

Asunto C-514/23

Petición de decisión prejudicial

Fecha de entrada:

8 de agosto de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

8 de agosto de 2023

Parte recurrente:

Tiberis Holding Srl

Partes recurridas:

Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerio de Desarrollo Económico)

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Ministerio de Medio Ambiente y de la Seguridad Energética)

REPÚBLICA ITALIANA

El Consiglio di Stato (Consejo de Estado)

en sede jurisdiccional (Sección Segunda)

ha dictado el presente

AUTO

con relación al recurso con número de registro general 8263 de 2022, presentado por Tiberis Holding s.r.l., [omissis];

contra

GSE — Gestore dei servizi energetici s.p.a. (Sociedad Gestora de Servicios Energéticos, GSE) [omissis];

el Ministero dello sviluppo economico (Ministerio de Desarrollo Económico) [omissis] y el Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Ministerio de Medio Ambiente y de la Seguridad Energética) [omissis];

con la intervención de

Conza Energia s.r.l. [omissis];

para la modificación

de la sentencia [omissis] del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza *ter* (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Sección Tercera *ter*), n.º 8256/2022 [omissis].

[omissis]

[omissis] [procedimiento nacional]

1 Tiberis Holding s.r.l. gestiona una central hidroeléctrica en el río Tíber, en el territorio del municipio Fiano Romano (Roma), con una potencia de 2 747 megavatios.

1.1. El 8 de septiembre de 2017 la Sociedad Gestora de Servicios Energéticos admitió la solicitud de aquella sociedad para la concesión de las medidas de incentivación establecidas en el decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 giugno 2016, recante “*Incentivazione dell’energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*” [Decreto del Ministerio de Desarrollo Económico, de 23 de junio de 2016, sobre «*Incentivos a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables distintas de la energía fotovoltaica*» [omissis], el cual fue desarrollado por los procedimientos de aplicación promulgados por la Sociedad Gestora el 15 de julio de 2016, con arreglo al artículo 26, apartado 1, del mencionado Decreto Ministerial.

1.2. El 5 de octubre de 2017, Tiberis Holding s.r.l. celebró un contrato con la Sociedad Gestora para el reconocimiento de las tarifas de incentivación de la electricidad producida a partir de instalaciones de fuentes de energía renovables distintas de la energía fotovoltaica, en el que se regulaban las condiciones para abonar los incentivos que le correspondían.

1.3. En virtud de tales incentivos, la parte recurrente recibió durante cinco años (es decir, de 2017 a 2021) un total de 4 044 340,75 euros en concepto de ayudas.

1.4. En las facturas número 561085 y 561087 de 4 de abril de 2022 y en la factura número 63405 de 2 de mayo de 2022, la Sociedad Gestora requirió a

Tiberis Holding s.r.l. la devolución de parte de las ayudas, que ascendía a 1 224 210,86 euros.

2 Contra este requerimiento, y además contra las disposiciones contractuales y reglamentarias en las que este se basaba, la sociedad interesada interpuso un recurso ante el T.a.r. per il Lazio (Tribunal Contencioso-Administrativo del Lacio, TAR).

2.1. En apoyo de su pretensión, la interesada [invocó] dos motivos: incumplimiento [omissis] del artículo 3 de la Directiva 2009/28/CE y del artículo 4 de la Directiva 2018/2001/UE, y solicitó que se planteara una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea [omissis]. [Motivo relativo a Derecho interno y sin relevancia a efectos del análisis del Tribunal de Justicia].

3 La Sociedad Gestora y la otra parte en el procedimiento, Conza Energia s.r.l., [omissis] [alegaron] que el recurso era inadmisibile por su carácter extemporáneo y [solicitaron] su desestimación.

