

Asunto C-580/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

22 de septiembre de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal,
Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

6 de julio de 2021

Parte demandante y recurrente en casación:

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH

Parte demandada y recurrida en casación:

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH

**BUNDESGERICHTSHOF (TRIBUNAL SUPREMO DE LO CIVIL Y
PENAL)**

RESOLUCIÓN

[*omissis*]

Pronunciada el:

6 de julio de 2021

[*omissis*]

en el litigio entre

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH, [*omissis*] Großräschen,

parte demandante y recurrente en casación,

[*omissis*]

y

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH, [*omissis*] Kabelsketal,
parte demandada y recurrida en casación

[*omissis*]

Interviniente en apoyo de la demandada:

50Hertz Transmission GmbH, [*omissis*] Berlín,

[*omissis*]

La Sala de Defensa de la Competencia del Bundesgerichtshof, tras la vista celebrada el 20 de abril de 2021 [*omissis*],

ha resuelto:

- I. Suspender el procedimiento.
- II. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO 2009, L 140, p. 16):
 1. ¿Debe interpretarse el artículo 16, apartado 2, letra c), en relación con el artículo 2, letras a) y e), de la Directiva 2009/28/CE, en el sentido de que debe darse prioridad en la evacuación de electricidad a la red también a aquellas instalaciones de generación de electricidad en las que la electricidad se genera mediante valorización térmica de residuos mixtos que contienen una fracción biodegradable variable de residuos industriales y municipales?
 2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: ¿La aplicación de un trato prioritario en materia de evacuación de electricidad a la red con arreglo al artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28/CE, depende de la magnitud de la fracción de residuos biodegradables que se utilizan para la producción de electricidad descrita en la primera cuestión prejudicial?
 3. En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial: ¿Existe un umbral de relevancia para la fracción de residuos biodegradables por debajo del cual las normas sobre la

electricidad procedente de energías renovables no resultan de aplicación a la electricidad generada?

4. En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión prejudicial: ¿Con qué fracción de residuos se corresponde dicho umbral o cómo debe determinarse?
5. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales primera y segunda: A efectos de la aplicación de las normas sobre la electricidad procedente de energías renovables a la electricidad generada solo parcialmente a partir de residuos biodegradables, ¿puede recurrirse a la lógica jurídica del artículo 5, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 2009/28/CE, en el sentido de que dichas normas únicamente se aplican a la parte de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y que dicha parte se calculará sobre la base del contenido energético de cada fuente energética?

Fundamentos:

- 1 I. La demandante opera una instalación térmica de valorización de residuos mediante la cual produce electricidad y calor. En la instalación, una fracción biogénica, cuyas dimensiones oscilan y que, según la demandante, puede alcanzar hasta el 50 %, se valoriza mediante incineración sin ser separada de otros contenidos. La electricidad generada en la instalación es evacuada por la demandante parcialmente a la red de distribución de la demandada, a la que está vinculada por un contrato de acceso y compraventa.
- 2 Durante los años 2011 a 2016 y en el marco de su gestión de la seguridad de la red, la demandada exigió a la demandante en numerosas ocasiones que procediera a una reducción temporal de la evacuación de electricidad debido a cuellos de botella en la red. Por ese motivo, la demandante reclama a la demandada una indemnización por daños y perjuicios por un importe de 2,24 millones de euros, que fundamenta, entre otras cosas, en el régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales previsto en la Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Ley sobre la prioridad de las energías renovables) en las versiones en vigor entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de julio de 2014, así como en la Gesetz für den Ausbau Erneuerbarer Energien (Ley relativa al desarrollo de energías renovables) en su versión vigente entre el 1 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2016 (en lo sucesivo, conjuntamente, «Ley de energías renovables»).
- 3 II. Para pronunciarse sobre el recurso de casación, son pertinentes las disposiciones de la Ley de energías renovables en tres versiones diferentes, cuyo contenido es idéntico o que presentan un contenido normativo equivalente. Dichas disposiciones de la Ley de energías renovables en la versión aplicable al litigio, estaban en vigor entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2014 (en lo sucesivo, «EEG 2012») y presentaban el siguiente tenor:

Artículo 3 Definiciones

A efectos de la presente Ley, se entenderá por:

1. «Instalación»: toda central de generación de electricidad procedente de energías renovables [...]
3. «Energías renovables»: [...] energía procedente de biomasa [...] así como de la fracción biodegradable de los residuos industriales y municipales [...]

