

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES

Mariano Bacigalupo Saggese

Profesor titular de Derecho Administrativo de la UNED y director de la Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de Energía

SUMARIO: I. Introducción. – II. La distribución de competencias en materia de energías renovables conforme a la legislación sectorial energética: marco general. – A. Articulación de competencias y referencias normativas. – 1. Articulación de competencias. – 2. Referencias normativas básicas. – B. Competencias de la Administración General del Estado. – C. Competencias de las Comunidades Autónomas. – D. Competencias de la Comisión Nacional de Energía. – III. Examen de supuestos problemáticos. – A. El acceso del régimen especial a las redes de distribución. – 1. Aproximación al derecho de acceso. – 2. Acceso, conexión y problemas competenciales. – 3. El acceso a las redes de distribución. – 4. Procedimientos autonómicos sobre acceso y conexión. – B. Concursos autonómicos en materia eólica. – 1. Contestación de la CNE a una consulta planteada por el Gobierno de Cantabria. – 2. El concurso eólico celebrado en Galicia. – C. Problemas competenciales en materia de subvenciones. – D. Problemas competenciales asociados al crecimiento del sector. – 1. Posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas e inspecciones de la CNE. – 2. Proliferación de plantas fotovoltaicas y registro de pre-asignación. – IV. Conclusiones. – *Resumen-Resum-Abstract.*

I. Introducción

El presente trabajo analiza la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables.

La normativa española regula la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables dentro del llamado régimen

especial de producción eléctrica –o, sin más, “régimen especial”– por contraposición al régimen ordinario. La propia terminología remarca que la producción de electricidad a partir de fuentes renovables sigue siendo, hoy en día, la excepción, por mucho que esté en aumento.¹ Así pues, aunque no sean conceptos exactamente coincidentes, los términos *energía renovable* y *energía en régimen especial* tienden, en la práctica, a asimilarse.

El régimen especial se define en el artículo 27 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE).² En síntesis, la actividad de producción de energía eléctrica tendrá –con arreglo a dicho artículo– la consideración de producción en régimen especial en los siguientes casos, siempre y cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 megavatios (MW), a saber: a) instalaciones que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas con alto rendimiento energético; b) cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre que su titular no produzca en régimen ordinario; c) cuando se utilicen como energía primaria residuos no renovables.³

1. La energía procedente del régimen especial cubrió más del 23% de la demanda eléctrica en España durante el año 2008, último con datos disponibles (véase el informe de Red Eléctrica de España *El sistema eléctrico español en 2008*, disponible en la página Web institucional del operador del sistema: www.ree.es, apartado ‘El sistema eléctrico español’).

2. Cuya vigente redacción procede de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Siendo relativamente reciente esa adaptación, se ha aprobado una Directiva que sustituye a la anterior, y que está pendiente de trasposición al Derecho español. Se trata de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

3. Artículo 27. Régimen especial de producción eléctrica. 1. La actividad de producción de energía eléctrica tendrá la consideración de producción en régimen especial en los siguientes casos, cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 MW: a) Instalaciones que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético. b) Cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario. c) Cuando se utilicen como

La estructura elegida para este trabajo pretende ser sencilla, y se desarrolla de forma sistemática. La primera parte describe, a grandes rasgos y partiendo en lo esencial de la expresa delimitación competencial prevista en la legislación energética estatal (revisada en 2007 con ocasión de la transposición de las directivas comunitarias de electricidad y gas de 2003), la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el sector energético, con especial atención a la producción de energía eléctrica en régimen especial. Tales explicaciones se completan con un elenco básico de referencias a la normativa comunitaria, estatal y autonómica en la materia, a modo de guía para el lector.

Para la segunda parte dejamos el examen de algunos supuestos de orden más práctico que nos permitirán detenernos en problemas de actualidad. El primero al que aludiremos es el del derecho de acceso de los productores en régimen especial a las redes de distribución, y de cómo ciertos procedimientos autonómicos pueden afectar al ejercicio de tal derecho, de competencia estatal. También se menciona el caso de ciertos concursos autonómicos de adjudicación de potencia eólica que utilizan mecanismos de dudosa compatibilidad con el orden de distribución de competencias y algunos de los principios que informan la regulación vigente del sector energético. Nos ocuparemos también de la distribución competencial en materia de subvenciones a las energías renovables, a propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (núm. 136/2009). Y en el último supuesto examinado analizaremos dos problemas estrechamente conectados entre sí: la inspección de plantas fotovoltaicas a través de la Comisión Nacional de Energía (CNE), y la creación del llamado Registro de pre-asignación de retribución. Todos estos ejemplos, como es obvio, no agotan la casuística de posibles problemas competenciales.

Por otro lado, el enfoque del trabajo será estrictamente jurídico, en un doble sentido: asuntos como el referido a los llamados "concursos eólicos" admiten sin duda otras lecturas distintas de la jurídica

energía primaria residuos no renovables. También tendrá la consideración de producción en régimen especial la producción de energía eléctrica desde instalaciones de tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios, con una potencia instalada igual o inferior a 25 MW, cuando supongan un alto rendimiento energético.

(en particular, política), pero no son objeto de nuestra atención. De forma similar, aspectos técnicos propios de un sector tan especializado como el energético serán meramente enunciados, sin que podamos adentrarnos en profundidades de orden técnico.

El presente trabajo pretende ser manejable incluso para legos en Derecho y no especialistas en el sector, y por ello nos detendremos en la definición de conceptos básicos o de términos poco habituales en otras ramas del Derecho, o exclusivos de este sector. En general, la transcripción literal de preceptos legales figura en notas a pie de página, para no entorpecer la lectura.

Será habitual la cita de resoluciones de la CNE en todos aquellos casos en los que el ente regulador del sector haya formado criterio sobre los problemas tratados. En cambio, el recurso a opiniones doctrinales (por ahora, y en términos generales, no muy abundantes) será menos frecuente, pues no se pretende acometer en la presente ocasión una valoración crítica en toda regla de la materia, siendo el alcance de la presente colaboración esencialmente descriptivo, y en ese sentido más modesto. En todo caso, la mención de fuentes doctrinales permite ampliar aspectos concretos de la materia que se aborda.

II. La distribución de competencias en materia de energías renovables conforme a la legislación sectorial energética: marco general

Como es sabido, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas surge, en lo fundamental, de la Constitución Española (CE) y de los Estatutos de Autonomía de estas últimas, que integran conjuntamente el llamado "bloque de la constitucionalidad". Con base en las previsiones contenidas en el mismo, el concreto reparto competencial en el sector eléctrico español ha sido precisado por la LSE.

La LSE distribuye las competencias entre tres "autoridades reguladoras" distintas, a saber: la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y el ente regulador en sentido estricto, la CNE. La posible existencia de varios reguladores, que permitía la anterior Directiva comunitaria, es uno de los aspectos modificados por

la más reciente, que exige un regulador único.⁴ A continuación se expone el marco general de la distribución de competencias en materia eléctrica, con especial atención a la producción en régimen especial. Incluimos una referencia a las competencias específicas de la CNE, dada su trascendencia.⁵ Con carácter previo a ese análisis incluimos ciertas referencias obligadas a la normativa comunitaria, estatal y autonómica, y un esquema básico de articulación de las distintas competencias.

A. Articulación de competencias y referencias normativas

A tal efecto, recapitularemos brevemente (i) algunas nociones elementales básicas sobre la articulación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y (ii) ciertas referencias normativas de inevitable cita, generales del sector eléctrico y particulares del régimen especial, en los planos comunitario, estatal y autonómico.

1. Articulación de competencias

Como es sabido, el reparto de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas parte de la Constitución Española, y en concreto de los artículos 148 y 149. A continuación mencionamos el contenido de dichos artículos relevante en lo que aquí interesa, a fin de describir con carácter general la distribución de competencias en la materia.

La normativa estatal reguladora del sector eléctrico –incluido el régimen especial de producción eléctrica– se ha dictado al amparo de

4. El artículo 23.1 de la Directiva 2003/54/CE señalaba: “Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras...” El artículo 35.1 de la nueva Directiva 2009/72/CE establece: “Cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora nacional a escala nacional”. En nuestro caso deberá serlo la CNE.

5. Para más detalles puede consultarse el trabajo de E. Malaret, “Comunidades Autónomas y regulación sectorial: la distribución de competencias en la energía”, en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado*, Civitas, 2006, pp. 405 y ss. También se puede acudir a J. Tornos Mas, “La distribución de competencias en el sector energético”, en la obra colectiva *Derecho de la regulación económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 53 y ss.

los siguientes títulos competenciales, que conceden al Estado competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

– Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13^a).

– Legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (artículo 149.1.18^a).

– Legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y para la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (artículo 149.1.22^a).

– Bases del régimen minero y energético (149.1.25^a).

Por su parte, el artículo 148.1 de la Constitución reconoce competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir, siendo relevantes a nuestros efectos las siguientes:

– Ordenación del territorio y urbanismo (148.1.3^a).

– El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (148.1.13^a).⁶

El término 'competencias exclusivas', como es sabido, es engañoso. El Estado no tiene sobre las materias mencionadas en el artículo 149.1 una competencia que excluya completamente la intervención de las Comunidades Autónomas. El propio artículo 149 admite en muchos casos la participación competencial de éstas. Así, junto a competencias plenas del Estado, el artículo 149.1 prevé la intervención de las Comunidades Autónomas en ciertas materias, fundamentalmente con arreglo a dos fórmulas: a) supuestos en que el Estado dicta "normas básicas" o "bases" y las Comunidades Autónomas las desarrollan

6. Al amparo de este título competencial se han dictado diversas normas autonómicas que contienen una planificación indicativa del sector eléctrico, y del régimen especial.

mediante su propia legislación; y b) supuestos en que el Estado legisla y las Comunidades Autónomas únicamente ejecutan y aplican esa legislación estatal.

