

Asunto C-293/23

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

10 de mayo de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

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

Fecha de la resolución de remisión:

13 de diciembre de 2022

Parte recurrente en casación:

ENGIE Deutschland GmbH

Parte recurrida en casación:

Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (Autoridad reguladora del
Ministerio de Economía, Trabajo y Transportes del estado federado
de Sajonia)

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

RESOLUCIÓN

[*omissis*]

Pronunciada el:

13 de diciembre de 2022

[*omissis*]

En el procedimiento administrativo en materia de Derecho de la energía entre
ENGIE Deutschland GmbH, [*omissis*] Essen,

demandante y

recurrente en casación,

[*omissis*]

[*omissis*]

y

Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (Autoridad reguladora del Ministerio de Economía, Trabajo y Transportes del estado federado de Sajonia), [*omissis*] Dresde,

recurrida en casación,

Otros intervinientes:

1. Zwickauer Energieversorgung GmbH, [*omissis*] Zwickau,

demandada,

[*omissis*]

[*omissis*]

2. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agencia Federal de Redes de Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarriles), [*omissis*] Bonn,

la Sala de defensa de la competencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal), tras la vista celebrada el 11 de octubre de 2022 [*omissis*],

ha resuelto:

I. Suspender el procedimiento.

II. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 2, puntos 28 y 29, y 30 y siguientes, de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE:

¿Se oponen los artículos 2, puntos 28 y 29, y 30 y siguientes, de la Directiva 2019/944 a una disposición como el artículo 3, punto 24a, en relación con el punto 16, de la Energiewirtschaftsgesetz (Ley sobre el suministro de electricidad y gas; en lo sucesivo, «EnWG»), según la cual el operador de una instalación para el suministro de energía no está sujeto a las obligaciones de un gestor de la red de distribución si construye y explota la

instalación de energía en lugar de la red de distribución existente para abastecer, mediante electricidad generada en una central de cogeneración, varios bloques de viviendas con hasta 200 unidades residenciales arrendadas y con una cantidad anual de energía transmitida de hasta 1 000 MWh, cuando los costes de construcción y explotación de la instalación de energía corren a cargo de los consumidores finales (arrendatarios) como parte de una tarifa básica mensual uniforme que debe abonarse por el calor suministrado y el operador vende la electricidad generada a los arrendatarios?

Fundamentos:

- 1 I. La demandante es una empresa suministradora de energía. Explota en varios lugares, entre otras, centrales de cogeneración, redes de calefacción locales e instalaciones de suministro de energía mediante las que suministra calor y electricidad a consumidores finales, habiendo alcanzado en 2019 un volumen de negocios de más de mil millones de euros. La demandada (en lo sucesivo, «gestora de la red de distribución») explota la red de distribución de electricidad de Zwickau. Las partes discrepan sobre si la demandada está obligada a conectar dos instalaciones de energía de la demandante como instalaciones de clientes en el sentido del artículo 3, punto 24a, de la EnWG.
- 2 En virtud de un contrato de suministro de calor suscrito con la propietaria del terreno, Zwickau Wohnungsbaugenossenschaft eG (en lo sucesivo, «cooperativa de viviendas»), la demandante abasteció de calefacción y agua caliente a cuatro bloques de viviendas con 96 unidades residenciales, situados en una superficie de 9 000 m² (en lo sucesivo, «zona 1»), así como a seis bloques de viviendas con 160 unidades residenciales, situados en una superficie de 25 500 m² (en lo sucesivo, «zona 2»), mediante una central de energía y una red de calefacción local conectada a esta. Las zonas 1 y 2 son colindantes, pero las redes de calefacción locales no están conectadas entre sí. Todos los bloques de viviendas situados en ambas zonas estaban conectados a la red de distribución del gestor de la red.
- 3 En 2018, la demandante tenía previsto construir y explotar dos centrales de cogeneración con una potencia eléctrica de 20 kW (zona 1) y 40 kW (zona 2) y dos sistemas de líneas eléctricas separadas galvánicamente [omissis] a las que se debían conectar los consumidores finales (arrendatarios). Su intención era vender la electricidad producida en las centrales de cogeneración, además del calor y el agua caliente, a los arrendatarios residentes en los bloques de viviendas, estimando una cantidad anual de energía transmitida de 288 MWh en la zona 1 y de 480 MWh en la zona 2. En consecuencia, dio de alta en la demandada conexiones a la red para dos instalaciones de clientes separadas con conexiones eléctricas principales en las zonas 1 y 2, y solicitó la conexión a su red, así como la puesta a disposición de los puntos de medición necesarios con arreglo al artículo 20, apartado 1, letra d), de la EnWG. La demandada desestimó las solicitudes por considerar que no se trataba de instalaciones de clientes.

