

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MARCO DARMON  
presentadas el 8 de febrero de 1994 \*

Señor Presidente,  
Señores Jueces,

1. En la presente cuestión prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia, por primera vez según mis datos, que interprete las normas sobre la competencia del Tratado CEE aplicándolas al sector de la distribución pública de energía eléctrica. ¿Es posible la competencia en el suministro de electricidad? ¿Debe autorizarse el acceso de terceros a las redes públicas para permitir una competencia eficaz entre proveedores de electricidad? La cuestión, como vemos, es importante.
2. En materia de aprovisionamiento de electricidad, los factores económicos y físicos son muy peculiares. La electricidad sólo puede ser transportada por hilos conductores. En largas distancias se producen considerables pérdidas. La imposibilidad de almacenar la producción exige que ésta se halle, a cada instante, en función del consumo. Al mismo tiempo, dado que permite satisfacer gran número de necesidades, la electricidad es un producto de primera necesidad cuyo aprovisionamiento debe estar garantizado y ser generalizado y accesible en términos de coste.
3. La principal originalidad del *mercado* de la electricidad reside en el hecho de que, como en la telefonía vocal tradicional, la distribución se efectúa mediante una red y a través de líneas fijas. Ello supone que el cliente es un cliente cautivo y que las fuentes de la oferta y la demanda no son móviles. Ahora bien, la movilidad, que permite elegir a la otra parte contratante, forma parte esencial de todo régimen de auténtica competencia. Dicha red se gestiona de manera *centralizada* para permitir asegurar en cada instante la adecuación entre la oferta y la demanda, y por tanto la seguridad en el suministro.
4. Estas limitaciones económicas y técnicas de carácter excepcional repercuten sobre el régimen jurídico aplicable a los intercambios de energía eléctrica y sobre el grado de avance de la integración comunitaria en la materia.
5. En este punto resulta obligado referirse previamente a la evolución de la legislación comunitaria en este campo.
6. Durante mucho tiempo, el mercado de la electricidad ha permanecido al margen de la construcción comunitaria. Ni el Tratado originario ni el Acta Unica preveían una política común en este campo.

\* Lengua original: francés.

7. Sólo dos disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea tiene relación con esta materia. A tenor de la letra t) del artículo 3, la acción de la Comunidad implicará medidas en el ámbito de la energía. En virtud del artículo 129 B, la Comunidad «contribuirá» al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de la energía. Una Declaración relativa a la energía recogida en el Acta final del Tratado de Maastricht prevé sin embargo que la cuestión de la introducción en el Tratado de un título relativo al ámbito de la energía se examinará tomando como base un informe que la Comisión presentará al Consejo a más tardar en 1996.

8. La legislación comunitaria en este campo se ha limitado, en una primera fase, a coordinar las políticas nacionales,<sup>1</sup> pues esta materia continuaba siendo fundamentalmente competencia de los Estados.

9. A impulsos de la Comisión,<sup>2</sup> se está construyendo por etapas un mercado interior de la electricidad, en el marco de las disposiciones del artículo 8 A del Tratado de Roma, como lo testimonia la propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior de la electricidad<sup>3</sup> que establece — de manera limitada — el acceso a terceros a la red,

requisito para una competencia eficaz entre las compañías de electricidad: «[...] el establecimiento del mercado interior de la electricidad debe realizarse progresivamente y efectuarse en varias fases, de modo que la industria pueda ajustarse de manera flexible y ordenada a la nueva situación». <sup>4</sup> Como se puede comprobar, la Comisión no ha utilizado, como en materia de telecomunicaciones, la facultad reglamentaria que le confiere el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, sino que ha preferido la vía de la aproximación de las legislaciones (artículo 100 A).

10. Las cuestiones prejudiciales que ahora se plantean al Tribunal tienen por telón de fondo el régimen de distribución de los Países Bajos.

11. Al Gerechtshof te Arnhem se le sometió un recurso contra un laudo arbitral dictado en un litigio en el que se enfrentaban, por una parte, *empresas locales de distribución* de electricidad (o municipios que se encargan por sí mismos de dicha distribución) y, por otra, una empresa de distribución de nivel regional («IJsselcentrale»).

12. En los Países Bajos existen cuatro productores de electricidad, accionistas de una sociedad común: la Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven NV (en lo sucesivo, «SĒP»).<sup>5</sup> La electricidad producida

1 — Véase, por ejemplo, la Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad (DO L 185, p. 16) y la Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes (DO L 313, p. 30).

2 — Libro Blanco sobre el mercado interior de la energía, de 2 de mayo de 1988, COM (88) 238.

3 — 92/C65/04 (DO C 65, p. 4). La propuesta no ha obtenido, en la forma recogida allí, la aprobación del Consejo.

4 — *Ibidem*, tercer considerando.

5 — Entre las obligaciones estatutarias de la SEP, «[...] se encuentran, en particular, la gestión de la red de alta tensión y la celebración de acuerdos con empresas eléctricas extranjeras sobre importación y exportación de electricidad y sobre utilización de la red internacional de interconexiones» (sentencia de 28 de noviembre de 1992, Rendo y otros, T-16/91, Rec. p. II-2417, apartado 4).

se vende a las empresas regionales de distribución (como, por ejemplo, la parte demandada en el asunto principal) que la revenden a las empresas locales de distribución (como, por ejemplo, las partes demandantes en el asunto principal) quienes, a su vez, la revenden a los consumidores.

13. De 1985 a 1988, IJsselcentrale (que en 1988 se convirtió en IJsselmij; en lo sucesivo «IJM») impuso a las empresas de distribución municipal un «recargo de compensación de costes» («egalisiertoeslag») destinado a compensar los costes adicionales de la distribución en zona rural para aplicar tarifas uniformes a todos los consumidores finales en la zona cubierta.

14. Los demandantes en el procedimiento principal son empresas locales de distribución que niegan adeudar el recargo de compensación correspondiente a dicho período, que asciende a un total de 20.707.942 HFL.

15. Los distribuidores locales se encuentran vinculados por una obligación de compra en exclusiva y una prohibición de importar que resultan de dos acuerdos distintos:

— Un acuerdo horizontal celebrado el 22 de mayo de 1986 entre las empresas productoras de electricidad por una parte y la SEP por otra (el «Overeenkomst van Samenwerking» o «acuerdo de cooperación»; en lo sucesivo, «OvS»), en

su artículo 21, atribuye exclusivamente a SEP la importación y exportación de electricidad e impone a los productores la obligación de estipular, en los contratos de suministro que celebren con las empresas distribuidoras de energía eléctrica, que estas últimas se abstendrán de efectuar importaciones o exportaciones de electricidad.<sup>6</sup>

— Las condiciones generales para el suministro de energía eléctrica a los municipios<sup>7</sup> (en lo sucesivo, «CG») contienen una cláusula de exclusividad que impone a éstas una obligación de compra en exclusiva y, por tanto, una prohibición implícita de importar (apartado 2 del artículo 2).<sup>8</sup> Correlativamente, IJM se compromete a no suministrar energía eléctrica a terceros dentro del territorio del municipio sin el consentimiento de éste (apartado 1 del artículo 2). Existe *exclusividad recíproca*.

16. El artículo 34 de la Ley de 16 de noviembre de 1989 («Elektriciteitswet»)<sup>9</sup> y la Orden Ministerial de 20 de marzo de 1990

6 — Según el Gobierno neerlandés, esta prohibición se justifica por el hecho de que las importaciones se efectúan únicamente de manera centralizada — y planificada — por la SEP (observaciones del Gobierno neerlandés, punto 10).

7 — Condiciones generales aplicables al suministro de energía eléctrica a los municipios que cuenta con su propia empresa de distribución en el territorio de la IJsselcentrale domiciliada en Zwolle, de 17 de diciembre de 1964, que entraron en vigor el 1 de abril de 1965.

8 — «El municipio se compromete, para la distribución de electricidad dentro de su territorio, a comprar la energía eléctrica exclusivamente a IJsselcentrale y a utilizarla sólo para su propio consumo, o para suministrarla a terceros con vistas a su utilización dentro del territorio del municipio.»

9 — *Staatsblad* 535. Dicha Ley de electricidad de 16 de noviembre de 1989 abrió el mercado de la electricidad neerlandés dentro de unos estrechos límites: las empresas distribuidoras pueden elegir a su distribuidor neerlandés (compra horizontal) y los consumidores industriales pueden importar electricidad para su propio consumo, siempre que ésta no transite por la red de distribución pública.

establecen que la SEP es la única que puede importar electricidad para el suministro público, salvo que se trate de electricidad de un voltaje inferior a 500 V.

19. Las partes demandantes recurrieron ante el Gerechtshof te Arnhem, quien plantea al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe calificarse de órgano jurisdiccional nacional, a los efectos del artículo 177 del Tratado CEE, a un órgano jurisdiccional nacional que, en un caso previsto por la Ley conoce de un recurso contra un laudo arbitral, cuando dicho órgano, según el compromiso arbitral de las partes, debe resolver en equidad?»

