento principal») mediante sendas alegaciones presentadas el 16 de marzo de 1999.

65. Conforme al artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, «Estatuto»), el Tribunal de Justicia notificó la resolución de remisión a las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, quienes también presentaron observaciones escritas.

66. En la vista oral, estuvieron representados PreussenElektra, Schlesweg, el Land de Schleswig-Holstein, Windpark Reussenköge III, el Gobierno alemán y la Comisión.

67. PreussenElektra alega que el Land de Schleswig-Holstein y Windpark Reussenköge III no estaban legitimados para presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, ya que sólo eran partes coadyuvantes («Nebenintervinienten») en el litigio principal y carecían, por tanto, de la condición de «partes» en el sentido del artículo 20 del Estatuto. PreussenElektra se apoya, en primer lugar, en el hecho de que, según el Derecho alemán, el concepto de «parte» («Partei») en el litigio no incluye a las partes coadyuvantes y, en segundo lugar, invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.²³

68. Con carácter preliminar, debe recordarse que el procedimiento previsto en el artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE) no tiene carácter contencioso y constituye un incidente promovido en el ámbito de un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional. Las partes en el litigio principal tan sólo son invitadas a exponer sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia, pero no están legitimadas para actuar procesalmente por propia iniciativa. Así pues, *stricto sensu*, en el procedimiento prejudicial no hay «partes». Mediante la expresión «partes», el artículo 20 del Esta-

tuto se refiere por tanto a las partes en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional.²⁴

69. En lo que atañe al problema de qué clase de litigantes pueden considerarse «partes» en el litigio principal, en el sentido del artículo 20 del Estatuto, debe tenerse presente, en primer lugar, que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros denominan y clasifican de diferente forma a los diversos participantes en los procesos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (la terminología y la clasificación también pueden variar en un mismo ordenamiento jurídico según, por ejemplo, el orden jurisdiccional de que se trate). Sin embargo, la facultad de presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia no debe depender de esas diferencias terminológicas y formales.

70. En segundo lugar, la finalidad del artículo 20 del Estatuto es ofrecer a los sujetos potencialmente afectados por la resolución prejudicial del Tribunal de Justicia la posibilidad de presentar sus alegaciones sobre las cuestiones que han de ser resueltas. Para participar formalmente en un proceso nacional, los ordenamientos jurídicos nacionales exigen normalmente que se acredite un interés en el resultado del proceso. A mi juicio, de ello se desprende que todos los sujetos que participan formalmente en un proceso nacional deben ser considerados partes en el sentido del artículo 20 del Estatuto.

23 — Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 1996, Biogen (C-181/95, Rec. p. I-717), y sentencia de 1 de marzo de 1973, Bollmann (62/72, Rec. p. 269).

24 — Sentencia Bollmann, citada en la nota 23 *supra*, apartado 4.

71. En el presente caso, del auto dictado en el asunto Biogen²⁵ se deduce de forma indirecta aunque clara que las partes coadyuvantes en el litigio principal son «partes» en el sentido del artículo 20 del Estatuto. En dicho asunto, una empresa solicitó que se admitiera su intervención en un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Éste declaró que «una persona que no ha solicitado intervenir ante el órgano jurisdiccional nacional y que no haya sido admitida a intervenir ante éste, no tiene derecho a presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia a efectos de esta disposición».²⁶

72. De ello se desprende *a contrario* que el Land de Schleswig-Holstein y Windpark Reussenköge III, que fueron ambos admitidos como partes coadyuvantes ante el órgano jurisdiccional nacional, son «partes» en el litigio principal en el sentido del artículo 20 del Estatuto y estaban legitimados para presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia.

V. Admisibilidad

73. El Gobierno alemán y las partes coadyuvantes en el procedimiento principal impugnan la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por tres motivos. En

primer lugar, consideran que el litigio es artificial, por lo que, según las sentencias Foglia I y II,²⁷ la remisión prejudicial es inadmisibile. En segundo lugar, aluden a varias lagunas y errores en la resolución de remisión en cuanto a los antecedentes de hecho y de Derecho. En tercer lugar, estiman que las cuestiones planteadas son irrelevantes para la resolución del litigio principal.

1. Litigio artificial

74. El Gobierno alemán y las partes coadyuvantes en el procedimiento principal sostienen que PreussenElektra y Schleswag están de acuerdo sobre la respuesta que desean obtener a las cuestiones planteadas, a saber, que el Tribunal de Justicia declare que la StrEG de 1998 es contraria al Derecho comunitario. Dicha afirmación se ve corroborada por el hecho de que ambas partes hayan interpuesto varios recursos contra la StrEG ante el Tribunal Constitucional alemán. Además, Schleswag es una filial de PreussenElektra. Por tanto, PreussenElektra podría haber recuperado las cantidades controvertidas mediante actuaciones internas sin recurrir a los tribunales. De ello se desprende también que, en definitiva, las tesis jurídicas mantenidas por la demandada en el litigio principal las dicta la demandante. Finalmente, PreussenElektra pagó la compensación a Schleswag pese a estar convencida de la ilegalidad de la Ley controvertida. Todos estos hechos demuestran que la solicitud de devolución parcial del pago efectuado por PreussenElektra es un pretexto para obtener una determinada respuesta del Tribunal de

25 — Auto citado en la nota 23 *supra*.

26 — Apartado 6 del auto.

27 — Citadas en la nota 2 *supra*.

Justicia. A la vista de las sentencias dictadas en los asuntos Foglia I y II y en el asunto Meilicke,²⁸ el Tribunal de Justicia debería declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

75. El Tribunal de Justicia ha afirmado que, en determinadas circunstancias, puede declarar inadmisibile una petición de decisión prejudicial, cuando las partes utilicen el artículo 177 del Tratado como un «artificio procesal»²⁹ o como una «construcción artificial»³⁰ en el marco de un litigio simulado. El Tribunal de Justicia consideró que así sucedía cuando las partes del litigio principal pretendían que se condenara el régimen fiscal francés de los vinos de licor a través de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional italiano entre dos particulares que estaban de acuerdo sobre el resultado que debía obtenerse y que habían insertado en su contrato una cláusula con vistas a que el órgano jurisdiccional italiano se pronunciara sobre ese punto.³¹

76. Una de las consideraciones que subyacen a esta jurisprudencia es que no es misión del Tribunal de Justicia emitir opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros cuando las respuestas a las cuestiones planteadas obedecen a una

necesidad objetiva inherente a la solución de un litigio real.³² La segunda consideración es que no debe permitirse que las partes creen deliberadamente una situación procesal en la que terceros potencialmente afectados por la sentencia que deba recaer no puedan defender adecuadamente sus intereses.³³

77. Debe admitirse que existe cierta semejanza entre los asuntos Foglia I y II y el presente asunto. En primer lugar, PreussenElektra y Schlesweg están de acuerdo en que la StrEG de 1998 infringe el Derecho comunitario. Más aún, en el litigio principal no se admitió inicialmente que terceros interesados, como los productores de electricidad procedente de la energía eólica, presentaran sus alegaciones jurídicas y su versión del contexto fáctico y económico del asunto.

78. Sin embargo, de la sentencia Leclerc-Siplec,³⁴ en la que las partes coincidían en que la Ley francesa que prohibía la publicidad televisiva del sector de la distribución era contraria al Derecho comunitario y en el que el principal beneficiario de la Ley controvertida (la prensa regional francesa) no participaba en el litigio,³⁵ se infiere que esos factores por sí solos no bastan para declarar la inadmisibilidad de la remisión prejudicial. Debe recordarse también que PreussenElektra y Schlesweg discrepan sobre las consecuencias que tendría para

28 — Sentencia de 16 de julio de 1992 (C-83/91, Rec. p. I-4871).

29 — Sentencia Foglia II, citada en la nota 2 *supra*, apartado 18.

30 — Sentencia Foglia I, citada en la nota 2 *supra*, apartado 10.

31 — Sentencia Foglia I, antes citada, apartado 10.

32 — Sentencia Foglia II, antes citada, apartado 18.

33 — Sentencia Foglia II, antes citada, apartado 29.

34 — Sentencia de 9 de febrero de 1995 (C-412/93, Rec. p. I-179).

35 — Véase el punto 1 de mis conclusiones en ese asunto.

el litigio principal una resolución del Tribunal de Justicia que declarara la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la obligación de compra a un precio mínimo.³⁶ Posteriormente se admitió la intervención de los terceros interesados, es decir, el Land de Schleswig-Holstein y Windpark Reussenköge III, los cuales tuvieron la oportunidad de presentar sus observaciones ante el Tribunal de Justicia.³⁷

79. Por lo demás, existen dos diferencias decisivas entre el presente asunto y los asuntos Foglia I y II. Por un lado, PreussenElektra y Schleswag impugnan la validez de una Ley alemana ante un órgano jurisdiccional alemán. En consecuencia, en este asunto no existen dos de las principales preocupaciones presentes en los asuntos Foglia I y II, a saber, impedir situaciones en las que los órganos jurisdiccionales de un Estado se pronuncien sobre la validez de las leyes de otro Estado y ofrecer al Estado miembro afectado un foro adecuado para defender la validez de sus leyes. Por otro, y ello es quizás todavía más importante, el conflicto de intereses entre PreussenElektra y Schleswag en el litigio principal no es el resultado de la voluntad de las partes ni de pactos contractuales preconcebidos, sino la consecuencia objetiva y automática de la obligación legal prevista en el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998.

80. Reconozco que el riesgo de un litigio artificial es mayor cuando una parte litigante es titular de la mayoría de las acciones de la otra. No obstante, el Tribu-

nal de Justicia ha admitido ya remisiones prejudiciales en litigios entre una sociedad matriz y su filial.³⁸ El grado de control que PreussenElektra ejerce sobre Schleswag es objeto de controversia, pero incluso aunque disponga del grado de control que alegan las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, ninguno de los argumentos invocados ante el Tribunal de Justicia en el presente asunto indica que PreussenElektra ejerciera su supuesto control para dictar a Schleswag la conducta que debía seguir en el presente procedimiento. Al contrario, se nos ha informado de que PreussenElektra ha ejercitado una acción similar contra otra empresa regional de distribución de electricidad, sobre la que carece de control, y de que ese litigio paralelo ha quedado suspendido hasta que se dicte sentencia en el presente asunto.

81. Finalmente, no creo que plantee ningún problema la decisión de PreussenElektra de pagar los 10 millones de DEM correspondientes a la cuota íntegra del mes de mayo y de reclamar sólo la devolución de 500.000 DEM, cantidad comparativamente mucho menor. Una empresa que esté convencida de la incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario puede decidir libremente su estrategia procesal y ejercer una acción «piloto» si así lo desea.³⁹ Tal opción es particularmente comprensible cuando las costas se calculan en función de la cuantía del litigio.

38 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de julio de 1979, *Union faitière normande* (244/78, Rec. p. 2663).

39 — Véanse las sentencias de 5 de mayo de 1981, *Dürbeck* (112/80, Rec. p. 1095; conclusiones del Abogado General Sr. Reischl, p. 1127), y de 3 de marzo de 1994, *Eurico Italia y otros* (asuntos acumulados C-332/92, C-333/92 y C-335/92, Rec. p. I-711), apartados 16 y 17.

36 — Véanse los puntos 54 y 55 *supra*.

37 — Véanse los puntos 64 a 72 *supra*.

82. De estas consideraciones resulta que el litigio principal entre PreussenElektra y Schleswag no es ni artificial ni simulado en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2. *Lagunas y errores en la presentación de los antecedentes de hecho y de Derecho*

83. Las partes coadyuvantes en el procedimiento principal y el Gobierno alemán afirman, en primer lugar, que el órgano jurisdiccional remitente no ha explicado suficientemente los motivos basados en el Derecho civil alemán por los que PreussenElektra puede reclamar la devolución de lo pagado a Schleswag.

84. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio principal y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las disposiciones de su ordenamiento jurídico y de las particularidades de cada asunto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia. En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional ha expuesto las razones por las cuales las respuestas del Tribunal de Justicia le serían de utilidad para pronunciarse sobre la petición de devolución de que está conociendo y no parece que las citadas

respuestas carezcan de relación con la realidad y el objeto del litigio principal.⁴⁰

85. Las partes coadyuvantes en el procedimiento principal también ponen en entredicho la validez de dos afirmaciones fácticas realizadas por el órgano jurisdiccional nacional. Alegan que, en contra de lo expresado en la resolución de remisión, los productores y distribuidores de electricidad pueden repercutir perfectamente a los consumidores finales los costes adicionales originados por la StrEG de 1998, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Además, la Comisión fue suficientemente «informada», en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, de todas las modificaciones relevantes antes de la adopción de la StrEG de 1998, de modo que la República Federal de Alemania notificó correctamente las modificaciones discutidas.