Artículo 5 Conexión

1. Los gestores de red están obligados a conectar a su red sin demora y con carácter prioritario [...] las instalaciones de generación de electricidad procedente de energías renovables [...]

Artículo 8 Compra, transporte y distribución

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, los gestores de red están obligados a comprar, transportar y distribuir sin demora y con carácter prioritario la totalidad de la electricidad ofrecida procedente de energías renovables [...]. [...]

Artículo 11 Gestión de la evacuación de electricidad a la red

1. Con carácter excepcional, los gestores de red [...] estarán autorizados a regular las instalaciones directa o indirectamente [...] conectadas a su red, en la medida en que:
 - 1) de no ser así, se crearía un cuello de botella en la correspondiente área de la red, incluida la red situada en una fase anterior;
 - 2) se respete la prioridad de la electricidad procedente de energías renovables [...], salvo en la medida en que otras instalaciones destinadas a producir electricidad deban permanecer conectadas a la red para garantizar la seguridad y fiabilidad del sistema de suministro de electricidad; [...]

Artículo 12 Régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales

1. Si se reduce la evacuación de electricidad de las instalaciones de generación de electricidad procedente de energías renovables [...] debido a un cuello de botella en la red en el sentido del artículo 11, apartado 1, los operadores afectados por la medida serán compensados [...] con el 95 % de los ingresos dejados de obtener, más los gastos adicionales, menos los gastos no realizados. [...]

Artículo 16 Derecho a percibir una retribución

1. Los gestores de red deberán retribuir a los operadores de instalaciones de generación de electricidad que utilicen exclusivamente energías renovables [...] al menos con arreglo a los artículos 18 a 33. [...]
- 4 Las disposiciones mencionadas se corresponden con el artículo 3, apartado 1, puntos 1 y 3, el artículo 5, apartado 1, el artículo 8, apartado 1, el artículo 11, apartado 1, el artículo 12, apartado 1, y el artículo 16, apartado 1, de la Ley de energías renovables, en su versión vigente entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011 (en lo sucesivo, «EEG 2009»), así como con el artículo 5, apartado 1, puntos 1 y 14, el artículo 8, apartado 1, el artículo 11, apartado 1, el artículo 14, apartado 1, el artículo 15, apartado 1, y el artículo 19, apartado 1, de la Ley de energías renovables, en su versión vigente entre el 1 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2016 (en lo sucesivo, «EEG 2014»).
- 5 III. El resultado del recurso de casación depende de la respuesta a las cuestiones prejudiciales. En consecuencia, antes de resolver debe suspenderse el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafos primero, letra b), y tercero.
- 6 1. El tribunal de apelación ha desestimado la reclamación de cantidad de la demandante basada en el régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales, conforme al artículo 12, apartado 1, de la EEG 2009, al artículo 12, apartado 1, de la EEG 2012 y al artículo 15, apartado 1, de la EEG 2014 (en lo sucesivo, conjuntamente, «régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales»). Consideró que como la electricidad generada en la instalación de la demandante no se obtiene exclusivamente a partir de fuentes de energía renovables, la instalación no es una «instalación de generación de electricidad procedente de energías renovables» (en lo sucesivo, «instalación EEG») en el sentido del régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales.
- 7 2. El recurso de casación interpuesto contra aquella resolución prosperaría si la instalación de la demandante debiera calificarse de instalación EEG en el sentido del régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales. La instalación valoriza residuos mixtos que contienen una fracción variable de residuos biodegradables procedentes de hogares e industrias. De este modo, utiliza también «energías renovables», de conformidad con la definición que figura en el artículo 3, punto 3, de la EEG 2009 y de la EEG 2012, así como en el artículo 5, punto 14, de la EEG 2014, aunque esa fracción no supera el 50 %.
- 8 a) Contrariamente a lo que sostiene el tribunal de apelación, la aplicación del régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales no queda excluida por el hecho de que la instalación de la demandante no genere exclusivamente electricidad procedente de fuentes de energía renovables.
- 9 aa) Es cierto que el ámbito de aplicación de la Ley de energías renovables, en su primera versión, que entró en vigor en 2000, se limitaba exclusivamente a la

