

Roj: SAN 972/2011
Id Cendoj: 28079230012011100066
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 437/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Concesión por la CNE de derecho de acceso a la red de distribución de una empresa distribuidora de electricidad para la conexión de dos parques eólicos. Denegación motivada del derecho de acceso, artículo 42.3 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico y Real Decreto 1955/2000 (artículos 60, 62.6 y 64.b).

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de febrero de dos mil once.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número 437/2009 interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L. contra la desestimación por silencio

del recurso de alzada interpuesto contra la resolución adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la

Energía (CNE) en sesión de fecha 23 de julio de 2008, posteriormente ampliada a la resolución expresa de fecha 2 de

septiembre de 2009, dictada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por delegación del Ministro de Industria, Turismo y Comercio; han sido partes en autos la Administración General del Estado demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado y como codemandada, Enel Unión Fenosa Renovables, S.A., representada por la Procuradora Sra. Iribarren Cavalle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución de 2 de septiembre de 2009 y en consecuencia la nulidad de la resolución del Consejo de Administración de la CNE de 23 de julio de 2008 .

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- La representación procesal de la codemandada Enel Unión Fenosa Renovables S.A., en igual trámite, solicitó se dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto.

CUARTO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 16 de febrero de 2011.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 2 de septiembre de 2009, dictada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por delegación del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, que desestima el recurso de alzada interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica S.A. contra la decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) en sesión de fecha 23 de julio de 2008.

Dicha resolución de 23 de julio de 2008 acuerda reconocer a Enel Unión Fenosa Rentables S.A., como sucesora de la sociedad Sistemas de Energía Regenerativas S.A. (SERSA) el derecho de acceso a la red de distribución de Endesa Distribución Eléctrica S.L. para la conexión de los parques eólicos "La Dehesa" de 45 MW de potencia instalada, y "Coto de Don Lucio" de 49,5 MW de potencia instalada a la subestación de Baza a 132 kV.

SERSA planteó ante la CNE conflicto de acceso a la red de distribución de Endesa Distribución Eléctrica S.L. (Endesa) para la conexión de dos parques eólicos denominados "La Dehesa" (de 45 MW de potencia instalada y sito en la localidad de Baza) y "Coto de Don Lucio" (de 49.5 MW de potencia instalada, sito en las localidades de Baza y Freila), al no estar de acuerdo con la denegación de acceso para las citadas instalaciones, que consideraba se había producido por silencio de Endesa a las solicitudes de acceso que fueron remitidas a Endesa en fecha 20 de diciembre 2006.

La CNE, en el ejercicio de la función que tiene encomendada de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, tras la realización de los trámites del expediente, que se narran en los pormenorizados y numerosos antecedentes de hecho de la resolución de 23 de julio de 2008, resuelve el citado conflicto de acceso en el sentido ya expuesto, criterio que ha sido confirmado en alzada.

Se argumenta por las resoluciones impugnadas, en esencia, que el gestor de la red solo puede denegar el acceso caso de que no disponga de la capacidad necesaria (*artículo 42.3 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico*), denegación que ha de ser motivada y que la gestora de la red, incumplió formal y materialmente las exigencias legales y reglamentarias relativas a la evaluación de la capacidad de acceso y a su comunicación al solicitante, ya que sólo una vez avanzado el expediente llegó Endesa a emitir comunicaciones dirigidas al solicitante de acceso en las que, si bien no se justificaba ni acreditaba la falta de capacidad, si se hacía al menos referencia formal a la existencia de "capacidad 0 MW" en el punto subestación de Baza.

Insiste la resolución de alzada, en que esa afirmación de "capacidad 0 MW" no resultó en modo alguno acreditada en el expediente, y que Endesa no ha aportado ni en el expediente, ni ante la CNE, ni en el citado recurso de alzada, estudio alguno de capacidad de la red en el punto solicitado, ni tan siquiera de las cifras de producción simultánea máxima que podrían inyectarse en Baza con un consumo determinado, en los términos del *artículo 64 del Real Decreto 1955/2000*. También argumenta que Endesa hizo mención ante la CNE de la Orden de 5 de septiembre de 1985 y al contenido de alguno de sus preceptos como "criterios técnicos" de apoyo o soporte de las denegaciones de acceso a Unión Fenosa Renovables S.A. (EUFER) que adquirió la titularidad de los citados parques eólicos y los derechos inherentes a los mismo a SERSA en virtud de contrato de fecha 17 de abril de 2008, pero tampoco en relación con este supuesto criterio técnico se aportó dato alguno, sino tan sólo la mención formal del precepto de la Orden.