86. De las respuestas a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia se desprende que existen efectivamente serias dudas acerca de si PreussenElektra y Schleswag están imposibilitadas para repercutir los costes adicionales a los consumidores finales.⁴¹ La oposición de las autoridades del Land de Schleswig-Holstein a autorizar un aumento de las tarifas de la electricidad suministrada a los consumidores finales, invocada para demostrar que existían obstáculos legales para repercutir los costes adicionales, parece estar basada en otras razones y no supone que tales

40 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de junio de 2000, Fornasar y otros (C-318/98, Rec. p. I-4785), apartados 27 y 28.

41 — Véase también la sentencia del Bundesgerichtshof de 22 de octubre de 1996, publicada en NJW, 1997, pp. 574 y ss., especialmente p. 578.

autoridades no reconocieran la legitimidad de los referidos costes adicionales. Asimismo, de las respuestas a otra pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia resulta que la StrEG de 1998,⁴² al permitir que los costes adicionales se tengan en cuenta para calcular los precios, hace posible que los gestores de red afectados por la obligación de compra repercutan los costes adicionales a los competidores que desean suministrar electricidad a través de la red de que se trata. Ello a su vez permite a los gestores de red repercutir los costes adicionales a los consumidores finales, sin temor a la competencia de los distribuidores que no están sujetos a las obligaciones contempladas en la StrEG de 1998.

87. En lo que atañe al problema de si las autoridades alemanas «informaron» a la Comisión en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado antes de adoptar modificaciones de la *Stromeinspeisungsgesetz* en 1998, la Comisión manifestó correctamente en la vista oral que la notificación conforme a la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas,⁴³ efectuada por las autoridades alemanas antes de la adopción de las modificaciones en 1998, no puede sustituir a la notificación específica prevista en el artículo 93, apartado 3, primera frase, del Tratado. Además, a mi juicio es discutible que las simples consultas previas entre un

Gobierno y la Comisión puedan ser calificadas como una notificación adecuada de la modificación de una ayuda a los efectos del artículo 93.

88. En cualquier caso, debe recordarse que el artículo 177 del Tratado se basa en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. No corresponde al Tribunal de Justicia sino al órgano jurisdiccional nacional establecer los hechos que originaron el litigio y deducir las consecuencias de los mismos para la decisión que debe dictar.⁴⁴

89. De lo anterior se desprende que las supuestas lagunas y errores contenidos en la resolución de remisión no pueden afectar a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

3. Relevancia de las cuestiones

90. Respecto a las cuestiones acerca de la interpretación de los artículos 92 y 93 del Tratado, las partes coadyuvantes en el procedimiento principal alegan que, con independencia del problema de si la StrEG de 1998 contiene medidas de ayuda, la obligación de suspensión («standstill») conforme al artículo 93, apartado 3, tercera frase, no es aplicable, por lo que PreussenElektra no puede pretender la devolución

42 — StrEG de 1998, artículo 2, tercera frase, citado en el punto 29 *supra*.

43 — DO L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34. Después de varias modificaciones, esta Directiva fue sustituida por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204, p. 37).

44 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, WWF y otros (C-435/97, Rec. p. I-5613), apartados 31 y 32.

de las cantidades pagadas en virtud de la StrEG de 1998.

en virtud del artículo 93, apartado 3, del Tratado.

91. Ello se debe a que, en primer lugar, la StrEG de 1998 no puede considerarse una modificación de una ayuda existente en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase. Las modificaciones adoptadas en 1998 no tuvieron la suficiente entidad para generar las obligaciones de notificar y de suspender la ejecución de modificaciones no notificadas de una ayuda con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado.

92. En segundo lugar, aunque la StrEG de 1998 se considerase una modificación de una ayuda existente, el intercambio de correspondencia entre las autoridades alemanas y la Comisión, antes y después de la adopción de la StrEG de 1998, debe reputarse equivalente a una correcta notificación de las modificaciones en el sentido del artículo 93, apartado 3, primera frase, y a una autorización implícita de las modificaciones por la Comisión.

93. En lo que atañe al primer argumento de las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, considero que, suponiendo que el régimen discutido deba calificarse de ayuda de Estado, aún no ha podido demostrarse que las modificaciones de 1998 fueran tan sustanciales como para generar las obligaciones de notificar y de suspender la ejecución de la Ley modificada

94. No obstante, el Landgericht manifiesta, acertadamente en mi opinión, que la cuestión de si la StrEG de 1998 contiene una ayuda de Estado es relevante, pues la obligación de suspensión conforme al artículo 93, apartado 3, tercera frase, es aplicable sólo si la medida discutida, en su versión modificada, constituye en sí una ayuda de Estado. El hecho de que el Landgericht no haya planteado cuestiones sobre otros requisitos de aplicación del artículo 93, apartado 3, tercera frase (por ejemplo, si las modificaciones de 1998 fueron de tanta importancia como para originar la obligación de notificar y de suspender la ejecución), no puede afectar a la relevancia de la cuestión que efectivamente planteó al Tribunal de Justicia.

95. El segundo argumento de las partes coadyuvantes en el procedimiento principal se reduce a una crítica de la presentación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente, cuestión que ya he tratado anteriormente.⁴⁵

96. El Gobierno alemán sostiene que la calificación de la obligación de compra como ayuda de Estado carece de relevancia en el litigio principal, pues la controversia entre PreussenElektra y Schlesweg no versa sobre el mecanismo de ayuda en sí, sino

45 — Véanse los puntos 87 y 88 *supra*.

sobre la distribución de los costes de dicho mecanismo.

97. Este argumento me parece desacertado, ya que, según mi interpretación de la Ley controvertida, la obligación de las empresas suministradoras de electricidad situadas en un nivel de distribución anterior de pagar una compensación en virtud del artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998, sólo nace cuando la empresa distribuidora situada en un nivel posterior se halla efectivamente obligada a comprar electricidad procedente de fuentes de energía renovables, conforme al artículo 2 de la StrEG de 1998. Así pues, parece que si esta última obligación estuviera vedada por el Derecho comunitario tampoco sería exigible la primera.

98. En cuanto al artículo 30 del Tratado, las partes coadyuvantes en el procedimiento principal sostienen que el asunto del que conoce el órgano jurisdiccional nacional tiene por objeto una situación que no contiene ningún elemento transfronterizo y que las partes no han demostrado que la normativa controvertida les impida importar electricidad de otros Estados miembros. A su juicio, la cuestión del Landgericht acerca del artículo 30 es de carácter hipotético.

99. En la vista, Schleswag manifestó no obstante que había recibido una oferta para la compra de electricidad producida en Suecia a partir de fuentes de energía renovables a un precio de compra cercano

a 0,08 DEM por kilovatio/hora (aproximadamente la mitad del precio de la electricidad eólica conforme a la StrEG de 1998) y que no pudo aceptar la oferta debido a su obligación de comprar toda la electricidad producida a partir de la energía eólica en su zona de suministro.

100. Considero que, con independencia de que esas posibilidades concretas de importar electricidad existan o no realmente, el Tribunal de Justicia debería resolver en el presente asunto la cuestión del órgano jurisdiccional nacional relativa a la interpretación del artículo 30. Y ello porque el artículo 1 de la StrEG de 1998 establece una clara diferencia de trato entre la electricidad producida en Alemania y la electricidad importada, en la medida en que sólo la electricidad producida en Alemania a partir de fuentes de energía renovables puede beneficiarse de la obligación de compra a un precio mínimo elevado, tal como dispone la StrEG.

101. He sostenido en mis conclusiones en el asunto Pistre y otros⁴⁶ que el Tribunal de Justicia no debe pronunciarse sobre la aplicación del artículo 30 a las importaciones cuando se deduce por los hechos del asunto que la situación sobre la que versa el litigio principal se limita íntegramente al territorio nacional.

102. Sigo creyendo que la opinión que expresé entonces es válida cuando la

⁴⁶ — Sentencia de 7 de mayo de 1997 (asuntos acumulados C-321/94 a 324/94, Rec. p. I-2343).

medida nacional controvertida se aplica sin distinción a los productos nacionales y a los importados y cuando el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional afecta no a los productos importados sino a los nacionales. Respecto a tal medida, el artículo 30 produce efecto sólo cuando se aplica a las importaciones y no afecta a dicha medida cuando se aplica a los productos nacionales.⁴⁷ En consecuencia, una interpretación del artículo 30 por el Tribunal de Justicia en un asunto que afecte sólo a productos nacionales es, o bien irrelevante para el resultado del litigio principal, o bien relevante sólo en virtud de una norma nacional que prohíba la discriminación a la inversa. En ambos supuestos, el Tribunal de Justicia respondería a una cuestión hipotética sobre productos importados ajena a su contexto fáctico.

103. Ahora bien, cuando una medida nacional como la StrEG de 1998 favorece, de hecho y de Derecho, la comercialización de bienes de origen nacional en detrimento de bienes importados, la aplicación de la medida a los productores nacionales coloca en desventaja a los productos importados y por tanto obstaculiza, al menos potencialmente, los intercambios comunitarios. En principio, las medidas que favorecen a los productos nacionales se aplican con frecuencia en situaciones meramente internas. Así pues, para que el artículo 30 sea eficaz debe aplicarse en todos los casos en los que exista una medida que tenga por objeto favorecer los productos nacionales, con

independencia de que se prevea realmente realizar importaciones alternativas. Dado que, en tales supuestos, la interpretación del artículo 30 es relevante para el litigio principal, el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

104. En cualquier caso, incluso respecto a las medidas aplicables sin distinción,⁴⁸ y en otras situaciones en las que existían dudas sobre la relevancia de las cuestiones para el litigio principal,⁴⁹ el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones planteadas. Al hacerlo, consideró fundamentalmente que corresponde sólo al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia.⁵⁰

105. Por consiguiente, considero que el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones planteadas.

47 — Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn y otros* (asuntos acumulados 314/81 a 316/81 y 83/82, Rec. p. 4337).

48 — Sentencia de 14 de julio de 1988, *Smanor* (298/87, Rec. p. 4489), apartados 8 y 9.

49 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95, Rec. p. I-4161), y *Giloy* (C-130/95, Rec. p. I-4291).

50 — Véase también recientemente la sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese* (C-281/98, Rec. p. I-4139), apartados 18 y 19.

VI. Primera cuestión: la Stromeinspeisungsgesetz de 1998 como ayuda de Estado

106. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea, en esencia, saber si el régimen establecido por la StrEG de 1998 constituye una ayuda de Estado, en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, en favor de los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables. Al dividir su primera cuestión en tres apartados, el Landgericht probablemente trata de llamar la atención del Tribunal de Justicia sobre las especiales características de la medida nacional discutida.

107. Con arreglo al artículo 92, apartado 1, «[...] serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

108. Según el Gobierno alemán y las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, la StrEG de 1998 no constituye una ayuda de Estado. A su entender, del tenor del artículo 92, apartado 1, de la lógica interna del Tratado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵¹ se deduce que las ventajas que no son otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales

no pueden calificarse como ayudas de Estado. Una definición diferente, y por tanto más amplia, de ayuda de Estado llevaría a que prácticamente toda la legislación nacional reguladora de las relaciones entre empresas quedara comprendida en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, lo que trastornaría la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad prevista en el Tratado. La StrEG de 1998 contiene solamente un sistema de fijación de precios, por lo que las ventajas derivadas para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables se financian exclusivamente mediante fondos privados. Dado que la StrEG de 1998 no repercute en el presupuesto del Estado, no puede considerarse una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1.

109. El órgano jurisdiccional remitente, PreussenElektra y Schleswig, el Gobierno finlandés y la Comisión consideran que el régimen previsto en la StrEG de 1998 constituye una ayuda de Estado. A su parecer, el sistema que establece la StrEG de 1998 puede diferenciarse de los discutidos en los asuntos Van Tiggele⁵² o Sloman Neptun,⁵³ en los que el Tribunal de Justicia rechazó la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado. Más apropiada resulta la comparación con las medidas examinadas en los asuntos Van der Kooy y otros/

51 — Sentencias Van Tiggele, citada en la nota 20 *supra*; Sloman Neptun, citada en la nota 21 *supra*; de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185), y de 7 de mayo de 1998, Viscido y otros (asuntos acumulados C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629).

52 — Sentencia citada en la nota 20 *supra*.

53 — Sentencia citada en la nota 21 *supra*.

