

Análisis de la Propuesta de Circular 4/2020 de la CNMC, de acceso y conexión de instalaciones de producción de energía eléctrica

Principales cuestiones jurídicas controvertidas desde el punto de vista competencial

GARRIGUES

 **G-Advisory**
Grupo GARRIGUES

 **cylsolar**
Cluster de Energías Renovables
y Soluciones Energéticas en Castilla y León

11 junio 2020

EXIGENCIAS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. Atribución de competencias a la CNMC

La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009

La polémica competencial entre el Gobierno, y concretamente el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y la CNMC parte de la atribución de competencia a las Autoridades Reguladoras Nacionales que se hace en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

En el artículo 36.3.a) de dicha Directiva se afirma que:

“Las autoridades reguladoras se encargarán de fijar o aprobar, con la suficiente antelación respecto de su entrada en vigor, como mínimo las metodologías utilizadas para calcular o establecer las condiciones para:

a) la conexión y el acceso a las redes nacionales, incluyendo las tarifas de transporte y distribución o sus metodologías. Estas tarifas o metodologías permitirán realizar las inversiones necesarias en las redes de forma que quede garantizada la viabilidad de la red”.

En la nueva Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 (que deberá transponerse antes del 31 de diciembre de 2020), sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad se mantiene esencialmente esta misma regla con el siguiente tenor literal:

“7. Salvo en los casos en que la ACER sea competente para fijar y aprobar las condiciones o metodologías para la aplicación de códigos de red y las directrices en virtud del capítulo VII del Reglamento (UE) 2019/943 de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (UE) 2019/942 debido a su carácter coordinado, las autoridades reguladoras se encargarán de fijar o aprobar, con la suficiente antelación respecto de su entrada en vigor, como mínimo las metodologías nacionales utilizadas para calcular o establecer las condiciones para:

a) la conexión y el acceso a las redes nacionales, incluyendo las tarifas de transporte y de distribución o sus metodologías; estas tarifas o metodologías permitirán realizar las inversiones necesarias en las redes de forma que quede garantizada la viabilidad de la red”.

Esta previsión no fue respetada en la versión original de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), según declaró la propia Comisión Europea en un Dictamen motivado de septiembre de 2016 que dio lugar a la reforma de la LSE por el R.D.Ley 1/2019, de 11 de enero que atribuyó a la Comisión las competencias hoy comprendidas en el artículo 33.11 de la LSE.

CONTENIDO DE LAS CONDICIONES DE ACCESO Y CONEXIÓN CUYA FIJACIÓN CORRESPONDE A LA CNMC

La posición de la CNMC (sustentada en la Directiva y en el artículo 33.11 de la LSE) y explicitada, por ejemplo, en su informe de 20 de septiembre de 2018, es que, en virtud de lo dispuesto en el Directiva, le corresponde regular las condiciones de acceso y conexión, que incluyen los derechos y obligaciones de los sujetos que acceden a las infraestructuras y de los operadores de las mismas, la **forma de solicitar, asignar y contratar el acceso**, así como las reglas de utilización de los sistemas.

En particular le correspondería:

1. Las **condiciones técnicas de la conexión** (relacionadas con la seguridad y fiabilidad de la red): Ello implica, al menos, la determinación de los criterios para la instalación de las infraestructuras, equipos o aparatos de conexión que permitan hacer efectivo el acceso a la red (parámetros técnicos del punto de conexión, características de las líneas de conexión y ordenación de los trabajos para conectarse a la red).
2. Las condiciones económicas de la conexión (determinación de costes y su distribución): Ello implica, al menos, la determinación de los criterios para la valoración de los costes de la conexión, para su documentación en presupuestos, y para su distribución entre los sujetos involucrados.
3. Las condiciones del acceso (existencia o no de capacidad): Determinación de los criterios técnicos para su definición y valoración.
4. Los motivos para la denegación del acceso y conexión: Explicitación de los mismos.
5. La materialización del acceso y conexión en un documento contractual: Establecimiento de los distintos modelos técnicos de contratos.
6. La publicación y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión: Definición de las obligaciones informativas de los gestores de redes de transporte y distribución.