La relación –ciertamente compleja– entre las bases estatales y el desarrollo autonómico ha sido precisada por el Tribunal Constitucional (TC) conforme a una serie de criterios, entre los que destacaremos los siguientes:

En primer lugar, y dejando aquí expresamente de lado la polémica (sobre la que el TC no se ha pronunciado aún a la fecha en que se redactan estas líneas) relativa a si los estatutos de autonomía pueden o no interpretar o precisar el alcance de las competencias que el artículo 149.1 CE reserva como exclusivas al Estado, corresponde al legislador estatal definir lo básico como marco normativo común –o denominador común– que deben respetar las Comunidades Autónomas a la hora de legislar sobre una materia concreta. Eso sí, el legislador estatal no puede agotar la materia sin dejar margen para el desarrollo por las Comunidades Autónomas. En todo caso, la definición de lo básico por el legislador estatal es cuestionable ante el Tribunal Constitucional. En principio, las bases han de venir formuladas, como tales, en leyes, sin perjuicio de que la regulación pueda completarse con normas de rango reglamentario.

La LSE, como norma de carácter básico, halla su amparo constitucional, fundamentalmente, en los títulos competenciales del artículo 149.1.13^a y 25^a.⁷ Los preceptos de la misma Ley relativos a expropiación forzosa y servidumbres son de aplicación general, según lo previsto en el artículo 149.1.8^a (legislación civil) y 18^a, citada. Y la autorización de las instalaciones a que se refiere el mencionado artículo 149.1.22^a se regirá por lo dispuesto en la LSE y sus disposiciones de desarrollo (disposición final primera). En materia de procedimientos, la LSE no tiene carácter básico, aunque los procedimientos autonómicos deben respetar el contenido básico de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

7. Aunque se excluyen de este carácter básico las referencias a los procedimientos administrativos, que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Finalmente, la competencia de desarrollo normativo y ejecución del régimen especial de producción eléctrica ha sido asumida por todas las Comunidades Autónomas.

A lo largo del trabajo iremos detallando el marco teórico de carácter general que se acaba de exponer.

2. Referencias normativas básicas

En el presente apartado se hace referencia a algunas normas esenciales sobre el sector eléctrico –y, en particular, sobre las energías renovables–, sin contener, como es obvio, una enumeración completa de tales fuentes normativas.

La más reciente regulación del sector energético en el plano comunitario viene constituida por 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 y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.⁸ Junto a ella, debe mencionarse la Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura.⁹

Para la transposición de la Directiva 2003/54/CE, el legislador estatal adoptó, como ya ha sido apuntado, la Ley 17/2007, de 4 de julio.¹⁰ Otras normas con rango de Ley relevantes para el sector eléc-

8. Esta última Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, quedará derogada a partir del 3 de marzo de 2011, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros respecto de los plazos de incorporación de la misma a su Derecho interno y de su aplicación. Las referencias a la Directiva derogada se interpretarán como referencias a la nueva Directiva 2009/72/CE y deberán ser leídas de acuerdo con la tabla de correspondencias del anexo II. La Directiva 2003/54/CE derogó, a su vez, desde 1 de julio de 2004, a la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

9. La primera Directiva citada se desarrolla por el Reglamento (CE) n° 714/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003.

10. Junto a dicha norma, otras leyes estatales contienen referencias al sector eléctrico: Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; o los artícu-

trico son el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; o el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.¹¹ También son relevantes el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (Títulos I y II), y el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de Abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia (Capítulo IV y capítulo VIII, Artículo 10.1).

Con rango reglamentario, junto al Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que desarrolla la LSE, cabe mencionar, por su trascendencia para el consumidor en baja tensión, el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

En materia de energías renovables debe mencionarse, en el ámbito comunitario, la reciente 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.¹² Junto a ella es de interés la Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE.

Determinados preceptos del antes citado Real Decreto-Ley 6/2009 afectan al régimen especial. En particular, el artículo 4 y las Disposiciones Transitorias 4ª y 5ª, en la medida en que regularon el llamado Registro de pre-asignación, al que más adelante nos referiremos en esta colaboración.

los 92 y 94 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la Ley de Presupuestos para 2003, cuyo artículo 92 modificó el artículo 34.1 y la disposición transitoria novena de la LSE, y el artículo 94 estableció la metodología para la aprobación de la tarifa eléctrica media o de referencia en el periodo 2003-2010.

11. Este último modificó determinados preceptos de la LSE añadió las disposiciones adicionales 20 y 21 y suprimió las transitorias 6 y 8 de dicha Ley.

12. Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, sobre la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de electricidad.

A nivel reglamentario la norma estatal de referencia en materia de régimen especial es actualmente el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que contiene la regulación básica de ese régimen, así como un régimen económico transitorio para ciertas instalaciones incluidas en el anterior Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo.¹³

También cabe citar el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, citado.

Junto a los anteriores merece atención el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial; o el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración (corrección de errores en el BOE de 15 de mayo de 2007).¹⁴ También cabe mencionar el Real Decreto 1663/2000, de 29 de septiembre, sobre conexión de instalaciones fotovoltaicas a la red de baja tensión.

Todas las Comunidades Autónomas han dictado normas en materia de régimen especial, al haber asumido, como se ha dicho, las competencias de ejecución y desarrollo. Aspectos regulados por todas ellas en materia de régimen especial son la planificación indicativa, la regulación de procedimientos de autorización de instalaciones, la publicación de normas sobre protección ambiental, y el régimen de ayudas públicas a las inversiones en instalaciones de régimen especial.¹⁵

Sentado todo lo anterior, nos hallamos ya en condiciones de examinar pormenorizadamente la distribución de competencias entre

13. Dicho Real Decreto 661/2007 tiene carácter básico al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.22ª y 25ª (disposición final tercera).

14. El mismo sirvió para transponer la Directiva 2004/8/CE.

15. La enumeración de las normas autonómicas que se refieren a las energías renovables excedería el objeto de este trabajo. En su lugar nos remitimos a J. Nebreda Pérez, *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, 2009, obra que contiene una minuciosa enumeración de dicha normativa autonómica.

el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables, tal y como ésta ha quedado precisada por la legislación sectorial energética.

B. Competencias de la Administración General del Estado

Recordemos nuevamente que, según la Constitución, el Estado tiene competencia para la regulación de las bases del régimen energético (artículo 149.1.25ª), así como para la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y para la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (artículo 149.1.22ª). El Estado tiene también una competencia general para la regulación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª), y para la legislación básica sobre concesiones administrativas (artículo 149.1.18ª). Con base en lo anterior se articula el reparto de competencias en el sector eléctrico, en los términos que se exponen a continuación.

Una primera competencia de la Administración General del Estado relevante a nuestros efectos consiste en fijar el régimen económico de la retribución de la producción procedente de energías renovables. Dicho régimen económico se contiene en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. También es relevante el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre.¹⁶ El régimen económico previsto en esta última norma se aplica a las instalaciones fotovoltaicas inscritas definitivamente a partir del 29 de septiembre de 2008, como señala su artículo 2.¹⁷

16. Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología.

17. "El presente real decreto será de aplicación a las instalaciones del grupo b.1.1 del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, instalaciones de tecnología fotovoltaica, que obtengan su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas con posterioridad al 29 de septiembre de 2008". Esta última fecha resulta de la aplicación conjunta del artículo 22 del Real Decreto 661/2007 y de la Resolución de

Conforme al Real Decreto 661/2007, las instalaciones en régimen especial tienen dos opciones para vender su energía: o bien la ceden al sistema percibiendo una tarifa regulada, o bien la venden en el mercado de producción, a un precio complementado por una prima. Ese sobrecoste debido al régimen especial se incluye en los peajes de acceso a las redes, como un coste de diversificación y seguridad del abastecimiento (artículos 16.6 y 17.1 LSE, así como 2.4.e del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre).¹⁸ Los peajes se determinan por Orden ministerial.¹⁹

Las tarifas y primas al régimen especial se liquidan por la CNE (artículo 30 del Real Decreto 661/2007), como toda liquidación del sector eléctrico (disposición adicional undécima, tercero, 2, primera, de la Ley del Sector de Hidrocarburos; y artículo 3 del Real Decreto 2017/1997).²⁰ La Circular 4/2009 de la CNE regula el procedimiento de liquidación.²¹

27 de septiembre de 2007, de la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

18. Artículo 17.1 LSE: "El Ministro de Industria, Turismo y Comercio (...) dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes, que se establecerán en base a los costes de las actividades reguladas del sistema que correspondan, incluyendo entre ellos (...) los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento". Artículo 16.6: "Tendrán la consideración de costes de diversificación y seguridad de abastecimiento las primas a que se refiere el artículo 30.4 de la presente Ley". Artículo 30.4: "El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en los siguientes casos". El Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

19. La última es la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial.

20. La disposición adicional citada autoriza la atribución a la CNE de la liquidación de los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico ("En relación con el sector eléctrico corresponderá a la Comisión (...) realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada"). La concreta encomienda se efectuó a través del citado artículo 3 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

21. Circular 4/2009, de 9 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solitud de información y los procedimientos para implantar el sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Corresponde también al Estado regular la organización y el funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica, así como la regulación básica de la generación, el transporte, la distribución y la comercialización.

Además, el Estado tiene competencia para la autorización de las instalaciones eléctricas de generación de potencia instalada superior a 50 MW, lo cual excluye al régimen especial, limitado a esa potencia según el artículo 27 de la Ley, como ya sabemos.

También es competente el Estado para la autorización de instalaciones de transporte primario, que son aquéllas con una tensión nominal igual o superior a 380 kilovoltios (kV), así como las de transporte secundario (de tensión nominal igual o superior a 220 kV) "que excedan del ámbito territorial" de una Comunidad Autónoma, en línea con el expresado criterio constitucional.

En cuanto a las acometidas eléctricas, si bien la materia es en esencia competencia de las Comunidades Autónomas, el Estado se reserva la regulación del régimen económico, mediante reglamento (art. 3.2.a LSE).