Comisión,⁵⁴ y Ecotrade,⁵⁵ por un lado, y Comisión/Francia⁵⁶ y Steinike & Weinglig,⁵⁷ por otro, en los que el Tribunal de Justicia declaró que existía una ayuda de Estado. Además, de la función de las normas sobre ayudas de Estado, del tenor del artículo 92, apartado 1, y de algunas manifestaciones del Tribunal de Justicia se infiere que la financiación mediante fondos estatales no es un elemento esencial del concepto de ayuda de Estado. Si de la jurisprudencia se dedujera lo contrario, el Tribunal de Justicia debería reconsiderar su doctrina para evitar la posibilidad de que los Estados miembros eludieran las normas sobre ayudas de Estado. En cualquier caso, la StrEG de 1998 debe ser calificada como una medida de elusión en virtud del artículo 5, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE, apartado 2), en relación con lo dispuesto en el artículo 92.

110. Con carácter preliminar, debe resaltarse que el problema discutido en el presente asunto no es si la StrEG de 1998 es compatible con las normas sobre ayudas de Estado. La valoración de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común es de la exclusiva competencia de la Comisión, cuyas decisiones pueden ser objeto de control por los órganos jurisdiccionales comunitarios. En el supuesto de que la StrEG de 1998 constituya una ayuda de Estado, puede no obstante ser autorizada con arreglo a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente.⁵⁸ No ha

de olvidarse que el fomento de la producción de electricidad procedente de fuentes de energía renovables es uno de los más importantes objetivos medioambientales de la Unión Europea.⁵⁹

111. Así pues, en el presente asunto sólo está en discusión el ámbito de aplicación del régimen de control de las ayudas de Estado. Dicho de otra forma, ¿está obligado a cumplir las obligaciones de procedimiento del artículo 93 del Tratado (notificación y suspensión de la ejecución) un Estado miembro que desea adoptar una Ley como la StrEG de 1998, o bien ese tipo de legislación está completamente excluido de dicho régimen de control?

112. En segundo lugar, sólo se discute un elemento del concepto de ayuda de Estado. Como puede observarse por los argumentos antes resumidos, las alegaciones escritas y orales se han centrado casi en exclusiva en el problema de si las ventajas para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables atribuidas por la StrEG de 1998 son «otorgadas por un Estado miembro o mediante fondos estatales», en el sentido del artículo 92, apartado 1. Ninguna de las partes que han presentado observaciones ha alegado que

54 — Sentencia de 2 de febrero de 1988 (asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219).

55 — Sentencia de 1 de diciembre de 1998 (C-200/97, Rec. p. I-7907).

56 — Sentencia de 30 de enero de 1985 (290/83, Rec. p. 439).

57 — Sentencia de 22 de marzo de 1977 (78/76, Rec. p. 595).

58 — DO 1994, C 72, p. 3.

59 — Véanse, por ejemplo, la Recomendación 88/611/CEE, citada en la nota 3 *supra*; la Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1997, sobre fuentes renovables de energía (DO C 210, p. 1); la Comunicación de la Comisión —Energía para el futuro: fuentes de energía renovables— Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios [COM(97) 599 final]; la Resolución del Consejo, de 8 de junio de 1998, sobre fuentes de energía renovables (DO C 198, p. 1), y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, citada en la nota 17 *supra*.

no concorra algún otro elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado. En efecto, apenas cabe discutir que el elevado precio mínimo de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables, unido a la obligación de compra, confiere una ventaja económica importante y específica a los productores de esa clase de electricidad, distorsiona la competencia entre las diferentes categorías de productores y, en definitiva, afecta a los intercambios de electricidad entre los Estados miembros.

— ¿Es la StrEG de 1998 una medida equivalente a una ayuda de Estado prohibida por el artículo 5, apartado 2, del Tratado?

1. La financiación mediante fondos públicos como elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

113. A la luz de estas consideraciones preliminares y de los argumentos de las partes, examinaré las siguientes cuestiones:

114. La frase «otorgada por los Estados o mediante fondos estatales» en el artículo 92, apartado 1, puede ser interpretada en dos sentidos diferentes.

— ¿Es la financiación mediante fondos estatales un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia?

115. Por un lado, puede argüirse que la segunda alternativa, a saber, la ayuda otorgada «mediante fondos estatales», abarca las medidas financiadas con fondos públicos, en tanto que la primera alternativa, es decir, la ayuda otorgada «por los Estados», comprende todas las demás medidas que no sean financiadas mediante fondos estatales. Según esta interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1, cualquier medida que confiera ventajas económicas a empresas específicas y que sea resultado de una actuación imputable al Estado constituye ayuda de Estado con independencia de que represente una carga financiera para el Estado.

— ¿Debe el Tribunal de Justicia reconsiderar esa doctrina?

— ¿Las ventajas que otorga la StrEG de 1998 pueden considerarse financiadas mediante fondos estatales?

116. Por otro lado, el artículo 92, apartado 1, puede interpretarse en el sentido de que la ayuda ha de ser necesariamente

financiada mediante fondos estatales y que la distinción entre ayuda otorgada por un Estado y ayuda otorgada mediante fondos estatales sirve para incluir en la definición de ayuda no sólo la ayuda otorgada directamente por el Estado, sino también la ayuda concedida por entidades públicas o privadas designadas o constituidas por el Estado. Según esta segunda interpretación más restrictiva, la medida de que se trate debe ser necesariamente onerosa para el Estado y la financiación mediante fondos públicos es un elemento constitutivo de la definición de ayuda de Estado.

117. Según jurisprudencia reiterada prevalece la segunda interpretación, según la cual sólo *los beneficios que sean otorgados directa o indirectamente con cargo a recursos del Estado* deben calificarse como ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1.

118. Esta formulación fue expresada por vez primera en el asunto Van Tiggele,⁶⁰ que tenía por objeto una medida de fijación de precio mínimo al por menor de la ginebra. El Tribunal de Justicia acogió las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti y declaró:

«[...] cualquiera que sea la definición que haya de darse del concepto de ayuda [...], de los propios términos [del artículo 92, apartado 1,] se deduce que una medida que

se caracteriza por la fijación de precios mínimos al por menor, con el objeto de favorecer a los distribuidores de un producto a costa exclusivamente de los consumidores, no constituye una ayuda [...].

[...] que beneficios que esta intervención en la formación de los precios suponen para los distribuidores del producto no se otorgan en efecto, ni directa ni indirectamente, con cargo a recursos del Estado [...]».⁶¹

119. Cabe sostener que este principio fue confirmado en la sentencia Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbertwill y otros⁶² que trataba sobre la asignación de contingentes arancelarios especiales para la importación de carne bovina congelada procedente de países terceros. La legislación alemana determinaba la distribución del contingente nacional entre los operadores nacionales. Tres operadores impugnaron esa legislación, entre otros motivos, porque constituía una ayuda de Estado a favor de otros operadores.

61 — Apartados 24 y 25.

62 — Sentencia de 13 de octubre de 1982 (asuntos acumulados 213/81 a 215/81, Rec. p. 3583).

60 — Sentencia citada en la nota 20 *supra*.

120. Según el Abogado General, Sr. VerLoren van Themaat, era posible argumentar, basándose en la distinción que se recoge en el artículo 92, apartado 1, entre ayuda otorgada «por los Estados» y ayuda otorgada «mediante fondos estatales», que la concesión independiente de beneficios pecuniarios no otorgados con cargo a recursos del Estado estaba comprendida en el ámbito del artículo 92. Mencionó como ejemplo la reducción de las tarifas en favor de determinadas empresas que un Estado miembro puede imponer a las compañías eléctricas privadas.⁶³

tes de explotación acumulados durante varios años por la Caisse nationale de crédit agricole francesa.

123. La Comisión partió de la base de que el Estado era el impulsor de la decisión de conceder la ayuda, pero los recursos con los que ésta se financiaba procedían de la gestión de fondos privados y no de fondos públicos. Consideró pues que la ayuda discutida no era una ayuda de Estado en sentido estricto, sino una medida de efecto equivalente a una ayuda de Estado, prohibida por el artículo 5 del Tratado.⁶⁶

121. No obstante, el Tribunal de Justicia declaró que el beneficio económico que los operadores obtienen por la atribución de una cuota del contingente arancelario nacional no se otorgaba con cargo a recursos del Estado, sino con cargo a recursos de la Comunidad, puesto que el derecho arancelario no percibido formaba parte de estos últimos. Dado que la medida debatida no hacía otra cosa que distribuir un contingente arancelario comunitario, no constituía «una ayuda otorgada por los Estados o mediante fondos estatales» en el sentido de los artículos 92 a 93 del Tratado así como del artículo 94 del Tratado CE (actualmente artículo 89 CE).⁶⁴

124. El Abogado General Sr. Mancini, basándose en una interpretación diferente de los hechos, afirmó que la ayuda no sólo fue promovida por el Estado, sino que también se financiaba con fondos estatales. Consideró por tanto que existía una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado.⁶⁷

125. El Tribunal de Justicia no entró en el problema de si la ayuda se financió o no realmente mediante fondos estatales. Estimó no obstante que la medida constituía una ayuda de Estado y declaró lo siguiente:

«La generalidad de los términos empleados en [el artículo 92, apartado 1,] permite

122. La posterior sentencia en el asunto Comisión/Francia⁶⁵ originó cierta incertidumbre. En este asunto, una ayuda especial destinada a los agricultores más desfavorecidos era financiada mediante los exceden-

63 — Punto 5 de las conclusiones.

64 — Apartados 22 y 24 de la sentencia.

65 — Sentencia citada en la nota 56 *supra*.

66 — Apartados 6 a 9 de la sentencia.

67 — Punto 3 de las conclusiones.

apreciar a la luz del artículo 92 [...] cualquier medida estatal, siempre que su efecto sea la concesión de una ayuda y sea cual fuere la forma que ésta adopte.

Según se desprende del propio tenor del apartado 1 del artículo 92, para que una ayuda se califique de ayuda de Estado no es imprescindible que esté financiada mediante fondos estatales.»⁶⁸

126. En las sentencias Van der Kooy y otros/Comisión⁶⁹ y Grecia/Comisión,⁷⁰ dictadas poco después de la sentencia Comisión/Francia, el Tribunal de Justicia tampoco estableció como requisito la financiación mediante fondos estatales.

127. El principio actualmente en vigor fue formulado posteriormente en el asunto Sloman Neptun.⁷¹ Estaba en discusión una medida que autorizaba a determinadas empresas de navegación marítima que enarbolaban pabellón alemán a someter los contratos de trabajo celebrados con marineros nacionales de países terceros a condiciones laborales y salariales menos favorables que las aplicables a los de nacionalidad alemana.

68 — Apartados 13 y 14 de la sentencia.

69 — Citada en la nota 54 *supra*, apartados 28 y 32 a 38.

70 — Sentencia de 7 de junio de 1988 (57/86, Rec. p. 2855), apartado 12, y las conclusiones del Abogado General Sr. Gordon Slynn, p. 2867.

71 — Sentencia citada en la nota 21 *supra*.

128. El Abogado General Sr. Darmon, tras un exhaustivo examen del problema, consideró irrelevante el origen de la financiación de una medida de ayuda. A su parecer, el artículo 92, apartado 1, sólo exigía que la medida de ayuda fuera el resultado de una actuación imputable a un Estado miembro.⁷²

129. Sin embargo, el Tribunal de Justicia citó la sentencia dictada en el asunto Van Tiggele y declaró que sólo los beneficios concedidos directa o indirectamente mediante recursos del Estado podían considerarse ayudas de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1. Y ello porque de los propios términos de esa disposición y de las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 93 del Tratado se desprendía que las ayudas concedidas con medios que no sean fondos estatales no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado. La distinción entre ayudas otorgadas por el Estado y ayudas otorgadas mediante fondos estatales estaba destinada a incluir en el concepto de ayuda no sólo las ayudas concedidas directamente por el Estado, sino también las otorgadas por los organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado.⁷³

130. En lo que atañe al problema de si los beneficios derivados de la medida controvertida debían considerarse o no otorgados mediante fondos estatales, el Tribunal de Justicia declaró que la medida no tendía a crear un beneficio que constituyera una carga suplementaria para el Estado, sino

72 — Véanse, en especial, los puntos 40 a 43 de sus conclusiones.