- 4 Las solicitudes presentadas por la demandante ante la recurrida en casación como autoridad reguladora del estado federado relativas a que se revisara dicho proceder, se obligara a la demandada a conectar las instalaciones a su red como instalaciones de clientes y se permitiese la facturación de conformidad con el artículo 20, apartado 1, letra d), de la EnWG fueron desestimadas por dicha autoridad reguladora. Durante el procedimiento de recurso tramitado ante el Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal), la demandante y la cooperativa de viviendas celebraron, los días 21/27 de abril de 2020, un nuevo contrato de suministro de calor. Según dicho contrato, las dos centrales de cogeneración debían construirse antes de diciembre de 2020.
- 5 II. Para la resolución del recurso de casación son pertinentes algunas disposiciones de la EnWG, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 3 de la EnWG

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

3. Gestores de redes de distribución eléctrica

Toda persona física, jurídica o entidad organizativa jurídicamente dependiente de una empresa gestora de redes de suministro energético que desempeñe la tarea de distribución de electricidad y sea responsable de la explotación, el mantenimiento y, en caso necesario, la ampliación de la red de distribución en una zona determinada y, en su caso, de sus interconexiones con otras redes.

15. Instalaciones de energía

Las instalaciones de generación, almacenamiento, transporte o suministro de energía, siempre que no sirvan únicamente para la transmisión de señales, incluidas las instalaciones de distribución de los consumidores finales.

16. Redes de suministro energético

Redes de suministro de electricidad y de gas que pasen por uno o varios escalones de tensión o niveles de presión, con exclusión de las instalaciones de clientes mencionadas en los puntos 24a [...].

18. Empresa gestora de redes de suministro energético

Toda persona física o jurídica que suministre energía a terceros, explote una red de suministro energético o tenga un poder de disposición como propietario de una red de suministro energético. No obstante, la explotación de una instalación de cliente o de esta para su propio abastecimiento profesional no convertirá al operador en una empresa gestora de redes de suministro energético.

24a. Instalaciones de clientes

Instalaciones para el suministro de energía,

- a) que se encuentren en un área que constituya una unidad espacial,
- b) que estén conectadas a una red de suministro energético o a una instalación de generación,
- c) que no sean significativas para garantizar una competencia efectiva y no falseada en el suministro de electricidad y gas, y
- d) que se pongan a disposición de cualquier persona, de forma no discriminatoria y gratuita, para el suministro a los consumidores finales conectados mediante una línea, con independencia de la elección del proveedor de energía.

Artículo 20, punto 1 d, de la EnWG [...]

El gestor de la red de suministro energético al que esté conectada una instalación de cliente estará obligado a poner a disposición el punto de medición para registrar la cantidad de electricidad extraída e inyectada por la instalación de cliente en la red de suministro general (contador de totales), así como todos los puntos de medición necesarios para conceder acceso a la red a los contadores secundarios de la instalación de cliente a través de la línea (contadores secundarios relevantes para la compensación). En el suministro a los consumidores finales por parte de terceros, se compensarán, en la medida de lo necesario, los valores medidos mediante contadores secundarios. [...]»