17. El órgano jurisdiccional remitente considera que, seguramente, sin la prohibición de importar no sería posible exigir el recargo de compensación de costes. En efecto, no cabe excluir la posibilidad de que las empresas locales de distribución evitasen el recargo, al menos en parte, si pudieran abastecerse en el extranjero.<sup>10</sup> Por consiguiente, para saber si efectivamente existe obligación de abonar el recargo, es importante verificar si la mencionada prohibición resulta conforme al Derecho comunitario.

2) Los artículos 37, 85, 86 y 90 del Tratado CEE, ¿se oponen a una prohibición de importación de electricidad para suministro público, incluida en las condiciones generales de una empresa de distribución regional de electricidad en los años 1985 a 1988 inclusive, en su caso unida a una prohibición de importar contenida en un acuerdo entre las empresas productoras de electricidad en el Estado miembro de que se trata?»

18. El laudo arbitral de 12 de diciembre de 1986 desestimó las pretensiones de los distribuidores locales e indicó que IJM tiene necesidad de la exclusividad recíproca para llevar a cabo su misión, que dicha exclusividad sólo afecta a los intercambios comerciales en muy escasa cuantía y que, al ser aplicable la excepción contenida en el apartado 2 del artículo 90, «el hecho de que los demandantes carezcan de la capacidad de abastecerse de electricidad de terceros no es incompatible con el artículo 85 del Tratado». En cuanto al recargo de compensación, los árbitros estimaron que no se había acreditado que afectara al comercio entre Estados miembros.

20. Algunas de las características del sistema neerlandés de distribución de electricidad han sido examinadas ya o están siendo examinadas en la actualidad, tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales comunitarios.

21. Paralelamente al presente proceso, unas sociedades locales de distribución de electricidad (IGMO de Meppel, Central

<sup>10</sup> — Véase el punto 5.11 de la resolución de remisión.

Overijsselse Nutsbedrijven de Almelo, Regionaal Energiebedrijf Salland de Deventer y el Ayuntamiento de Hoogeveen) presentaron ante la Comisión, el 26 de mayo de 1988, una denuncia contra IJM por infracción del artículo 85 del Tratado, relativa a «[...] los procedimientos civiles relacionados con la imposición, por parte de [IJM] de una prohibición de importar y exportar, así como de una obligación de compra en exclusiva y la fijación de un recargo de compensación de costes». <sup>11</sup>

22. En su Decisión 91/50, la Comisión consideró que «El artículo 21 del acuerdo de cooperación [...] constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, en la medida en que dicho artículo 21 tiene por objeto o por efecto restringir las importaciones *de los consumidores privados industriales* y las exportaciones de la producción *fuera del campo de suministro público* efectuadas por *empresas de distribución* y por *consumidores privados industriales*, en particular los *auto-productores*». <sup>12</sup>

23. El recurso interpuesto contra dicha Decisión fue desestimado por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de noviembre de 1992. <sup>13</sup> Dicha sentencia ha sido objeto de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia aún no resuelto (asunto C-19/93 P).

11 — Véase la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (DO L 28, p. 32, apartado 1).

12 — Artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión; el subrayado es mío.

13 — Sentencia Rendo, antes citada.

24. Se observará que, en su Decisión, la Comisión no se pronunció sobre el recargo de compensación de costes aplicado por IJM <sup>14</sup> ni sobre las restricciones a la *importación* impuestas a las empresas de distribución responsables del suministro público con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de electricidad de 16 de noviembre de 1989. <sup>15</sup>

25. No obstante, la Comisión informó a los demandantes, mediante escrito de 20 de noviembre de 1991, <sup>16</sup> que «[...] el recargo de compensación, contra el cual se dirigía principalmente la denuncia originaria, no puede constituir el objeto de un procedimiento basado en los artículos 85 u 86 del Tratado, o en ambos, porque no afecta de forma significativa al comercio entre Estados miembros». Dicho escrito dio lugar a un segundo recurso, cuya inadmisibilidad declaró el Tribunal de Primera Instancia mediante auto de 29 de marzo de 1993 <sup>17</sup> (T-2/92, Rendo II), que ya tiene carácter definitivo.

26. Por último, es preciso señalar que el 26 de noviembre de 1992, la Comisión transmitió un dictamen motivado al Gobierno neerlandés; según el dictamen, el derecho de importación en exclusiva reconocido a la SEP por la Ley de 1989 constituye

14 — Punto 1, penúltimo párrafo.

15 — Sentencia Rendo, apartados 58 y 61. Por lo que respecta a las restricciones a la importación impuestas a las empresas de distribución por el artículo 34 de la Ley de electricidad de 1989, la Comisión se abstuvo de pronunciarse sobre la cuestión de si dicha limitación se justificaba con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado, dado que estaba previsto un procedimiento por incumplimiento a este respecto (punto 50 de la Decisión y apartados 46 y 47 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia).

16 — *Ibidem*, apartado 27.

17 — Señalando como motivos que dicho escrito no contenía decisión alguna y no había producido ningún efecto jurídico.

una infracción de los artículos 30 y 37 del Tratado CEE y no resulta justificado ni por el artículo 36 ni por exigencias imperativas del interés general.<sup>18</sup>

27. Ni la Comisión, en su Decisión 91/50, ni el Tribunal de Primera Instancia han examinado la conformidad con el Derecho comunitario de la competencia de la *prohibición de importar energía eléctrica a través de la red de distribución pública*, en la medida en que dicha prohibición es impuesta a una *empresa local de distribución* por una empresa de distribución regional en virtud de las condiciones generales de suministro de energía eléctrica a los municipios de fecha 17 de diciembre de 1964 y del acuerdo de cooperación anterior a la entrada en vigor de la Ley de electricidad de 1989.

28. Este es precisamente el objeto de la segunda cuestión prejudicial. Pero es preciso examinar previamente la primera cuestión.

### Primera cuestión prejudicial

29. Un órgano jurisdiccional estatal al que se ha sometido un recurso contra un laudo arbitral y que resuelve como amigable componedor, ¿es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado?

30. En la sentencia Vaassen-Göbbels,<sup>19</sup> este Tribunal de Justicia declaró, inspirándose en los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, que el concepto comunitario de órgano jurisdiccional suponía la presencia simultánea de cierto número de criterios, tales como el origen legal, la permanencia, la jurisdicción obligatoria, el procedimiento contradictorio y la aplicación de normas jurídicas. En sentencias posteriores, el Tribunal también ha tenido en cuenta el principio de independencia.<sup>20</sup>

31. Para calificar un órgano de «órgano jurisdiccional de un Estado miembro» a efectos del artículo 177, la jurisprudencia del Tribunal estudia si el procedimiento aplicable ante el mismo presenta lazos suficientemente estrechos con la organización de la vía jurisdiccional legal en el Estado miembro de que se trate.<sup>21</sup>

32. Nadie duda de que satisfacen este requisito las normas procesales internas que establecen que el recurso contra un laudo arbitral deben interponerse ante el Juez al que correspondería normalmente la competencia de no existir cláusula compromisoria<sup>22</sup> y que designan por tanto con carácter obligatorio a un órgano jurisdiccional estatal como órgano de apelación para el caso de que las partes decidan prever un recurso de este tipo.<sup>23</sup>

19 — Sentencia de 30 de junio de 1966 (61/65, Rec. p. 376).

20 — Véanse las sentencias de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545), apartado 7, y de 21 de abril de 1988, Pardini (338/85, Rec. p. 2041), apartado 9.

21 — Sentencia de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, Rec. p. 1095), apartado 13.

22 — Véanse las observaciones de IJM, p. 8 de su traducción francesa.

23 — Véanse el artículo 647 del antiguo Código procesal neerlandés aplicable *ratione temporis* al litigio sometido al Juez remitente y el artículo 16 de las CG acordadas entre las partes.

18 — Observaciones escritas de la Comisión, puntos 16 y 17. Véase también el apartado 26 de la sentencia Rendo.

33. Por consiguiente, cumple los requisitos del artículo 177 un órgano jurisdiccional estatal establecido por la Ley, permanente e independiente, cuya composición no queda a la libre decisión de las partes<sup>24</sup> y que dicta una decisión vinculante.

34. Por otra parte, conviene señalar que la sentencia Nordsee de este Tribunal<sup>25</sup> reconoció expresamente que todo órgano jurisdiccional ordinario ante el que se haya interpuesto recurso contra un laudo arbitral puede plantear una cuestión prejudicial.

35. ¿Resulta modificada esta conclusión si dicho órgano jurisdiccional resuelve como amigable componedor («als goede mannen naar billijkheid»)? ¿Puede excluirse la aplicación de las normas jurídicas comunitarias en un caso de este tipo?