La parte actora, admitiendo que tal denegación de acceso puede ampararse en la falta de capacidad, considera que ha cumplido formal y materialmente las exigencias legales (*Ley 54/1997, del Sector Eléctrico*) y reglamentarias (*Real Decreto 1955/2000*) relativas a la evaluación de la capacidad de acceso. Rebate las consideraciones de falta de acreditación de la capacidad de acceso efectuadas en las resoluciones recurridas, argumentando que ni la Ley del Sector Eléctrico, ni el *Real Decreto 1955/2000*, imponen al distribuidor, gestor de la red de distribución, la obligación de presentar informes o estudios concretos de capacidad, en los que se detalle la cifra de producción simultánea máxima que puede inyectarse en un punto determinado.

En segundo lugar, aduce errónea interpretación por la CNE de los datos incorporados al expediente, en cuanto a la existencia de indicios suficientes de capacidad en la red de Endesa.

SEGUNDO.- Procede hacer una referencia, en primer término, a la normativa aplicable al presente conflicto de acceso de tercero (SERSA, luego EUFER como sucesora de aquella) a la red de distribución de Endesa, que como se señala en la demanda está recogida fundamentalmente en la Ley del Sector Eléctrico y su normativa de desarrollo, en particular, el *Real Decreto 1955/2000*.

La *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, traspuso a nuestro ordenamiento jurídico, la *Directiva 1996/92, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre*, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

Su Exposición de Motivos, que si bien carece de valor normativo, encierra un indudable valor interpretativo, destaca "El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores".

Se pone así de relieve el carácter fundamental que el legislador ha otorgado al derecho de acceso a redes, que es la verdadera piedra angular de la liberalización del sector eléctrico, ya que de la disponibilidad o libre acceso a las redes de transporte/distribución existentes depende en definitiva, la apertura del mercado eléctrico.

Coherentemente con ello, y en aras de lograr dicha liberalización, el *artículo 11.2* dispone en el mismo sentido: "Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta Ley".

Por su parte, el *artículo 42.3 de la Ley 54/1997* (en la redacción vigente al tiempo de incoarse el conflicto), establece con respecto a la red de distribución, que es la que aquí nos interesa "3. 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".

Como desarrollo del citado *precepto*, el *Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre*, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, reproduce en idénticos términos para el transporte y la distribución la restricción al derecho de acceso (*artículos 52 y 60*).

En concreto el *artículo 60* que se refiere al derecho de acceso a la red de distribución, dispone:

"1. Tendrán derecho de acceso a la red de distribución los productores, los autoprodutores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos y los consumidores cualificados.

2. Este derecho sólo podrá ser restringido por la falta de capacidad necesaria, cuya justificación se deberá exclusivamente a criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros".

El *artículo 62 regula el procedimiento de acceso a la red de distribución, estableciéndose en el apartado 6* " La evaluación de la capacidad de acceso y la definición de los eventuales refuerzos tendrán en cuenta los criterios de seguridad y funcionamiento de la red de distribución de la zona y los planes de desarrollo de dicha red. Cuando no se disponga de capacidad suficiente para cumplir las condiciones expresadas por el usuario de acuerdo con las condiciones de funcionamiento y seguridad de la red, el gestor de la red de distribución de la zona podrá denegar la solicitud de acceso. Esta denegación deberá quedar suficientemente justificada y contendrá propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión o de realización, si ello fuera posible, de los refuerzos necesarios en la red de distribución de la zona para eliminar la restricción de acceso".

Finalmente el *artículo 64* versa sobre la capacidad de acceso a la red de distribución y señala con carácter general, que la determinación de la capacidad de acceso, se basará en el cumplimiento de los criterios de seguridad y funcionamiento de las redes de distribución, estableciendo luego concreciones dependiendo de la finalidad del acceso, diferenciando si e para generación o para consumo.

En cuanto al acceso para generación, especifica en el apartado b) que "El gestor de la red de

distribución establecerá la capacidad de acceso en un punto de la red como la producción total simultánea máxima que puede inyectarse en dicho punto con el consumo previsto en la zona y las siguientes condiciones de disponibilidad en la red:

1ª. En condiciones de disponibilidad total de la red, cumpliendo los criterios de seguridad y funcionamiento establecidos para esta situación.