C. Competencias de las Comunidades Autónomas

Las Comunidades Autónomas asumen, en sus Estatutos de Autonomía, competencias no reservadas exclusivamente al Estado. Dejando de lado la cuestión más novedosa relativa al método de la asunción estatutaria de competencias (me refiero en concreto a la introducción de la técnica del llamado "blindaje" estatutario de las competencias autonómicas, incorporada en algunos de los nuevos estatutos de tercera generación –en particular, el catalán y el andaluz–, y a resultas de la cual el alcance preciso de las competencias que el artículo 149.1 CE reserva como exclusivas al Estado podría acabar dependiendo de las definiciones y demás previsiones competenciales contenidas en dichos estatutos), lo cierto es que los Estatutos de Autonomía han venido adquiriendo con el tiempo un contenido competencial relativamente homogéneo. Así, las Comunidades Autónomas son competentes para el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen energético, así como en materia de ordenación del territorio y urbanismo. También tienen

competencias en materia de protección y defensa de los consumidores.²²

De acuerdo con el reparto competencial precisado en la Ley sectorial eléctrica (LSE), corresponde a las Comunidades Autónomas autorizar las instalaciones eléctricas no contempladas en el art. 3.2.a) LSE, citado, lo cual incluye las redes de transporte secundario y las instalaciones de distribución que no excedan del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Además, la LSE atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para autorizar instalaciones en régimen especial. Con arreglo al artículo 4 del Real Decreto 661/2007, la autorización administrativa de una instalación de producción en régimen especial y el reconocimiento de la condición de instalación de producción acogida a dicho régimen corresponde a los órganos de las Comunidades Autónomas. Sólo por excepción podrá corresponder tal competencia al Estado (si la Comunidad Autónoma no cuenta con competencias en la materia, si la instalación está ubicada en más de una Comunidad, o si supera los 50 MW).

Corresponde, eso sí, a la Administración General del Estado la inscripción de las instalaciones (o toma de razón de su previa inscripción en el registro autonómico) en el Registro administrativo estatal de instalaciones de producción de energía eléctrica de las instalaciones en régimen especial (artículos 21.4 LSE y 4.2.c del Real Decreto 661/2007). La inscripción en dicho Registro se realiza para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y control de las mencionadas primas al régimen especial. El procedimiento consta de una fase de inscripción previa y otra de inscripción definitiva (artículos 9 y ss. del Real Decreto 661/2007).

En cuanto a las acometidas, tienen las Comunidades Autónomas competencia para la regulación de la materia. Y un margen de +/- 5% respecto a lo que determine el Gobierno para fijar el importe de los derechos (art. 16.8 LSE).

22. E. Maleret, "Comunidades Autónomas...", *cit.*, p. 418.

También son competentes estos entes territoriales para determinar la naturaleza de la extensión de las redes, con base en los criterios que determine el Gobierno.

Con independencia de las competencias de la Administración General del Estado, corresponde a las Comunidades Autónomas el fomento de las energías renovables de régimen especial y de la eficiencia energética en el territorio de su Comunidad.

Junto a lo anterior, hemos de mencionar la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección de los consumidores y usuarios, a la que antes aludíamos brevemente. A tenor de la Ley estatal, la competencia para sancionar eventuales infracciones por vulneración de la normativa en materia de defensa del consumidor corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma donde dicha infracción haya tenido lugar.²³

D. Competencias de la Comisión Nacional de Energía

La CNE es el ente regulador de los sistemas energéticos. Se trata de un ente público estatal (vinculado a la Administración General del Estado), por lo que las competencias atribuidas a la CNE forman parte de las competencias reservadas al Estado. Las competencias atribuidas al regulador se enuncian tanto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH, concretamente en su disposición adicional undécima, apartado tercero, y en el artículo 3.4), como en la LSE (artículo 3.5). También es relevante el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio (Reglamento de la CNE).²⁴

23. El artículo 47 de la Ley General de Consumidores y Usuarios señala que "1. Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios cometidas en territorio español... 2. Las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas..."

24. Una información más ampliada sobre las competencias de la CNE puede consultarse en M. Serrano González, "Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación", en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado*, Civitas, 2006, pp. 379 y ss.; o, de la misma autora: "La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración General", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 79 y ss.

Entre las funciones previstas por la LSE están las de supervisión contenidas en la Directiva 2003/54/CE (gestión y asignación de la capacidad de interconexión, etc.). Además, corresponde a la CNE la supervisión de: la separación funcional entre actividades reguladas y no reguladas; el funcionamiento de la Oficina de cambio de suministrador; y la información que deben contener las facturas.

La competencia para resolver los conflictos de acceso a las redes también está atribuida a la CNE (función decimotercera de la disposición adicional undécima, tercero.1, de la LSH). A esta función nos referiremos enseguida con más detalle, en el apartado sobre el acceso del régimen especial a las redes de distribución.

Y, como hemos dicho, una competencia esencial de la CNE en materia de régimen especial consiste en la liquidación de las primas equivalentes, primas y complementos destinados a retribuir tal régimen de producción. A tal efecto ya ha sido objeto de mención la Circular 4/2009, que regula precisamente el procedimiento de liquidación de la retribución al régimen especial.

III. Examen de supuestos problemáticos

Una vez expuesto el marco general de la distribución de competencias en materia de energías renovables, y como ya adelantamos en la introducción, en este apartado del trabajo haremos referencia a ciertos asuntos que ejemplifican cabalmente algunos problemas de distribución competencial en la materia. El primero guarda relación con el derecho de acceso a las redes, elemento clave de la liberalización del mercado eléctrico. El siguiente resume lo acontecido hasta la fecha con ciertos concursos para la adjudicación de capacidad eólica. Señalaremos, asimismo, algunos problemas competenciales en materia de subvenciones de las Administraciones Públicas. Nos ocuparemos también de la controvertida inspección de la CNE a plantas de generación de régimen especial y, para terminar, analizaremos la creación del registro de pre-asignación de retribución del régimen especial, situaciones ambas vinculadas al propósito de lograr un crecimiento ordenado del sector. Por este orden procedemos a desarrollar tales asuntos a continuación.

A. El acceso del régimen especial a las redes de distribución

Una referencia a los problemas de reparto competencial que plantea el acceso de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a las redes de distribución exige una previa explicación, desde una perspectiva teórica, de algunos conceptos básicos relativos al derecho de acceso a las redes.²⁵ Ello se justifica por el expresado deseo de hacer el texto comprensible para los no iniciados en el sector energético. Más tarde referiremos el contenido de algunos informes que expresan el criterio de la CNE en relación con la cuestión analizada.

1. Aproximación al derecho de acceso

El derecho de acceso procede del Derecho comunitario, cuya transposición ha configurado jurídicamente nuestro sector.²⁶ Con arreglo a tal configuración, procede distinguir entre las actividades reguladas (transporte y la distribución), que se desarrollan conforme al principio de monopolio natural de las actividades en red, y las actividades liberalizadas (producción y comercialización de energía eléctrica).²⁷

El derecho de acceso tiene un fin liberalizador, pues permite a quienes realizan actividades de producción y comercialización acceder a las redes que son propiedad de un tercero (el transportista o el distribuidor).²⁸ Tal efecto resulta de la aplicación de la doctrina de las

25. Más detalles se pueden consultar en A. Estoa Pérez, "El acceso a las redes de transporte y distribución", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 631 y ss.

26. A su vez, el Derecho comunitario de la competencia está inspirado en esa misma disciplina desarrollada en el Derecho norteamericano, como nos recuerda la doctrina (por todos, M. Ballbé, "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Septiembre-Diciembre 2007, p. 215).

27. Entre las actividades reguladas figura también la operación del sistema, que consiste en coordinar la actividad de los sujetos del sistema, en particular, la de los productores y la del transportista. El operador de nuestro sistema es *Red Eléctrica de España, SAU*.

28. La CNE considera este derecho la "verdadera piedra angular de la liberalización del sector eléctrico" (entre otras muchas, Resolución del conflicto de acceso a la red de distribución instado por *Tadesa, SA*, frente a *Unión Fenosa Distribución, SA*. CATR 56/2007).

essential facilities (o recursos esenciales).²⁹ Según esa doctrina, puede considerarse ilícito que una empresa deniegue a otra el acceso a un determinado recurso empresarial que controla, sin el cual es prácticamente imposible la oferta de bienes o de servicios en un determinado mercado.³⁰

La configuración del derecho de acceso en la LSE resulta de los artículos 11.2, 38 y 42. Según el primero, la propia Ley sectorial garantiza el derecho de acceso.³¹ Los últimos se refieren al acceso a las redes de transporte y de distribución, respectivamente. Las causas de denegación del acceso solicitado están tasadas, pues sólo puede basarse en criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.³²

2. Acceso, conexión y problemas competenciales

Debe distinguirse el acceso a la red de la conexión a la misma. Por otro lado, la negativa del propietario de la red a permitir el acceso a la misma puede dar lugar a un conflicto de acceso, y la denegación del enganche físico a la red puede ocasionar un conflicto de conexión.

29. J. de la Cruz Ferrer, y N. Ónega Carrión, "Artículo 38", en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Energéticas*, Tomo I, Ley del Sector Eléctrico, Pamplona, Pamplona, 2006, p. 609. También puede consultarse, aunque con relación al acceso a redes de telecomunicaciones, a P. Callol García, "La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 149, Mayo-Agosto de 1999, en particular, pp. 403 y ss.

30. E. Gippini Fournier, "*Essencial facilities* y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, Enero-Febrero 2000, p. 77.

31. Artículo 11.2: "Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta Ley".

32. En el apartado 2 del artículo 38 se establece: "*El operador del sistema como gestor de la red de transporte sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente*". Y el artículo 42.3 dispone: "El gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente". Según los artículos 52.2 (sobre transporte) y 60.2 (sobre distribución) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, la justificación de la falta de capacidad necesaria en la red "se deberá exclusivamente a criterios de seguridad, regularidad o calidad de suministro".

La jurisprudencia ha dicho que el acceso tiene que ver con la formación de un mercado eléctrico, mientras la conexión está relacionada con la seguridad de las instalaciones.³³ De ahí la atribución de la competencia sobre el acceso al Estado, pues la formación de un mercado excede del ámbito autonómico, y la asignación de la conexión a las Comunidades Autónomas, al tratarse de una mera conexión física de las instalaciones. En consecuencia, la resolución de conflictos de acceso corresponde al Estado a través de la CNE, y la resolución de conflictos de conexión, generalmente, a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, artículo 42.2 LSE, respecto de las redes de distribución).³⁴

Por excepción, corresponde a la CNE resolver conflictos de conexión cuando se suscitan: a) en la red de transporte primario o en la red de transporte secundario, en este último caso sólo si la red excede el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (como resulta del artículo 3.3.c en relación con el 3.2.a LSE);³⁵ o b) en la red de distribución, caso de que se exceda el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (artículo 3.2.a LSE). La CNE interpreta que tal atribución competencial se debe a que en estos casos es la Administración General del Estado la autorizante.³⁶ El acceso a las redes de distribución nos interesa especialmente, pues es el que suelen pretender los generadores en régimen especial (salvo, en ocasiones, los productores eólicos).