- 6 III. El éxito del recurso de casación depende de la cuestión prejudicial. En consecuencia, antes de adoptar una decisión debe suspenderse el procedimiento y remitir 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.
- 7 1. El órgano jurisdiccional de apelación negó la existencia de instalaciones de clientes debido a que las centrales 1 y 2 no eran insignificantes para garantizar una competencia efectiva y no falseada en el suministro de electricidad y gas en el sentido del artículo 3, punto 24a, letra c), de la EnWG. Señaló que el contrato de suministro de calor vinculaba las zonas 1 y 2 como marco general de una entidad común con 10 bloques de viviendas, cerca de 30 000 m² de superficie y más de 300 unidades residenciales conectadas, y la demandante actuaba frente a los arrendatarios como operadora de las instalaciones 1 y 2 y, al mismo tiempo, como proveedora de electricidad.
- 8 2. Procede estimar el recurso interpuesto contra dicha resolución si las centrales 1 y 2 deben considerarse instalaciones de clientes en el sentido del

artículo 3, punto 24a, de la EnWG. En opinión de la Sala, procede responder afirmativamente a esta cuestión sobre la base de los hechos comprobados.

- 9 a) Se cumplen los requisitos del artículo 3, punto 24a, letras a) y b), de la EnWG. Las instalaciones 1 y 2 están situadas en un área que constituye una unidad espacial (véase la resolución del Bundesgerichtshof de 12 de noviembre de 2019 — EnVR 66/18, WM 2020, 901, apartado 22 — Netze BW) y conectadas a una red de suministro energético y a una instalación de generación. A pesar de su redacción («o»), el artículo 3, punto 24a, letra b), de la EnWG no exige que solo exista una conexión con la red de suministro energético o con una instalación de generación. La disposición se limita a indicar que basta la conexión con una instalación de generación que no disponga de conexión con una red de suministro energético («soluciones insulares») (véase el Proyecto de ley por el que se establece una nueva regulación de las disposiciones en materia de energía, de 6 de junio de 2011, BT-Drucks. 17/6072, p. 51).
- 10 b) De conformidad con el artículo 3, punto 24a, letra d), de la EnWG, las instalaciones también se ponen a disposición de cualquier persona, de forma no discriminatoria y gratuita, para el suministro a los consumidores finales conectados mediante una línea, con independencia de la elección del proveedor de energía.
- 11 aa) Las tarifas basadas en el consumo por la utilización de la instalación de cliente se oponen a la gratuidad. Esto incluye cualquier forma de retribución en función de la cantidad de energía transmitida [Oberlandesgericht Frankfurt (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort), EnWZ 2018, 182, apartado 40 [omissis] (referencias doctrinales)]. De este modo, la Ley persigue el objetivo de renunciar a la regulación, también necesaria desde el punto de vista de la fijación de precios en el caso de los monopolios naturales, de las instalaciones de clientes únicamente si no existe *a priori* ningún riesgo de que los costes de la instalación se perciban en función de la utilización. Este riesgo también existe cuando el propio operador de la instalación de cliente actúa como proveedor de energía (resolución del Bundesgerichtshof de 25 de enero de 2022 — EnVR 20/18, ZNER 2022, 258, apartado 20, y la jurisprudencia citada).
- 12 bb) La demandante no percibe una tarifa basada en el consumo. Por todos los servicios que debe prestar en virtud del contrato de suministro de calor, incluidos todos los costes no relacionados con el consumo, tales como, entre otros, la construcción y la explotación de las centrales de cogeneración y las instalaciones de energía, desde el punto de suministro de la red pública de distribución hasta la entrega a los arrendatarios y la garantía del proceso de intercambio de datos, entre otros, con el gestor de la red de distribución, con arreglo al contrato de suministro de calor (cláusulas 2, punto 1, y 5, y anexo 7, electricidad de los arrendatarios), percibe una tarifa básica mensual uniforme e independiente del consumo. Esta tarifa es repercutida por la cooperativa de viviendas a los consumidores finales en función de la superficie habitada.

