

INFORME SOBRE LA SOLICITUD DE INFORME DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA RELATIVA AL PROYECTO DE ORDEN POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA PRIORIZAR EL ACCESO Y CONEXIÓN A LA RED ELÉCTRICA PARA LA EVACUACIÓN DE LA ENERGÍA A LAS INSTALACIONES DE GENERACIÓN NO GESTIONABLES, CONTEMPLADAS EN EL RD 661/2007

De conformidad con la Disposición Adicional Undécima, apartado tercero, 1, función Sexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y el artículo 5.1. del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 3 de abril de 2008 ha acordado emitir el siguiente

INFORME

1. OBJETO

El presente documento tiene por objeto responder a la solicitud de UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA por la que solicita informe sobre el *“Proyecto de Orden por el que se regula el procedimiento para priorizar el acceso y conexión a la red eléctrica para la evacuación de la energía a las instalaciones de generación no gestionables, contempladas en el RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial”*

2. ANTECEDENTES

Con fecha de entrada en de 18 de diciembre de 2007 tiene entrada en esta Comisión el Proyecto de Orden anteriormente mencionado, remitido por UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS Y EJECUTIVAS EN MATERIA DE ACCESO Y CONEXIÓN

3.1. Objeto y contenido del Proyecto de Orden

El Preámbulo del Proyecto de Orden alude a *“las situaciones de conflicto”* que se plantean *“para evacuar la energía producida”*. Según el artículo 1 del Proyecto de Orden, el objeto de la misma es *“priorizar el acceso y conexión a las redes de transporte o distribución en la Comunidad Autónoma para aquellas instalaciones de generación no gestionables contempladas tanto en el RD 1955/2000 en su Título VII como en el Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial”*. De acuerdo con ello, el artículo 2 del Proyecto de Orden establece una capacidad de 500 MW *“como capacidad máxima de evacuación para la Comunidad Autónoma”*, que, en su caso, podrá ser modificada por Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad Autónoma.

Según el artículo 4, penúltimo párrafo, del Proyecto de Orden, *“En el caso de que exista insuficiente capacidad en el nudo, se resolverá por el titular de la Dirección General de Industria, Energía y Minas [de la Comunidad Autónoma], asignando la potencia disponible en aplicación de los criterios de valoración establecidos en el artículo 5 de esta Orden”*. Por su parte, el citado artículo 5 prioriza en función de tres criterios: *“madurez administrativa del proyecto”*, *“capacidad técnica y económica de los promotores o titulares y viabilidad técnica del proyecto”* y *“nuevos planes industriales”*.

Según este mismo artículo 5 del Proyecto de Orden, *“Mediante Resolución del titular de la Dirección General de Industria, Energía y Minas se priorizarán los proyectos que puedan ejecutarse, asignándose potencia y punto de evacuación para cada instalación de generación, ésta será debidamente notificada a los solicitantes”*. En esta línea, la disposición adicional segunda prescribe que *“Las*

discrepancias que pudieran surgir entre promotores, así como las incidencias en la aplicación de la presente Orden, se plantearán ante el titular de la Dirección General de Industria, Energía Y Minas [de la Comunidad Autónoma], quien dictará la Resolución que corresponda”.

3.2. Sobre la distinción entre conflicto de acceso y conflicto de conexión

Coincidiendo en buena medida con las consideraciones contenidas en las Resoluciones de la CNE y en las del Ministerio correspondiente (al conocer de recursos de alzada), la jurisprudencia ha abordado la diferenciación conceptual entre conflicto de acceso y conflicto de conexión a los efectos de distinguir entre las competencias de la Administración General del Estado y las competencias de las Comunidades Autónomas.