electricidad procedente de la energía hidráulica, la energía eólica, la energía de la radiación solar, la energía geotérmica, los gases de vertedero, los gases de plantas de depuración, el grisú o la biomasa. No obstante, al transponer la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, el ámbito de aplicación de la Ley de energías renovables se amplió en 2004 (véase el proyecto de ley del Gobierno alemán, BR-Drucks.15/04, p. 33). Dicha Directiva definía, en el artículo 2, letra c), la «electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables» como la electricidad generada por centrales que utilicen exclusivamente fuentes de energía renovables, así como la parte de la electricidad generada a partir de dichas fuentes en centrales híbridas que también utilicen fuentes de energía convencionales. Desde entonces, en la Ley de energías renovables se establece una distinción entre, por una parte, la obligación de retribución y fomento, inspirada en el principio de exclusividad (véanse los artículos 16, apartado 1, de la EEG 2009 y la EEG 2012 y 19, apartado 1, de la EEG 2014) y, por otra parte, las disposiciones relativas a la obligación de conexión, compra, transporte y distribución (artículos 5, 8 y 11 de la EEG 2009 y de la EEG 2012, así como los artículos 8, 11 y 14 de la EEG 2014) aplicables a todas las instalaciones de generación de electricidad procedente de energías renovables en el sentido de la Directiva 2001/77.

- 10 bb) El régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales, que prevalece sobre los eventuales derechos a indemnización o retribución por limitaciones de producción aplicadas a las instalaciones de producción de electricidad con arreglo a la normativa del sector energético, se aplica a todas las instalaciones que producen electricidad a partir de energías renovables en el sentido más amplio del Derecho de la Unión antes señalado, incluidas, por tanto, las instalaciones que no utilizan exclusivamente energías renovables. Así se deduce, por una parte, de la redacción (de la ausencia del adjetivo «exclusivamente») y, por otra parte, del contexto sistemático de la ley: el régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales que en 2009 fue incorporado *ex novo* a la Ley de energías renovables regula la concesión de una compensación para las instalaciones que producen electricidad procedente de energías renovables, cuando estas se ven sujetas a medidas de gestión de la evacuación de electricidad a la red en virtud del artículo 11, apartado 1, de la EEG 2009 y de la EEG 2012, así como del artículo 14, apartado 1, de la EEG 2014. Como se desprende del artículo 8, apartado 1, de la EEG 2009 y de la EEG 2012, así como del artículo 11, apartado 1, de la EEG 2014, las medidas de gestión de la evacuación de electricidad a la red constituyen una excepción a la obligación de los gestores de red de adquirir de manera prioritaria la electricidad procedente de energías renovables (véase la exposición de motivos del proyecto de ley del Gobierno federal alemán relativo a la versión de la Ley de energías renovables que entró en vigor en 2009; BT-Drucks. 16/8148, p. 46). Por tanto, cuando se produce en una instalación «electricidad procedente de energías renovables» que, con arreglo a las normas de la Ley de energías renovables, debe ser evacuada prioritariamente a la red, una reducción o una interrupción de la recepción de la electricidad por el gestor de red en el marco

de la gestión de la evacuación de electricidad da lugar a la obligación de indemnizar con arreglo al régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales.