- 13 cc) Sobre esta base fáctica, la demandante no tiene que alegar ni probar que el precio de la electricidad que ofrece a los consumidores finales no incluye un canon de utilización de la instalación. Se cumplen el sentido y la finalidad del criterio de gratuidad. La disposición tiene por objeto, según su claro tenor («solo»), garantizar que el suministro a los consumidores finales sea gratuito y no discriminatorio. Así ocurre en este caso. Todos los proveedores de electricidad, incluida la demandante, reciben el mismo trato, ya que utilizan la instalación de forma gratuita. Todos los consumidores finales conectados a las instalaciones de energía deben soportar los costes por igual e independientemente de su elección del proveedor de electricidad y de la cantidad de electricidad que consuman. No hay indicios de que existan tarifas por utilización de la red prohibitivamente elevadas. Por otra parte, no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si la imputación de los costes de construcción y explotación de la instalación a los arrendatarios está autorizada en virtud de la normativa aplicable en Alemania en materia de imputación de los costes de explotación [omissis]. Esto no es determinante para la gratuidad en el sentido del artículo 3, punto 24a, letra d), de la EnWG. En cualquier caso, una eventual incompatibilidad con la legislación relativa a los costes de explotación que los consumidores finales y arrendatarios deberían invocar frente a la cooperativa de viviendas no podría llevar, conforme a los principios antes mencionados, a negar el criterio de la gratuidad previsto en el artículo 3, punto 24a, letra d), de la EnWG.
- 14 c) En virtud del artículo 3, punto 24a, letra c), de la EnWG, las instalaciones 1 y 2 también son insignificantes para garantizar una competencia efectiva y no falseada en el suministro de electricidad y gas.
- 15 aa) Una instalación de energía es insignificante para la competencia si no alcanza una dimensión técnica, económica o de suministro que pueda afectar a la competencia del suministro y a la situación del gestor de la red determinada por la normativa. El tamaño de la instalación es determinante a este respecto (resolución del Bundesgerichtshof de 12 de noviembre de 2019 — EnVR 65/18, WM 2020, 897, apartados 31 y 32 — Gewoba). Por lo general, se considera que no existe una instalación de cliente cuando hay conectados varios cientos de consumidores finales, se abastece una superficie significativamente superior a 10 000 m², hay conectados varios edificios y se prevé que la cantidad anual de energía transmitida supere ampliamente los 1 000 MWh. Si, por el contrario, el tamaño de la instalación de energía no alcanza los valores mencionados en varios de estos puntos, normalmente se trata de una instalación de cliente. No obstante, el juez que conoce del fondo del asunto debe decidir también, en este caso, si, al margen de la apreciación global, la instalación ya no puede considerarse insignificante desde el punto de vista de la competencia, en particular teniendo en cuenta otras circunstancias (resolución del Bundesgerichtshof anteriormente citada, apartado 32 — Gewoba).
- 16 bb) De conformidad con estos principios, las instalaciones 1 y 2 son insignificantes para la competencia. La primera no cumple tres de los puntos y la segunda dos de ellos.