En concreto, según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la competencia de la Administración General del Estado (en el seno de la cual se enmarca la CNE) en materia de resolución de conflictos de acceso se debe al interés propio de esta Administración en lo relativo al tránsito o flujo de electricidad a través de las redes, mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de resolución de conflictos de conexión se deben al interés propio de estas Administraciones en lo relativo a la autorización de las instalaciones cuyos elementos y cuyo aprovechamiento se enmarquen en su ámbito territorial. A este respecto, resultan ilustrativos los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo:

- “(...) El Ministerio de Industria y Energía, por el contrario, al estimar los recursos ordinarios interpuestos por Hec, anuló la resolución de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional de 1 de julio de 1997 negando que la cuestión planteada fuera de acceso a las redes de distribución, «pues ésta se refiere a las condiciones de tránsito de energía por las redes, cuestión distinta de la

planteada aquí, que se refiere a la petición de un aumento de potencia en el suministro de energía, ya recibido, a tarifa regulada».

*(...) A nuestro juicio, coincidente con el de la citada Comisión (y con el que sostendría el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución antes citada) la pretensión inicial no consistía sólo en un mero aumento de potencia contratada sino que incluía también una **cuestión de acceso a la red de distribución eléctrica**. En primer lugar, porque el suministro de un distribuidor a otro distribuidor implica necesariamente el tránsito o flujo de electricidad a través de la red de distribución: la negativa al suministro en las condiciones pedidas por el distribuidor solicitante -que tenía derecho a obtenerlo- constituye simultáneamente una negativa al acceso de éste a la red eléctrica.*

(...) A la vista de estas consideraciones, debemos deducir que la competencia para resolver correspondía a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional por aplicación inmediata del ya citado artículo 41.2 de la Ley 40/1994 que se la otorga para resolver las cuestiones planteadas en relación con las condiciones de acceso a la red, expresión que engloba la negativa a facilitarlo en las circunstancias objeto de recurso.

(...) La recurrente tenía derecho, pues, a tener asegurado el suministro de energía eléctrica necesario para realizar sus actividades empresariales (consistentes en la reventa de dicha energía a terceros), lo que implica el derecho accesorio a que aquella energía transitara por la red cuya titularidad correspondía a otras distribuidoras. (...)"

[Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004; Sala C-A; Sección 3ª; recurso de casación 8079/2000]

- *"Pues bien, en lo que respecta a la incompetencia de naturaleza territorial que plantea el actor, por entender que la competencia corresponde a la*

Comunidad Autónoma como consecuencia de que la red afectada se encuentra ubicada en el ámbito territorial de determinada Comunidad, ha de desestimarse tal falta de competencia si se revisa la legislación aplicable y que es clara y expresa en este extremo.

*Así, conforme dispone el art. 3 1.d) de la citada Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico, corresponde a la **Administración General del Estado** ejercer las funciones de ordenación previstas en el Título II; en cuyo art. 11.2 se garantiza el acceso de terceros a las redes de distribución y transporte en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la misma Ley; señalando el art. 39.2, que la ordenación de la distribución tendrá por objeto establecer y aplicar principios comunes que garanticen su adecuada relación con las restantes actividades eléctricas, determinar las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por dichas redes, establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio y la fijación de condiciones comunes equiparables para todos los usuarios de la energía, así como que, dichas ordenación consistirá en el establecimiento de la normativa básica, en la previsión del funcionamiento y desarrollo coordinado de las redes de distribución en el territorio nacional y en las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por las mismas.”*

[Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (Sala C-A; Sección 3ª; recurso de casación 6559/2004)]

- *“Existe, por tanto, una concurrencia de autorizaciones, que, aunque estén vinculadas entre sí, cada una de las cuales tiene su propio régimen, y, por supuesto, su otorgamiento corresponde separadamente a las Administraciones que conforme al reparto competencial señalado tienen atribuida la competencia. La autorización que corresponde otorgar a la Administración del Estado velará además por la adecuada ordenación del suministro, conforme a lo previsto en el apartado d) del art. 3.1 de la LSE, por*

lo que tampoco esta competencia estatal interfiere, pese a lo alegado por la Cooperativa recurrida, con la autorización de conexión concedida por la Comunidad Autónoma. Precisamente, en relación con este punto, la Comisión Nacional de la Energía ha resuelto el conflicto entre la Cooperativa e Iberdrola para el acceso a las redes de distribución CATR 1/2000, en cuya resolución se mantiene esta dualidad de procedimientos, **al distinguir claramente el acceso y la conexión, correspondiendo los conflictos derivados de uno y otro a distintas autoridades eléctricas.**

Tampoco constituye obstáculo a esta competencia lo dispuesto en los artículos 38 y 42.3 de la LSE, pues los conflictos a que dichos preceptos se refieren son los que surjan en relación con la aplicación de los contratos de acceso, que lógicamente deben celebrarse entre el operador titular de la red y el nuevo que se conecta a ella, conflictos que corresponde decidirlos a la Comisión Nacional de la Energía, y que ya lo ha hecho en la resolución que se acaba de citar.».