36. Personalmente considero que un órgano jurisdiccional estatal, aunque decida como amigable componedor, debe aplicar este Derecho.

37. En efecto, de los principios de primacía y de aplicación uniforme del Derecho comunitario se deduce que las normas del Tratado, y en particular las relativas a la competencia, son obligatorias en todos los Estados miembros.

24 — Véase, sobre este tema, la sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), apartado 8.

25 — Antes citada (véanse las referencias *supra*, en la nota 21), apartado 14.

38. Así, este Tribunal de Justicia declaró, en sus sentencias Broekmeulen<sup>26</sup> y Nordsee, antes citada, que

«[...] es importante que el Derecho comunitario sea respetado en su totalidad en el territorio de todos los Estados miembros; por consiguiente, las partes de un contrato no son libres de excluir la aplicación del mismo»<sup>27</sup> (*traducción provisional*).

39. Igualmente, el Tribunal de Justicia ha considerado que

«[...] las prácticas legislativa o *jurisdiccionales* nacionales, aún suponiendo que sean comunes a todos los Estados miembros, no pueden ser determinantes para la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado»<sup>28</sup> (*traducción provisional*).

40. En efecto, unas prácticas de este tipo serían contrarias al párrafo segundo del artículo 5 del Tratado y podrían privar de eficacia a las normas comunitarias.<sup>29</sup>

41. De aquí se deduce que un órgano jurisdiccional estatal, aunque resuelva en equidad,

26 — Sentencia de 6 de octubre de 1981 (246/80, Rec. p. 2311).

27 — Sentencia Nordsee, apartado 14.

28 — Véase la sentencia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19), apartado 40; el subrayado es mío.

29 — Véase la sentencia de 10 de enero de 1985, Leclerc y otros/Au blé vert y otros (229/83, Rec. p. 1), apartado 14.

debe respetar las normas del Derecho comunitario de la competencia y puede plantear al Tribunal de Juicia cualquier cuestión relativa a la interpretación o, en su caso, a la validez de las mismas.<sup>30</sup>

## Segunda cuestión prejudicial

42. Como hemos visto, la obligación de resolver el litigio como amigable componedor no puede tener como consecuencia el excluir la aplicación de normas que el Tribunal califica por otra parte de *imperativas*.<sup>31</sup>

45. Antes de pasar a examinar el fondo del problema que plantea la segunda cuestión, conviene resolver una cuestión previa: el Gobierno francés sostiene que la segunda cuestión sólo presenta una relación hipotética con el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional que la plantea y no precisa suficientemente el contexto de hecho y de Derecho en el que se inscribe.

43. Conviene señalar, además, que lo que se solicita al órgano jurisdiccional remitente es que «declare en *Derecho*» («verzoek om een verklaring voor recht»).<sup>32</sup>

46. Personalmente no comparto este análisis: el objeto del procedimiento principal es el pago de un recargo de compensación de costes exigido por un distribuidor regional neerlandés de conformidad con lo dispuesto en las condiciones generales para el suministro de energía. Es posible que, si los distribuidores locales hubieran podido obtener la electricidad de un proveedor extranjero durante el período de que se trata, hubieran podido eludir, al menos en parte, el pago de dicho recargo. Estos tienen por tanto interés en que se declare que el Derecho comunitario se opone a la prohibición implícita de importar que recae sobre ellos.

44. Por consiguiente, no caben dudas sobre la aplicabilidad del artículo 177.

47. Por otra parte, el Tribunal de Justicia cuenta, en mi opinión, con todos los datos de hecho y de Derecho que le permiten responder a la cuestión planteada. En particular, el órgano jurisdiccional nacional actuó con acierto al remitirse a la Decisión 91/50, cuyos antecedentes de hecho eran idénticos.

30 — Sobre este punto, véanse las conclusiones (punto 19) que presente en el asunto C-24/92, sentencia de 30 de marzo de 1993, Corbiau (Rec. p. I-1277).

31 — Véase el considerando reproducido en varias sentencias del Tribunal de Justicia: sentencias de 21 de septiembre de 1989, Hocchst/Comisión (asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859), apartado 25; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión (85/87, Rec. p. 3137), apartado 36; de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión (asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, Rec. p. 3165), apartado 22, y de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión (374/87, Rec. p. 3283), apartado 19, que cito a continuación (el subrayado es mío): «Según se desprende del párrafo 4 del preámbulo del Tratado, de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85 y 86, la función de dichas normas [sobre la competencia] es evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores. El ejercicio de las facultades que el Reglamento n° 17 atribuye a la Comisión contribuye, pues, al mantenimiento del régimen de la competencia querido por el Tratado, régimen cuya observancia se impone *imperativamente* a las empresas».

32 — Decisión dictada el 24 de abril de 1990 por el Juez remitente.

48. La segunda cuestión, relativa a la interpretación de los artículos 37, 85, 86 y 90 del Tratado CEE, se refiere esencialmente a



la prohibición de importar, para el período comprendido entre 1985-1988, en la medida en que afecta a las relaciones entre distribuidores regionales y locales (pero no a los consumidores: la situación de éstos fue examinada en la Decisión 91/50).

49. Como señala IJM: <sup>33</sup> «El presente procedimiento se refiere precisamente a un punto que la Comisión manifiestamente no quiso tratar en su Decisión IJsselcentrale, la regulación de Derecho privado del sector de la electricidad en los Países Bajos en el ámbito de la distribución pública, tal y como se aplicó hasta la entrada en vigor de la Ley de electricidad de 1989».

50. Por lo que respecta a dicho mercado, es preciso delimitar adecuadamente la cuestión que se plantea al Tribunal.

51. En el presente caso no se discute el principio de unidad de la red; las ventajas que se derivarían de la introducción de la competencia en el transporte de electricidad serían por otra parte muy inferiores a los inconvenientes derivados de una duplicación de la red.

52. Tampoco se ponen en tela de juicio ni el principio del gestor único (en este caso la SEP) ni la existencia de monopolios regionales de distribución.

53. El único punto que aquí es objeto de debate es la prohibición de importar haciendo uso del circuito de distribución pública.

54. Examinemos pues, dentro de estos límites, cada uno de los artículos citados.

*El artículo 37*

55. La aplicación del artículo 37 supone una triple verificación:

- en cuanto a su ámbito de aplicación, dicho artículo sólo se refiere a los intercambios de mercancías;
- en cuanto a su objeto, sólo afecta a los monopolios nacionales de carácter comercial;
- en cuanto a sus efectos, pretende excluir toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros.

56. ¿Qué puede decirse sobre estos tres puntos?

33 — P. 24 de la traducción francesa de sus observaciones.

## 1. ¿La electricidad es una mercancía?

57. A tenor de la sentencia Sacchi:<sup>34</sup> «[...] se deduce tanto del lugar que ocupa [el artículo 37] en el capítulo sobre la supresión de las restricciones cuantitativas como de la utilización de los términos “importaciones” y “exportaciones” en el segundo párrafo del apartado 1 y del término “productos” en los apartados 3 y 4 que [dicho artículo] contempla los intercambios de mercancías y no puede afectar a un monopolio de prestación de servicios» (*traducción provisional*).

58. Las condiciones de transporte y de distribución de la electricidad son tan importantes como las condiciones de producción de la misma. Así, se ha podido escribir que «[...] sus condiciones de transporte y de distribución generan inevitablemente una cierta deformación de sus características [...]».<sup>35</sup> Es preciso pues preguntarse sobre su calificación como mercancía.<sup>36</sup>

59. Así, en sus observaciones en el asunto C-22/92, EDF/Coramine,<sup>37</sup> el Gobierno francés señalaba que: «Una de las

características específicas de la electricidad es por otra parte que su calidad depende sólo de la red de transporte y de distribución y prácticamente no de sus condiciones de producción. Esta característica lleva por otra parte a considerar la electricidad más como un servicio que como una mercancía, pues la red no desempeña sólo una función de transporte, sino además una función de optimización y de elaboración de rasgos determinantes de la electricidad que se suministra a los consumidores finales».<sup>38</sup>

60. Cabe añadir que el artículo 2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías, firmado en Viena el 11 de abril de 1980, excluye de su ámbito de aplicación las ventas de electricidad.

61. Por último, la falta de política común en la materia<sup>39</sup> viene a recordarnos, si fuera necesario, la extrema especificidad del producto.

62. Sin embargo, no cabe duda, a mi juicio, de que la electricidad debe considerarse una mercancía a los efectos del Tratado.

34 — Sentencia de 30 de abril de 1974 (155/73, Rec. p. 409), apartado 10; el subrayado es mío. La jurisprudencia no ha cambiado desde entonces: véase la sentencia de 28 de junio de 1983, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (271/81, Rec. p. 2057), apartado 8, y la sentencia de 27 de octubre de 1993, Lagauche y otros (asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91, Rec. p. I-5267), apartado 33.