COMPETENCIA DEL ESTADO (I)

La posición del Ministerio se sustenta en la normativa interna y da lugar a una notable coincidencia en las materias que pueden ser reguladas por ambos organismos como se aprecia en la siguiente tabla (informe 26/6/2019):

Competencias atribuidas al Gobierno con base en el artículo 33.7 y 10 de la Ley 24/2013

- Criterios para que la concesión de acceso y conexión satisfaga el cumplimiento de (i) los criterios de política energética, y (ii) los objetivos relativos a la penetración de renovables.
- **Procedimiento para que la concesión de acceso y conexión** satisfaga el cumplimiento de (i) los criterios de política energética, y (ii) los objetivos relativos a la penetración de renovables;
- Criterios bajo los que un sujeto podrá solicitar a los titulares y gestores de las redes la modificación de las condiciones de los permisos de conexión y acceso, incluidos los puntos de conexión.
- **Criterios objetivos para la inclusión de límites a la capacidad de conexión por nudos al objeto de garantizar la seguridad del suministro.**
- **La D.T. 11 de la LSE supedita la entrada en vigor del art. 33 al R.D. que regule los criterios de acceso y conexión.**

Competencias atribuidas a la CNMC con base en el artículo 33.11 de la Ley 24/2013

Criterios de metodología y condiciones de acceso y conexión, que comprenden:

- Contenido de las solicitudes y permisos,
- los criterios económicos,
- los criterios para la evaluación de la capacidad,
- los motivos para la denegación,
- el contenido mínimo de los contratos y
- la obligación de publicidad y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión

PROCEDIMIENTO PARA HACER VALER LAS ORIENTACIONES POLÍTICAS DEL GOBIERNO

Para garantizar la coordinación entre las competencias normativas de la CNMC y la política energética del Gobierno el R.D.Ley 1/2019 estableció en su artículo 1 un mecanismo de coordinación que podemos resumir en los siguientes puntos:

- Antes del 1 de octubre de cada año la CNMC debe comunicar al Ministerio, dentro de su plan de actuación, sus previsiones concretas sobre aprobación de circulares para el año siguiente, indicando la fecha prevista para el inicio de su tramitación, los objetivos que se pretenden alcanzar en cada una de ellas y la fecha prevista para su adopción.
- El Ministerio podrá adoptar las orientaciones de política energética que deberá tener en cuenta en su regulación la CNMC. Estas orientaciones de política energética se remitirán a la CNMC con al menos un mes de antelación a la fecha prevista para el inicio de la tramitación de la Circular según la previsión del plan de actuación.
- La CNMC deberá remitir al Ministerio, con carácter previo a su aprobación, las Circulares junto con una memoria justificativa de las mismas, con una antelación mínima de dos meses a la fecha prevista para su aprobación. En el plazo de un mes desde la remisión de las referidas Circulares, el Ministerio podrá emitir un informe valorando la adecuación de las Circulares de carácter normativo a las orientaciones de política energética previamente adoptadas.
- Si en el informe se estima que la CNMC no ha tenido en cuenta dichas orientaciones generales, se convocará a la Comisión de Cooperación prevista en el art. 2 del R.D. Ley 1/2019, compuesta por 3 representantes de cada institución, que tratarán de alcanzar un acuerdo y levantará acta de sus reuniones.
- Si finalmente hay acuerdo la Circular se adoptará «de acuerdo con las orientaciones de política energética del Ministerio para la Transición Ecológica», en caso de mantenerse la discrepancia se adoptará «oído el Ministerio para la Transición Ecológica». Es muy significativo que la propuesta de circular actual se adoptaría “oído el Ministerio”.