Conviene ahora aclarar cierta cuestión que afecta a la resolución de conflictos de acceso, pues tiene incidencia en el reparto competencial. El artículo 14 del Reglamento de la CNE dispone la competencia de dicho organismo para la resolución de conflictos de acceso

33. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 (Rec. 538/2006).

34. Artículo 42.2: "En aquellos casos en que se susciten discrepancias en relación con las condiciones de conexión a las redes de distribución resolverá el Órgano competente de la Comunidad Autónoma".

35. Este criterio ha sido aplicado por la CNE, por ejemplo, en el Acuerdo de 27 de marzo de 2008 de la CNE por el que no se admite el conflicto de conexión a la red de transporte interpuesto por *Esbrug y Tarraco Eólica* frente a *Red Eléctrica de España*.

36. Así lo confirma, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007 (Recurso 6453/2004), que dispone la competencia de la Comunidad 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".

“cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma”.

En realidad, la competencia de la CNE no se limita a los conflictos de acceso en que estén implicadas instalaciones que sean de la competencia de la Administración General del Estado o de más de una Comunidad Autónoma, como señala el citado artículo. La CNE es competente en todo caso. Por razón del rango normativo, prevalecen sobre el Reglamento las previsiones de los artículos 38 y 42 de la LSE, que disponen tal atribución de competencia, sobre todo conflicto de acceso, a la CNE.³⁷

Dentro de la CNE, corresponde a su Consejo de Administración aprobar la resolución de los conflictos de acceso (artículo 19 de su Reglamento). Por acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, la instrucción de los conflictos de acceso corresponde a su Asesoría Jurídica, sin perjuicio de su resolución por el Consejo.³⁸ Contra la resolución que ponga fin al conflicto cabe recurso de alzada.

3. El acceso a las redes de distribución

La regulación del derecho de acceso a las redes de distribución se contiene en el artículo 42 de la LSE. La actual redacción de dicho artículo procede de la reforma operada por la Ley 17/2007, ya citada.

El actual artículo 42 de la LSE señala: “Para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente”. Tal previsión altera el orden anterior a la reforma, a tenor del cual el acceso se solicitaba antes que la conexión. Esa al-

37. En este sentido, el artículo 42.4 LSE establece lo siguiente: “En aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con el procedimiento de acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la Comisión Nacional de Energía, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (...)”.

38. El Reglamento de la CNE (art. 16) contiene la previsión de que “la iniciación y tramitación del procedimiento corresponderá a los órganos que resulten competentes de acuerdo con el reglamento de régimen Interior”. Al no haberse aprobado aún tal reglamento de régimen interior, la atribución de la instrucción a la Dirección de Asesoría Jurídica se hizo por acuerdo del Consejo, adoptado en sesión de 6 de marzo de 2007.

teración del orden de solicitud obliga a interpretar de nuevo los términos acceso y conexión. El acceso se impedirá, y dará lugar por tanto a un eventual conflicto, cuando exista una limitación *circunstancial* para instalaciones ya conectadas. La CNE aplica este nuevo requisito a los conflictos que traen causa de solicitudes de acceso presentadas ante el distribuidor tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 17/2007 (el 6 de julio de 2007). Tales conflictos sólo se admitirán si las instalaciones cuentan con previa conexión.

En su reunión de 27 de marzo de 2008, el Consejo de Administración de la CNE se pronunció sobre el derecho de acceso tras la reforma normativa operada por la Ley 17/2007, en los siguientes términos:³⁹

1. La CNE es la competente para resolver los conflictos que se planteen en relación con el acceso a las redes de distribución.

2. El artículo 42.2 de la LSE establece la necesidad de disponer previamente de punto de conexión para solicitar el acceso a las redes de distribución. Las Comunidades Autónomas son las competentes para determinar las condiciones técnicas de la conexión a las redes y resolver las discrepancias y conflictos que sobre esta cuestión se planteen.

3. En ningún caso podrá denegarse la conexión invocando los criterios propios de acceso a las redes y, en concreto, la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

Los dos primeros aspectos del informe aprobado por la CNE no hacen más que reconocer previsiones legales, como hemos visto. El último obedece al temor de la CNE de que las Administraciones Autonómicas invadan su ámbito de competencia, excediendo la suya propia en materia de conexión, o afectando al derecho de acceso. Así ha sucedido en el caso del acceso y la conexión a las redes de distribución por parte de instalaciones fotovoltaicas, como podemos apreciar a continuación.

4. Procedimientos autonómicos sobre acceso y conexión

El régimen retributivo del régimen especial, especialmente favorable para la producción fotovoltaica, ha fomentado en los últimos años la construcción de pequeñas instalaciones de este tipo, lo que dio lugar a numerosas solicitudes de acceso de dichos productores a la red de distribución de la zona, con las consiguientes disputas sobre el acceso, en muchos casos.⁴⁰

La acumulación de solicitudes motivó que algunas Comunidades Autónomas limitasen la instalación de tal tipo de generación mediante procedimientos: a) surgidos de la coordinación entre la Administración autonómica y las empresas distribuidoras (Castilla-La Mancha y Castilla y León);⁴¹ b) que priorizan el acceso y la conexión (Andalucía y Murcia);⁴² y c) que establecen normas complementarias sobre conexión (Navarra y Extremadura).⁴³

a. Los primeros consisten, en esencia, en la delimitación de zonas eléctricas y la determinación de la potencia máxima a instalar en cada

40. Acerca de la retribución de esta clase de generación dice Nebreda Pérez, con cita del "II Foro de Energía" (Madrid, febrero de 2009), que el 50% de las primas en régimen especial se destinan a la tecnología fotovoltaica, que sólo aporta el 3,4% de ese tipo de producción ("Régimen especial de producción eléctrica", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. III Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, p. 420, nota 77).

41. Tales procedimientos carecen de regulación legal, pero se conocen a través de las resoluciones de la CNE recaídas en los conflictos de acceso 59/2007 (29 de noviembre de 2007) o 60/2007 (21 de febrero de 2008). También puede consultarse el documento "Acceso a redes. La experiencia en Castilla – La Mancha", que constituye el soporte de la conferencia "El marco regulatorio de las energías renovables", pronunciada en la "Jornada sobre perspectiva actual y evolución de las energías renovables en España" (CNE, 11 de diciembre de 2007, disponible en www.cne.es, apartado 'Jornadas y seminarios').

42. Orden de 30 septiembre de 2002 por la que se regula el procedimiento para priorizar el acceso y conexión a la red eléctrica para evacuación de energía de instalaciones de generación contempladas en el Real Decreto 2818/1998, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. Orden de 30 de marzo de 2004, por la que se regula el procedimiento de priorización de acceso y conexión a la red eléctrica para la evacuación de energía de las instalaciones de producción en régimen especial.

43. Orden Foral 258/2006, de 10 de agosto, por la que se dictan normas complementarias para la tramitación administrativa de puesta en servicio y conexión a la red de distribución eléctrica de las instalaciones de producción en régimen especial y sus agrupaciones, y Orden de 6 de febrero de 2007 por la que se establecen normas complementarias para la conexión en las redes de distribución y para la tramitación de determinadas instalaciones generadoras de energía eléctrica en régimen especial y agrupaciones de las mismas.

zona. Después se reparte dicha capacidad máxima entre los productores de esa zona, reunidos en una "Mesa de evacuación". En la Mesa tiene lugar una "priorización de los proyectos fotovoltaicos, otorgando un orden de entrada (acceso) a las redes, en función del grado de avance administrativo".

b. Procedimientos como los de Andalucía o Extremadura pretenden "priorizar el acceso y conexión" a las redes cuando la energía producida "supere la capacidad de evacuación de la red" (artículo 1 de las órdenes citadas). En este procedimiento también se delimitan zonas eléctricas de evacuación (ZEDE). A continuación se reúnen "Mesas de trabajo", convocadas por autoridades públicas, en las que se determinan los proyectos que podrán ejecutarse en cada ZEDE, como en el caso anterior.

c. En Navarra, la Dirección General competente puede declarar una zona eléctrica de Navarra "zona saturada", "al no ser posible en ella evacuar más energía por haberse alcanzado con las instalaciones de producción conectadas a su red de distribución el 50% de su capacidad máxima".⁴⁴ Tal declaración se publica oficialmente y supone la suspensión de la tramitación de solicitudes de acogimiento al régimen especial y puesta en servicio de instalaciones de producción.⁴⁵ En Extremadura se permite la constitución de mesas de evacuación, al estilo de las descritas.

Los procedimientos anteriores no siempre se atienen al expresado reparto de competencias en materia de acceso y conexión. A través de los mismos se está afectando a la competencia estatal sobre el derecho de acceso. Además, se podría estar vulnerando el principio de libre competencia en la generación (artículo 11.1 LSE) y el de planificación indicativa de tal actividad (artículo 4.1).⁴⁶ También se podría

44. Zona eléctrica es aquella suministrada por una subestación transformadora 220/66kV (artículo 8 de la Orden).

45. Por ejemplo, Resolución 520/2007, de 28 de febrero, del Director General de Industria y Comercio, por la que se declaran zonas eléctricamente saturadas para la evacuación de nuevas instalaciones de generación en 66 KV a las subestaciones denominadas ST Sangüesa y ST Tafalla 220/66 KV y a la STR Carcastillo 66/13,2 KV.

46. Artículo 11.1: "La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica". Artículo 4.1: "La planificación eléctrica, que tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiere a instalaciones

vulnerar la prohibición de reserva de capacidad por razón de la precedencia temporal (artículo 60.3 del Real Decreto 1955/2000);⁴⁷ así como, en fin, la prioridad para la evacuación de energía producida en régimen especial (artículo 30.2.b LSE).⁴⁸

En vista de ello, en la citada reunión de 27 de marzo de 2008, la CNE adoptó las conclusiones que resumimos a continuación:

1. Determinadas Comunidades Autónomas han establecido procedimientos que regulan no sólo la conexión sino también el acceso a las redes. El procedimiento más habitual consiste en delimitar zonas, asignar una capacidad global de evacuación de la red en cada zona, y repartir entre los productores de esas zonas tanto la capacidad para evacuar como los gastos en infraestructuras, mediante un convenio o una resolución administrativa.