73 — Apartado 19 de la sentencia.

tan sólo a modificar, en favor de las empresas de navegación marítima, el marco en el que se establecen las relaciones contractuales entre estas empresas y sus empleados. Las consecuencias derivadas de dicha medida, relacionadas tanto con la diferencia en la base de cotización de los seguros sociales como con la posible pérdida de recursos fiscales imputable al bajo nivel de las retribuciones, eran inherentes a este régimen y no constituían una forma de conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas. Así pues, dicha medida no constituía una ayuda de Estado.⁷⁴

131. El principio de que la ayuda de Estado ha de ser financiada directa o indirectamente mediante fondos estatales ha sido confirmado en todas las sentencias relevantes dictadas con posterioridad al asunto *Slooman Neptun: Kirsammer-Hack*,⁷⁵ *Viscido y otros*,⁷⁶ *Ecotrade*⁷⁷ y *Piaggio*.⁷⁸

132. Recientemente, en el asunto *Francia/Ladbroke Racing y Comisión*,⁷⁹ los órganos jurisdiccionales comunitarios examinaron una legislación que define las formas en

que la empresa francesa *Pari mutuel urbain* (en lo sucesivo, «PMU») podía utilizar las ganancias no reclamadas procedentes de apuestas sobre carreras de caballos. Conforme a dicha legislación, en su versión inicial, la utilización de las ganancias no reclamadas estaba restringida a determinadas clases de gastos sociales. Las ganancias no utilizadas para los fines autorizados debían transferirse al Estado. El legislador francés amplió después las posibilidades de aplicación de estas ganancias a otras actividades, con el fin de ayudar a PMU a financiar determinadas indemnizaciones por despido de antiguos empleados. El Tribunal de Justicia coincidió con el Tribunal de Primera Instancia en que, de esa forma, las autoridades francesas renunciaron efectivamente a ingresos que, en principio, deberían haberse abonado al Tesoro público, de modo que se produjo una transferencia de fondos estatales al beneficiario en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado. En cuanto al argumento según el cual las cantidades de que se trata nunca estuvieron directamente en poder del Estado, el Tribunal de Justicia declaró que estaban de forma permanente bajo el control del Estado y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, lo que bastaba para calificarlas como fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1.⁸⁰

133. De lo anterior se desprende que, según el Derecho vigente, la financiación mediante fondos estatales es un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado.

74 — Apartados 20 a 22 de la sentencia.

75 — Citada en la nota 51 *supra*.

76 — Citada en la nota 51 *supra*.

77 — Citada en la nota 55 *supra*.

78 — Sentencia de 17 de junio de 1999 (C-295/97, Rec. p. I-3735).

79 — Sentencia de 16 de mayo de 2000 (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), que confirma la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de enero de 1998, *Ladbroke Racing/Comisión* (T-67/94, Rec. p. II-1).

80 — Véanse los apartados 45 a 51 de la sentencia.

2. *¿Debe el Tribunal de Justicia reconsiderar su jurisprudencia?*

«bajo cualquier forma». Esta frase sugiere una interpretación extensiva del concepto de ayuda de Estado.

134. El órgano jurisdiccional nacional, la Comisión, PreussenElektra, Schleswag y el Gobierno finlandés consideran que la financiación mediante fondos estatales no debe ser un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado. A su juicio, el artículo 92, apartado 1, sólo requiere que la medida sea el resultado de la actuación de un Estado miembro.

138. En segundo lugar, del artículo 3, apartado 1, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación] se deduce que las normas sobre ayudas de Estado son una de las piedras angulares del régimen destinado a garantizar que «la competencia no será falseada en el mercado interior». El objetivo de los artículos 92 y siguientes es pues mantener condiciones de competencia iguales entre los operadores económicos. Para que el artículo 92 contribuya de modo significativo al logro de dicho objetivo es necesaria una interpretación amplia del concepto de ayuda.⁸² Probablemente ésa es la razón por la que el Tribunal de Justicia ha declarado que, al aplicar el artículo 92, debe atenderse en primer lugar a los efectos de la ayuda para las empresas o productores favorecidos.⁸³

135. Los antes citados aluden a sentencias del Tribunal de Justicia y conclusiones de los Abogados Generales en las que la financiación mediante fondos públicos no se consideró un elemento necesario del concepto de ayuda de Estado.⁸¹ Señalan además que tanto el Gobierno alemán como la Comisión siempre han considerado como ayuda de Estado el régimen establecido en las sucesivas versiones de la *Strompreisungsgesetz*.

136. En apoyo de una interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1, exponen los argumentos siguientes.

139. Desde este punto de vista teleológico, una medida estatal que confiera ventajas específicas a determinadas empresas no deja de ser contraria a la competencia porque sea financiada mediante fondos privados y no públicos. Al contrario, la distorsión de la competencia puede ser mayor cuando el coste de la medida es soportado por los competidores de la empresa favorecida y no por los contribuyentes.

137. En primer lugar, el artículo 92, apartado 1, se aplica a las ayudas otorgadas

81 — Véanse los apartados 120, 122 a 126 y 128 *supra*, y las notas 63, 68, 69, 70 y 72 *supra*.

82 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (234/84, Rec. p. 2263; conclusiones del Abogado General Sr. Lenz, p. 2269).

83 — Sentencia *Steinike & Weinlig*, citada en la nota 57 *supra*.

140. El presente asunto es una ilustración perfecta de este tipo de situación potencialmente lesiva. La StrEG de 1998 afecta a los productores de electricidad procedente de fuentes convencionales de dos maneras.

141. Como competidores, deben aceptar que la StrEG de 1998 garantice a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una importante cantidad como ayuda de funcionamiento (la modalidad de ayuda más perjudicial). Asimismo, el importe de la ayuda de funcionamiento se determina en función de la cantidad de electricidad producida y del precio medio de venta del año anterior (y no en función de los costes de producción). Así, los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables pueden aumentar unilateralmente la ayuda a la que tienen derecho aumentando la producción y reduciendo los costes de producción. Debido a la obligación de compra, los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables no están expuestos a los riesgos habituales de exceso de capacidad o de fluctuación de los precios.

142. Además, no es el contribuyente sino los mismos productores de electricidad procedente de fuentes convencionales quienes deben soportar el coste de medida de ayuda controvertida. En consecuencia, ellos también pierden recursos valiosos que de otro modo podrían haber utilizado para seguir siendo competitivos. El sistema establecido por la StrEG afecta por tanto a la competencia entre las diferentes categorías

de productores de electricidad en mayor medida que una simple subvención estatal financiada con cargo al presupuesto público.

143. En tercer lugar, debe tenerse presente que, en definitiva, todos los ingresos del Estado los aportan los contribuyentes a través de los impuestos. Por consiguiente, sea cual fuere la naturaleza y el número de entidades intermediarias, la financiación de un beneficio económico otorgado por el Estado a empresas específicas recae en cualquier caso sobre los particulares y los operadores económicos.⁸⁴

144. Es pues formalista aplicar las normas sobre ayudas de Estado en supuestos en los que determinadas empresas están obligadas a aportar dinero a un fondo público, desde el que se redistribuye a los competidores,⁸⁵ y no aplicar esas reglas en casos como el presente, en el que las empresas afectadas deben abonar directamente pagos a sus competidores.

145. Finalmente, se alega que existe un riesgo de elusión de las normas sobre ayudas de Estado. Si la financiación mediante fondos estatales fuera un elemento necesario de la definición de ayuda, los Estados miembros podrían tener la

84 — Sentencia Sloman Neptun, citada en la nota 21 *supra*, y las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon, punto 40.

85 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Steinike & Weinlig, citada en la nota 57 *supra*, y Comisión/Francia, citada en la nota 56 *supra*.

tentación de idear sistemas que otorgaran importantes ventajas económicas a algunas empresas nacionales, generasen consecuencias graves para la competencia y los intercambios comerciales en Europa, no costaran dinero alguno al Estado miembro interesado y, por encima de todo, eludiesen el control de la Comisión con arreglo al artículo 93 del Tratado.

146. La Comisión insta expresamente al Tribunal de Justicia a reconsiderar su jurisprudencia actual, a la vista de la reciente evolución en el ordenamiento jurídico comunitario y a la luz del sistema establecido por la StrEG de 1998. Una vez alcanzado el mercado interior e iniciada la unión monetaria, las medidas de ayuda aplicadas de manera selectiva son el último instrumento que los Estados miembros pueden emplear para conferir ventajas competitivas a las empresas nacionales. Esas medidas de ayuda, tras su examen por la Comisión, pueden ser estimadas compatibles con el mercado común. Sin embargo, es esencial someterlas a los instrumentos de control previstos en el artículo 93 del Tratado que garantizan la disciplina y la transparencia necesarias. Así pues, en su opinión, al definir el concepto de ayuda de Estado, el Tribunal de Justicia debe atribuir mayor peso al objetivo de las normas sobre ayudas de Estado y a su eficacia global.

147. PreussenElektra y la Comisión aducen también que la StrEG de 1998 no puede compararse con las medidas sometidas a examen en los asuntos en los que el Tribunal de Justicia declaró que la ayuda de Estado debía ser financiada mediante fondos estatales. Así pues, la doctrina

sentada en esos asuntos no debe ser de aplicación general y no debe, en particular, aplicarse en el presente asunto.

148. En el asunto Van Tiggele, la medida controvertida, por la que se fijaba un precio mínimo de venta al por menor de la ginebra, producía efectos diferentes, ya que los consumidores eran libres de comprar o no la ginebra y también podían elegir entre diferentes marcas. La carga financiera pesaba sobre los consumidores finales. La intención era proteger a los productores nacionales frente a las importaciones a precios inferiores. La medida infringía por tanto el artículo 30 del Tratado. En cambio, bajo el régimen establecido por la StrEG de 1998, el beneficio para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables es financiado por los competidores y no por los particulares en general.⁸⁶ Las empresas afectadas están obligadas a adquirir toda la electricidad procedente de fuentes de energía renovables producida en su zona y no pueden decidir libremente sus compras. Las empresas suministradoras situadas en un nivel anterior de distribución están también automáticamente obligadas a pagar una compensación. Pagan incluso sin recibir a cambio una contraprestación. La finalidad principal de la StrEG de 1998 es reforzar la posición competitiva de los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables, no obstaculizar las importaciones.

149. Asimismo, a diferencia de las medidas controvertidas en los asuntos Sloman Nep-

86 — En caso de dudas sobre este extremo, véase el punto 86.

tun, Kirsammer-Hack y Viscido y otros, la StrEG de 1998 obliga a los competidores a transferir dinero directamente a las empresas favorecidas. Los beneficios económicos para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables y los costes para las empresas afectadas son evidentes y pueden cuantificarse fácilmente.

150. Reconozco que los argumentos anteriores en favor de una interpretación extensiva del concepto de ayuda de Estado tienen cierta fuerza. No obstante, opino que la financiación mediante fondos estatales es un elemento necesario del concepto de ayuda de Estado y que el Tribunal de Justicia debe confirmar su jurisprudencia actual.

151. Ello se debe, en primer lugar, a que, aun cuando la frase «otorgada por los Estados o mediante fondos estatales» pueda interpretarse en diferentes sentidos, la interpretación sugerida por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Slooman Neptun*, *Kirsammer-Hack* y *Viscido* y otros es más natural y genera menos problemas.

152. Según la interpretación del Tribunal de Justicia, la primera alternativa, a saber, «las ayudas otorgadas por los Estados», abarca las medidas de ayuda normales financiadas mediante fondos públicos y concedidas directamente por el Estado. La

segunda alternativa (ayudas otorgadas mediante fondos estatales), comprende la categoría, menos frecuente y de carácter residual, de las ayudas financiadas mediante fondos estatales que no son concedidas directamente por el Estado, sino por entidades públicas o privadas designadas o constituidas por el Estado. Si se acepta esta interpretación, la circunstancia de que el artículo 92, apartado 1, prevea una segunda alternativa puede explicarse fácilmente porque los autores del Tratado quisieron impedir la elusión de las normas sobre ayudas de Estado a través de la concesión descentralizada y/o privatizada de la ayuda.

153. Según el enfoque alternativo propuesto por quienes apoyan una interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1, la segunda posibilidad (ayudas otorgadas mediante fondos estatales) comprende las medidas financiadas mediante fondos públicos, en tanto que la primera (ayudas otorgadas por los Estados) abarca todas las demás medidas que no son financiadas mediante fondos estatales. Tal interpretación del artículo 92, apartado 1, presupone que los autores del Tratado antepusieron un concepto que comprende una categoría residual de supuestos (ayudas no financiadas mediante fondos estatales) al concepto que abarca la categoría normal de supuestos. Esto no es ni la forma natural ni el modo habitual de redactar una ley.

154. Asimismo, según una interpretación sistemática del Tratado, se supone que el título de la sección, «Ayudas otorgadas por los Estados», debe comprender ambas alternativas del artículo 92, apartado 1, es decir, «las ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante

fondos estatales». Dado que el tenor de la primera alternativa es casi idéntico⁸⁷ al título de la sección, parece difícil alegar (como deben hacer los defensores de una interpretación extensiva) que la primera alternativa, «ayudas otorgadas por los Estados», abarca sólo la categoría residual de medidas estatales que se financian mediante fondos privados.