35 — Sablière, P.: «Nota sobre la sentencia de la cour d'appel d'Angers de 16 de diciembre de 1987», en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, mayo de 1988, p. 182.

36 — Véase el punto 30 de las observaciones del Gobierno neerlandés.

37 — Observaciones presentadas antes de que la cuestión prejudicial fuera retirada.

38 — P. 7.

39 — Véase la letra t) del artículo 3 del Tratado CEE y la Declaración relativa a la protección civil, energía y turismo anexa al Acta final del Tratado de Maastricht.

63. En primer lugar, la electricidad constituye el objeto de un comercio y de un mercado comparables a los de una mercancía y debe poder beneficiarse de las disposiciones del Derecho comunitario que persiguen la supresión de los obstáculos a los intercambios.<sup>40</sup>

64. En segundo lugar, los servicios constituyen una categoría residual, como lo muestra la redacción del artículo 60 del Tratado.

65. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ya ha declarado —de modo implícito, es cierto—, en su célebre sentencia *Costa/ENEL*, que la electricidad estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 37.<sup>41</sup>

66. En cuarto lugar, la nomenclatura aduanera considera la electricidad como una mercancía (código NC 27.1).

67. Por último, las restantes fuentes de energía, como el carbón, el gas natural o el petróleo, son tratadas como mercancías por el Derecho comunitario.<sup>42</sup> Parece por tanto lógico tratar a la electricidad de la misma manera.

68. Aunque la electricidad sea una mercancía, ¿nos encontramos sin embargo en presencia de un monopolio comercial a los efectos del artículo 37?

2. ¿Nos encontramos en presencia de un monopolio nacional de carácter comercial?

69. Se deduce de la sentencia *Bodson*<sup>43</sup> del Tribunal de Justicia que dicha norma engloba las situaciones en las que el monopolio cubre sólo una parte del territorio nacional, como por ejemplo una región.<sup>44</sup>

70. Para poder ser aplicado, el artículo 37 presupone una situación en la que «[...] las autoridades nacionales están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre los Estados miembros, o bien de influir sensiblemente en dichos intercambios, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio cedido por el Estado a un tercero».<sup>45</sup>

71. Ahora bien, la situación que expone el órgano jurisdiccional remitente no corresponde a este marco. En efecto, IJM disfrutó hasta 1989 de una concesión no exclusiva<sup>46</sup>

40 — Véase, en este sentido, Everling, U.: «Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», en *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität-Realität oder Utopie, herausgegeben von Rudolf Lukes*, 1988, p. 142.

41 — Sentencia de 15 de julio de 1964 (6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente p. 1163).

42 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia (C-347/88, Rec. p. I-4747), relativa a las importaciones de petróleo bruto y de productos petrolíferos.

43 — Sentencia de 4 de mayo de 1988 (30/87, Rec. p. 2479), apartado 13.

44 — Así lo indica el Abogado General Sr. Da Cruz Vilaça en sus conclusiones en dicho asunto: el artículo 37 no hace depender de dimensión territorial alguna las condiciones de aplicación «[...] las cuales se definen, por el contrario, en función de los efectos del monopolio sobre el comercio intracomunitario» (Rec. 1988, p. 2494, apartado 41).

45 — Sentencia *Bodson*, apartado 13.

46 — Véanse, sobre este punto, las observaciones de IJM, punto 1.1, y el apartado 1 del artículo 2 de la concesión. Véase también la Decisión de la Comisión 91/50, punto 9.

del Estado a fin de garantizar el suministro público de electricidad, que no incluía ninguna prohibición de importar.<sup>47</sup>

72. Dicha prohibición fue estipulada en el acuerdo de cooperación celebrado entre los productores de electricidad y la SEP (apartado 1 del artículo 21) y, implícitamente, en las condiciones generales de IJM; uno y otro son, como señaló acertadamente la Decisión 91/50<sup>48</sup> a propósito del OvS, actos de Derecho privado.

73. No se ha acreditado en absoluto que, entre 1985 y 1988, los poderes públicos hubieran impuesto o simplemente recomendado dicha prohibición.<sup>49</sup> La Ley sobre importación de electricidad aplicable durante el período que se examina no prohibía las importaciones de este tipo, sino que simplemente las supeditaba a la obtención de una licencia.<sup>50</sup>

74. Por consiguiente, el hecho de que los concesionarios de la distribución regional de electricidad se encuentren sometidos a una prohibición de importar y la impongan a sus clientes no es el resultado del comportamiento de las autoridades nacionales sino del de las propias empresas.

47 — Véase la Decisión mencionada y el Real Decreto n° 54 de 13 de junio de 1918 (*Staatscourant* 15.6.18, n° 138). Véase también las observaciones de IJM, pp. 21 y 22: la normativa neerlandesa no prohíbe la importación de electricidad, solamente la hace depender de la obtención de una licencia.

48 — Punto 21.

49 — *Ibidem*.

50 — Ley de 22 de octubre de 1938, *Staatsblad* 523. Véase el punto 3.2, *in fine*, de las observaciones de IJM.

75. De ello se deduce que, con arreglo al criterio sentado por la sentencia Bodson<sup>51</sup> del Tribunal de Justicia, la situación a la que se refiere el órgano jurisdiccional nacional debe enjuiciarse a la luz de las disposiciones del Tratado aplicables a las empresas y no a la luz de las disposiciones del artículo 37 sobre los monopolios nacionales.<sup>52</sup>

76. Por la misma razón, dicho artículo no es aplicable al monopolio de importación establecido por el OvS. En efecto, conviene subrayar que sólo a partir de 1989 una normativa estatal (el *Elektriciteitswet* que entró en vigor el 1 de julio de 1989) reservó a la SEP la importación de electricidad destinada al suministro público. Por otra parte, dicha normativa, ajena al caso que estamos examinando, constituye el objeto del dictamen motivado enviado al Gobierno neerlandés el 26 de noviembre de 1992.<sup>53</sup>

77. De todo ello se deduce que ni la prohibición de importar ni la obligación de compra en exclusiva que se examinan están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 37 y que, por consiguiente, no procede examinar el tercer requisito para la aplicación del mismo.

51 — Apartados 14 y 15.

52 — Véase también la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Bayer y Henneke (65/86, Rec. p. 5249), apartado 12.

53 — Véanse las observaciones del Gobierno neerlandés, punto 25.

*El artículo 85*

78. Conviene resolver una cuestión previa. Las disposiciones de los artículos 85 a 90 del Tratado, ¿se aplican a la distribución de electricidad?

79. Existe una jurisprudencia continuada del Tribunal de Justicia a este respecto: «[...] cuando el Tratado ha querido sustraer ciertas actividades a la aplicación de las normas sobre la competencia ha previsto una excepción expresa al respecto». <sup>54</sup> Las excepciones a este principio son de aplicación restrictiva. <sup>55</sup>

80. En materia de electricidad no existe una disposición que corresponda a la formulada en el artículo 42 del Tratado en relación con los productos agrícolas. Además, el Consejo nunca ha hecho uso en esta materia de la posibilidad prevista por la letra c) del apartado 2 del artículo 87.

81. El Tribunal de Justicia ha admitido, a partir de la sentencia BNIC, <sup>56</sup> que un acuerdo relativo a una materia prima utilizada en la fabricación de un producto final que se comercializa en toda la Comunidad entre en el ámbito de aplicación del artículo 85.

82. Los artículos 85 y siguientes deben por tanto poder aplicarse a unos acuerdos sobre producción y distribución de electricidad, del mismo modo que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 90 del Tratado es aplicable a las normas relativas al abastecimiento de Irlanda en productos petrolíferos. <sup>57</sup>

83. Entre 1985 y 1988, el sistema de distribución de la electricidad en los Países Bajos estuvo regulado por una serie de relaciones jurídicas que se pueden resumir del modo que sigue:

1. Un eje horizontal: la prohibición de importar acordada entre los productores y la SEP (apartado 1 del artículo 21 del OvS).

2. Un eje vertical, o sea, de arriba abajo:

a) las relaciones productores/distribuidores regionales:

apartado 2 del artículo 21 del OvS;

54 — Sentencias de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (asuntos acumulados 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 y 213/84, Rec. p. 1425), apartado 40, y de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer (45/85, Rec. p. 405), apartado 12.

55 — Véase la sentencia definitiva de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening (T-61/89, Rec. p. II-1931), apartado 54.

56 — De 30 de diciembre de 1987 (136/86, Rec. p. 4789), apartado 18.

57 — Sentencia de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727).

b) las relaciones distribuidores regionales/distribuidores locales:

apartado 2 del artículo 2 de las CG;

c) las relaciones distribuidores locales/consumidores: otras disposiciones, también de naturaleza contractual.