4 Mediante la sentencia [antes citada el] TAR admitió a trámite el recurso y, a continuación, lo desestimó en su totalidad alegando, básicamente, que, atendiendo a los criterios normativos y a la luz de los hechos, *«la recurrente obtuvo incentivos mediante “inscripción en un registro”: el operador puede disponer de la electricidad que produce la instalación, la vierte en la red y la vende en el mercado libre. Esta modalidad garantiza al beneficiario del incentivo obtener una remuneración total fija (venta libre + incentivo de GSE) de la energía producida, idónea para compensar las inversiones realizadas en la construcción de la central. De hecho, el incentivo concedido por la Sociedad Gestora garantiza una tarifa proporcional a los costes del proyecto presentado por el solicitante. Se trata, por tanto, de una modalidad que, al iniciarse un proyecto, protege al empresario de la inestabilidad del precio de mercado de la energía en el tiempo y le garantiza una tarifa fija con la que recuperar lo invertido en la construcción de la central [omissis]. La única desventaja [omissis] se debe a que un eventual aumento del precio de mercado de la energía en el tiempo (como el registrado en los últimos meses) no se puede convertir en un aumento de los ingresos de la sociedad, sino que se transforma en un “incentivo negativo” (es decir, en un retorno a favor de GSE, la cual asegura al operador un cierto volumen de ingresos constante cuando el precio de mercado cae por debajo de un determinado nivel. De forma contraria, la Sociedad Gestora, dado que los ingresos asegurados al operador son invariables, cobra la diferencia en el precio de la energía cuando el precio de mercado sube). Pero eso constituye la contrapartida (imprevisible y aleatoria) de garantizar una tarifa fija y, de cualquier modo, compensatoria de la inversión inicial, en caso de que, como sucedió hasta 2021, el precio de mercado de la energía sea inferior al de la tarifa garantizada por la Sociedad Gestora (el incentivo cubre la diferencia entre el precio de la energía vendida y la tarifa base garantizada como compensación por la inversión). [omissis] [Con arreglo a dicha normativa, no tienen*

fundamentación las alegaciones de la parte recurrente relativas a la imposibilidad de ganar beneficios adicionales como consecuencia de las oscilaciones del mercado. En efecto, cuando la parte recurrente presentó su solicitud de incentivos y, tiempo después, terminó el contrato de 5 de octubre de 2017, también aceptó el riesgo empresarial derivado]. Este tipo de medidas de incentivación están en consonancia con lo descrito por la Comisión Europea en la Comunicación 2014/C 200/1, en la que se establecieron las condiciones para que las ayudas en materia de energía y medio ambiente se consideren compatibles con el mercado interior conforme a lo establecido en el artículo 107, apartado 3, letra c) del Tratado de la Unión Europea [...]. [No] puede decirse que [d]icha medida sea discriminatoria porque los operadores que hayan obtenido incentivos como consecuencia de su participación en diferentes procedimientos de subasta “pueden cobrar la totalidad del precio de mercado”, mientras que los que los han obtenido mediante inscripción registral “deben devolver la diferencia entre el precio de mercado y el incentivo”, como ha defendido la parte recurrente. De hecho, las dos situaciones son completamente distintas: [omissis] los operadores participantes en subastas a la baja tienen una tarifa total menor respecto a los que obtienen incentivos mediante su inscripción en un registro, pero, como contrapartida, se pueden beneficiar de eventuales subidas del mercado. Sin embargo, los [inscritos] en un registro tienen tarifas mayores, pero no se pueden beneficiar de las subidas del mercado. [omissis] [Otras consideraciones en el mismo sentido]. El régimen establecido por la normativa es, en cambio, diferenciado y razonable en su conjunto. En efecto, permite garantizar a las empresas de menor tamaño la sostenibilidad económica de la inversión, protegiéndolas de la aleatoriedad del mercado gracias a un sólido respaldo público (es decir, a través de una tarifa más alta garantizada desde el principio al margen de la evolución del mercado), mientras que reserva solo a las de mayor tamaño una remuneración principalmente basada en los ingresos procedentes de las ventas en el mercado, en la presunción de que, por lo general, las empresas de mayor tamaño tienen mayor capacidad financiera para afrontar la evolución del propio mercado. En general, el régimen de incentivos no contradice la normativa europea, protege la “seguridad” de las inversiones, no es discriminatorio y garantiza el interés general en la producción de energía a partir de fuentes renovables, protegiendo a los productores de menor tamaño respecto a los de mayor tamaño, justo en los momentos desfavorables del mercado».

5 En su recurso [omissis] de apelación Tiberis Holding s.r.l. solicitó la modificación de esta sentencia de primera instancia ante e[el órgano jurisdiccional remitente]; en él censuró la calificación jurídica del juez de primera instancia y, en definitiva, volvió a plantear e[el motivo invocado] en el recurso interpuesto en primera instancia.