155. En segundo lugar, existe un problema fundamental en relación con el argumento teleológico desarrollado por los defensores de una interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1. Al definir el objetivo de las normas sobre ayudas de Estado, incurren en el riesgo de tener por cierto lo que debe ser demostrado, es decir, que esas normas han de aplicarse a todas las medidas estatales. A la luz del título de la sección de que se trata y del tenor del artículo 92, apartado 1, también podría argüirse que las normas sobre ayudas de Estado pretenden proteger la competencia sólo frente a las medidas estatales que se financian mediante fondos públicos y no frente a toda clase de medidas estatales. Si ése es el objetivo de los artículos 92 y siguientes, la frase «ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales» no puede interpretarse tan extensivamente como se propone.

156. En tercer lugar, existe un argumento sistemático relacionado con las reglas de procedimiento contenidas en el artículo 93 que abunda en la interpretación del Tribu-

nal de Justicia. Esta disposición protege los intereses de los competidores de las empresas favorecidas y a los Estados miembros en los que se hallan establecidos dichos competidores,⁸⁸ los intereses del Estado miembro que concede la ayuda y los de las empresas que la reciben, quienes desean que la ayuda sea ejecutada con la mayor rapidez posible,⁸⁹ y los intereses de los Estados miembros en su conjunto.⁹⁰ En cambio, ninguna norma del sistema establecido por el artículo 93 regula los problemas específicos de las empresas que han de financiar la ayuda concedida a otras empresas. Ahora bien, si el artículo 92, apartado 1, abarcara sistemáticamente las medidas financiadas mediante fondos privados, sería de esperar que el artículo 93 contemplase normas que regularan sus derechos y obligaciones en el procedimiento. Por lo demás, es difícil imaginar cómo podría ejecutarse una decisión de la Comisión que ordenara la recuperación de una ayuda de Estado ilícita cuando esa ayuda la hubiera pagado un grupo de empresas a otro grupo de empresas.

157. Un cuarto argumento en apoyo de la doctrina del Tribunal de Justicia es que ésta aporta mayor seguridad jurídica. Discrepo de las partes coadyuvantes en el procedimiento principal y del Gobierno alemán, que sostienen que una interpretación más extensiva del artículo 92, apartado 1, incluiría a la práctica totalidad de las normas nacionales que regulan las relaciones entre empresas en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado.

88 — Artículo 93, apartado 2.

89 — Véase, por ejemplo, la expresión «sin demora» en el artículo 93, apartado 3.

90 — Artículo 93, apartado 2, párrafo tercero.

87 — En la versión alemana del Tratado, el texto es en realidad idéntico, es decir, en ambos casos «staatliche Beihilfen».

La mayor parte de estas normas nacionales no constituiría en cualquier caso una ayuda de Estado, ya que no cumplen el requisito de selectividad, es decir, no favorecen a *determinadas* empresas ni a *determinadas* producciones en el sentido del artículo 92, apartado 1. Sin embargo, de lo anterior se desprende que la interpretación más extensiva obligaría a los Estados miembros, las empresas afectadas, la Comisión, los órganos jurisdiccionales nacionales y, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales comunitarios a determinar si todas las normas que regulan las relaciones entre empresas confieren ventajas selectivas a determinadas empresas en el sentido del artículo 92, apartado 1. Dado que esa apreciación es un ejercicio difícil y de resultado incierto, parece preferible que la legislación reguladora de las relaciones entre operadores privados quede, en principio, excluida del ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado.

una ayuda financiada mediante fondos estatales infrinja otras normas del ordenamiento jurídico comunitario.⁹¹ La Comisión puede en ese caso actuar en virtud del artículo 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE).

159. Así pues, considero que la financiación mediante fondos estatales es un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado según el artículo 92, apartado 1, del Tratado y que el Tribunal de Justicia no debe modificar su jurisprudencia.

3. Las ventajas que otorga la StrEG de 1998 ¿pueden considerarse financiadas mediante fondos estatales?

160. El órgano jurisdiccional remitente, PreussenElektra y la Comisión sostienen que las ventajas que la StrEG de 1998 otorga a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables deben considerarse financiadas mediante fondos estatales. Llegan a esa conclusión basándose en tres razonamientos diferentes.

⁹¹ — Por ejemplo, el artículo 30 del Tratado; véase la sentencia Van Tiggele, citada en la nota 20 *supra*.

158. Finalmente, no debe exagerarse el peligro de que los Estados miembros adopten un gran número de medidas de apoyo a determinadas empresas nacionales financiadas mediante fondos privados que produzcan los mismos efectos contrarios a la competencia que una ayuda de Estado normal y que eludan el control de la Comisión. Las empresas obligadas a financiar esas medidas utilizarán todos los medios legales y políticos a su alcance para impugnar las medidas de que se trata. En el presente asunto, PreussenElektra y Schleswig impugnarón la StrEG de 1998 interponiendo varios recursos ante el Tribunal Constitucional alemán. Además, es probable que una medida que produzca los mismos efectos negativos para la competencia y los intercambios comunitarios que

a) Posible pérdida de recursos fiscales

161. El órgano jurisdiccional nacional manifiesta que la StrEG de 1998 afecta negativamente a los ingresos de las empresas sujetas a la obligación de compra y a la de pagar una compensación. Una disminución de los beneficios supone a su vez una reducción de los ingresos fiscales.

162. Ahora bien, de la jurisprudencia se deduce que la posible pérdida de recursos fiscales del Estado como resultado de la aplicación de un régimen como el que establece la StrEG de 1998 no puede justificarse, por sí sola, que dicho régimen se califique de ayuda.⁹² Es cierto que la ayuda de Estado puede financiarse, en ciertos casos, mediante la renuncia a recursos estatales.⁹³ Pero en el presente asunto los fondos con los que se financian los beneficios concedidos a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables no provienen de la alegada pérdida de recursos fiscales, sino de las empresas sometidas a la StrEG de 1998 y, en definitiva, probablemente de los consumidores finales. Así pues, la pérdida de que se trata sólo constituye un efecto secundario inherente a la StrEG de 1998.

b) Conversión de fondos privados en fondos públicos

163. Según la Comisión y PreussenElektra, el sistema establecido por la StrEG de 1998

transforma fondos privados en fondos públicos. A su juicio, sus efectos son análogos a los originados por la tributación en la medida en que recauda recursos del sector privado y los destina a un objetivo de interés público. Ello es particularmente evidente en lo que respecta a la obligación de pagar una compensación prevista en el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998. Según esta disposición, las empresas de suministro situadas en un nivel anterior de distribución han de pagar dinero a los distribuidores situados en un nivel posterior sin recibir nada a cambio. No existe pues ninguna diferencia relevante entre el presente asunto y los casos en los que se utilizan tributos parafiscales para financiar medidas de ayuda.

164. Es cierto que la ayuda de Estado se financia con frecuencia mediante recursos procedentes de exacciones parafiscales.⁹⁴ Además, los fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1, no pertenecen necesariamente a las autoridades públicas y de hecho pueden haber permanecido siempre en poder de las empresas beneficiarias. Ésa es la situación normal cuando el Estado concede ayudas mediante la renuncia a una fuente de ingresos. Un buen ejemplo al respecto es la ampliación de los usos a los que PMU podía destinar las ganancias no reclamadas procedentes de las apuestas sobre carreras de caballos en el asunto Francia/Ladbroke Racing y Comisión.⁹⁵ Tampoco se discute que los fondos estatales no tienen por qué proceder necesariamente de activos fijos del sector público. Así, en el asunto Air France/Comisión, se consideró que el saldo resultante de los ingresos y

92 — Véanse las sentencias *Slovan Neptun*, citada en la nota 21 *supra*, apartado 21, y *Ecotrade*, citada en la nota 55 *supra*, apartado 36.

93 — Sentencia *Francia/Ladbroke Racing y Comisión*, citada en la nota 79 *supra*.

94 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 1993, *Scharbatke* (C-72/92, Rec. p. I-5509), apartado 18.

95 — Sentencia citada en la nota 79 *supra*, apartados 45 a 51.

reíntegros de fondos efectuados en la Caisse des dépôts et consignations francesa, que ésta podía utilizar como si los fondos correspondientes a dicho saldo quedasen definitivamente a su disposición, estaba comprendido en el concepto de fondos estatales.⁹⁶

165. No obstante, el denominador común de todos estos asuntos es que, de una u otra forma, el Estado ejercía el control de los fondos de que se trataba. En el supuesto de las exacciones parafiscales, el dinero pasa a pertenecer al Estado antes de ser redistribuido a las empresas beneficiarias. En el caso de la renuncia a ingresos, el Estado renuncia a cantidades que en principio podía exigir. Por tanto, fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado sólo son los fondos que están *a disposición* de las autoridades públicas.⁹⁷

166. En el presente asunto, las cantidades que han de ser transferidas en virtud de la StrEG de 1998 no están ni estarán nunca a disposición de las autoridades alemanas. Ninguna autoridad pública dispone en ningún momento de derecho alguno sobre esas cantidades. De hecho, tales cantidades no salen nunca del sector privado. Si una empresa incumple sus obligaciones en virtud de la StrEG de 1998, la otra debe

recurrir a los Tribunales. Si se acogiera el argumento de la Comisión y de PreussenElektra, todas las cantidades que una persona adeudase a otra con arreglo a una ley habrían de ser consideradas fondos estatales. Semejante interpretación se me antoja exorbitante. De ello se desprende que los fondos privados que deben transferirse en virtud de la StrEG de 1998 en ningún momento son fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado.

167. En realidad, la Comisión y PreussenElektra proponen al Tribunal de Justicia que trate la StrEG de 1998 de forma análoga a las medidas financiadas mediante exacciones parafiscales. Pero cualquier analogía legítima presupone una laguna o, dicho de otra forma, una situación que no está regulada por ninguna norma. Del examen precedente se deduce que ya existe una regla de contenido preciso, a saber, que las medidas financiadas exclusivamente mediante fondos privados no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado. Así pues, la analogía propuesta por la Comisión y PreussenElektra suprimiría efectivamente la distinción entre medidas financiadas con fondos públicos y medidas financiadas con fondos privados.

⁹⁶ — Sentencia de 12 de diciembre de 1996 (T-358/94, Rec. p. II-2109), apartados 66 y 67.

⁹⁷ — Véase la formulación contenida en el apartado 50 de la sentencia Francia/Ladbroke Racing y Comisión, y en el apartado 68 de la sentencia Air France/Comisión, antes citadas.

c) Disminución de los beneficios de las empresas públicas como recursos estatales

168. Según la Comisión, de las sentencias *Ecotrade*⁹⁸ y *Van der Kooy y otros/Comisión*⁹⁹ se deduce que una medida de ayuda financiada por empresas que son propiedad total o parcial del Estado debe ser calificada como financiada mediante fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1. La Comisión se apoya en datos publicados en 1996¹⁰⁰ y alega que la mayoría del capital de seis de las nueve grandes empresas situadas en el primer nivel del mercado eléctrico alemán pertenece al Estado y que el 60 % de las acciones de todas las empresas regionales de suministro de electricidad pertenecen a autoridades públicas (en la mayoría de casos, municipios y entes locales). A juicio de la Comisión, de ello se desprende que la obligación de compra y el sistema de compensación establecidos por la StrEG de 1998 constituyen una ayuda de Estado, cuando menos en la medida en que afectan a empresas propiedad del Estado. Dado que la StrEG de 1998 no diferencia entre empresas de propiedad pública y privada, dicha Ley debería haber sido notificada en su totalidad.

169. En el asunto *Van der Kooy y otros/Comisión*, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre si una tarifa preferen-

cial que se aplicaba al gas natural vendido por *Nederlandse Gasunie* a horticultores de los Países Bajos constituía una ayuda de Estado. *Nederlandse Gasunie* era una sociedad de derecho privado, el 50 % de cuyo capital era de titularidad directa o indirecta del Estado.

170. El Abogado General Sr. Slynn examinó no sólo si la tarifa había sido impuesta por el Estado, sino también si en el asunto existían fondos estatales. En la Decisión impugnada, la Comisión había afirmado que la ayuda se financiaba mediante fondos estatales y los demandantes habían rebatido esa apreciación.¹⁰¹ En opinión del Abogado General, la ayuda discutida se financiaba mediante fondos públicos ya que el Estado renunciaba a su participación en los beneficios que *Nederlandse Gasunie* habría obtenido si los precios hubieran sido superiores.¹⁰²

171. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no examinó si se produjo aportación de fondos estatales. Sólo se preguntó si fue el Estado quien estableció la tarifa de que se trataba. Ello puede explicarse por la incertidumbre existente en aquel momento sobre el Derecho aplicable, causada por la sentencia *Comisión/Francia*.¹⁰³ Sean cuales fueren las razones, dado que aparentemente el Tribunal de Justicia no consideró que la financiación mediante fondos estatales fuera un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado, la sentencia *Van der*

98 — Sentencia citada en la nota 55 *supra*.

99 — Sentencia citada en la nota 54 *supra*.