84. Una prohibición de importar como la que resulta del apartado 1 del artículo 21 del OvS, y una obligación de compra exclusiva como la recogida en los acuerdos verticales, ¿constituyen infracciones del apartado 1 del artículo 85?

85. Nos encontramos en ambos casos en presencia de acuerdos entre empresas. Aunque del apartado 18 de la sentencia Bodson se deduce que el artículo 85 no se refiere a los contratos de concesión celebrados entre los municipios, cuando actúan en calidad de Administraciones públicas, y las empresas encargadas de la gestión de un servicio público, conviene señalar que IJM no tiene por únicos cocontratantes a municipios, sino también a sociedades privadas.<sup>58</sup>

86. La apreciación de los efectos de tales acuerdos a la luz del Derecho comunitario de la competencia exige tener en cuenta el

contexto económico y jurídico en el que se sitúan y el alcance real de estas prácticas restrictivas.<sup>59</sup> El mercado de la electricidad presenta unas características específicas, que es preciso recordar aquí.

87. El mercado de intercambios de electricidad entre los Países Bajos y resto de la Comunidad presenta una característica común a todos los Estados miembros: se trata de un «comercio entre grandes redes»,<sup>60</sup> nacido de una «cooperación voluntaria entre los monopolios nacionales».<sup>61</sup>

88. Como ya vimos, las importaciones de electricidad en los Países Bajos son centralizadas por la SEP, que se ocupa de la gestión de la red de transporte y de los intercambios con el extranjero.

89. Los intercambios entre redes interconectadas son considerables y, en 1988, alrededor de una décima parte de las necesidades de los Países Bajos se cubrieron recurriendo a las importaciones.<sup>62</sup>

90. La Comunidad trata de promover este tipo de intercambios, como lo muestra la

59 — Sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 14.

60 — La expresión es de Guièze, J. L.: «Nota sobre la Decisión de la Comisión 91/50», en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, enero de 1992, p. 34.

61 — Decisión 91/50, punto 11.

62 — *Ibidem*, punto 12. Según el Libro Blanco de la Comisión sobre el mercado de la energía, en la CEE existe «[...] una de las redes internacionales de alta tensión más integrada del mundo [...]» (citado en la nota 2, *supra*, p. 69).

58 — Punto 1. 2 de las observaciones de IJM.

Directiva 90/547, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes.<sup>63</sup>

91. Tal como señala la Decisión 91/50, los intercambios de electricidad transfronterizos fuera de los intercambios entre grandes redes son prácticamente inexistentes.<sup>64</sup>

92. Los debates del presente asunto han mostrado que los distribuidores locales no disponen de líneas de conexión que los conecten directamente a las redes de electricidad extranjeras<sup>65</sup> y que toda importación debe realizarse a través de la red de distribución pública, que en los Países Bajos es gestionada por la SEP.

93. Por consiguiente, si se suprimieran los derechos de importación en exclusiva, las compañías locales de distribución solo podrían comprar electricidad a un productor establecido en otro Estado miembro si dicha electricidad pudiera ser transportada por la red de distribución pública.

94. Una facultad de este tipo, llamada de acceso de terceros a la red (ATR) o «common carrier», permite utilizar la red

63 — (Citada en la nota 1, *supra*). La Directiva admite que en cada Estado miembro una sola entidad sea la responsable de una gran red eléctrica de alta tensión. Para los Países Bajos, la entidad que designa es la SEP.

64 — Punto 16.

65 — Véase en particular el punto 3 *in fine* (p. 30) de la traducción francesa de las observaciones de IJM.

pública de distribución en el marco de los contratos de suministro entre un usuario (o un distribuidor local de electricidad) y un productor, establecido en el mismo Estado o en otro Estado miembro.

95. El mercado puede por tanto verse afectado de dos maneras por una prohibición de importar cuando esta última es total.<sup>66</sup> Por una parte, las compañías de distribución regionales o locales se ven privadas de la posibilidad de abastecerse de un productor de electricidad establecido en otro Estado miembro pasando por la red pública. Además, el coste de la electricidad en el Estado miembro en el que la importación está prohibida pueda afectar las capacidades exportadoras de las empresas consumidoras que tienen allí su centro de producción.

96. ¿Tiene un efecto restrictivo sobre la competencia la combinación del OvS y de las condiciones generales?<sup>67</sup>

97. El apartado 1 del artículo 21 del OvS prohíbe a las empresas productoras importar. El apartado 2 prohíbe a los compradores de electricidad adquirirla de otros productores que no sean miembros de la SEP, privándoles así de todo acceso a otras fuentes de suministro.

66 — Este parece ser el caso en los Países Bajos (véase el punto 27 de la Decisión 91/50).

67 — Véase, sobre este punto, los puntos 25 y ss. de la Decisión 91/50.

98. Las CG obligan al distribuidor local a adquirir la electricidad exclusivamente al distribuidor regional, y dicha obligación de compra en exclusiva tiene una duración indeterminada, con un plazo de preaviso de tres años (apartado 2 del artículo 17).

99. El carácter recíproco de la exclusividad tiene como consecuencia cerrar totalmente el acceso al mercado que se examina, que de este modo resulta inaccesible para eventuales competidores, tanto de los productores como de los distribuidores. El resultado final es «un todo coherente»<sup>68</sup> que entraña una canalización del mercado que cierra el acceso al mismo a todo productor independiente. El efecto restrictivo sobre la competencia de tales acuerdos no deja por consiguiente lugar a dudas.<sup>69</sup>

100. Pero, ¿afectan sensiblemente estos acuerdos al mercado intracomunitario?

101. En su Decisión 91/50, la Comisión mostró, en lo relativo a la producción, de qué manera repercutía el OvS sobre el comercio entre Estados miembros, habida cuenta en particular de su duración y de su ámbito de aplicación territorial.<sup>70</sup>

102. Personalmente considero que una obligación de compra en exclusiva, como la

que establece el apartado 2 del artículo 2 de las CG, puede producir también un efecto similar sobre las relaciones entre distribuidores regionales y locales.

103. El distribuidor local se ve privado de la posibilidad de abastecerse recurriendo a otro distribuidor regional o a un productor establecido en otro Estado miembro.

104. Cabría dudar de la importancia de los efectos de una exclusividad de este tipo si estuviera limitada a una región poco poblada de un Estado miembro. Sin embargo, a partir de las sentencias *Brasserie de Haecht*<sup>71</sup> y *Delimitis*, antes citada, el Tribunal de Justicia ha sentado ya el criterio de que un acuerdo de este tipo debe ser examinado dentro de su contexto económico y jurídico y que, en el caso de que coexista con otros acuerdos de exclusividad, es preciso tener en cuenta el efecto acumulativo eventual de todos ellos sobre el juego de la competencia.<sup>72</sup>

105. Al parecer, las condiciones generales impuestas por IJM seguían el modelo de las condiciones generales de suministro establecidas por la Asociación de empresarios de centros distribuidores de electricidad de los Países Bajos (el VEEN).<sup>73</sup> Por consiguiente no cabe excluir que el efecto acumulado de las mismas haya podido afectar a la totalidad del territorio de un Estado miembro. Es por tanto una parte sustancial del mercado común la que se vería afectada en este caso.<sup>74</sup>

68 — Decisión 19/50, punto 28.

69 — *Ibidem*, puntos 25 y 28.

70 — *Ibidem*, punto 32.

71 — Sentencia de 12 de diciembre de 1967 (23/67, Rec. p. 525).

72 — Véase el apartado 14 de la sentencia *Delimitis*.

73 — Véanse los puntos 6 y 28 de la Decisión 91/50.

74 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión* (322/81, Rec. p. 3461), apartados 23 a 28.



Ello daría lugar a una compartimentación de un mercado nacional que supondría un obstáculo para la realización de un mercado único. Es el órgano jurisdiccional remitente quien deberá verificar este punto.

106. Así pues, considero que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, unos acuerdos del tipo de los que aquí se examinan pueden permitir «[...] pensar que existe una probabilidad suficiente de que pueda(n) ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre los Estados miembros, en un sentido que podría perjudicar la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados»<sup>75</sup> (*traducción provisional*).

107. De lo anterior se deduce que una prohibición de importar de este tipo

- 1) no afecta al comercio de electricidad entre grandes redes públicas de distribución,
- 2) pero puede afectar al comercio intracomunitario de electricidad cuando éste exija utilizar la red pública de distribución a nivel regional y local.

75 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 22.

108. Conviene señalar que el apartado 3 del artículo 85 es inaplicable en este caso. Ni el OvS ni las CG, que no han sido notificados,<sup>76</sup> han podido ser objeto de decisiones de exención. Además, dichos acuerdos no están incluidos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de exención por categorías que ya han sido adoptados por la Comisión.<sup>77</sup>

#### *El artículo 86*

109. En cuanto a la eventual existencia de un abuso de posición dominante, los debates sólo se han referido a IJM y no a una eventual infracción del artículo 86 por parte de SEP. Esta última sociedad, por lo demás, no es parte en el litigio principal. Nos limitaremos pues a examinar la situación de IJM.