2. En ningún caso podrá denegarse la conexión invocando los criterios propios de acceso a las redes y, en concreto, la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

3. A tenor de la reforma operada por la Ley 17/2007, la condición necesaria para que una producción vierta su electricidad a la red depende de la disponibilidad de punto de conexión, lo cual es competencia de las Comunidades Autónomas. Éstas podrán regular procedimientos sobre conexión en sus requerimientos técnicos. Pero esos procedimientos deben respetar la normativa básica estatal (la denegación sólo es posible por la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros). El eventual incumplimiento de tal normativa será controlado por los Tribunales. La CNE puede plantearse impugnar ante los tribunales las disposiciones autonómicas que puedan vulnerar la normativa básica estatal.

de transporte, será realizada por el Estado, con la participación de las Comunidades Autónomas”.

47. Artículo 60.3: “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”.

48. Según el artículo 30.2.b, los productores en régimen especial gozan de “prioridad en el acceso a las redes de transporte y de distribución de la energía generada, respetando el mantenimiento de la fiabilidad y seguridad de las redes”.

La CNE considera que cuando sea aplicable el artículo 42 de la LSE en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 17/2007 (aquellos casos que tengan su origen en una solicitud de acceso anterior a la entrada en vigor de esta última Ley) no puede aceptarse la denegación de acceso con base en procedimientos autonómicos.

B. Concursos autonómicos en materia eólica

A continuación se analizan los concursos autonómicos de reparto de potencia eólica. El estudio se divide en dos apartados. En el primero recapitulamos la postura expresada en relación con dichos concursos por la CNE en contestación a una consulta del Gobierno de Cantabria. Las conclusiones de dicho asunto son trasladables en buena parte al concurso celebrado recientemente en Galicia, sobre el que la CNE no se ha pronunciado, y al que dedicamos el segundo apartado.

El problema guarda relación con el anterior de las mesas de evacuación. En ambos casos las Comunidades Autónomas tratan de limitar la instalación de potencia en régimen especial por encima de determinados umbrales. Acuden para ello a instrumentos de dudosa compatibilidad, tanto con el reparto competencial en la materia, como con normas y principios del sector eléctrico (libertad de instalación, ausencia de planificación obligatoria de la producción, etc.).

1. Contestación de la CNE a una consulta planteada por el Gobierno de Cantabria

La CNE ha expresado su criterio sobre los procedimientos de concurso para la instalación de potencia eólica con ocasión de la contestación a una consulta de la Comunidad Autónoma de Cantabria.⁴⁹ Dicha Comunidad sometió al criterio de la CNE una propuesta normativa que finalmente plasmó en un Decreto.⁵⁰ Conviene aclarar que el

49. Informe de la CNE, de 6 de noviembre de 2008, sobre el proyecto de decreto del Gobierno de Cantabria por el que se regula la instalación de parques eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

50. Decreto 19/2009, de 12 de marzo, por el que se regula la instalación de Parques Eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

informe de la CNE no tenía carácter preceptivo ni vinculante, siendo así que la consultante no recogió en la norma finalmente aprobada, y después de recabar posteriormente el dictamen del Consejo de Estado, las sugerencias formuladas por la CNE.⁵¹

Dicha Comunidad Autónoma eligió un sistema para la instalación de parques eólicos según el cual la Administración autonómica determina una potencia eólica máxima a instalar en su territorio. Esa potencia máxima se asigna a los distintos candidatos mediante concurso.

El informe de la CNE a la propuesta de decreto del Gobierno de Cantabria expresa el criterio general del regulador sobre los procedimientos autonómicos de reparto de capacidad eólica. El informe realiza, en esencia, dos consideraciones: una sobre la competencia para autorizar instalaciones en régimen especial, y otra sobre el mecanismo establecido para adjudicar las autorizaciones.

Sobre la cuestión de la competencia administrativa, el informe señala que, en virtud del artículo 4.1 del Real Decreto 661/2007, de 26 de mayo, una Comunidad Autónoma tiene competencia para autorizar, en su ámbito territorial, instalaciones en régimen especial. Pero dicha previsión no puede desconocer el artículo 4.2.b) del mismo Real Decreto, a tenor del cual corresponde a la Administración General del Estado la autorización de instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, como vimos en el apartado correspondiente a las competencias administrativas.⁵²

En lo relativo al mecanismo de adjudicación de las autorizaciones, la CNE pone en cuestión la competencia de una Comunidad Autónoma para emplear un procedimiento concurrencial, por ser éste un

51. Se emitió el informe de la CNE en virtud de la disposición adicional undécima, tercero, 1, función sexta, que confiere a dicho organismo la posibilidad de "emitir los informes que le sean solicitados por las Comunidades Autónomas cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias en materia energética".

52. Artículo 4.2.: "Corresponde a la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas otros departamentos ministeriales: (...) b) La autorización administrativa para la construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, o se encuentren ubicadas en el mar, previa consulta en cada caso con las comunidades autónomas afectadas por la instalación".

mecanismo “cuasi-concesional” (esto es, propio del reparto de títulos habilitantes contingentados).

El artículo 2 de la propuesta de decreto cántabro señalaba que únicamente podría concederse autorización administrativa a los proyectos asignatarios de potencia eólica en concursos previamente convocados al efecto. Dicha convocatoria debería recoger la potencia eólica a instalar y las zonas de implantación territorial de dicha potencia.

Al respecto, la CNE advirtió de que ciertas previsiones de la LSE ponen en cuestión una regulación como la descrita. En primer lugar recordó la CNE los principios de libre competencia y de libertad de instalación que rigen en la producción de energía eléctrica.⁵³ A continuación el regulador cita el artículo 2 de la Ley, según el cual se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la Ley. Y también menciona el artículo 4, según el cual la planificación eléctrica tiene carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a las instalaciones de transporte. La CNE añade que, según el artículo 21 LSE, la construcción de instalaciones de producción eléctrica está sometida al régimen de autorización administrativa previa, de carácter reglado, que se rige por el principio de no discriminación. Aunque los intereses autonómicos en materia de ordenación del territorio y de medio ambiente puedan justificar actuaciones de ordenación sobre instalaciones eléctricas, esa intervención debe respetar el principio de proporcionalidad, a fin de evitar una infracción de las previsiones citadas.

En consecuencia, la CNE señala que la previsión que contenía la propuesta de decreto de Cantabria (de que sólo se concederá autorización a las entidades que previamente resulten adjudicatarias de potencia) resulta cuestionable. Y también informó desfavorablemente la previsión de que la asignación de cuotas de potencia de los parques tendría lugar en el marco de procedimientos concurrenciales (concursos), por ser éste un sistema propio de la concesión administrativa, pero no del otorgamiento de autorizaciones regladas. Dicha previsión, añade la CNE, implica la transformación del régimen legal de autorización administrativa reglada en otro de naturaleza cuasi-

53. “En la generación de energía eléctrica, se reconoce el derecho a la libre instalación y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia”.

concesional, para lo cual la Comunidad Autónoma carece de competencia. La Comisión concluyó recomendando la modificación de esas previsiones, lo cual no fue atendido, como ya ha sido señalado.

2. El concurso eólico celebrado en Galicia

El sistema cántabro guarda semejanzas con el del Decreto 242/2007, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, al que resultan extrapolables, en lo esencial, muchas conclusiones del recién citado informe de la CNE.⁵⁴

El Decreto 242/2007 establece las condiciones técnicas, ambientales socioeconómicas y de eficiencia energética que deben respetar los parques eólicos, y los criterios de interés social para la selección de los anteproyectos. Asimismo, regula el procedimiento para la selección de estos anteproyectos y para el otorgamiento de autorizaciones de construcción de las instalaciones.

El artículo 8 del Decreto señala que mediante orden de la Consejería competente en materia de energía se determinará el objetivo de potencia en megavatios que se tramitará durante el período de referencia que en ella se establezca. Cuando la suma de potencias de las solicitudes presentadas supere la potencia máxima prevista en la orden de convocatoria, o cuando dos o más proyectos concurren en un mismo espacio territorial, la Administración iniciará un procedimiento de selección de entre los admitidos a trámite, al que aplicará los criterios de valoración que establece la norma (artículos 9 a 12). En definitiva, en tales hipótesis (de más que probable aparición) la selección se hará por concurso. Las instalaciones seleccionadas continúan la tramitación hasta su autorización y puesta en marcha.

Uno de los criterios a valorar en la selección de anteproyectos de parques eólicos consiste en la propuesta de participación pública en el capital social del proyecto.⁵⁵ Tal requisito fue objeto de fuerte

54. Decreto 242/2007, de 23 de diciembre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en Galicia.

55. "Artículo 9. Presentación de solicitudes: (...) 2. Con carácter voluntario, y a los efectos de valoración del anteproyecto, el solicitante también podrá presentar la propuesta de compromisos adicionales, que incorporará alguno de los siguientes documentos: 2.1. Pro-

controversia. Según informó la prensa, la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia lo consideró lesivo del derecho constitucional a la libertad de empresa, garantizado en el artículo 38 de la Constitución Española, pese a lo cual el Decreto fue aprobado.⁵⁶

A esta objeción debe unirse la formulada por la CNE en el informe al proyecto de decreto sobre parques eólicos de Cantabria, en el sentido de que resulta contrario a la LSE que las Comunidades Autónomas acudan a mecanismos que, al condicionar el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de las instalaciones a la previa adjudicación de potencia en el marco de procedimientos concursionales, sustituyan el régimen legal de autorización reglada por otro de naturaleza cuasi-concesional.⁵⁷

Lo cierto es que, en aplicación del citado artículo 8 del Decreto 242/2007, la Orden de 6 de marzo de 2008 determinó el objetivo de potencia máxima (2.325 MW) para el período 2008-2012, y abrió el plazo de presentación de solicitudes. La Resolución de 26 de diciembre de 2008 de la Consejería de Innovación e Industria aprobó la

puesta de participación pública en el capital social del proyecto a través de entes de derecho público que tengan como objeto social o función la implantación de sistemas de producción de energía y que puedan constituir o participar en sociedades, cualquiera que fuere su forma, con un objeto que se relacione con sus fines”.