6 La Sociedad Gestora y Conza Energia s.r.l [omissis] solici[ta] la desestimación del recurso de apelación.

7. [omissis]

8. [omissis] [procedimiento nacional]

9. [El órgano jurisdiccional remitente ob]serva que *a priori* parece existir un conflicto potencial entre la normativa europea, que debe aplicarse obligatoriamente al presente asunto, y [el Derecho de la Unión Europea] [omissis].

Por otro lado, la cuestión de interpretación no tiene una resolución inmediata, ni ha sido objeto de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y además, siendo este tribunal de apelación el órgano del ordenamiento interno que resuelve en última instancia, es preciso plantear una cuestión prejudicial interpretativa al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE.

10. [omissis]

[omissis] [El órgano jurisdiccional remitente indica que ha seguido las “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales” del Tribunal de Justicia y que, en el procedimiento prejudicial, se protege el derecho de defensa de las partes].

11. [omissis] [L]a disposición del Derecho nacional relevante en el presente caso y supuestamente contraria al Derecho [de la Unión Europea] [omissis] es el punto 2 del anexo 1 del decreto del Ministero dello sviluppo economico 23 giugno 2016 (Decreto del Ministerio del Desarrollo Económico de 23 de junio de 2016), en el que se establece, con relación a las instalaciones de potencia superior a 500 kilovatios, que «GSE establecerá el incentivo I_{nuevo} de cada instalación a partir de los datos de producción de electricidad neta vertida en la red y los precios por zona y por hora, y aplicará la siguiente fórmula a las instalaciones nuevas: $I_{nuevo} = T_b + P_r - P_z$, donde: • T_b es la tarifa de incentivación básica obtenida para cada fuente y tipo de instalación de la tabla 1.1 y además, si la instalación ha resultado seleccionada en un procedimiento de subasta, se reducirá en el porcentaje adjudicado en ese procedimiento; • P_r es el importe total de las eventuales primas a las que tiene derecho la instalación; • P_z es el precio por zona y por hora, correspondiente a la zona en la que la electricidad producida por la instalación se vierte en la red. En el caso de que el valor del incentivo sea negativo: a) este será igual a cero para las instalaciones que obtengan incentivos como consecuencia de su participación en procedimientos de subasta; b) para el resto de las instalaciones el valor se mantendrá negativo y GSE efectuará las compensaciones correspondientes a la hora de liquidar los importes, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 22 del DM 6 luglio 2012 (Decreto Ministerial de 6 de julio de 2012)».

12. Esta disposición puede ser incompatible con el artículo 3 de la Directiva 2009/28/CE y al artículo 4 de la Directiva 2018/2001/UE, que señalan cinco parámetros de legalidad de los incentivos, de carácter acumulativo: a) que los incentivos se basen en criterios de mercado; b) que permitan a los beneficiarios responder a las señales del mercado; c) que eviten distorsiones innecesarias de los mercados; d) que garanticen que los productores respondan a las señales de

precios del mercado y, finalmente, e) que garanticen que los productores optimicen sus ingresos de mercado; y f) que se concedan de forma abierta, transparente, competitiva, no discriminatoria y rentable.

12.1. En particular, la normativa nacional podría tener como efecto que los productores renunciaran al incentivo, lo cual es contrario a la finalidad de las medidas de incentivación.

En este sentido, cabe señalar que el Decreto Ministerial de 23 de junio de 2016 establece que existen tres tipos de procedimientos para la concesión de medidas de incentivación: «*previa inscripción en registros establecidos al efecto*» (artículo 4, apartado 1); «*como consecuencia de la participación en procedimientos competitivos de subastas a la baja*» (artículo 4, apartado 2); o de forma directa para las instalaciones pequeñas, estableciéndose distintos umbrales para cada fuente (artículo 4, apartado 3). La adhesión a uno u otro régimen no es voluntaria, sino que depende exclusivamente de la capacidad productiva de la central, así que Tiberis Holding s.r.l. no pudo decidir libremente si presentar su solicitud de inscripción en el registro informático, tal y como hizo en la práctica, o participar en una subasta, ya que se trata de dos categorías distintas y establecidas previamente conforme al tipo y a la capacidad máxima de la instalación.