2ª. En condiciones de indisponibilidad establecidas en los procedimientos de operación de las redes de distribución, cumpliendo los requisitos de tensión establecidos en los mismos, sin sobrecargas que no pudieran ser soslayadas con mecanismos automáticos de teledisparo o reducción de carga de grupos generadores.

3ª. Cumpliendo las condiciones de seguridad aceptables relativas al comportamiento dinámico en los regímenes transitorios".

Del contenido de dicha normativa se desprende, como así viene a reconocerlo la actora en su escrito de demanda, que existe sólo un motivo de denegación de acceso a las redes de distribución, cual es que no exista capacidad disponible en la citada red de distribución. Denegación que deberá ser motivada, lo que implica que el gestor de la red deberá justificar esa falta de capacidad no sólo formalmente sino con datos concretos que permitan verificar la razón técnica esgrimida, dado el carácter fundamental otorgado por el legislador al derecho de acceso.

En esta línea, cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de mayo de 2008 (Rec. C-439/06), al resaltar que el libre acceso de terceros a las redes de transporte y distribución constituye una de las medidas que los Estados miembros deben aplicar para la realización del mercado interior de la electricidad.

TERCERO.- La cuestión que se suscita en el presente procedimiento, visto el planteamiento formulado en la demanda, consiste en dilucidar si la actora motivó debidamente dicha denegación.

Para analizar esta cuestión hay que precisar, que con independencia de que con anterioridad SERSA hubiera presentado otras solicitudes de acceso a la red de distribución de Endesa, las solicitudes de acceso que han dado lugar al conflicto resuelto por la CNE fueron remitidas a Endesa en fecha 20 de diciembre 2006.

Endesa no contestó a dichas solicitudes en los plazos reglamentarios, por lo que SERSA al entender denegada su petición de acceso, planteó conflicto de acceso ante la CNE.

Ya incoado el expediente, Endesa comunicó en fecha 13 de abril 2007 a SERSA, la denegación de la solicitud de acceso, que siguiendo las instrucciones de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, mediante escrito de 15 de diciembre de 2005, no es posible conceder nuevos puntos de conexión, debido a las afecciones zonales provocadas en la red de transporte por la conexión de las instalaciones generadoras a la red de distribución" -folios 60 y siguientes del expediente-. La citada comunicación de la mentada Consejería de la Junta de Andalucía, se transcribe en el Antecedente de Hecho quinto de la resolución de la CNE.

Contestación que no cumple las exigencias establecidas en el *artículo 62.6 del RD 1955/2000* , por cuanto no contiene evaluación de la capacidad de acceso, ni mención de los eventuales refuerzos, de los planes concretos de desarrollo de la red, ni tampoco ofrece propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión. Además, esa denominada "instrucción" de 15 de diciembre de 2005 fue dejada sin efecto por la propia Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Junta de Andalucía en su comunicación de fecha 11 de abril de 2007 -folio 106-. Se señala en esta comunicación que el aumento de la demanda experimentada por el consumo, así como el consiguiente desarrollo de las redes de distribución podría permitir la conexión de instalaciones generadoras con independencia de su tecnología, por lo que procede dejar sin efecto el contenido del oficio de 15 de diciembre de 2005 para aquellas instalaciones no afectadas por las ZEDES existentes (el supuesto de autos), retrotrayendo la concesión de sus puntos de conexión a la situación existente con anterioridad a dicha fecha. Es decir, se reconoce que ha existido un desarrollo de las redes de distribución desde diciembre de 2005 hasta abril de 2007 que ha generado un incremento de la capacidad de las citadas redes durante dicho periodo, por lo que la comunicación de 2005 no puede ser utilizada como causa de justificación de la falta de capacidad de acceso.

Con posterioridad en fecha 2 de julio 2007, avanzado el expediente, Endesa dirigió nueva

comunicación a SERSA -folios 144 y 145- en la que señalaba que no existe capacidad suficiente para la potencia agrupada en el punto que proponen (Subestación Baza) siendo la capacidad máxima disponible de 0 MW y ofrece como alternativa de conexión la Subestación Naranjos. En dicha comunicación Endesa hace referencia a determinados informes de REE que no han sido ni remitidos a SERSA ni aportados al expediente, ni tampoco por la propia REE a la que fueron requeridos por la CNE.