CASO CONCRETO DE LA ACTUAL PROPUESTA DE CIRCULAR (I)

Comunicada por la CNMC, el 14 de febrero de 2019, la intención de iniciar el procedimiento para dictar la circular sobre acceso y conexión el Ministerio dictó la Orden TEC/406/2019 que establecía concretamente en este ámbito (apartado 13º) que:

“1. Para evitar inseguridad jurídica en los operadores económicos y dotar de certidumbre a las inversiones necesarias para cumplir los objetivos de penetración de renovables, se debería tener en cuenta lo establecido en la disposición transitoria undécima de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico que supedita la entrada en vigor del artículo 33 de la misma Ley a la aprobación por el Gobierno del real decreto por el que se aprueben los criterios y procedimientos para la concesión de los permisos de acceso y conexión.

2. Sin perjuicio de lo anterior, la correcta regulación del acceso y conexión es un elemento crítico para el cumplimiento de los objetivos de penetración de renovables en el sector eléctrico, por lo que deberían asegurarse mecanismos que faculten esta penetración y la coherencia entre la regulación que se adopte por el Gobierno, en desarrollo de lo previsto en los apartados 7 y 10 del artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y la iniciativa normativa que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ejercicio de las competencias que le confiere el apartado 11 del mismo artículo.”

Dado que la CNMC no ha esperado a la aprobación del futuro R.D. que regule el procedimiento general de acceso y conexión, sino que ha optado por fijar lo que considera una *vacatio legis* amplia (1 de octubre de 2020) a la circular para facilitar la coordinación entre ambas normas, el Ministerio presentó informe contrario a la propuesta el 26 de junio de 2019.

CASO CONCRETO DE LA ACTUAL PROPUESTA DE CIRCULAR (II)

Reunida, dada la existencia de informe contrario, la Comisión de coordinación del artículo 2 del R.D.Ley 1/2019, se levantó acta el 3 de marzo de 2020 en la que se constató la persistencia del desacuerdo. Siendo las posiciones de la partes, las siguientes:

- A juicio del Ministerio, la regulación que la CNMC puede hacer por circular del acceso y de la conexión debe quedar supeditada a la aprobación de un real decreto que regule el procedimiento general del acceso y conexión, en el que se enmarque la regulación de la CNMC (D.T. 11ª de la LSE, no modificada por el RD Ley 1/2019).
- Además, entiende que la Propuesta de Circular invade competencias estatales en los siguientes puntos:
 1. El marco general de los procedimientos de otorgamiento de los permisos de acceso y conexión.
 2. El principio general de otorgamiento de acceso (cronológico u otro).
 3. La posibilidad de establecer otros mecanismos de asignación de capacidad (p. ej. subastas).
 4. La posibilidad de hibridación entre diversas tecnologías (el proyecto de Ley de cambio climático y transición energética introduce un apartado 12 en el artículo 33 de la LSE que atribuye al Gobierno la regulación del procedimiento para la solicitud y tramitación de las condiciones de acceso y conexión para la hibridación de instalaciones de producción y para la actualización de los permisos ya otorgados).

CASO CONCRETO DE LA PROPUESTA DE CIRCULAR (III)

- A juicio de la CNMC, esta interpretación del Ministerio no resulta conforme a la normativa europea en cuanto determina que el ejercicio por las autoridades reguladoras nacionales de la competencia en materia de acceso y conexión no puede verse condicionado por el Gobierno de los Estados miembros, y es también contraria al Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, en cuanto modifica el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, al objeto de contemplar un ejercicio autónomo por la CNMC de la competencia de aprobación de circulares, y que vincula la regulación del Gobierno en materia de acceso y conexión a la finalidad de alcanzar objetivos concretos de política energética, sin contemplar la aprobación por su parte de una regulación de tipo general.

Por ello, la propuesta de circular se adopta oído el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y no de conformidad con el mismo.

GARRIGUES

garrigues.com

J&A Garrigues, S.L.P. Reg. Merc. Madrid: Tomo 17.456, Folio 186, Sección 8ª, Hoja M-190538. NIF: B81709081. Hermosilla, 3 - 28001 Madrid, España. + 34 91 514 52 00. info@garrigues.com