56. Al respecto puede consultarse, por ejemplo, la edición de 6 de agosto de 2009 de CINCO DÍAS, “La Xunta tumba el concurso eólico que aprobó el Gobierno de Touriño” (“El informe de la Asesoría Jurídica de la Xunta afirma, según explicó ayer el responsable de Industria, que el decreto que convocó el concurso vulnera el artículo 38 de la Constitución Española, que consagra la libertad de empresa, porque imponía como requisito para conceder el parque que se... diera una participación a la Xunta en la sociedad”). *La Voz de Galicia* en edición de 22 de julio de 2009, bajo el titular “El PP prepara la fórmula para deshacerse del concurso eólico”, señalaba: “Los Servicios Jurídicos de la Xunta y el Consejo Consultivo apreciaron tachas de legalidad en estos dos textos [el Decreto eólico y la Orden de convocatoria del concurso]. Básicamente, todos estos informes críticos coinciden en cuestionar la exigencia de que los operadores cedan gratuitamente participación pública a la Administración. Este requisito fue suavizado durante el proceso, y se quedó como algo voluntario, pero en la práctica, teniendo en cuenta el aluvión de peticiones, fue un requisito excluyente”.

57. Cuestión que ya había advertido la prensa. *La Voz de Galicia*, en su edición de 21 de agosto de 2009, señalaba: “También hay muchas dudas sobre si se puede utilizar un mecanismo de concurrencia competitiva para repartir molinos. La Comisión Nacional de Energía ha informado de que esto no es legal, por cuanto el viento no es un bien de utilidad pública, y por tanto su explotación no puede hacerse en régimen de concesión (como una central hidroeléctrica), sino que debe ser tratado como una autorización administrativa”.

relación de anteproyectos seleccionados, lo que supuso la admisión a trámite de 2.290,7 MW del total ofertado.

Las mencionadas disposiciones fueron objeto de numerosas impugnaciones en sede administrativa y judicial, según informaron los medios de comunicación.⁵⁸ Y la tramitación del procedimiento se vio afectada por vicisitudes de distinto tipo, más bien de orden político, como la falta de consenso en el seno de la propia Administración autonómica sobre la composición de la comisión de selección de los proyectos.⁵⁹

En el momento en que se ultima la presente colaboración (septiembre de 2009), el procedimiento de adjudicación de potencia eólica está suspendido al amparo de la previsión legal relativa a la adopción de medidas provisionales en el procedimiento administrativo (artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJ-PAC).⁶⁰ Tal suspensión de oficio en vía administrativa –cuya admisibilidad resulta jurídicamente dudosa–⁶¹ se acordó mediante resolución de 7 de agosto de 2009, dictada por el nuevo Gobierno surgido de las últimas elecciones autonómicas, de signo político distinto al anterior.⁶² Entre las razones de la suspensión se

58. Por ejemplo, edición de 6 de agosto de 2009 de *El Correo Gallego*: “Los nuevos parques eólicos de Galicia no se autorizarán hasta mediado 2010”.

59. Lo expresa, por ejemplo, el diario Público en su edición de 6 de agosto de 2009, con el titular “Galicia anula el mayor concurso eólico de España”, y sigue: “La Xunta, ahora controlada por el PP, cuestionó la legalidad de esa adjudicación por parte de la Consejería de Industria, entonces gestionada por el BNG y a la que se opusieron dos consejerías socialistas, Medio Ambiente y Política Territorial, por no haber sido informadas”.

60. Con ocasión de la última revisión del original del presente trabajo, se ha tenido conocimiento de que la eficacia de la Orden por la que se convocó el procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de instalaciones eólicas ha sido suspendida cautelarmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el marco de un proceso iniciado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra dicha Orden.

61. En síntesis, las dudas, cuyo análisis detallado no corresponde aquí, consisten en que la causa de suspensión del procedimiento (la supuesta incompatibilidad de la normativa actual con la que eventualmente se dicte) no figura entre las posibles causas de suspensión del procedimiento previstas en el artículo 72 LRJ-PAC.

62. Resolución de 7 de agosto de 2009 de suspensión del procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de instalaciones de parques eólicos tramitados al amparo del Decreto 242/2007, de 13 de diciembre.

menciona la incompatibilidad del requisito de participación pública del Decreto 242/2007 con el nuevo modelo que en materia de energía eólica se pretende establecer. Este nuevo modelo estaría basado en el pago de un canon.⁶³ Según parece, esta solución tampoco será pacífica entre los agentes del sector.⁶⁴ Además, la mención a un "canon", figura propia de la concesión desde el punto de vista jurídico, podría suscitar nuevamente dudas sobre el recurso a mecanismos de naturaleza cuasi-concesional, en línea con las ya expuestas por la CNE en su contestación a la consulta planteada por el Gobierno de Cantabria.

C. Problemas competenciales en materia de subvenciones

En este apartado damos cuenta de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 136/2009, de 15 de junio, recientemente recaída en un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de Aragón contra una Resolución del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se reguló la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica.⁶⁵

El Gobierno de Aragón alegó que la citada Resolución vulneró su autonomía financiera así como sus competencias en materia energética, entre otras. Y ello porque dicha Resolución centralizaba en los órganos estatales la tramitación y adopción de las ayudas que contemplaba, con vulneración de la doctrina constitucional sobre subvenciones (singularmente de la establecida en la STC 13/1992).⁶⁶

63. A partir de la información publicada en prensa se conoce algún detalle del futuro canon. Según parece, se tratará de un pago por instalación, que repercutirá en los ayuntamientos afectados por la presencia de parques a través de un fondo de compensación (por ejemplo, *El País* de 15 de julio de 2009: "Economía dice que el canon eólico no es recaudatorio"; o *La Voz de Galicia*, de 14 de agosto de 2009: "La Xunta defiende el canon e insiste en que el sector eólico no está paralizado"; o de 18 de agosto siguiente: "Industria anunció la revisión eólica sin tener cerrado su proyecto de ley").

64. *La Voz de Galicia* de 6 de agosto de 2009: "Las eólicas bendicen la anulación del concurso pero pronostican una guerra legal contra el canon".

65. Sentencia publicada en el BOE de 17 de julio de 2009.

66. Acerca de la citada STC 13/1992 puede consultarse el trabajo de M. Medina Guerrero, "Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la Sentencia 13/1992", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

El Tribunal Constitucional (TC) recuerda la doctrina, expresada en la citada sentencia, según la cual "el Estado (...) no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial". Y recuerda igualmente que, según esa misma sentencia, "la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público (...) que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficiente para cubrir las necesidades financieras de la hacienda autonómica".

El TC también acude a su doctrina según la cual la resolución de controversias que se susciten respecto de la regulación y aplicación de las subvenciones que puedan establecerse en el ámbito de las distintas áreas de la acción pública debe tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en la que proceda encuadrar las subvenciones.

El concreto encuadre de las subvenciones cuestionadas era el Plan de fomento de las energías renovables en España 2000-2010. Las medidas subvencionaron parte del precio de instalaciones para el aprovechamiento de la energía solar térmica a baja temperatura (con aplicaciones tales como agua caliente sanitaria, calefacción, climatización, etc.). La resolución encomendó la totalidad de la gestión de las subvenciones al IDAE (recepción de solicitudes, evaluación, instrucción, resolución y pago).

El TC descarta que la medida pueda encuadrarse en el título competencial sobre investigación científica y técnica. Más bien presentaban las medidas una estrecha conexión con el sector energético, pues su finalidad principal era el fomento del uso de la energía solar. En definitiva, el TC declara que *"las subvenciones de la resolución impugnada deben incardinarse en la materia régimen energético por ser ésta la más directamente afectada"*.

Al versar las subvenciones sobre el sector energético, el Estado dispone de un título competencial básico y de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, como hemos visto en el apartado inicial relativo al marco general de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En vista de ello, el Estado pue-

de consignar subvenciones como éstas en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones generales de otorgamiento, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de modo que se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible o, en su caso, en un momento inmediatamente posterior.

Sólo una circunstancia excepcional puede justificar la regulación completa de las subvenciones por parte del IDAE. Pero el TC considera que en el caso analizado no concurría tal circunstancia que exigiese la gestión centralizada de las subvenciones por dicha entidad. En particular, señala que el destino de las subvenciones (uso de energía solar en un entorno más bien doméstico) se integra en el ámbito ordinario de la competencia autonómica, dado que los proyectos subvencionables no contienen elemento alguno que exija la gestión centralizada.

D. Problemas competenciales asociados al crecimiento del sector

La regulación del régimen especial pretende fomentar ese modo de generación con retribuciones superiores a las del régimen ordinario. Pero dicho régimen económico ventajoso supone un sobrecoste para el sistema, lo que determina que el incentivo económico se modere a medida que se van cumpliendo determinados objetivos de instalación de potencia en régimen especial que se consideran satisfactorios. Por ese motivo, además de por razones de seguridad jurídica y de rentabilización de la inversión, los productores en régimen especial suelen preferir la regulación económica vigente en cada momento a una futura regulación, necesariamente incierta y con alta probabilidad de resultar menos ventajosa que la anterior. Esta idea es clave en las consideraciones que se exponen a continuación.

Según el sistema diseñado por el Real Decreto 661/2007, alcanzado el 85% del objetivo de potencia para cada tecnología, una resolución del Secretario General (hoy Secretario de Estado) de Energía fijará el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones inscritas

en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho al régimen económico establecido en ese Real Decreto (artículo 22).⁶⁷ La tecnología fotovoltaica fue la primera en alcanzar el 85% del objetivo de potencia (fijado en 371 MW). En consecuencia, la Resolución de la Secretaría General de Energía de 27 de septiembre de 2007 (BOE de 29 de septiembre siguiente), estableció un plazo de doce meses (hasta el 29 de septiembre de 2008) para la inscripción definitiva de las plantas que se acogerían al régimen económico del Real Decreto 661/2007. Las plantas inscritas después de esa fecha quedaron sujetas al Real Decreto 1578/2008, ya mencionado.