110. Considerada aisladamente, una sociedad cuya concesión sólo comprende el territorio de una provincia poco poblada de un Estado miembro no ocupa *a priori* una posición dominante sobre una parte sustancial del mercado común.

76 — Véase la Decisión de la Comisión 91/50, punto 53, en lo que respecta al OvS.

77 — Según lo dispuesto en la letra c) de su artículo 3, el Reglamento (CEE) n° 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (DO L 173, p. 1; EE 08/02, p. 110) es inaplicable a las CG.

111. No podría decirse lo mismo si la concesión abarcara la totalidad —o al menos una gran parte— del territorio de dicho Estado.<sup>78</sup>

112. Hemos visto ya que otros distribuidores regionales de electricidad neerlandeses se encuentran ligados a los distribuidores locales por un contrato del mismo tipo que el que une a IJM y los demandantes en el litigio principal.

113. Por consiguiente, se plantea la cuestión de la existencia de una posición dominante colectiva.

114. Se deduce de los propios términos del párrafo primero del artículo 86 que cabe la posibilidad de que sean «más de una empresa» quienes exploten abusivamente una posición dominante.

115. Así, el Tribunal de Justicia declaró que dicha norma se aplicaba a un conjunto de monopolios municipales (cuyo objeto eran los servicios exteriores de pompas fúnebres) «[...] atribuidos mediante concesión a un mismo grupo de empresas, cuya línea de acción en el mercado es decidida por la sociedad matriz [...]»,<sup>79</sup> con la condición, entre otras, de que dicho grupo de empresas disfrute de una situación de poder económico que le permita obstaculizar una competencia efectiva en dicho mercado.

116. En su sentencia «Vidrio plano», SIV y otros/Comisión,<sup>80</sup> el Tribunal de Primera Instancia precisó el concepto de posición dominante colectiva:

« Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas *independientes* se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas *independientes* disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores [...]».<sup>81</sup>

117. No existe, pues, posición dominante colectiva sin unos vínculos mínimos que permitan asegurar a las empresas de que se trate un dominio colectivo del mercado.

118. Corresponderá el órgano jurisdiccional remitente verificar si las empresas de distribución regional están unidas por unos vínculos económicos suficientes para ostentar colectivamente una posición de este tipo. Conviene subrayar que, al parecer, los distribuidores regionales de electricidad

78 — Sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 31.

79 — Sentencia Bodson, antes citada, apartado 35.

80 — Sentencia definitiva de 10 de marzo de 1992 (asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403), apartados 357 y ss..

81 — Apartado 358; el subrayado es mío.

establecidos en los Países Bajos tienen un punto en común, el de encontrarse vinculados a los distribuidores locales por el *mismo tipo de contrato*.<sup>82</sup>

119. Pero, ¿existe abuso?

120. En varias ocasiones este Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que «[...] para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de éstos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, respecto a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente de dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE, tanto si dicha obligación ha sido estipulada sin más como si encuentra su contrapartida en la concesión de reducciones de precios [...]».<sup>83</sup>

121. Así pues, aunque el distribuidor regional se encuentre vinculado por una obligación incondicional de suministro, la obligación de compra en exclusiva que aquél impone a sus clientes constituye un obstáculo insuperable a la penetración de terceros en el mercado.

122. Si se cumplen las condiciones mencionadas más arriba, el artículo 86 sería por tanto aplicable.

*El apartado 2 del artículo 90*

123. La existencia de acuerdos o de actuaciones de las empresas contrarios a los artículos 85 y 86, ¿podría resultar justificada por la misión atribuida a las mismas? En el presente asunto, ¿es preciso concluir que las compañías de distribución de electricidad se encargan de la gestión de un servicio de interés económico general?

124. Antes de abordar este tema se plantea una cuestión previa: la de si el apartado 2 del artículo 90 es o no de efecto directo.

125. En su sentencia «Port de Mertert»,<sup>84</sup> el Tribunal de Justicia se negó formalmente a admitir dicho efecto. Sin embargo está claro que en la actualidad el Tribunal de Justicia considera, aunque no lo haya declarado expresamente, que dicha disposición es directamente aplicable.

126. Así pues, en un primer momento, el Tribunal de Justicia declaró que las excepciones a las normas sobre la competencia debían ser autorizadas primero por una Decisión de la Comisión, adoptada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 90.<sup>85</sup>

84 — De 14 de julio de 1971, Muller (10/71, Rec. p. 723).

85 — Véanse las sentencias «Port de Mertert», antes citada, apartado 16, y de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83, Rec. p. 873), apartado 30, así como el punto 16 de la Decisión 90/16/CEE de la Comisión, de 20 de diciembre de 1989, relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido (DO L 10, p. 47). Esta última Decisión fue anulada por la sentencia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión (asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565).

82 — Punto 28 de la Decisión 91/50.

83 — La reciente sentencia de 1 de abril de 1993, BPB Industries/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389), apartado 68. Véanse también las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 89, y de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. 3359), apartado 149.

127. En el asunto «BRT-II»,<sup>86</sup> la cuestión del efecto directo fue sometida expresamente al Tribunal de Justicia, pero éste no se vio obligado a pronunciarse sobre ella en aquel momento, pues la empresa que invocaba el apartado 2 del artículo 90 no había sido encargada por el Estado de la gestión de un servicio de interés económico general.

128. La sentencia Ahmed Saeed, de 11 de abril de 1989,<sup>87</sup> supone un giro en la historia de esta jurisprudencia: en efecto, en ella el Tribunal de Justicia atribuye al órgano jurisdiccional nacional una competencia análoga a la de la Comisión para interpretar y aplicar la mencionada norma. Como señaló el Profesor Berlin: «[...] si el Juez nacional puede realizar esta apreciación, es en efecto porque dicha norma ha sido invocada ante él para ser aplicada. Ello supone por tanto admitir implícitamente dicha invocabilidad».<sup>88</sup> Corresponde pues al Juez nacional 1) verificar si a la empresa que invoca el apartado 2 del artículo 90 se le ha encomendado efectivamente la gestión de un servicio de interés económico general,<sup>89</sup> y 2) determinar las necesidades derivadas del cumplimiento de la misión de interés general de que se trate y su repercusión sobre la aplicación de las normas sobre la competencia<sup>90</sup> («corresponderá al órgano jurisdiccional nacional realizar, sobre este punto, las comprobaciones de hecho que resulten necesarias»<sup>91</sup>).

129. En su sentencia ERT,<sup>92</sup> el Tribunal de Justicia confirmó así la mencionada postura:

«[...] es competencia del Juez nacional apreciar la compatibilidad de las prácticas de dicha empresa [titular en aquel caso del monopolio de retransmisión de emisiones de televisión extranjeras] con el artículo 86 y comprobar si tales prácticas, en el caso de que sean contrarias a esta disposición, pueden estar justificadas por necesidades derivadas de la misión específica que se hubiera confiado a la empresa».<sup>93</sup>

130. En el día de hoy, la sentencia Corbeau<sup>94</sup> constituye la última fase de esta evolución: aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si una empresa puede invocar el apartado 2 del artículo 90, es con la condición de aplicar determinados criterios —que el Tribunal define— que suponen excepciones a las normas sobre la competencia.

131. Así, el titular de un servicio de interés económico general, como el Servicio de Correos, debe poder asegurar el equilibrio económico de sus operaciones gracias a sectores de actividad rentables.<sup>95</sup> En cambio, la exclusión de la competencia no puede extenderse a «[...] servicios específicos, disociables de los servicios de interés general, que responden a necesidades particulares de los

86 — Sentencia de 21 de marzo de 1974 (127/73, Rec. p. 313), apartados 19 a 23. Véase también la sentencia de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 27.

87 — 66/86, Rec. p. 303.

88 — «L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises», *RTDE*, 1991, pp. 1 y ss., especialmente p. 5.

89 — Apartado 55 de la sentencia Ahmed Saeed, antes citada.

90 — Apartado 56.

91 — Apartado 57.

92 — Antes citada en la nota 78. Véase también el apartado 99 de la sentencia de 18 de noviembre de 1992, Rendo, antes citada.

93 — Apartado 34.

94 — De 19 de mayo de 1993 (C-320/91, Rec. p. I-2533).

95 — Apartado 17.

operadores económicos y que exigen ciertas prestaciones suplementarias que el servicio postal tradicional no ofrece [...]» <sup>96</sup> (*traducción provisional*).

132. Añadiré que la sistemática del artículo 90 impone este efecto directo.

133. Las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, <sup>97</sup> y de 17 de noviembre de 1992, España y otros/Comisión, <sup>98</sup> concernientes a unas Directivas relativas a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones y de servicios de telecomunicaciones, así lo han recordado: «[...] el artículo 90 tan sólo atribuye facultades a la Comisión en lo relativo a las medidas estatales [...]». <sup>99</sup>

134. Paralelamente, los particulares deben poder invocar el apartado 2 del artículo 90, a propósito del comportamiento de las empresas.