Cabe, por tanto, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, desestimar el primer motivo de casación articulado por la Compañía eléctrica recurrente, al considerar que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada del artículo 3.2 a) y 3 c) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que se revela acorde con los preceptos constitucionales y estatutarios que establecen las reglas de distribución de competencias en materia de autorización de las instalaciones eléctricas, al reconocer la competencia de la Administración de la Generalidad Valenciana para autorizar y aprobar los proyectos de instalaciones de distribución de energía eléctrica a dos sectores de la urbanización de Canet d'En Berenguer, por su carácter intracomunitario, rechazando que con base jurídica en este título competencial, pueda imponer condiciones que no tengan por objeto garantizar el cumplimiento de los requisitos y condiciones técnicas de

las instalaciones, que se revelen incompatibles por producir como resultado una restricción injustificada del derecho de acceso a la red de distribución.

[Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007 (Sala C-A; Sección 3ª; recurso de casación 6453/2004)]

- *“Esta Sala, en sus sentencias de 5 de junio de 2007 (RC 6453/2004 y RC 8975/2004), definió claramente la distribución de competencias entre la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas en relación con la aprobación de instalaciones de distribución de energía eléctrica y la autorización de conexión a la red de transporte o de distribución, según el carácter extracomunitario o intracomunitario de la línea a la que se iba efectuar la conexión. En las mismas sentencias también se especificó que, pese a la anterior distribución competencial, los artículos 38.3 y 42.3 LSE confieren competencia a la Comisión Nacional de la Energía para el conocimiento y resolución de los conflictos respecto de los contratos de acceso a la red de transporte y distribución (ATR). Ello es consecuencia de las funciones que se encomiendan a esta Comisión por el artículo 8 LSE, entre las cuales se encuentra la Decimocuarta, que le confiere las relativas a los ATR, **debido, sin duda a la decisiva influencia que los mismos tienen en relación con la ordenación del sector, con el mercado eléctrico y con las condiciones de competencia en el mismo**, cuestión que trasciende los límites territoriales de una Comunidad Autónoma y afecta a la integridad del sistema, siendo independiente del estricto problema de conexión, en el que se supervisan las condiciones técnicas de seguridad, calidad y salubridad de la instalación.”*

En el caso presente, no hay duda que el tema central a debate es un conflicto de esta naturaleza en el que una empresa distribuidora -Hidrocantábrico- solicita el acceso a otra empresa titular de la red en la zona -Iberdrola-, que se

*opone a ello, **siendo la decisión de la CNE la que determinará el derecho del solicitante a que su energía transite por la red titularidad de otro,** teniendo en cuenta su condición de sujeto eléctrico, su capacidad legal, técnica y económica, y demás condiciones para concurrir en ese mercado. Es decir, examinará si se cumplen los requisitos que señala el artículo 37.1 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que, según la propia resolución recurrida se daban en este caso, con la sola excepción de la falta de **autorización de la conexión por la autoridad autonómica, a cuyo obtención se condiciona por la propia resolución el derecho de acceso.***

Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de casación.”

[Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007 (Sala C-A; Sección 3ª; recurso de casación 10891/2004]

De todas estas consideraciones efectuadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede concluirse que, entroncando con la distribución constitucional de competencias, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a clarificar el contenido de la diferencia conceptual (y competencial) entre conflicto de acceso y conflicto de conexión que deriva de la normativa del sector eléctrico. Ha especificado, en concreto, que la Administración General del Estado (CNE) es competente, en todo caso, para resolver en materia de acceso por implicar esta materia el derecho a hacer circular energía por las redes (lo que se entiende que involucra a la ordenación y configuración del mercado, el cual tiene ámbito supra-autonómico), y que la Administración de las Comunidades Autónomas es competente en materia de conexión cuando las instalaciones de que se trate no afecten a más de una Comunidad Autónoma y tengan un ámbito que no supere el territorio de una Comunidad Autónoma (aunque si el conflicto de conexión versara sobre instalaciones que afectaran a más de una Comunidad Autónoma o tuvieran un ámbito que superase el territorio de una Comunidad Autónoma, la competencia para resolver el mismo sería también estatal).

En definitiva, y en lo que interesa al caso de instalaciones de generación de energía eléctrica, la delimitación competencial en cuanto al acceso y conexión de estas instalaciones a las redes de energía eléctrica puede sistematizarse del modo siguiente:

- **Conflicto de acceso** (el conflicto versa sobre evaluación de la capacidad de la red a los efectos de soportar la circulación de la energía que se va a producir): La competencia para resolver este conflicto es siempre estatal (y en concreto, de la CNE, que se engloba en la Administración General de Estado) sean cuales sean las características de la instalación de generación que accede a la red (tanto si es instalación de generación de régimen ordinario como si es instalación de generación de régimen especial) y sean cuales sean las características de la red a la que se efectúa el acceso (ya sea acceso a la red de transporte o acceso a la red de distribución).
- **Conflicto de conexión** (el conflicto versa sobre los elementos y condiciones técnicas que conectan el parque de generación de que se trate a la red de transporte o distribución): La competencia para resolver este conflicto está en función de la competencia para autorizar la instalación de conexión sobre la que versa el conflicto de conexión.

3.3. Conclusión

En la medida en que el Proyecto de Orden objeto de informe prioriza el acceso a la red a los efectos de evacuar la energía que se va a producir, con base en la consideración de la capacidad de la red, determinando los criterios para resolver en caso de conflicto, y atribuyendo la competencia para solventar las discrepancias a un órgano autonómico, se vulnera la regulación básica estatal existente sobre esta materia.

En efecto, en lo que se refiere, en primer término, a la **competencia normativa** en materia de conexión, ha de señalarse que podrá, lógicamente, la Comunidad

Autónoma normar sobre las condiciones de conexión (por ser ésta una materia de su competencia), aparte de poder resolver los conflictos relacionados con la misma, pero la materia habrá de ser lo que conceptualmente es conexión (y no acceso), y, además, la normativa en cuestión deberá respetar la normativa básica estatal que en cada momento existiere, en su caso, sobre la materia de conexión, al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 149.1.25ª (bases del régimen energético).

En particular, la normativa autonómica sobre conexión habrá de respetar las previsiones contenidas en el artículo 28.3 de la Ley del Sector Eléctrico, que permite el establecimiento de límites zonales a la capacidad de conexión, pero señalando que dichos límites los ha de establecer el gestor de la red de transporte con arreglo a criterios de seguridad de la red previa comunicación a la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Asimismo, la normativa autonómica sobre conexión habrá de respetar lo dispuesto en el artículo 60.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, disposición que tiene carácter básico, a excepción de su Título VII –que no guarda relación al objeto que aquí interesa-, el cual establece que “Las limitaciones de acceso para los productores se resolverán sobre la base de la inexistencia de reserva de capacidad de red, sin que la precedencia temporal en la conexión implique una consecuente preferencia de acceso”.

En cuanto a la competencia ejecutiva de resolución de conflictos, la competencia, a los efectos de resolver los conflictos de acceso, la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, la atribuye a la CNE. Así se señala en el artículo 38.3 (respecto al acceso a las redes de transporte) y en el artículo 42.4 (respecto al acceso a las redes de distribución).