100 — La Comisión se refiere a Cross, E.D.: *Electric Utility Regulation in the European Union — A Country by Country Guide*, 1996, pp. 133 a 136.

101 — Véase el informe para la vista, punto III A 3, p. 236.

102 — Véanse las conclusiones, p. 250.

103 — Véase el punto 122 *supra*.

Kooy y otros/Comisión no puede alegarse en apoyo de la tesis de que una reducción en los beneficios de una empresa de propiedad estatal equivale a una financiación mediante fondos estatales.

caciones, el Tribunal de Justicia declaró que incumbía al órgano jurisdiccional nacional apreciar si existía una ayuda de Estado.

172. Las sentencias *Ecotrade*¹⁰⁴ y *Piaggio*¹⁰⁵ tenían ambas por objeto una Ley italiana que permitía que determinadas empresas industriales insolventes fueran sometidas a una administración extraordinaria y disfrutaran de una protección especial frente a las acciones ejecutivas de los acreedores, como excepción a las normas aplicables en materia de insolvencia. El Tribunal de Justicia declaró que la expresión «ayuda» suponía necesariamente la existencia de ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales o que constituyeran una carga adicional para el Estado o para los organismos designados o constituidos por el Estado con ese fin. A juicio del Tribunal de Justicia, la Ley italiana objeto de examen estaba destinada a aplicarse de forma selectiva en favor de determinadas empresas que tuvieran una posición deudora particularmente elevada para con determinadas categorías de acreedores, en su mayor parte de naturaleza pública. Era muy probable que el Estado o determinados organismos públicos figuraran entre los principales acreedores de las empresas afectadas. Además, algunas otras características del régimen establecido por la Ley podían originar una carga adicional para el Estado, en comparación con la situación que se habría producido si se hubieran aplicado las normas habituales sobre insolvencia. Basándose en estas indi-

173. He de admitir que no estoy completamente seguro de cómo interpretar las sentencias dictadas en estos dos asuntos.¹⁰⁶ Por ejemplo, no está claro si es la Ley controvertida en sí, o sólo su aplicación en un caso particular, lo que puede constituir una ayuda de Estado. Además, en contra de lo que parece suponer la Comisión, el Tribunal de Justicia no declaró expresamente que la financiación de una medida de ayuda a través de la reducción de los beneficios de empresas públicas pueda ser considerada como financiación mediante fondos estatales en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado. Para explicar por qué podría tratarse de fondos estatales, el Tribunal de Justicia sólo mencionó como acreedores potencialmente afectados a «categorías de acreedores, en su mayor parte de naturaleza pública»,¹⁰⁷ «el Estado o determinados organismos públicos»¹⁰⁸ y «las autoridades públicas».¹⁰⁹ Así pues, a mi entender, de las sentencias recaídas en estos asuntos tampoco resulta una doctrina clara.

174. Si, no obstante, las sentencias *Ecotrade* y *Piaggio* han de interpretarse como indicativas de que la financiación de una

106 — Véanse también los comentarios del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo en las conclusiones del asunto *Piaggio*, punto 30.

107 — Sentencia *Ecotrade*, citada en la nota 55 *supra*, apartado 38.

108 — Apartados 38 y 41 de la sentencia.

109 — Apartados 41 y 43 de la sentencia.

104 — Citada en la nota 55 *supra*.

105 — Citada en la nota 78 *supra*.

medida mediante la reducción de los beneficios de empresas de propiedad pública puede constituir financiación mediante fondos estatales, es necesario realizar dos precisiones.

175. En primer lugar, creo que una medida general que confiere ventajas a una categoría de empresas a costa de otra categoría de empresas no puede ser calificada como ayuda de Estado solamente porque una empresa del grupo desfavorecido, o un pequeño número de ellas, sea propiedad total o parcial del Estado. Tal interpretación del concepto de financiación «mediante fondos estatales» incluiría un buen número de leyes reguladoras de las relaciones entre empresas en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado. Además, produciría resultados absurdos, ya que un Estado miembro debería probablemente exonerar a las empresas de propiedad pública de las obligaciones que gravan a las demás empresas a fin de cumplir las normas sobre ayudas de Estado. Ello distorsionaría inevitablemente la competencia entre las diferentes clases de empresas sometidas a la obligación de financiación. Esas consideraciones permiten explicar por qué el Tribunal de Justicia resaltó en los asuntos *Ecotrade* y *Piaggio* que el Estado o determinadas entidades públicas debían figurar entre los «principales acreedores» de la empresa en dificultades.

176. En el presente asunto, el Gobierno alemán manifestó, en su respuesta a una pregunta escrita del Tribunal de Justicia, que actualmente sólo dos de las ocho empresas situadas en el primer nivel del

mercado eléctrico alemán están controladas por el Estado. En cuanto al segundo nivel de distribución regional, no podían facilitarse datos precisos, pero las estructuras de la propiedad estaban sometidas a rápidos cambios con una tendencia clara hacia la propiedad privada. También es importante señalar que, a diferencia de los asuntos *Ecotrade* y *Piaggio*, ninguna otra entidad pública, como las instituciones de seguridad social o la banca pública, está implicada en la financiación de la ayuda.

177. En consecuencia, las ventajas para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables son financiadas exclusivamente por empresas constituidas con arreglo al Derecho privado, de las que aparentemente la mayoría son de propiedad privada. En estas circunstancias, el sistema establecido por la *StrEG* de 1998 no puede calificarse como financiado «mediante fondos estatales».

178. En segundo lugar, la propia *PreussenElektra* es de propiedad privada y posee, como ya expuse, el 65,3 % de las acciones de *Schlesweg*. Así pues, la aplicación de la *StrEG* de 1998 en este caso concreto no originó ninguna carga financiera adicional para el Estado ni redujo los beneficios de empresas de propiedad pública.

179. Por consiguiente, debe refutarse el argumento de la Comisión basado en la

financiación de la ayuda a través de la disminución de los beneficios de las empresas públicas.

4. *¿Es la StrEG de 1998 una medida equivalente a una ayuda de Estado, prohibida por el artículo 5, apartado 2, del Tratado?*

180. La Comisión sostiene que, aunque la StrEG de 1998 no sea calificada como ayuda de Estado en sentido estricto, constituye una medida que pretende eludir las normas sobre ayudas de Estado. El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 5 del Tratado, en relación con los artículos 3, letra g), y 85 del mismo, prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan desvirtuar el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.¹¹⁰ La StrEG de 1998, que, pese a la financiación mediante fondos privados de las medidas que prevé, produce todos los efectos lesivos de una ayuda de Estado, constituye una amenaza semejante para el efecto útil de los artículos 92 y 93. Por tanto, una medida como la StrEG de 1998 infringe el artículo 5, apartado 2, del Tratado, en relación con lo dispuesto en los artículos 92 y 93. Puesto que ya existen procedimientos apropiados, en virtud del artículo 93, para hacer frente a las infracciones de las normas sobre ayudas de Estado, sería erróneo sancionar la infracción del artículo 5 mediante el procedimiento del artículo 169 del Tratado. Así pues, es preferible sancionar una infracción

del artículo 5, en relación con los artículos 92 y 93, mediante una ampliación teleológica del concepto de ayuda de Estado previsto en el artículo 92, apartado 1.

181. La Comisión ya ha utilizado una argumentación similar en el asunto Comisión/Francia.¹¹¹ Este asunto tenía por objeto una ayuda especial para agricultores más desfavorecidos financiada mediante los excedentes de explotación acumulados durante varios años por la Caisse nationale de crédit agricole. Como los excedentes habían sido generados por la gestión de fondos privados, la Comisión consideró que no existía ayuda de Estado en el sentido estricto del término. Alegó, sin embargo, que era una medida de efecto equivalente a una ayuda de Estado prohibida por el artículo 5 del Tratado y, basándose en esa apreciación, interpuso un recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado.¹¹²

182. El Tribunal de Justicia declaró que el procedimiento previsto por el artículo 169 del Tratado no ofrecía a todas las partes interesadas las mismas garantías que el procedimiento del artículo 93, apartado 3. Así pues, la Comisión debía seguir este último procedimiento si pretendía determinar que un sistema era una ayuda incompatible con el mercado común. Los artículos 92 y 93 no dejaban lugar para un concepto paralelo de «medidas equivalentes a una ayuda», sometidas a normas diferentes de las que se aplican a las ayudas propiamente dichas.

110 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751), apartado 14.

111 — Citado en la nota 56 *supra*.

112 — Apartados 6 a 9 de la sentencia.

183. De esta sentencia resulta con claridad que el concepto de «medidas equivalentes a una ayuda» que infrinjan el artículo 5, apartado 2, y puedan ser sancionadas con arreglo al artículo 169 carece de base jurídica en el Tratado.

184. Si interpreto correctamente sus argumentos, en el presente asunto la Comisión sostiene algo ligeramente distinto, a saber, que la StrEG de 1998, en su calidad de «medida equivalente a una ayuda», infringe el artículo 5, apartado 2, del Tratado y debe ser sancionada en virtud del artículo 93, según una interpretación extensiva del concepto de ayuda del artículo 92, apartado 1.

185. A mi entender, este argumento es erróneo. Hay distintos modos de sancionar la infracción de una prohibición como la del artículo 5, apartado 2. Pero no puedo comprender de qué modo la infracción de una prohibición general puede originar una ampliación del ámbito de aplicación de otro conjunto de normas especiales que prohíben una categoría específica de medidas estatales. También debe tenerse presente que la hipótesis que subyace al argumento de la Comisión es que las medidas financiadas mediante fondos privados no constituyen una ayuda de Estado. Si se aceptara el argumento de la Comisión, el artículo 5 del Tratado podría aplicarse para ampliar el alcance del Tratado. En realidad, la Comisión propone una interpretación teleológica extensiva del artículo 92, apartado 1, que incluya las medidas financiadas mediante fondos privados. Por las razones anteriormente

expuestas, no estoy a favor de tal interpretación extensiva.

186. Por consiguiente, considero que el sistema establecido por la StrEG de 1998 no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado.

VII. Segunda cuestión: el alcance de la obligación de suspensión del artículo 93, apartado 3, del Tratado

187. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si los efectos restrictivos del artículo 93, apartado 3, del Tratado se aplican no sólo a la propia medida de ayuda sino también a las medidas de aplicación, como el sistema de compensación previsto en el artículo 4, apartado 1, de la StrEG de 1998.

188. No obstante, plantea esta cuestión sólo para el caso de que la obligación de compra a un precio mínimo en virtud de los artículos 2 y 3 de la StrEG de 1998 se considere una ayuda de Estado y no en cambio el sistema de compensación previsto en el artículo 4, apartado 1, de la Ley.

189. Dada la respuesta que propongo para la primera cuestión, no es necesario responder a la segunda.

VIII. Tercera cuestión: la Stromeinspeisungsgesetz de 1998 como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación

1. Consideraciones preliminares

190. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si un sistema como el establecido por la StrEG de 1998 constituye una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado.

191. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la obligación de los gestores de red alemanes de comprar la electricidad procedente de fuentes de energía renovables generada en su zona de suministro puede reducir la demanda de electricidad producida en otros Estados miembros, por lo que debe calificarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.

192. Tanto PreussenElektra como Schleswig consideran que la StrEG de 1998 es incompatible con el artículo 30 del Tratado. A su entender, la obligación de comprar una determinada cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables de Alemania afecta a su capacidad para importar electricidad de otros Estados miembros. Dado que esta restricción de las importaciones constituye una medida directamente discriminatoria en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no puede justificarse por razones medioambientales.¹¹³ Tampoco puede justificarse al amparo del artículo 36 del Tratado CE (actualmente artículo 30 CE, tras su modificación), ya que la protección del medio ambiente no está comprendida entre los intereses protegidos por ese artículo. En cualquier caso, la StrEG de 1998 infringe el principio de proporcionalidad.

193. Las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, el Gobierno alemán y la Comisión arguyen en esencia que la medida discutida, bien no restringe los intercambios comunitarios de manera apreciable, bien está justificada por razones de protección del medio ambiente o de seguridad del abastecimiento de electricidad.

194. Habida cuenta de las respuestas que propongo al Tribunal de Justicia para las dos primeras cuestiones, la respuesta a esta tercera cuestión puede ser decisiva para el resultado del litigio principal. Además, los problemas jurídicos planteados por esta

¹¹³ — Sentencia de 17 de junio de 1981, Comisión/Irlanda (113/80, Rec. p. 1625), apartado 11.

cuestión son a la vez complejos y de importancia general.