- 17 (1) El órgano jurisdiccional de apelación erró al considerar las dos instalaciones conjuntamente en la apreciación global. Al estar separadas galvánicamente, se trata de dos instalaciones diferentes, para cada una de las cuales deben examinarse por separado los requisitos del artículo 3, punto 24a, de la EnWG. La exposición de motivos de la Ley, según la cual hay que tener en cuenta, por ejemplo, la existencia de un mayor número de instalaciones de clientes conectadas (BT-Drucks. 17/6072, p. 51; véase la resolución del Bundesgerichtshof anteriormente citada, apartado 28 — Gewoba), se refiere únicamente a otras instalaciones de clientes conectadas a la instalación de energía de que se trate (y no a otras instalaciones de clientes conectadas a la red de distribución anterior [referencias doctrinales] [omissis]).
- 18 (2) Si la apreciación global exigida por el criterio de competencia solo se efectúa en relación con la instalación de que se trate, se llega a la conclusión de que las instalaciones 1 y 2 son insignificantes desde el punto de vista de la competencia. Es cierto que, hasta la fecha, la Sala aún no se ha pronunciado sobre si una instalación que, como en el caso de la central 2, no alcanza los valores señalados con respecto a dos puntos debe considerarse también una instalación de cliente. Sin embargo, debe responderse afirmativamente a esta cuestión. En este caso, por lo general, no hay un tamaño significativo para la competencia [omissis]. Habida cuenta del reducido número de consumidores finales conectados a cada una de las instalaciones, no cabe esperar una incidencia más que insignificante en la situación competitiva de la demandada y en la competencia en el suministro, incluso teniendo en cuenta el hecho de que la demandante actúa frente a los consumidores finales como operadora de la instalación de cliente y al mismo tiempo como proveedora de electricidad.
- 19 3. Sin embargo, el artículo 3, punto 24a, de la EnWG, tal como ha sido interpretado anteriormente, en la que esta Sala debe basarse a la luz del tenor, el sentido, la finalidad y la génesis de la normativa, y que la Agencia Federal de Redes, como autoridad nacional de regulación, también considera correcta, no es compatible con los artículos 2, puntos 28 y 29, y 30 y siguientes de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 (en lo sucesivo, «Directiva 2019/944»), si las instalaciones 1 y 2 forman parte integrante de la red de distribución en el sentido del artículo 2, puntos 28 y 29, de esta Directiva. En efecto, con arreglo al artículo 3, punto 16, de la EnWG, las instalaciones de clientes no forman parte de una red de suministro energético. Sus operadores no son gestores de la red de distribución en el sentido del artículo 3, punto 3, de la EnWG y, por tanto, no están sujetos a regulación con arreglo a los artículos 11 y siguientes de esta Ley. En el punto de conexión de la instalación de cliente a la red de suministro energético finaliza la red regulada y comienza la instalación de cliente no regulada (véase BT-Drucks. 17/6072, p. 51). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no se ha pronunciado sobre el concepto de red de distribución en lo que respecta a la cuestión de si comprende también instalaciones de clientes en el sentido del artículo 3, punto 24a, de la EnWG. Esta cuestión también plantea dudas.