- 11 b) A pesar de que esto implica apartarse del principio de exclusividad, en consonancia con el Derecho de la Unión, no está claro si, con arreglo al Derecho alemán, cualquier instalación de producción de electricidad que valore una fracción de fuentes de energía renovables, por muy reducida que sea dicha fracción, debe ser calificada como instalación EEG, de modo que gozaría de prioridad de conexión y de evacuación de electricidad a la red. En la medida en que, con la EEG 2004, el legislador alemán quiso aplicar las disposiciones de la Directiva 2001/77 y no existen elementos que permitan considerar que pretendiera ir más allá de lo que aquella exigía, para la interpretación de las disposiciones del Derecho alemán pertinentes en el caso de autos es relevante, en primer lugar, el concepto del Derecho de la Unión de «electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables» [artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/77]. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no se ha pronunciado sobre la interpretación de esta disposición. La interpretación tampoco está exenta de dudas.
- 12 aa) A tenor del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/77, la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables es la electricidad generada por centrales que utilicen exclusivamente fuentes de energía renovables, así como la parte de la electricidad generada a partir de dichas fuentes en centrales híbridas que también utilicen fuentes de energía convencionales. La Directiva no define el concepto de central híbrida y tampoco es un concepto inequívoco. No obstante, en el mundo de la técnica es habitual designar como central híbrida aquella instalación que utiliza varias tecnologías diferentes (como la energía solar y el gas) para producir energía. Partiendo de esta acepción, el concepto de «central híbrida» no abarcaría aquellas instalaciones que, en el mismo proceso de producción de electricidad, simplemente mezclen diferentes fuentes de energía, tanto renovables como convencionales. Así sucede tanto si las diferentes fuentes de energía (por ejemplo, los pellets de madera y el carbón) son mezcladas solo a fin de producir energía, como cuando, como aquí sucede con la controvertida instalación de incineración de desechos, la instalación utiliza fuentes de energía renovables y fósiles disponibles en una mezcla preexistente, que es variable y sobre la que no es posible influir. En ese caso, los dos últimos tipos de instalaciones no tendrían la consideración de instalación de energía renovable a la que se aplican las disposiciones de la Ley de energías renovables sobre la prioridad en la evacuación de electricidad a la red y la indemnización en caso de dificultades excepcionales.
- 13 bb) No obstante, se podría oponer a la definición de central híbrida descrita en lo que antecede, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/77, por una parte, que dicha Directiva define ella misma la biomasa como fuente de energía renovable [artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/77, también artículo 2, letra a), de la Directiva 2009/28] y, por otra parte, el hecho de que en el concepto de biomasa incluye también «la fracción biodegradable de los residuos industriales y municipales» [artículo 2, letra b), de la Directiva 2001/77, también

artículo 2, letra e), de la Directiva 2009/28]. Esto podría ser indicativo de que la electricidad producida mediante la incineración de esta fracción debe considerarse electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y que la correspondiente instalación de producción de energía debe considerarse, a los efectos del Derecho alemán, una instalación EEG que debe disfrutar de prioridad en relación con la evacuación de electricidad a la red.

- 14 cc) También debe tenerse en cuenta que entretanto la Directiva 2001/77 ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2009/28. Esta Directiva debía ser transpuesta por los Estados miembros antes del 5 de diciembre de 2010, es decir, antes del período aquí pertinente, del año 2011 al año 2016. Por consiguiente, en el caso de autos, el Derecho alemán debe interpretarse de conformidad con la Directiva 2009/28. En consecuencia, se suscita la cuestión de si se entiende por «instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables», en el sentido del artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28, no solo las instalaciones que utilizan varias tecnologías distintas para generar energía (es decir, híbridos en el sentido antes indicado), sino también las que producen electricidad a partir de fuentes de energía mixtas preexistentes, como los residuos mixtos que contienen una fracción variable de residuos biodegradables industriales y municipales (primera cuestión prejudicial). En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, se suscita además la cuestión de si, en virtud del artículo 16, apartado 2, letra b), a ese tipo de instalación también se le debe dar prioridad en materia de evacuación de electricidad a la red aun cuando la energía producida en la instalación no proceda principalmente de la fracción biodegradable de los residuos (segunda cuestión prejudicial).
- 15 c) La Sala tiende a interpretar, incluso a la vista del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Ley de energías renovables relativas a la prioridad de evacuación de electricidad a la red y, por tanto, también al régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales en el sentido de que solo se aplican a las instalaciones que no utilizan exclusivamente fuentes de energía no renovables si estas valorizan fuentes de energía renovables y convencionales en sistemas separados. En cualquier caso, solamente debería aplicarse la prioridad en la evacuación de electricidad a la red y el régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales a las instalaciones en que, como en el supuesto de la producción de electricidad mediante incineración de desechos, se valoriza una mezcla preexistente, variable y no influenciada de fuentes de energía renovables y convencionales, cuando la fracción de las fuentes de energía renovables sea mayor, por término medio, que la fracción de las fuentes de energía convencionales.
- 16 aa) Es conforme con la finalidad de la Ley de energías renovables conceder la prioridad en la conexión y la evacuación de electricidad a la red, así como la indemnización vinculada al régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales en el supuesto de reducción de la evacuación de electricidad a la red, a las instalaciones de producción de electricidad que valoricen una mezcla preexistente, variable y no influenciada de fuentes de energía renovables y