El sistema tuvo efectos no esperados (ni deseados), con consecuencias desde el punto de vista del reparto de las competencias administrativas, a saber: (1) la posible inscripción irregular de plantas fotovoltaicas y la inspección a través de la CNE; y (2) la proliferación desmesurada de plantas fotovoltaicas que se trató de moderar con el establecimiento de un registro de pre-asignación de retribución, recientemente generalizado para el resto de tecnologías.

1. Posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas e inspecciones de la CNE

Un primer efecto del sistema del Real Decreto 661/2007 fue la posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas antes de la fecha límite que resultó de la citada Resolución de la Secretaría General de Energía, a fin de que las mismas quedasen acogidas al régimen económico del mismo.⁶⁸

La Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, de tarifas a partir de 1 de julio de 2008, salió al paso de dicho supuesto fraude. La disposición

67. Ese plazo, que no debía ser inferior a doce meses, se establecía, a propuesta de la CNE, con base a la velocidad de implantación de las instalaciones y a la duración media de la ejecución de la obra para un proyecto tipo de una tecnología. La inscripción en el mencionado Registro, cuya llevanza corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se exige por los artículos 21.4 y 31 LSE, además de por los artículos 9 y ss. del Real Decreto 661/2007.

68. Sobre las sospechas de fraude puede citarse, por todos, el siguiente titular contenido en la edición de *El Mundo* de 27 de julio de 2009: "Aumenta el fraude en el sector de las plantas solares".

adicional novena de la Orden estableció que la Dirección General de Política Energética y Minas inspeccionaría, a través de la CNE, la veracidad y suficiencia de la documentación relativa a las instalaciones fotovoltaicas inscritas en el Registro correspondiente antes del 30 de septiembre de 2008. Además, la CNE realizaría concretas inspecciones a plantas de producción en ejecución de un plan de inspecciones. Las instalaciones incorrectamente inscritas serían objeto de una corrección en el régimen económico aplicable, y su titular sometido a un expediente sancionador. Previsiones similares sobre inspección de plantas fotovoltaicas a fin de detectar posibles irregularidades que diesen lugar al irregular pago de tarifas se incluyeron en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre (artículos 13 y 14), para instalaciones inscritas con posterioridad a la fecha límite para el mantenimiento del régimen económico del Real Decreto 661/2007.

A juicio de la CNE, las inspecciones pueden plantear problemas competenciales. Así lo expresó en el informe sobre la propuesta normativa que finalmente se materializó en el citado Real Decreto 1578/2008.⁶⁹ La CNE lo razonó del siguiente modo:

En la medida en que la inspección estatal de las instalaciones fotovoltaicas a que se refiere el artículo 13 del texto sometido a informe se extiende "a la comprobación de la veracidad de los datos aportados durante el procedimiento de tramitación administrativo", procede recordar que el Estado no puede someter el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias a mecanismos de supervisión o tutela de legalidad distintos de los previstos en el artículo 153 de la Constitución.

2. Proliferación de plantas fotovoltaicas y registro de pre- asignación

Otro efecto no deseado del mecanismo previsto en el citado artículo 22 del Real Decreto 661/2007 consistió en la proliferación

69. Informe 30/2008 de la CNE en relación con la propuesta de Real Decreto de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología (www.cne.es, apartado 'Documentos CNE').

desmesurada de instalaciones fotovoltaicas en el período de doce meses establecido por la Resolución de 27 de septiembre de 2007. Los promotores, temerosos de una peor retribución en la siguiente regulación, dispararon la construcción de plantas de producción, en ocasiones de dudosa viabilidad, incrementando el sobrecoste para el sistema.⁷⁰

Con el propósito de combatir la proliferación desmesurada de proyectos poco serios, evitando el incremento del déficit de tarifa, se creó el llamado Registro de pre-asignación de retribución, primero para la tecnología fotovoltaica (a través del Real Decreto 1578/2008), y luego para el resto de tecnologías (mediante el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril).

El artículo 4 de este último Real Decreto-ley 6/2009 dispone que dicho registro se crea como sub-sección del Registro estatal de instalaciones de producción de energía eléctrica previsto en el artículo 21.4 de la Ley 54/1997. La inscripción en el mismo es una condición necesaria para el otorgamiento del régimen económico previsto en el Real Decreto 661/2007. Dicha inscripción exige el cumplimiento de ciertos requisitos de solvencia técnica y económica de la instalación.⁷¹

El registro de pre-asignación de retribución podría tener implicaciones en materia competencial. Como sabemos, corresponden a las

70. Así, lo señala la edición de *Cinco Días* de 13 de octubre de 2009 ("Apoyo poco claro a las energías renovables"). El citado informe 30/2008 de la CNE ya adelantaba las consecuencias de la proliferación de la tecnología fotovoltaica y las consecuencias para el consumidor. Señala el informe que la fuerte expansión del sector "ha hecho que se haya alcanzado con una antelación de más de tres años el objetivo de planificación previsto para esta tecnología en el 2010". Y el mismo informe añade: "El sobrecoste para el consumidor por su apoyo económico al régimen especial se incrementa, pudiendo pasar del 8,6% en 2007 al 8,9% en 2008. En este sobrecoste, el apoyo a la tecnología fotovoltaica representó 189 M€ en 2007, pudiendo representar 524M€ en 2008 para una potencia de 1.800 MW, lo que supone 335M€ de coste adicional que conlleva un necesario incremento de la tarifa eléctrica en 2008 del 1,3% para satisfacer el incremento del coste fotovoltaico".

71. Esos requisitos son: disponer de punto de acceso y conexión firme para toda la potencia de la instalación, disponer de autorización administrativa de la instalación y de licencia de obras, haber depositado el aval que, en su caso, fuese exigible, disponer de recursos económicos suficientes para acometer al menos el 50 por ciento de la inversión, haber alcanzado un acuerdo de compra con el fabricante de los equipos, disponer de punto de suministro de gas natural o de informe favorable de aprovechamiento de aguas cuando fuese necesario, y haber depositado un aval obligatorio ante la Caja General de Depósitos, a favor de la Dirección General de Política Energética y Minas.

Comunidades Autónomas las actuaciones administrativas que se han de seguir respecto de las instalaciones de régimen especial (autorización administrativa, aprobación del proyecto de ejecución y acta de puesta en marcha). Por excepción, la gestión del régimen de retribución es de competencia estatal, y a tales efectos el artículo 9 del Real Decreto 661/2007 exige la inscripción o toma de razón de las instalaciones autorizadas por las Comunidades Autónomas en el Registro dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.⁷²

El registro de pre-asignación de retribución supone un requisito adicional para tener acceso a un determinado régimen económico. El exigible a la tecnología fotovoltaica determina la potencia máxima de los proyectos inscribibles y establece el objetivo de potencia anual (cupos de potencia), que se ajusta cada año. Los objetivos anuales se dividen en cuatro convocatorias, pudiendo traspasarse potencia no cubierta en una convocatoria a la siguiente. La inscripción requiere la presentación de avales y de documentación que acredite la madurez del proyecto (acceso y conexión, autorizaciones y licencias). El registro previsto en el Real Decreto-ley 6/2009 sujeta la aplicación del régimen económico del Real Decreto 661/2007 al cumplimiento de requisitos sustantivos sobre la viabilidad técnica y económica del proyecto más exigentes que los previstos para la tecnología fotovoltaica (financiación para acometer el proyecto, etc.).⁷³ Las instalaciones inscritas cuentan con un plazo de treinta y seis meses para inscribirse de modo definitivo en el registro estatal. De lo contrario, los derechos de contenido económico asociados a la inscripción en el registro de pre-asignación son revocados.

Aunque la inscripción en el registro de pre-asignación no afecta a la libertad de instalación reconocida en la LSE, pues sólo tiene consecuencias económicas, no cabe duda de que afecta al crecimiento del

72. El Real Decreto 661/2007 (artículo 9) señala: "Para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y el control de la percepción de las tarifas reguladas, las primas y complementos (...) las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial deberán ser inscritas obligatoriamente en la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica a que se refiere el artículo 21.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio".

73. En este sentido, *El País*, en su edición de 10 de octubre de 2009, informaba que la creación de dicho registro "no gustó a algunos partidos. CiU, especialmente, advirtió cuando se tramitó el decreto que éste podía invadir competencias autonómicas".

parque de generación en régimen especial, cuya principal ventaja para el promotor es su retribución incentivada. Debido a la existencia de este registro, el reconocimiento de un determinado régimen económico a una instalación ya no depende sólo de la cuestión más bien formal de la toma de razón de una autorización autonómica en un registro estatal. El proyecto debe cumplir además requisitos estrictos para ser viable, que se añaden a los exigibles, en sede autonómica, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo de autorización de la instalación.

Para terminar, daremos cuenta, muy someramente, del fallido intento de suprimir el registro de pre-asignación creado por el Real Decreto-ley 6/2009. Dicha supresión pretendió llevarse a cabo a través de una disposición final de la nueva Ley de Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión al Mercado Inmobiliario, aunque la correspondiente enmienda de adición aprobada por el Senado resultó finalmente rechazada por el Congreso de los Diputados.⁷⁴ Según parece, entre las razones de la enmienda estaba el poner freno a un sistema estricto que podría fomentar movimientos especulativos.⁷⁵ Aunque también se adujo, en lo que aquí interesa, que tal supresión restablecería la plenitud de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de régimen especial.⁷⁶

La propuesta de reforma dio lugar a la crítica casi unánime de los productores en régimen especial, en particular de los termosolares, así como a la de algunos gobiernos autonómicos. Tales críticas parecen haber sido decisivas, a la vista de la reacción del Congreso. De la pro-

74. La enmienda a la Ley, a iniciativa de CiU, se votó favorablemente en el Senado, pero fue rechazada por el Congreso en sesión de 15 de octubre de 2009 (puede consultarse, para más detalle, el Diario de Sesiones del Congreso de ese día, núm. 113 de 2009, pp. 10 a 15 y 42).

75. Señala *Cinco Días* en el citado artículo "Apoyo poco claro a las energías renovables", al hablar del registro de pre-asignación fotovoltaico, que "el sistema no ha funcionado porque, al limitar tanto la potencia que se puede instalar, quien tiene una autorización de ese registro tiene un bien preciado. Un bien por el que se ha llegado a pagar precios cercanos al millón de euros por MW, atrayendo la especulación a la fotovoltaica".