195. Ahora bien, lamentablemente los problemas no han sido plenamente examinados por las partes y el Tribunal de Justicia carece de información completa sobre los hechos. Hasta ahora, la controversia sobre la validez de la *Stromeinspeisungsgesetz* se ha centrado en sus efectos, bien para las empresas que deben financiar el sistema,¹¹⁴ bien para las empresas que compiten con los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables.¹¹⁵ En cambio, la tercera cuestión del órgano jurisdiccional nacional trata de un tercer efecto de la *StrEG* de 1998, hasta ahora en gran medida ignorado, es decir, su impacto en los intercambios transfronterizos de electricidad. Por lo demás, no está claro cómo y en qué medida la aplicación de la *StrEG* de 1998 afecta, en la práctica, a las importaciones de electricidad de otros Estados miembros, y en particular, por ejemplo, si las importaciones de electricidad procedente de fuentes de energía renovables son técnicamente viables y si esa electricidad puede distinguirse de la electricidad generada mediante fuentes convencionales.

196. Dada la falta de argumentos y de información a este respecto, el Tribunal de Justicia podría estimar necesaria la reapertura de la fase oral respecto a la tercera cuestión. Subsidiariamente, podría limi-

tarse a indicar en términos generales la interpretación de las normas sobre libre circulación de mercancías y confiar al órgano jurisdiccional remitente la apreciación definitiva. Por esta misma razón, y pese a su importancia, trataré estas cuestiones de forma breve. A falta de argumentos al respecto, solo cabe realizar una aproximación provisional.

2. El artículo 30 del Tratado

197. En primer lugar, debe recordarse que son aplicables las reglas sobre libre circulación de mercancías. La electricidad constituye una mercancía a los efectos del título I de la tercera parte del Tratado CE y por tanto también a los del artículo 30, que forma parte de ese título.¹¹⁶ Además, el sistema establecido por la *StrEG* de 1998 no constituye, a mi juicio, una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado. Según este criterio, no se plantea el difícil problema de si una medida comprendida en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado puede no obstante regirse también por el artículo 30 del Tratado.¹¹⁷

114 — Como ya señalé, *PreussenElektra* y *Schleswig* han impugnado la constitucionalidad de la *Stromeinspeisungsgesetz* ante el Tribunal Constitucional alemán.

115 — Ésta es la lógica que subyace a las cuestiones primera y segunda.

116 — Sentencias de 27 de abril de 1994, *Almelo* y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 28, y de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Italia* (C-158/94, Rec. p. I-5789), apartados 14 a 20.

117 — Véanse, por un lado, las sentencias de 22 de marzo de 1977, *Iannelli & Volpi* (74/76, Rec. p. 577), apartados 10 a 17, y de 15 de junio de 1993, *Matra/Comisión* (C-225/91, Rec. p. I-3203), apartado 41, y, por otro, las sentencias de 24 de noviembre de 1982, *Comisión/Irlanda* (249/81, Rec. p. 4005), apartado 18; de 7 de mayo de 1985, *Comisión/Francia* (18/84, Rec. p. 1339), apartado 13; de 5 de junio de 1986, *Comisión/Italia* (103/84, Rec. p. 1759), apartado 19, y de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, Rec. p. I-889), apartado 20.

198. Dado que la StrEG de 1998 no prohíbe ni total ni parcialmente la importación de electricidad procedente de otros Estados miembros, no puede calificarse de restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 30 del Tratado.

que la aplicación de la StrEG de 1998 en el norte de Alemania afecta a la capacidad de transmisión a efectos de la importación y exportación de electricidad, ya que la alimentación con electricidad procedente de energía eólica de las redes de media tensión de las regiones alemanas cercanas a la frontera danesa crea saturación en la transmisión de electricidad entre Dinamarca y Alemania en el nivel de alta tensión.

199. Considero, no obstante, que la obligación de compra a un precio mínimo establecida por la StrEG de 1998 debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.

200. PreussenElektra y Schleswig sostienen al respecto que el sistema establecido por la StrEG de 1998 restringe las importaciones de electricidad de dos formas. En primer lugar, la obligación de compra impone a los gestores de red en Alemania la adquisición de una parte de la electricidad que suministran a los productores nacionales de electricidad procedente de fuentes de energía renovables y, en esa medida, limita la posibilidad de importar electricidad procedente, por ejemplo, de Escandinavia. A este respecto, Schleswig alega, como mencioné anteriormente,¹¹⁸ que recibió una oferta para adquirir electricidad procedente de fuentes de energía renovables generada en Suecia a un precio relativamente bajo y que, de hecho, no pudo aceptar dicha oferta por su obligación de comprar toda la electricidad producida mediante energía eólica en su zona de suministro. En segundo lugar, PreussenElektra sostiene

201. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 30 se aplica a cualquier normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario.¹¹⁹ Cualquier obligación de abastecerse de un producto concreto, en un determinado porcentaje, de un proveedor nacional limita en la misma proporción las posibilidades de importación de ese mismo producto.¹²⁰ Incluso la mera incitación, por parte del legislador, a la compra de productos nacionales debe ser calificada de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.¹²¹

202. En el presente asunto, el artículo 1 de la StrEG de 1998 limita expresamente la

119 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

120 — Sentencia de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727), apartado 16; véase también la sentencia Du Pont de Nemours Italiana, citada en la nota 117 *supra*, apartado 11.

121 — Sentencias de 24 de noviembre de 1982, Comisión/Irlanda, citada en la nota 117 *supra*, apartados 27 a 29, y Comisión/Italia, citada en la nota 117 *supra*, apartado 24.

118 — Véase el punto 99 *supra*.

obligación de compra a la electricidad generada en Alemania.¹²² De las respuestas a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia resulta que la nueva norma del «off-shore» incluida en el artículo 2, segunda frase, de la StrEG de 1998¹²³ no pretende ampliar la obligación de compra a la electricidad procedente de fuentes de energía renovables generada fuera de Alemania, sino que solamente se aplica a las instalaciones costeras que producen electricidad en el territorio alemán. Así pues, la StrEG de 1998 favorece la comercialización de la electricidad de origen alemán en perjuicio de la electricidad importada e impide a las empresas afectadas la compra de parte de los suministros que necesitan a empresas establecidas en otros Estados miembros. Puesto que la StrEG de 1998 obstaculiza, al menos potencialmente, el comercio intracomunitario, debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado.

203. Las partes coadyuvantes en el procedimiento principal y el Gobierno alemán alegan que la electricidad procedente de fuentes de energía renovables comprendida en el ámbito de aplicación de la StrEG de 1998 representa sólo el 1 % del consumo de electricidad en Alemania. Dado que la obligación de compra sólo afecta a una cuota insignificante del mercado eléctrico, opinan que el comercio intracomunitario no se ve en realidad afectado.

204. Según la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está claro si existe

una regla *de minimis* en relación con el artículo 30 del Tratado, que permita excluir del ámbito de aplicación de dicha disposición todas las medidas que afecten sensiblemente a los intercambios.¹²⁴ Aunque tal regla existiera, no sería aplicable en el presente asunto. Tanto en términos absolutos como relativos (por ejemplo, en términos de importaciones potenciales de Dinamarca o Suecia), es evidente que un intercambio transfronterizo de electricidad correspondiente al 1 % del consumo total de electricidad en Alemania no es una cantidad despreciable. Lo mismo puede decirse *a fortiori* si atendemos sólo a los efectos en el intercambio de electricidad procedente de fuentes de energía renovables.

205. En consecuencia, un sistema como el establecido por la StrEG de 1998 debe calificarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, por lo que, en principio, está prohibido por el artículo 30 del Tratado.

3. Justificación

206. El órgano jurisdiccional remitente sólo pregunta si debe considerarse que un

122 — Véase el punto 25 *supra*.

123 — Véase el punto 28 *supra*.

124 — Por ejemplo, véanse, por un lado, las sentencias de 13 de marzo de 1984, Prantl (16/83, Rec. p. 1299), apartado 20; de 5 de abril de 1984, Van de Haar y Kaveka de Meern (asuntos acumulados 177/82 y 178/82, Rec. p. 1797), apartado 13; de 14 de marzo de 1985, Comisión/Francia (269/83, Rec. p. 837), apartado 10, y Comisión/Italia, citada en la nota 117 *supra*, apartado 18, y, por otro, las sentencias de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 31; de 21 de septiembre de 1999, BASF (C-44/98, Rec. p. I-6269), e implícitamente la sentencia de 13 de enero de 2000, TK Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-151), apartado 30.

sistema como el establecido por la StrEG de 1998 está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado. A fin de ofrecer una respuesta útil, examinaré las posibles justificaciones de la restricción a los intercambios que genera la medida controvertida.

a) Seguridad del abastecimiento

207. En primer lugar, en lo que atañe al artículo 36 del Tratado, las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, el Gobierno alemán y la Comisión aducen la posibilidad ofrecida por este artículo de restringir las importaciones por razones de seguridad pública, que incluyen, en su opinión, la seguridad del suministro de electricidad. A este respecto, aluden también al artículo 8, apartado 4, de la Directiva de la electricidad,¹²⁵ que dispone:

«Por motivos de seguridad de abastecimiento, los Estados miembros podrán disponer que sea preferente la entrada en funcionamiento de las instalaciones de generación 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.»

208. A mi entender, el artículo 8, apartado 4, de la Directiva de la electricidad no puede invocarse en el presente asunto. Esta regla debe ser interpretada de manera estricta ya que es una excepción al principio general enunciado en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva, a saber, que los gestores de la red de transmisión deben ordenar el funcionamiento de las instalaciones de generación y utilizar las interconexiones en su zona con arreglo a criterios objetivos, publicados y aplicados de forma no discriminatoria, teniendo en cuenta el buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad. Conforme a su clara redacción, el artículo 8, apartado 4, se aplica sólo en relación con «las instalaciones de generación que utilicen *fuentes de combustión* de energía primaria *autóctonas*», en la versión francesa «*sources combustibles indigènes*» y en la alemana «*einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe*». El viento no es ni una «fuente de combustión» en el sentido de dicho artículo, ni una materia prima «autóctona». Por tanto, el artículo 8, apartado 4, no es aplicable. En cualquier caso, el artículo 8, apartado 4, sólo autoriza un trato diferenciado en función del origen de la fuente de combustión de energía primaria y no según la ubicación de la instalación generadora.

209. En mi opinión, el artículo 36 tampoco puede invocarse en relación con la seguridad del abastecimiento. Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Campus Oil y otros que el objetivo consistente en asegurar en cualquier momento el abastecimiento mínimo de productos petro-

125 — Citada en la nota 12 *supra*.

líferos puede constituir un objetivo incluido en el concepto de seguridad pública.¹²⁶ Sin embargo, es dudoso que aún sea posible recurrir al artículo 36, dado que la Directiva de la electricidad prevé las medidas necesarias para garantizar la seguridad del abastecimiento.¹²⁷ Además, el viento como fuente de energía todavía no es tan importante para la economía moderna como los productos del petróleo. La especial función económica de los productos del petróleo fue un factor decisivo en la sentencia, más bien excepcional, que el Tribunal de Justicia dictó en el asunto *Campus Oil* y otros.¹²⁸ Finalmente, la StrEG de 1998 persigue objetivos esencialmente medioambientales y las consecuencias positivas reconocidas que acarrea para la seguridad del abastecimiento de energía sólo son efectos secundarios de dicha Ley.

210. En cualquier caso, la medida en su estado actual podría calificarse de incompatible con la segunda frase del artículo 36 de Tratado y con el principio de proporcionalidad. No se ha demostrado que la exclusión de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables producida en otros Estados miembros del ámbito de aplicación de la StrEG de 1998 contribuya a lograr el objetivo de garantizar la seguridad del abastecimiento. Por tanto, ello podría constituir una discriminación arbitraria en perjuicio de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables de otros Estados miembros.

126 — Sentencia citada en la nota 120 *supra*, apartado 35.

127 — Apartado 27 de la sentencia.

128 — Apartado 34 de la sentencia.

b) Protección del medio ambiente

211. La segunda causa de justificación alegada por las partes coadyuvantes en el procedimiento principal, la Comisión y la República Federal de Alemania es la protección del medio ambiente. A este respecto, se refieren en primer lugar a los artículos 3, apartado 2, 8, apartado 3, y 11, apartado 3, de la Directiva de la electricidad y, en segundo lugar, a la protección del medio ambiente de conformidad con el Tratado.

212. No estoy convencido de que el sistema establecido por la StrEG de 1998 esté comprendido en ninguna de las disposiciones de la Directiva de la electricidad.

213. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva, los Estados miembros pueden imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés económico general, que pueden referirse, entre otras cosas, a la protección del medio ambiente. Ahora bien, se dispone expresamente que estas obligaciones deben ser no discriminatorias. En el presente asunto, la obligación de compra impuesta a los gestores de red sólo se aplica a la electricidad generada en Alemania.