En esta misma línea, el Real Decreto 1955/2000, que, como ya se ha dicho, tiene carácter básico, señala en su artículo 53.8, sobre acceso a las redes de

transporte, que *“La Comisión Nacional de Energía resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el acceso, así como con las denegaciones del mismo emitidas por el operador del sistema y gestor de la red de transporte”*; y, en su artículo 62.8, sobre acceso a las redes de distribución, establece que *“La Comisión Nacional de Energía resolverá, a petición de cualquiera de las partes afectadas, los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el derecho de acceso, así como con las denegaciones del mismo emitidas por los gestores de las redes de distribución”*.

Así pues, en el marco normativo antes expresado, las limitaciones que se produjeran para el vertido a la red de la energía que pueda generar una instalación de producción habrán de ser resueltas, como se ha dicho, por la CNE.

El artículo 42.2 de la Ley del Sector Eléctrico atribuye al *“Órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente”* la función de resolver *“discrepancias en relación con las condiciones de conexión”*. Ha de aclararse que la Ley 17/2007 ha dado nueva redacción al artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico, de modo que ahora la conexión ha de ser previa al acceso. Ello exige interpretar el concepto de acceso en relación con las restricciones que puedan afectar a la capacidad para verter a la red por parte de instalaciones que ya dispongan de punto de conexión. De acuerdo con ello, la CNE conocerá de conflictos de acceso suscitados en relación con instalaciones que dispongan previamente de punto de conexión.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LAS AUTORIZACIONES

En otro orden de cosas, ha de señalarse que el artículo 28 de la Ley del Sector Eléctrico establece que la autorización de las instalaciones de régimen especial tiene carácter reglado, y que, en concreto, el solicitante de las mismas debe

acreditar *“las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas, el adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la capacidad legal, técnica y económica adecuada al tipo de producción que van a desarrollar”*. Según el apartado 3 de este artículo, *“Estas autorizaciones no podrán ser otorgadas si su titular no ha obtenido previamente la autorización del punto de conexión a las redes de transporte o distribución correspondientes”*.

Ahora bien, en este contexto normativo, la exigencia de requisitos a los efectos de otorgamiento de punto de conexión que estén más allá de las materias que corresponde examinar en relación con dicha conexión podría implicar que, de hecho, se esté condicionando la autorización de instalaciones de producción de régimen especial a unos requisitos diferentes de los reglados en la Ley.

En este sentido, se considera que, a efectos de priorizar proyectos, criterios como los de *“capital social del promotor”* o *“potencia instalada con inscripción definitiva en régimen especial”* (que se incluyen en el Proyecto de Orden bajo el concepto de *“capacidad técnica y económica de los promotores o titulares y viabilidad técnica del proyecto”*) o *“desarrollo de nuevos planes industriales de los contemplados en el código “D” (industria manufacturera)”* en la Comunidad Autónoma (que se incluye en el Proyecto de Orden bajo el concepto *“nuevos planes industriales”*) podrían implicar una infracción de los requisitos que permiten denegar la autorización de las instalaciones de régimen especial.

5. OTRAS CONSIDERACIONES

Sin perjuicio de lo dispuesto en el mencionado Real Decreto 1955/2000, actualmente se encuentra también vigente la Disposición adicional octava del también mencionado Real Decreto 661/2007, que establece en relación con el



acceso y conexión a la red de las instalaciones de régimen especial que *"En tanto el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio no establezca nuevas normas técnicas para la conexión a la red eléctrica de las instalaciones sometidas al presente real decreto, en lo relativo a acceso y conexión y sin perjuicio de la existencia de otras referencias existentes en la normativa vigente se atenderá a lo estipulado en el anexo XI"*.

Por su parte, en el apartado tercero de la Disposición adicional séptima del *Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007*, se establece que *"Antes del 31 de marzo de 2008, la Comisión Nacional de Energía remitirá a la Dirección General de Política Energética y Minas una propuesta de regulación de las condiciones de conexión de las instalaciones de régimen especial a las redes de transporte y distribución"*.

Teniendo en cuenta que la regulación del acceso y conexión de las instalaciones de régimen especial a que se refieren los artículos anteriormente descritos, tendrá carácter básico, esta Comisión entiende que la regulación específica propuesta por UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA, en el ámbito de aplicación de competencias, debería retrasarse a la publicación de la mencionada norma básica.