76. Decía al respecto la edición de *Expansión* de 9 de octubre de 2009 ("PSOE y CIU pactan el rediseño del mapa de renovables en España"), tras la aprobación de la enmienda en el Senado, que con la eliminación del registro de pre-asignación "las Comunidades Autónomas vuelven a ser las encargadas de dar el visto bueno a los proyectos. Desde el punto de vista político, CiU ha conseguido colgarse la medalla de haber logrado que las autonomías recuperen competencias en renovables".

puesta de reforma, finalmente rechazada, se criticó la inseguridad que genera la constante reforma del marco regulatorio.⁷⁷ Además, el nuevo mecanismo suponía cierta dosis de inseguridad, al incluir una reforma del artículo 22 del Real Decreto 661/2007 que no permitía anticipar el momento en que pudiese cumplirse el objetivo de potencia de cada tecnología, con la consiguiente incertidumbre para la inversión.⁷⁸ También se dijo que la reforma ponía en peligro la construcción de 35 plantas termosolares en tramitación, lo que podría haber supuesto reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado.⁷⁹

IV. Conclusiones

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas emana, en lo fundamental, de la Constitución Española y de los Estatutos de Autonomía. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar que el Estado ha establecido las bases del sector energético –y, en particular, del sector eléctrico, al que pertenecen las energías renovables– en virtud de las competencias reconocidas en el artículo 149.1.13^a (actividad económica), 18^a (concesiones), 22^a (autorización de ciertas instalaciones) y 25^a (sector energético). Por su parte, el artículo 148.1.3^a (ordenación del territorio y urbanismo) y 13^a (fomento del desarrollo económico) reconoce competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas. Pero

77. Morales Plaza, en una columna publicada en la edición de *Expansión* de 13 de octubre de 2009, aventuraba que, de aprobarse la reforma (finalmente desestimada), “se producirán cancelaciones masivas de inversiones extranjeras en España (...) al dispararse el «riesgo país»”.

78. Así, la columna “Apoyo poco claro a las energías renovables”, ya citada, señaló la advertencia de los promotores de que las instalaciones inscritas con posterioridad al cumplimiento del objetivo de potencia podrían no rentabilizar su inversión, por ser el precio de mercado que recibirían inferior a la prima. En el mismo sentido, *ABC* señaló que la situación de incertidumbre que generaría la reforma podría suponer la cancelación de los préstamos y la devolución de los fondos prestados (“Otro cambio legislativo cuestiona el futuro de la industria termosolar”, 13 de octubre de 2009).

79. El diario *El País*, en el citado artículo “Los continuos cambios en la regulación de las renovables encrespan al sector”, señaló: “Las empresas promotores de centrales termosolares anunciaron ayer que estudian presentar demandas de responsabilidad patrimonial contra el Estado”. En el mismo sentido informan las ediciones de 10 de octubre de 2009 de *Expansión* (“Las termosolares amenazan con demandar al Estado”), o *Cinco Días* (“Empresas termosolares estudian demandar a Industria por daños”), entre otros.

el término 'competencias exclusivas' no excluye la intervención de las Comunidades Autónomas, que pueden colaborar con el Estado en el ámbito de materias atribuidas a su competencia, y ello con arreglo, básicamente, a las siguientes dos fórmulas conocidas: a) el Estado dicta "normas básicas" o "bases" y las Comunidades Autónomas las desarrollan mediante su propia legislación; y b) el Estado legisla y las Comunidades Autónomas ejecutan y aplican esa legislación. En este sentido, y por lo que aquí interesa, todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia de desarrollo normativo y ejecución del régimen especial de producción eléctrica.

Por otro lado, la LSE ha precisado la distribución de competencias en materia de régimen especial entre las tres "autoridades reguladoras" (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y CNE). Dicho reparto, previsto en el artículo 3 de la LSE, puede resumirse del siguiente modo:

a. A la Administración General del Estado le corresponde fijar el régimen económico de la retribución de tal tipo de producción eléctrica.

b. Las Comunidades Autónomas son competentes para la autorización administrativa de una instalación de producción en régimen especial y para el reconocimiento de la condición de instalación de producción acogida a dicho régimen. La inscripción de dichas instalaciones en el Registro estatal correspondiente se realiza para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y control de las primas al régimen especial.

c. La liquidación de las primas equivalentes, primas y complementos al régimen especial corresponde a la CNE.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de régimen especial no está exenta de problemas. Algunas Comunidades Autónomas tratan de limitar la instalación de potencia en régimen especial por encima de ciertos umbrales a través de instrumentos de dudosa compatibilidad con el reparto de competencias que rige en la materia y con principios de la regulación vigente del sector eléctrico (libertad de instalación, ausencia de planificación obligatoria de la producción, etc.). En particular:

a. Los mecanismos que limitan el acceso a la red mediante mesas de evacuación o procedimientos similares pueden afectar al derecho de acceso, de competencia estatal, a través de la regulación de la conexión física a la red, que es competencia de las Comunidades Autónomas.

b. Los concursos autonómicos de reparto de capacidad eólica emplean técnicas y sistemas propios del régimen de la concesión administrativa, lo que comporta la transformación del régimen legal de autorización administrativa reglada en otro de naturaleza cuasi-concesional, para lo cual las Comunidades Autónomas carecen de competencia.

La STC 136/2009 declara que la completa gestión y el otorgamiento de subvenciones de apoyo a la energía solar térmica a baja temperatura por parte del IDAE, entidad pública empresarial dependiente de la Administración General del Estado, vulnera las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de energía.

El intento de establecer un crecimiento ordenado de las instalaciones de generación en régimen especial, que no suponga un sobrecoste excesivo para el sistema, ha suscitado igualmente problemas competenciales. El establecimiento de una fecha límite de mantenimiento del régimen económico del Real Decreto 661/2007 ha provocado dos efectos indeseados con respecto a la tecnología fotovoltaica, la primera en alcanzar los objetivos previstos: a) la eventual inscripción irregular de instalaciones; y b) la proliferación desmesurada de proyectos, en ocasiones poco serios, por el temor de los promotores al empeoramiento de las condiciones económicas de la nueva regulación. Tales efectos dieron lugar a la adopción de soluciones con implicaciones de tipo competencial:

a. Se previó la inspección, a través de la CNE, del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a un determinado régimen económico. Pero el propio regulador advirtió sobre las dudas que presenta la supervisión estatal del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias.

b. Se creó un registro de pre-asignación de retribución para la tecnología fotovoltaica, más tarde generalizado para el resto de tecnologías por el Real Decreto-ley 6/2009. Dicho Registro altera el me-

canismo para el reconocimiento del régimen económico de los Reales Decretos 1578/2008 y 661/2007. El mismo somete tal reconocimiento de derechos económicos a la acreditación de ciertos requisitos de solvencia técnica y económica de los proyectos, lo cual va más allá de la mera toma de razón en un registro estatal de la autorización autonómica de una instalación.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de energías renovables. Partiendo de la delimitación competencial prevista en la legislación estatal, en la primera parte del trabajo se describe el reparto de las competencias referidas a la producción de energía eléctrica en régimen especial. En la segunda parte se examina una serie de supuestos prácticos que permiten conocer algunos problemas de actualidad. El primero se refiere al derecho de acceso de los productores en régimen especial a las redes de distribución y, en particular, a cómo algunos procedimientos autonómicos pueden afectar al ejercicio de tal derecho, de competencia estatal. También se analiza el caso de ciertos concursos autonómicos de adjudicación de potencia eólica que utilizan mecanismos de dudosa compatibilidad con el orden de distribución de competencias y algunos de los principios sustantivos que informan la regulación vigente del sector energético. A propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (STC 136/2009), se examina también la distribución competencial en materia de subvenciones a las energías renovables. Finalmente, se abordan otras dos cuestiones controvertidas: la inspección de plantas fotovoltaicas a través de la Comisión Nacional de Energía, y la creación del llamado Registro de preasignación de retribución.

Palabras clave: distribución de competencias; sector eléctrico; régimen especial; energías renovables.

RESUM

Aquest treball té per objecte analitzar la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria d'energies renovables. Partint de la delimitació competencial prevista en la legislació estatal, en la primera part del treball es descriu el repartiment de les competències referides a la producció d'energia elèctrica en règim especial. En la segona part s'examinen una sèrie de supòsits pràctics que permeten tenir coneixement d'alguns problemes d'actualitat. El primer es refereix al dret d'accés dels productors en règim especial a les xarxes de distribució i, en particular, a com alguns procediments autonòmics poden afectar l'exercici d'aquest dret, de competència estatal. També s'analitza el cas de determinats concursos autonòmics d'adjudicació de potència eòlica que utilitzen mecanismes de compatibilitat dubtosa amb l'ordre de distribució de competències i alguns dels principis substantius que informen la regulació vigent del sector energètic. A propòsit d'una sentència recent del Tribunal Constitucional (STC 136/2009), s'examina també la distribució competencial en matèria de subvencions a les energies renovables. Finalment, s'aborden dues qüestions controvertides més: la ins-

pecció de plantes fotovoltaiques a través de la Comissió Nacional d'Energia i la creació de l'anomenat registre de preassignació de retribució.

Paraules clau: distribució de competències; sector elèctric; règim especial; energies renovables.

ABSTRACT

This paper aims to examine the distribution of powers between the state and the autonomous communities in regard to renewable energy. Based on the delimitation of powers under state law, the first part of the paper describes the distribution of responsibilities in reference to special regime production of electrical energy. The second part examines a number of practical assumptions that provide insight into some current problems. The first refers to the right of access of special regime producers to distribution networks and, in particular, how some autonomic procedures can affect the exercise of said right from state competition. The paper also analyzes the case of certain autonomic awarding of wind power using mechanisms of dubious compatibility with the order of distribution of powers and some of the substantive principles that inform existing regulation of the energy sector. Following along with a recent ruling by the Constitutional Court (STC 136/2009), we also examine the distribution of jurisdictional distribution on matters of subsidies for renewable energy. Finally, we address two controversial issues: the inspection of photovoltaic plants by the National Energy Commission, and the creation of the Registry for the Pre-assignment of Remuneration.

Key words: distribution of powers; electrical power industry; special regime; renewable energies.