- 20 a) El artículo 2, punto 28, define la distribución como el transporte de electricidad por las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro. Suministro es la venta y la reventa de electricidad a clientes (artículo 2, punto 12, de la Directiva 2019/944). A este respecto, determinadas redes de transporte o de distribución no deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva debido a su tamaño o a su grado de consumo de electricidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2008, citiworks AG y otros, C-439/06, EuZW 2008, 406, apartado 49, en relación con la Directiva 2003/54/CE). Queda por resolver qué estructuras constituyen redes de distribución y con arreglo a qué criterios debe determinarse este extremo. No cabe duda de que las instalaciones de distribución doméstica situadas en el interior de un inmueble y explotadas por el arrendador no constituyen redes de distribución, cualquiera que sea su tamaño [referencias doctrinales] [omissis]. Lo mismo sucede con una instalación para el suministro de energía perteneciente a una comunidad de propietarios que abastece a 20 viviendas unifamiliares situadas en una parcela en el sentido jurídico del término (véase Bundesgerichtshof, WM 2020, 901, apartado 22 — Netze BW). Sin embargo, habida cuenta del tamaño de las instalaciones 1 y 2 que deben valorarse en el presente caso y del hecho de que la demandante actúa frente a los arrendatarios como propietaria y operadora de las instalaciones y como proveedora de electricidad [referencias doctrinales] [omissis], no puede considerarse, sin lugar a dudas, que las instalaciones no forman parte de la red de distribución en el sentido de los artículos 2, puntos 28 y 29, y 30 y siguientes de la Directiva 2019/944.
- 21 b) La conexión de las instalaciones 1 y 2 a la red de distribución como instalaciones de clientes afecta a los objetivos del artículo 1, párrafos primero y segundo, de la Directiva 2019/944, de crear mercados de la electricidad integrados, flexibles, equitativos y transparentes, así como de garantizar unos precios y costes de la energía asequibles y transparentes para los consumidores, un elevado grado de seguridad de suministro y una suave transición hacia un sistema energético sostenible bajo en carbono. Ciertamente, esto no es significativo en relación con cada instalación que, como se ha expuesto anteriormente, debe ser considerada aisladamente. Sin embargo, cuantas más instalaciones de suministro de energía de tipo y tamaño comparables se conecten a la red de distribución como instalaciones de clientes, más significativos serán los posibles efectos, en parte adversos y, como señala acertadamente la demandante, en parte beneficiosos, sobre los citados objetivos.
- 22 aa) es cierto que las instalaciones de suministro de energía conectadas a instalaciones de generación descentralizadas, como las centrales 1 y 2, pueden facilitar la transición hacia un sistema energético sostenible bajo en emisiones de carbono [referencia doctrinal] [omissis]. Sin embargo, cuando se conecta a la red de distribución un gran número de instalaciones de clientes comparables, la explotación de la red suele ser más cara y menos eficiente. En efecto, la electricidad producida por una instalación de generación descentralizada y consumida en la instalación de cliente conectada a ella, no está sujeta a tarifas de

acceso a la red en virtud de los artículos 20 y siguientes de la EnWG, mientras que el gestor de la red de distribución debe, no obstante, conservar una capacidad de red suficiente para mantener el suministro en caso de fallo de las instalaciones de generación descentralizadas (véase la resolución del Bundesgerichtshof de 28 de junio de 2005 — KVR 27/04, BGHZ 163, 296 [juris, apartado 48]; [referencias doctrinales] [*omissis*]). Por lo tanto, también en relación con los artículos 15, apartado 2, letra e), y 16, apartado 1, letra e), de la Directiva 2019/944, según los cuales debe asegurarse que (incluso) los clientes activos y las comunidades ciudadanas de energía contribuyan de manera adecuada y equilibrada al reparto general de los costes del sistema, surgen dudas sobre si las instalaciones 1 y 2 pueden ser excluidas de la red de distribución.

23 bb) El hecho de que, en virtud del contrato de suministro de calor, los costes de construcción, explotación y mantenimiento de las instalaciones 1 y 2 sean soportados por la cooperativa de viviendas (y, en última instancia, por los consumidores finales y arrendatarios) provoca una distorsión de la competencia entre la demandante y otros proveedores de electricidad. La demandante no tiene que asumir los costes de las instalaciones para el suministro de energía, ni pagar tarifas de acceso a la red [*omissis*]. Por tanto, cuanto mayor sea el número de instalaciones de tipo y tamaño comparables que explote, mayor será la repercusión sobre la competencia.

cc) Además, también existe un conflicto de intereses inherente al sistema en relación con los consumidores finales, ya que la demandante actúa frente a ellos como propietaria y operadora de la instalación de cliente y como proveedora de electricidad. Como tal proveedora, la demandante tiene interés en que se apliquen los precios de electricidad más elevados posibles. Este interés se vería comprometido si las tarifas que percibe por la construcción, explotación y mantenimiento de las instalaciones 1 y 2 se indicaran de manera transparente. Lógicamente, en los acuerdos suscritos en el contrato de suministro de calor no figura por separado la tarifa de utilización. Por lo tanto, los arrendatarios no pueden calcular el total de las tarifas que han de pagar por la energía eléctrica suministrada.

Instancia previa:

Oberlandesgericht Dresden (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Dresde), decisión de 16 de septiembre de 2020 — Kart 9/19 —