[Una vez aclarado esto], se observa que, en el caso de que el valor del incentivo, obtenido de la diferencia entre la tarifa reconocida y el precio por zona y por horario, sea negativo, este, conforme a lo establecido en el punto 2 del anexo 1 del Decreto Ministerial de 23 de junio de 2016, «*será igual a cero para las instalaciones que obtengan incentivos como consecuencia de su participación en procedimientos de subasta*», mientras que para el resto de instalaciones, como la de la interesada, «*el valor se mantendrá negativo y GSE efectuará las compensaciones correspondientes a la hora de liquidar los importes*», con la precisión, [incluida en] los procedimientos de aplicación promulgados por la Sociedad Gestora el 15 de julio de 2016, de que «*la energía producida y vertida a la red por las instalaciones que soliciten la concesión de “incentivos” estará a disposición del Sujeto Responsable*».

Basándose en estos parámetros, Tiberis Holding s.r.l., que obtuvo incentivos mediante el sistema de inscripción registral, puede disponer de la electricidad producida en su instalación para verterla en la red y venderla en el libre mercado.

Esta modalidad garantiza al beneficiario del incentivo un ingreso total formado por la suma de los ingresos procedentes de la venta en el mercado de la energía producida y el incentivo recibido de la Sociedad Gestora, idóneo para compensar las inversiones efectuadas en la construcción de la central, habida cuenta de que la Sociedad Gestora garantiza una tarifa fija proporcional a los costes del proyecto presentado que fue aceptada expresamente por el empresario en el momento de la libre suscripción del contrato, protegiendo [así] al productor de la inestabilidad del precio de mercado de la energía en el tiempo.

No obstante, un eventual aumento del precio de mercado de la energía en el tiempo (como ha sucedido en los últimos años) no se traduce en un aumento de los ingresos del operador, dada la existencia de una tarifa fija, sino que se transforma en el denominado «incentivo negativo», es decir, en un rendimiento económico a favor de la Sociedad Gestora, la cual [omissis], si el precio de mercado desciende, asegura en cualquier caso un nivel de ingresos fijos al operador, mientras que si el precio de mercado sube, la Sociedad Gestora cobra la diferencia entre el precio de la energía y la tarifa fija de incentivación.

En definitiva, los productores de instalaciones medianas (entre 1 y 5 megavatios), que obtienen incentivos mediante la inscripción en el registro informático establecido en el artículo 9 y siguientes del Decreto Ministerial de 23 de junio de 2016, deben devolver la diferencia entre el precio de mercado y el incentivo, a diferencia de los productores de grandes instalaciones (superiores a 5 megavatios), que obtienen incentivos mediante la subasta regulada en los artículos 12 y siguientes del mencionado Decreto Ministerial y pueden cobrar la totalidad del precio de mercado.

Dado que el incentivo negativo no es una contrapartida de la garantía de tener una tarifa fija, ya que la empresa vende la energía en el mercado, que tiene sus propias dinámicas y riesgos, se pone de manifiesto que la medida de compensación en caso de indemnización negativa es posiblemente incompatible con las Directivas 2009/28/CE y 2018/2001/CE, que obligan al Estado a permitir que el operador reaccione a las dinámicas del mercado para prevenir las distorsiones derivadas de la eliminación de la elasticidad de la demanda de los productores, los cuales, como consecuencia de la compensación del incentivo negativo, no tendrían interés en reaccionar a las dinámicas del mercado.

13. Dicho lo anterior, se plantea [al] Tribunal de Justicia la siguiente cuestión: *«¿Se oponen los principios recogidos en los artículos 3 de la Directiva 2009/28/CE y 4 de la Directiva 2018/2001/UE a una normativa nacional que, en el marco de un régimen nacional de incentivos, establece, en casos en los que los productores venden la energía en el libre mercado, una tarifa incentivadora que garantiza un precio mínimo, que es, a su vez, también un precio máximo, en virtud de un mecanismo de compensación o devolución de las sumas que excedan del valor del incentivo si el precio de mercado es superior a este último (denominado incentivo negativo), mecanismo de compensación que además solo se aplica cuando el productor que vende la energía en el libre mercado accede al incentivo mediante la inscripción en el oportuno registro y no cuando accede a él mediante la participación en un procedimiento de subasta?»*

En virtud de todo lo expuesto

El Consiglio di Stato en sede jurisdiccional, Sección Segunda, ordena:

a) Que se remita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial indicada en los fundamentos [omissis].

[*omissis*]

[*omissis*] [suspensión del procedimiento nacional e instrucciones para la cancelleria nazionale (Secretario Judicial)]

[*omissis*] Roma [*omissis*] 28 de marzo de 2023 [*omissis*]

DOCUMENTO DE TRABAJO