135. Esta solución se impone tanto más cuanto que el Juez nacional tiene siempre la

posibilidad de someter el asunto al Tribunal de Justicia por vía prejudicial o de consultar a la Comisión. <sup>100</sup>

136. Procede analizar ahora si los distribuidores regionales y locales de electricidad forman parte de la categoría de «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» a efectos del apartado 2 del artículo 90.

137. Como este concepto permite establecer excepciones a los principios comunitarios de competencia, es preciso aplicarlo estrictamente. <sup>101</sup> Sólo entran en él «[...] las actividades que beneficien directamente a la colectividad». <sup>102</sup>

138. En el ámbito de las telecomunicaciones, próximo al que estamos examinando, el Tribunal de Justicia considera que el monopolio por el que se pone a disposición de los usuarios una red pública de teléfonos constituye un servicio de interés económico general a efectos del apartado 2 del artículo 90. <sup>103</sup> Lo mismo puede decirse del monopolio de la Régie des postes belges (servicio de correos belga), en la medida en que se limita al derecho exclusivo de recoger, transportar y distribuir el correo. <sup>104</sup>

96 — Apartado 19.

97 — C-202/88, Rec. p. I-1223.

98 — Asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Rec. p. I-5883.

99 — Apartado 55 de la sentencia Francia/Comisión y apartado 24 de la sentencia España y otros/Comisión. En efecto, este Tribunal ha declarado que el apartado 2 del artículo 90 se aplica no sólo a las empresas, sino también a los Estados que deducen del mismo la facultad de otorgar a las empresas a las que encargan de gestionar servicios de interés económico general derechos exclusivos que obstaculizan la aplicación de las normas sobre la competencia (sentencia Corbeau, antes citada, apartado 14). Ello revela la importancia práctica de esta norma.

100 — Véase la comunicación 93/C39/05 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 1993, C 39, p. 6).

101 — Véase la sentencia de 21 de marzo de 1974, «BRT-II» antes citada, apartado 19.

102 — Punto 27 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en el asunto C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova* (antes citado en la nota 86).

103 — Sentencias de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (antes citada en la nota 85), apartados 28 a 33, y de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941), apartado 16.

104 — Sentencia Corbeau, antes citada, apartado 15.

139. En su Decisión 91/50, la Comisión consideró que la SEP —y las empresas productoras que forman parte de la misma— suministran servicios de interés económico general, dado que (i) «el cometido principal de SEP es garantizar el funcionamiento fiable y eficaz del suministro público nacional de electricidad [...]»,<sup>105</sup> y (ii) dicha misión ha sido confiada a las empresas productoras por una concesión de Derecho público.<sup>106</sup>

140. En su Decisión 93/126/CEE, de 22 diciembre de 1992,<sup>107</sup> la Comisión consideró que las empresas eléctricas alemanas estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 90, «[...] en la medida en que garantizan el suministro de electricidad a la colectividad».<sup>108</sup>

141. Parece pues que, cuando la gestión de un servicio de estas características le ha sido confiada por los poderes públicos,<sup>109</sup> éste debe ser también el caso de una sociedad encargada de la *distribución pública* de energía eléctrica, que, en su calidad de concesionaria, está *obligada* a realizar dicho suministro (punto 7 de la Decisión 91/50).

142. Dado que el apartado 2 del artículo 90 es directamente aplicable y que una sociedad de este tipo entra dentro de su ámbito de

aplicación, ¿qué condiciones deben reunirse para cumplir la regla de proporcionalidad que dicha disposición establece?

143. Tradicionalmente, la interpretación del Tribunal de Justicia a este respecto es restrictiva. En efecto, el Tribunal ha declarado que

«[...] según el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas a las normas sobre la competencia mientras que no se demuestre que la aplicación de dichas normas es *incompatible* con el ejercicio de su misión específica [...]».<sup>110</sup>

144. La sentencia Corbeau marca un cambio de actitud: dicha sentencia no repite este principio en sus considerandos, ni recuerda a los Estados lo que tienen prohibido en materia de derechos exclusivos, sino que precisa lo que estos últimos pueden hacer:

« [El apartado 2 del artículo 90] permite [...] a los Estados miembros otorgar a las empresas a las que encarga la gestión de servicios de interés económico general derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado, en la medida en que las restricciones a la competencia, o incluso la exclusión de

105 — Punto 40.

106 — Punto 41.

107 — Relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE y del artículo 65 del Tratado CECA (Jahrhundertvertrag) (DO L 50, p. 14).

108 — Punto 28.

109 — Este es el caso de IJM, beneficiario de una concesión del Estado.

110 — Apartado 33 de la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, antes citada; el subrayado es mío. Véanse también las sentencias de 30 de abril de 1974, Sacchi antes citada, apartado 15; de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), apartado 17, y de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 24.

toda competencia, [111] por parte de otros operadores económicos sean necesarias para asegurar la realización de la misión específica que se ha atribuido a las empresas titulares de los derechos exclusivos». <sup>112</sup>

145. El Tribunal ha precisado que el titular del derecho exclusivo debe en particular, para realizar su misión de interés general, poder beneficiarse de «[...] condiciones económicamente aceptables» <sup>113</sup> o de «[...] condiciones de equilibrio económico [...]». <sup>114</sup>

146. Así pues, cabe la posibilidad de descartar la aplicación de las normas sobre la competencia, no sólo cuando éstas hacen imposible el desempeño de su misión de servicio público por parte de la empresa considerada, sino también cuando ponen en peligro el equilibrio económico de la misma.

147. Esta es la razón por la cual puede admitirse que el titular de unos derechos exclusivos explote en exclusiva servicios rentables para compensar los resultados deficitarios de otro sector de su actividad: es por tanto admisible una limitación, o incluso una exclusión, de la competencia en estos

últimos, puesto que los empresarios privados no están obligados a efectuar dicha compensación. <sup>115</sup>

148. No obstante, «[...] unos servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades particulares de los operadores económicos y que exigen ciertas prestaciones suplementarias que el servicio postal tradicional no ofrece [...]» deben estar abiertos a la competencia, siempre que «[...] no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general [...]». <sup>116</sup>

149. Y la conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia en aquel caso fue que el servicio de correo rápido debe estar abierto a la competencia con esta condición, cuya existencia corresponde verificar al Juez nacional.

150. De este modo se comprueba el grado de flexibilización que la sentencia Corbeau ha aportado a las condiciones para la aplicación del apartado 2 del artículo 90: esta sentencia «[...] tiene el mérito de atraer la atención sobre las limitaciones que pesan sobre el servicio público, limitaciones a las que la reciente evolución del Derecho comunitario había atribuido quizás una importancia demasiado escasa». <sup>117</sup>

111 — Con este inciso, el Tribunal de Justicia modifica, en mi opinión, lo que señaló en el apartado 19 de la sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil* y otros (antes citada en la nota 57), apartado 19, el cual indicaba que: «[El apartado 2 del artículo 90] no exime sin embargo al Estado miembro que ha encargado a una empresa una gestión de estas características de la prohibición de adoptar, en favor de dicha empresa y a fin de proteger su actividad, medidas que obstaculicen, en contra de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado, las importaciones de otros Estados miembros». ¿Es necesario precisar que dicha reserva, formulada en un *obiter dictum*, no había sido nunca confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que sólo se refería a *las medidas estatales*?

112 — Apartado 14.

113 — Apartado 16.

114 — Apartado 17.

115 — Apartado 18.

116 — Apartado 19.

117 — Hamon, F.: nota sobre la sentencia Corbeau (antes citada en la nota 95), *AJDA*, 20 de diciembre de 1993, pp. 866 y ss., especialmente p. 869.

151. ¿Cuáles son las condiciones «económicamente aceptables» del abastecimiento en electricidad por parte de un distribuidor local? O, por retomar la expresión utilizada en la sentencia GB-Inno-BM,<sup>118</sup> ¿cuáles son las «exigencias esenciales» de dicha actividad?

152. Siguiendo la línea de su sentencia Corbeau, corresponde al Tribunal definir, en provecho del Juez nacional, los criterios que permitirán a éste apreciar si la situación que le ha sido planteada justifica una restricción de las normas sobre la competencia, como lo es la prohibición de importar.

153. En vez de prohibir a los distribuidores regionales o locales importar electricidad utilizando la red pública de distribución, ¿habrían debido las empresas productoras admitir, aunque fuera con ciertas limitaciones, el acceso de terceros a dicha red?