Llama la atención la agrupación de potencia que Endesa toma como referencia para afirmar la insuficiencia de capacidad en la Subestación de Baza, cuando las solicitudes de acceso fueron formuladas separada e individualmente para cada parque eólico, por lo que la potencia debió ser evaluada individualmente. Además Endesa no justifica que la capacidad máxima disponible sea 0, pues no ha aportado ni al solicitante de acceso, ni en vía administrativa ni jurisdiccional, evaluación de capacidad de la red en el punto de conexión solicitado, ni tan siquiera las cifras de producción simultánea máxima que podrían inyectarse en Baza con un consumo determinado, en los términos del *artículo 64 del Real Decreto 1955/2000*, precepto al que se omite toda. Lo mismo hay que decir respecto a la mención efectuada a un *precepto de la Orden de 5 de septiembre de 1985*, por cuanto tampoco se aportó por Endesa dato alguno que avale la invocación formal del precepto invocado de la citada Orden.

También ha hecho referencia la recurrente en las alegaciones presentadas en vía administrativa y en los hechos de la demanda, para justificar dicha denegación, a la normativa autonómica, en concreto, a la Orden de 30 de septiembre de 2002 de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, por la que se regula el procedimiento para priorizar el acceso y conexión a la red eléctrica para evacuación de energía de las instalaciones de generación contempladas en el *Real Decreto 2818/1998*, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables, residuos y cogeneración.

La citada Orden regula las situaciones de conflicto que se plantean al solicitar simultáneamente varios futuros titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial acceso a las redes y puntos de conexión para evacuar la energía producida, priorizando, como señala la Abogacía del Estado, la conexión a las redes en el supuesto en que las solicitudes de generación superen la capacidad de evacuación de la red y promoviendo acuerdos entre los solicitantes para la construcción de infraestructuras eléctricas comunes para la evacuación de potencia, siendo el instrumento esencial la denominada Zona Eléctrica de Evacuación (ZEDE). La recurrente considera como causa de denegación de acceso a su red la no incorporación de los parques eólicos de SERSA en el ámbito de una de las ZEDE definidas por la Comunidad Autónoma. Sin embargo y con independencia de otras consideraciones, basta señalar que difícilmente puede exigirse la incorporación a una ZEDE, cuando del mapa de la Comunidad Autónoma de Andalucía aportado por la solicitante de acceso, aparecen 5 zonas ZEDE delimitadas por las correspondientes resoluciones de la Dirección General Andaluza competente, encontrándose fuera de dichas delimitaciones los parques eólicos a que se refiere la solicitud de acceso denegada así como la propia subestación de Baza (también todo el extremo nororiental de la provincia de Granada y la totalidad de las provincias de Almería, Jaén y Córdoba). En definitiva, aunque el titular de los parques eólicos que solicitaron el acceso denegado por Endesa, pretendiera incluirlos en una ZEDE no sería posible por no existir ninguna ZEDE delimitada dentro del ámbito geográfico en cuestión y las eventuales ZEDES futuras no han sido siquiera esbozadas por la Administración competente.

En conclusión, al margen de que Endesa invocara los motivos analizados una vez incoado el expediente de conflicto de acceso, ninguno de ellos justifica en los términos exigidos por la normativa aplicable correctamente interpretada por las resoluciones impugnadas, la denegación del acceso.

CUARTO.- Cuestiona finalmente la interpretación que hace la CNE de los datos incorporados al expediente y que la llevan a concluir la existencia de indicios suficientes de capacidad en la red de Endesa.

Como acertadamente señala la resolución de alzada, los indicios de la existencia de capacidad a las fechas de las distintas solicitudes de SERSA (luego sucedida por EUFER) para sus parques eólicos, que resultan del listado "Accesos y puntos de conexión concedidos en la Subestación Baza" aportado al expediente por la propia Endesa, constituyen únicamente un argumento complementario, pero cuya ausencia no afectaría en absoluto a la parte dispositiva de dicha resolución.

Es decir, no es relevante ni afecta al contenido de las resoluciones recurridas si el parque El Saúco y otras instalaciones a las que se concedió acceso por Endesa, según el listado por ella aportado, llegaron a conectarse o no. Lo relevante, es como se ha dicho en el Fundamento de derecho precedente, que no se justificó en los términos exigidos por la normativa aplicable expuesta más arriba, la denegación del acceso.

Procede, en definitiva, la desestimación del recurso interpuesto.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional* , no se aprecian motivos para una imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L. contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra la resolución adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) en sesión de fecha 23 de julio de 2008, posteriormente ampliada a la resolución expresa de fecha 2 de septiembre de 2009, dictada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por delegación del Ministro de Industria, Turismo y Comercio; sin expresa imposición de costas.

Así, por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Notifíquese con indicación de que cabe interponer recurso de casación.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL SECRETARIO JUDICIAL