214. Los artículos 8, apartado 3, y 11, apartado 3, autorizan a los Estados miembros a imponer a los gestores de redes de transmisión y de distribución la obligación

de que, en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones de generación, den preferencia a las instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables. Estas disposiciones deben interpretarse estrictamente, pues constituyen excepciones a las normas generales de no discriminación previstas en los artículos 8, apartado 2, y 11, apartado 2. A diferencia del artículo 8, apartado 4, que autoriza con ciertas limitaciones la discriminación por razón del origen geográfico de las «fuentes de combustión de energía primaria» de que se trate, los artículos 8, apartado 3, y 11, apartado 3, sólo autorizan distinciones entre diferentes modos de producción de electricidad. De ello se desprende que una medida como la StrEG de 1998, que favorece a la electricidad de producción nacional frente a la electricidad importada del mismo tipo, no puede justificarse sobre la base de tales disposiciones.

215. ¿Puede la restricción de las importaciones originada por la StrEG de 1998 estar no obstante justificada con arreglo al Tratado en razón de la protección del medio ambiente?

216. La protección del medio ambiente no figura en el artículo 36 del Tratado. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que ciertos obstáculos a la libertad de circulación deben aceptarse en la medida en que sean necesarios para cumplir exigencias imperativas reconocidas por el Derecho comunitario.¹²⁹ Según reiterada jurisprudencia, la protección del medio ambiente

constituye una exigencia imperativa que puede limitar la aplicación del artículo 30 del Tratado.¹³⁰

217. No cabe duda de que la StrEG de 1998 persigue objetivos medioambientales de suma importancia. La producción de electricidad procedente de fuentes de energía renovables puede contribuir de manera significativa a reducir la emisión de gases de efecto invernadero y a la preservación de fuentes de energía convencional limitadas. Como puede observarse por las impresionantes cifras citadas por la Comisión,¹³¹ la StrEG de 1998 parece ser un instrumento particularmente eficaz para aumentar la utilización de fuentes de energía renovables.

218. Sin embargo, es dudoso que sea posible alegar razones de protección medioambiental en el presente asunto.

219. El primer problema es que la posibilidad de alegar exigencias imperativas conforme al Tratado puede verse excluida, ya que la Directiva de la electricidad prevé las reglas armonizadas antes citadas sobre la posibilidad de adoptar medidas nacionales para la promoción de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables. Sin embargo, aunque en la actualidad se están discutiendo medidas comunitarias específicas para la promoción de la elec-

129 — Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral (120/78, Rec. p. 649), apartado 8.

130 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca (302/86, Rec. p. 4607), apartado 9.

131 — Véase el punto 20 *supra*.

tricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior,¹³² dichas medidas todavía no se han adoptado, lo que significa que los Estados miembros continúan disponiendo de cierto margen de libertad en este ámbito.

220. El segundo problema es que, como acertadamente mantiene PreussenElektra, hasta hace poco era jurisprudencia asentada que las exigencias imperativas no podían invocarse para justificar medidas nacionales que no se aplicaban indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados.¹³³

221. En lo que atañe a la StrEG de 1998, la electricidad producida en Alemania a partir de fuentes de energía renovables se beneficia de la obligación de compra a un precio mínimo mientras que esto no sucede con la misma clase de electricidad generada en los Estados miembros vecinos. Así pues, la StrEG de 1998 trata de modo diferente, tanto de hecho como de Derecho, la electricidad de origen nacional y la electricidad importada. Con arreglo a la jurisprudencia mencionada en el punto anterior, la protección medioambiental no podría invocarse como causa de justificación.

132 — Véase el punto 44 *supra*.

133 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de junio de 1981, Comisión/Irlanda, citada en la nota 113 *supra*, apartado 11; de 25 de abril de 1985, Comisión/Reino Unido (207/83, Rec. p. 1201), apartado 22, y de 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 13.

222. La Comisión trata de apoyarse en la sentencia recaída en el asunto de los «residuos de la Región Valona».¹³⁴ Propone que se siga un criterio semejante en el presente asunto para poder basarse en la protección del medio ambiente.

223. Este asunto se refería a una medida que prohibía el almacenamiento, vertido o abandono en la Región Valona de residuos procedentes de otro Estado miembro u otra región de Bélgica. Sobre el problema de si la medida podía justificarse por exigencias imperativas de protección medioambiental, el Tribunal de Justicia razonó, en esencia, como seguidamente expongo.

224. Según el Tribunal de Justicia, era cierto que las exigencias imperativas sólo entraban en juego en caso de medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados. No obstante, para apreciar el carácter discriminatorio o no de la restricción controvertida, debían tenerse en cuenta la particularidad de los residuos, el principio establecido en el artículo 130 R, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, apartado 2, tras su modificación), según el cual los ataques al medio ambiente deben ser corregidos en la fuente, y los principios de autosuficiencia y proximidad, establecidos en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación. Considerando las diferencias existentes entre los residuos producidos en un lugar y en

134 — Sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión/Bélgica (C-2/90, Rec. p. I-4431).

otro y su relación con el lugar de producción, las medidas objeto de litigio no podían considerarse discriminatorias.¹³⁵

225. A mi entender, el razonamiento adoptado en la sentencia de los residuos de la Región Valona es erróneo y no debe seguirse en el presente asunto. El problema de si una medida se aplica o no indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados es, desde un punto de vista lógico, una cuestión preliminar y neutra. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, su única función es determinar qué causas de justificación son invocables. Considero por tanto que, al apreciar si una medida es directamente discriminatoria, no puede tenerse en cuenta si la medida es adecuada.

226. Pero la sentencia dictada en el asunto de los residuos de la Región Valona muestra también algo más, a saber, que es deseable que incluso las medidas directamente discriminatorias puedan justificarse en ocasiones por motivos de protección medioambiental.

227. Asimismo, hay indicaciones de que el Tribunal de Justicia está reconsiderando su jurisprudencia anterior. El Tribunal de Justicia se ha apoyado en las exigencias imperativas en supuestos en los que era cuando menos dudoso que la medida

podiera considerarse indistintamente aplicable.¹³⁶ En el asunto Dusseldorp y otros, el Tribunal de Justicia dejó expresamente abierta la cuestión de si una restricción discriminatoria de las importaciones podía en principio estar justificada por motivos relativos a la protección del medio ambiente.¹³⁷ Tal vez el caso más llamativo sea el del asunto Aher-Waggon.¹³⁸ Este asunto tenía por objeto una medida que supeditaba el registro de aeronaves en Alemania a la observancia de determinados límites en materia de emisiones sonoras. A mi parecer, esta medida discriminaba directamente entre aeronaves nacionales e importadas, ya que una aeronave previamente registrada en otro Estado miembro no podía ser registrada en Alemania, mientras que una aeronave del mismo tipo matriculada en Alemania antes de la adopción de la medida controvertida conservaba su matrícula. No obstante, el Tribunal de Justicia, sin valorar si la medida era directamente discriminatoria, declaró que un obstáculo de esa índole podía estar justificado por consideraciones relativas a la salud pública y a la protección del medio ambiente.¹³⁹

228. Así, por una parte, «no puede negarse que la relevancia de la distinción entre los

135 — Apartados 34 a 36 de la sentencia.

136 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop (asuntos acumulados C-34/95 a C-36/95, Rec. p. I-3843), apartados 44 y 45, y de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831), apartados 36 y 39, y en relación con los servicios, la sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 35 y 41.

137 — Sentencia de 25 de junio de 1998 (C-203/96, Rec. p. I-4075), apartados 44 y 49.

138 — Sentencia de 14 de julio de 1998 (C-389/96, Rec. p. I-4473).

139 — Apartado 19 de la sentencia.

intereses protegidos por el artículo 30 (antiguo artículo 36) y las excepciones basadas en la “rule of reason” (regla de razón) está en declive». ¹⁴⁰ Por otra, el Tribunal de Justicia no se ha separado formalmente de la norma según la cual las exigencias imperativas no pueden invocarse en relación con medidas directamente discriminatorias.

229. Atendiendo a la importancia fundamental que para el análisis del artículo 30 del Tratado reviste el problema de si las medidas directamente discriminatorias pueden estar justificadas por exigencias imperativas, el Tribunal de Justicia debería a mi juicio aclarar su postura para garantizar la necesaria seguridad jurídica.

230. En favor de un criterio más flexible respecto a la exigencia imperativa de protección del medio ambiente pueden invocarse dos razones específicas. En primer lugar, las modificaciones de los Tratados adoptadas en Amsterdam muestran una elevada preocupación por el medio ambiente, aun cuando el propio artículo 36 no fue modificado. ¹⁴¹

231. De particular importancia es el artículo 6 CE, que actualmente dispone:

«Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3», incluyendo por tanto el mercado interior, y que añade: «en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». Como muestra su redacción, el artículo 6 CE no es meramente programático, sino que impone obligaciones jurídicas.

232. Por tanto, al interpretar las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de mercancías, debe atenderse especialmente a consideraciones de carácter medioambiental. Además, el daño causado al medio ambiente, incluso cuando no amenaza inmediatamente (como sucede con frecuencia) la salud y la vida de las personas y animales y la preservación de los vegetales que protege el artículo 36 del Tratado, puede constituir una amenaza más grave, aunque a más largo plazo, para el ecosistema en su conjunto. En estas circunstancias, sería difícil justificar que se concediera al medio ambiente un grado de protección inferior al de los intereses reconocidos en acuerdos comerciales concluidos hace varias décadas y recogidos en el texto del artículo 36 del Tratado, no modificado desde su adopción en 1957.

233. En segundo lugar, afirmar que las medidas medioambientales sólo pueden

140 — Jans, J.H.: *European Environmental Law*, 2ª ed., 2000, p. 251; véase también Oliver, P.: «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (30-36) CE», *Common Market Law Review* 1999, p. 783, especialmente pp. 804 a 806.

141 — Véanse, por ejemplo, el preámbulo del Tratado de la Unión Europea y los artículos 2 UE, 2 CE, 6 CE, 95 CE, 174 CE y 175 CE.

estar justificadas cuando son indistintamente aplicables pone en peligro la propia finalidad de esas medidas. Las medidas nacionales para la protección del medio ambiente son, por su propia esencia, propensas a establecer diferencias en función de la naturaleza y el origen del daño, y por tanto pueden calificarse de discriminatorias, precisamente porque se basan en principios reconocidos, tales como la «corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma» (artículo 130 R, apartado 2, del Tratado). Cuando esas medidas producen necesariamente un efecto discriminatorio de este tipo, no debe excluirse la posibilidad de que estén justificadas.

234. Suponiendo que las exigencias medioambientales puedan invocarse válidamente en el presente asunto (sea cual sea la base que se utilice para ello), ha de determinarse a continuación si la StrEG de 1998 respeta el principio de proporcionalidad. Una vez más, en esta fase sólo cabe realizar comentarios breves.

235. La Comisión sostiene que el sistema establecido por la StrEG de 1998 es proporcionado, pues corrige en la fuente el daño medioambiental causado por las emisiones de gas derivadas de la producción de electricidad a partir de fuentes convencionales, conforme al artículo 130 R, apartado 2, del Tratado. Además, al alimentar las redes locales con electricidad generada por fuentes de energía renovables, se pierde menos electricidad en la transmisión a larga distancia.

236. En lo que atañe al primer argumento de la Comisión, no puedo comprender por qué la electricidad procedente de fuentes renovables generada en otro Estado miembro no contribuiría a la reducción de emisiones de gas en Alemania en igual medida que la electricidad procedente de fuentes renovables producida en Alemania. En ambos casos, la producción nacional de electricidad procedente de fuentes convencionales, y la contaminación que lleva consigo, se reducirían en igual medida. A este respecto, la limitación de la obligación de compra a la electricidad producida en Alemania no me parece proporcionada.

237. En cuanto al segundo argumento de la Comisión, opino que el órgano jurisdiccional nacional debe efectuar las apreciaciones necesarias para determinar si es realmente preciso excluir a los productores de electricidad procedente de fuentes renovables en otros Estados miembros del ámbito de aplicación de la StrEG de 1998.

238. Así pues, entiendo que un sistema como el establecido por la Stromeinspeisungsgesetz de 1998 debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 30 del Tratado y, por lo tanto, debe reputarse prohibido, a menos que, atendiendo a los hechos, pueda justificarse por razones de protección del medio ambiente.

IX. Conclusión

239. Por las razones antes expuestas, considero que el Tribunal de Justicia debería responder a las cuestiones planteadas de la siguiente forma:

- «1) Una medida como la Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts de 24 de abril de 1998, que obliga a las empresas eléctricas del sector privado a comprar electricidad procedente de fuentes de energía renovables a un precio mínimo, no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación).

- 2) Cuando la obligación de compra está limitada a la electricidad generada en el Estado miembro de que se trata, tal medida está prohibida por el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), a menos que esté justificada por razones de protección del medio ambiente.»