154. Resulta sintomático que, en su Decisión 91/50, la Comisión condenara la falta de libertad de los consumidores industriales privados para realizar importaciones directas<sup>119</sup> (que no pasan por tanto por la red de distribución pública), pero no se pronunciara sobre las importaciones que deben pasar por la red pública de distribución.<sup>120</sup>

155. La nueva normativa británica es esclarecedora a este respecto. Resulta significativo que en el Reino Unido, donde el sistema de distribución de electricidad es el más abierto a la competencia dentro de la Comunidad, los productores de electricidad establecidos en otros Estados miembros sólo puedan exportar a este país a través del «pool» (consorcio) dirigido por la National Grid Company, propietaria y explotante de la red de alta tensión. No es posible utilizar la red para alimentar directamente una u otra empresa de distribución local.<sup>121</sup>

156. Como ya vimos, la propuesta de Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad que presentó la Comisión trata de suprimir los obstáculos al suministro de electricidad de los productores a sus clientes y establece una posibilidad de acceso *limitado* de terceros a la red.

157. Con el objetivo de pasar a una «segunda fase» en el proceso de liberalización, la propuesta tiene en cuenta la necesidad de «aumentar la eficacia de la producción, la transmisión y la distribución de electricidad, a la vez que se refuerza la seguridad de abastecimiento de la Comunidad» y de prevenir distorsiones de la competencia tanto entre las

121 — Véase, sobre estos puntos, la comunicación 90/C191/04 efectuada con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo y relativa a la reorganización de la industria eléctrica de Inglaterra y Gales (DO C 191, p. 9). Los consumidores pueden celebrar con los productores contratos, denominados contratos por diferencias, que ofrecen una garantía contra las variaciones de precios del «pool». La electricidad producida por un productor dado no se suministra a consumidores determinados.

118 — Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (antes citada en la nota 104), apartado 22.

119 — Letra c) del apartado 44.

120 — Apartado 50.



industrias productoras como entre las consumidoras de electricidad.<sup>122</sup>

158. La propuesta establece que las empresas que gestionan el transporte y la distribución estarán obligadas a permitir a las empresas «elegibles» el acceso a su red, «con arreglo a la capacidad disponible y a cambio de una remuneración razonable».<sup>123</sup> Esta medida de liberalización afecta a las empresas que son grandes consumidores de energía y a las empresas distribuidoras. La utilización de la red estará supeditada a la autorización de un concesionario único, que podrá denegarla «[...] si ello supusiera un perjuicio para la distribución de electricidad en cumplimiento de una obligación legal o de compromisos contractuales».<sup>124</sup>

159. La propuesta de Directiva, que preciza el establecimiento a escala comunitaria de un marco de principios generales, «de acuerdo con el principio de subsidiariedad», reserva a los Estados miembros la posibilidad de determinar «el alcance y naturaleza de los derechos de las empresas de distribución [...] y de sus obligaciones de servicio público», en particular en lo que respecta a la seguridad de la red, la satisfacción de la demanda y un régimen de tarifas que garantice la igualdad de trato de los usuarios.<sup>125</sup>

160. No deja de llamar la atención el contraste entre el espíritu que presidió la elaboración de dicha propuesta y la postura adoptada por la Comisión con ocasión del presente asunto.

161. La propuesta de Directiva, rechazada por el Consejo en la forma en que le fue presentada, está siendo examinada ahora por el Parlamento.<sup>126</sup> De cualquier modo, como estamos viendo, la supresión de todo obstáculo a las relaciones entre los productores de electricidad y sus clientes, en especial los situados en otro Estado miembro, exige la superación de una serie de obstáculos — que por lo demás la Comisión no ha olvidado mencionar — en el caso de que se utilice la red pública de distribución.

162. En mi opinión, la apertura del mercado de suministro de electricidad está subordinada, habida cuenta de las particularidades de este servicio de interés económico general, al respeto de las cuatro exigencias imperativas siguientes:

- una obligación de suministro ininterrumpido a todos los usuarios;
- la igualdad de trato entre estos últimos;

122 — Considerandos segundo y sexto.

123 — Décimo considerando.

124 — Apartado 2 del artículo 21 de la propuesta.

125 — Decimoséptimo considerando.

126 — Véase *Agence Europe*, de 19 de noviembre de 1993, p. 13, y la respuesta dada por el Sr. Matutes en nombre de la Comisión a una pregunta escrita de un parlamentario europeo (n° 827/93; DO 1993, C 333, p. 14).

- la prevención de las distorsiones de competencia entre los productores;
- la protección eficaz del medio ambiente.

163. Por lo que respecta al primer punto, la seguridad de aprovisionamiento debe ser total: la producción debe poder satisfacer en todo momento la totalidad de la demanda. Las importaciones deben por tanto ser coordinadas y adaptadas a la demanda mediante una gestión centralizada de la red.

164. En segundo lugar, resulta necesario, aún más que en el caso de los servicios postales, garantizar una distribución «[...] en provecho de todos los usuarios, en la totalidad del territorio [que abarca la concesión], a tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin diferencias derivadas de situaciones específicas o del grado de rentabilidad» <sup>127</sup> (*traducción provisional*). Es preciso pues que exista la posibilidad de tomar en consideración las cargas específicas derivadas del abastecimiento de electricidad a consumidores alejados de los centros de producción.

165. En tercer lugar, la apertura del mercado de suministro de electricidad exige que las condiciones de la competencia sean iguales para todos los productores. En efecto, ¿cómo colocar a un productor nacional que asume las cargas del servicio público, tales como las

correspondientes al mantenimiento de la red, o que soporta elevados impuestos a consecuencia de la polución causada por las centrales térmicas, en una posición tal que le permita afrontar normalmente la competencia de un productor de un Estado miembro vecino que no está sujeto a limitaciones similares? Asimismo, ¿se debe admitir que las economías de escala conseguidas por un productor puedan hacer no competitiva toda la producción nacional de otro Estado miembro? Un productor nacional que soporta la carga de las inversiones a largo plazo que le impone su Estado, ¿podrá hacer frente en igualdad de condiciones a la competencia de un productor totalmente independiente, preocupado por la rentabilidad a corto plazo?

166. Por último, es preciso que exista la posibilidad de supeditar esta apertura de mercado al respeto de unas normas mínimas en materia de medio ambiente y de prevención de la polución.

167. Quizás se vea en estas exigencias una justificación objetiva del monopolio de importación de electricidad que los Estados miembros de la Comunidad conservan aún.

168. Sin embargo, ¿es *indispensable* la existencia de un monopolio de este tipo para asegurar el cumplimiento de las cuatro exigencias expuestas? ¿No pueden alcanzarse estos mismos objetivos mediante acuerdos — o normativas — que afecten menos al funcionamiento normal de las normas sobre la competencia?

127 — Apartado 15 de la sentencia Corbeau.

169. Es al operador que invoca la excepción del apartado 2 del artículo 90 a quien corresponde justificar la aplicación de la misma. Por consiguiente, es IJM quien debe demostrar ante el órgano jurisdiccional remitente que sólo la prohibición de importar y la obligación de compra en exclusiva objeto del litigio le permiten garantizar el cumplimiento de las cuatro exigencias antes citadas.

170. Por mi parte, deseo subrayar que existe ya, en este momento, una interdependencia de las redes en la Comunidad. Deduzco de ello que, en el estado actual de la construcción comunitaria, el desarrollo de los intercambios no resulta afectado en forma tal que sea contraria al interés de la

Comunidad, a los efectos del apartado 2 del artículo 90, por el mantenimiento de los monopolios de importación. Las propuestas de la Comisión sobre el funcionamiento de las redes transeuropeas en el sector energético, que prevén el desarrollo de las interconexiones entre los Estados miembros, apoyan la tesis que mantengo.<sup>128</sup>

171. Una última observación: la enorme heterogeneidad de las *políticas energéticas* de los Estados miembros reclama una *regulación comunitaria* del acceso de terceros a la red a través de medidas de *armonización*. Considero que el papel que el artículo 129 B atribuye a la Comunidad en esta materia confirma esta opinión.

172. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que declare lo siguiente:

- « 1) Un órgano jurisdiccional nacional ante el cual se ha interpuesto recurso contra un laudo arbitral y que resuelve el litigio en calidad de “amigable componedor” es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado CEE.
  
- 2) Dado que no existe como tal una regulación comunitaria que regule el acceso de terceros a la red pública de distribución, el apartado 2 del artículo 90 del Tratado no se opone a un monopolio de importación de electricidad derivado de un acuerdo entre empresas ni a la obligación de compra en exclusiva impuesta a las sociedades locales de distribución de electricidad por las

128 — Véase *Agence Europe*, de 20 de enero de 1994, p. 8.

sociedades distribuidoras regionales, si se acredita ante el órgano jurisdiccional nacional que tales medidas son las únicas que pueden garantizar:

- la obligación de suministro ininterrumpido a todos los usuarios;
- la igualdad de trato entre estos últimos;
- la prevención de las distorsiones de la competencia entre productores;
- la protección eficaz del medio ambiente.»