convencionales, solo cuando utilicen al menos principalmente fuentes de energía renovables. A diferencia de lo que sucede con las instalaciones que combinan dos o más tecnologías para generar energía, en estas instalaciones la prioridad de conexión y de evacuación beneficiaría necesariamente no solo a la fracción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, sino también a la procedente de fuentes convencionales. En efecto, en situaciones en las que la seguridad de la red exija una reducción de la evacuación de electricidad, este tipo de instalación no tiene ninguna posibilidad de limitar la producción de electricidad a la fracción de las fuentes de energía renovables, por ejemplo, continuando con la explotación de la turbina eólica y desconectando la turbina de gas. Esto no solo tendría como consecuencia que, frente a las centrales convencionales, el gestor de red tuviera que privilegiar a ese tipo de «instalación mixta» a efectos de las medidas de gestión de la evacuación de electricidad y en relación con la totalidad de la electricidad que produce, sino que también debería conectarlos prioritariamente a su red. En caso de una capacidad de red reducida, esto podría tener como consecuencia impedir o al menos retrasar la conexión de una instalación construida posteriormente que utiliza exclusivamente fuentes de energía renovables. Resulta aún más cuestionable si ese tipo de ventaja está justificada también en el caso de una instalación que no genera, al menos principalmente, electricidad procedente de fuentes de energía renovables.

- 17 bb) En el presente litigio, esta interpretación tendría como consecuencia que la demandante no tendría derechos al amparo del régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales previsto por la Ley de energías renovables. En efecto, su instalación no combina diferentes tecnologías de producción de energía, es decir, no es una central híbrida en el sentido antes expuesto, sino que utiliza fuentes de energía mixtas preexistentes en fracciones variables y, según su exposición, la fracción de las fuentes de energía renovables no es preponderante.
- 18 d) Si se debiera entender por «instalaciones de generación que utilizan fuentes de energía renovables», en el sentido del artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28, no solo las instalaciones híbridas en el sentido antes indicado, sino también las que producen electricidad a partir de fuentes de energía mixtas preexistentes, como, por ejemplo, los residuos mixtos que contienen una fracción de residuos biodegradables industriales y municipales, sin que los residuos biodegradables sean preponderantes, habida cuenta de la finalidad de la Ley de energías renovables, se suscitaría la cuestión añadida de si existe un umbral de relevancia para la fracción valorizada de las fuentes de energía renovables que, de no alcanzarse, implicaría que este tipo de instalación mixta ya no pudiera tener la consideración de instalación de generación que utiliza fuentes de energía renovables (tercera cuestión prejudicial).
- 19 e) En caso de respuesta afirmativa también a la tercera cuestión prejudicial, sería preciso aclarar con qué fracción de residuos se corresponde dicho umbral o el modo en que debe determinarse (cuarta cuestión prejudicial).

- 20 f) Por último, en el supuesto de que se respondiera afirmativamente a las cuestiones prejudiciales primera y segunda y si la instalación de la demandante pudiera superar un eventual umbral de relevancia en el sentido de las respuestas a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, se suscitaría la cuestión de si para la aplicación de las normas sobre la electricidad procedente de energías renovables a la electricidad que ha sido producida solo parcialmente a partir de residuos biodegradables puede recurrirse a la lógica jurídica del artículo 5, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 2009/28, en el sentido de que dichas normas únicamente se aplican a aquella parte de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y que dicha parte se calculará sobre la base del contenido energético de cada fuente energética (quinta cuestión prejudicial). Esto es relevante dado que, en ese caso, en aplicación del Derecho alemán, interpretado a la luz del Derecho de la Unión, deberá resolverse si el derecho a indemnización previsto en el régimen aplicable en caso de dificultades excepcionales se refiere a la pérdida de ingresos por el conjunto de la electricidad generada en la instalación de la demandante o únicamente por aquella parte de la electricidad (que entonces habrá que determinar) generada a partir de la fracción biogénica de la mezcla de residuos.

[*omissis*]