



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE
CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE
DISTRIBUCIÓN C.A.T.R. 3/2005 INSTADO POR
ELECTRA DE ABUSEJO, S.L. FRENTE A
IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.**

29 de noviembre de 2006



RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN C.A.T.R. 3/2005 INSTADO POR ELECTRA DE ABUSEJO, S.L. FRENTE A IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha 1 de marzo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) escrito de esa misma fecha de **ELECTRA DE ABUSEJO, S.L.** (en adelante ABUSEJO), por el que se insta formalmente de la CNE la iniciación de actuaciones para resolver el conflicto suscitado como consecuencia de la solicitud de la mencionada ABUSEJO de acceso a línea aérea de 45 kV, doble circuito, que transcurre al oeste del río Benesga y paralelamente al mismo, línea conocida como “Condesa 1 y 2” y que une la ST de Vilecha con la STR de Condesa, para alimentar, mediante una línea aérea de doble circuito de 45 kV, de aproximadamente 1,2 km de longitud, una nueva ST 45/20 kV 20 MVA desde la que se llevará a cabo la distribución de energía eléctrica al área denominada “Sector La Lastra” sita al sureste de la ciudad de León y al norte de la confluencia del río Benesga y el río Torío, con una potencia de 17,26 MVA a partir del año 2008, todo ello dentro del término municipal de León, y de la subsiguiente denegación de **IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.** (en adelante IBERDROLA) a atender dicha solicitud.

Conforme a lo expresado en el mencionado escrito de ABUSEJO la solicitud de acceso a la red de 45 kV de IBERDROLA se formuló mediante escrito de fecha 19 de enero de 2005 dirigido a esta última, al amparo de lo establecido en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

Dicha solicitud es denegada por IBERDROLA mediante escrito de 8 de febrero de 2005, alegando que el acceso solicitado es contrario a la normativa vigente, que la conexión de un distribuidor a las redes de otro distribuidor para implantar una red redundante con la preexistente dejaría ociosa o infrautilizada la red ya implantada en cumplimiento de la prestación obligatoria del suministro eléctrico, lo cual es contrario a los principios de red única y de realización al menor coste, creando una redundancia y sobrecoste injustificado. Así mismo manifiesta IBERDROLA que la solicitud de ABUSEJO es contraria a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997 ya que dicha empresa lleva a cabo la actividad de distribución eléctrica en la localidad de Abusejo (Salamanca), adquiriendo su energía a la tarifa D, régimen que no puede extenderse fuera de su zona de distribución, en este caso la ciudad de León, en donde ABUSEJO no dispone de infraestructura eléctrica preexistente alguna. Adicionalmente manifiesta IBERDROLA que no existe en la actualidad capacidad en la zona para atender dicha solicitud, aportando a tales efectos un informe técnico en el que se viene a concluir la inviabilidad de la solicitud planteada y en el que, como alternativa, se propone el cambio de conductor de las líneas de 45 kV "Condesa 1 y 2", modificando el conductor actual (LA-180, de 33 MVA) por uno de mayor capacidad (LA-455 CONDOR, de 62 MVA) desde la subestación de Vilecha hasta el punto de conexión del "Sector La Lastra". Según IBERDROLA, la longitud del tramo a sustituir es de aproximadamente 3,5 km y su coste estimado de 840.000 €.

II.- Con fecha 8 de marzo de 2005, el Consejo de Administración de la CNE, acordó designar órgano instructor del expediente a la Subdirección de Transporte, Distribución y Calidad de Servicio de la Dirección de Energía Eléctrica, lo que fue notificado mediante escritos de fecha 9 de marzo de 2005, tanto a ABUSEJO que insta la actuación de la CNE y promueve con ello el presente expediente, como a IBERDROLA.

En dichos escritos se hicieron constar, además, el procedimiento a seguir y los efectos del silencio administrativo, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con referencia expresa, en cuanto al efecto del silencio administrativo, al efecto negativo del mismo, así como que el plazo máximo para resolver es de tres meses desde la fecha de presentación del escrito de ABUSEJO, todo ello de conformidad con el artículo 15.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, en la redacción dada por la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

Con fecha 25 de mayo de 2005 se solicita a la Junta de Castilla y León el informe preceptivo establecido en el artículo 15.3 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

III.- Con fecha 11 de abril de 2005 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de Alegaciones de IBERDROLA, de fecha 8 de abril de 2005. En su Alegación PRIMERA manifiesta IBERDROLA que las tesis mantenidas por dicha sociedad en los diferentes conflictos de acceso suscitados hasta la fecha han sido ratificadas por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (B.O.E. de 14 de marzo de 2005), *norma promulgada para evitar las prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución motivadas por comportamientos oportunistas de diversos distribuidores*. Entiende IBERDROLA que la CNE debe modificar el criterio mantenido en materia de acceso a redes, dado que el legislador ha dejado sentado los criterios de interpretación correctos. En su Alegación SEGUNDA plantea IBERDROLA la incompetencia de la CNE para conocer del presente conflicto, dado que la línea de 45 kV donde se ha solicitado el acceso está ubicada en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y ser de aprovechamiento exclusivo para dicha Comunidad Autónoma. Aporta IBERDROLA a tales efectos copia del “Acuerdo del Consejo de Ministros de 23

de marzo de 2003” en relación con el requerimiento de incompetencia sobre esta materia formulado por la Comunidad Autónoma de Cataluña. Así mismo, IBERDROLA aporta copia del informe emitido por la Asesoría Jurídica de la CNE en cumplimiento del acuerdo del Consejo de Administración de la CNE de fecha 9 de mayo de 2000 por el que se solicitaba un análisis sobre el ámbito de competencias de la CNE en relación con el ejercicio de la función de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes. En su Alegación TERCERA entiende IBERDROLA procedente la denegación del acceso solicitado por ABUSEJO, exponiendo a continuación, los argumentos en los que descansa su argumentación: I) Falta de capacidad de la línea de 45 kV para hacer frente a la conexión pretendida por una potencia de 17,26 MW solicitados por ABUSEJO, II) Extensión del privilegio de la Tarifa D en fraude de Ley, al indicar IBERDROLA que ABUSEJO sólo puede distribuir fuera del mercado para el que tiene atribuido el privilegio de la Tarifa D, como distribuidor ordinario, condición que esta compañía no verifica al no estar inscrita como tal y no tener retribución fijada por la Administración, III) Inexistencia de conflicto de A.T.R., al entender IBERDROLA que la pretensión de ABUSEJO no es la de solicitar un acceso para el tránsito de energías, sino la conexión a sus redes para, desde las mismas, implantar una distribución en cascada, con la consiguiente, en su opinión, perturbación operativa y económica para el titular de la referida red existente, alterando el régimen retributivo y la distribución de cargas de la actividad de distribución, lo cual supone *“una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”*, IV) Existencia de un problema de interpretación jurídica respecto a la pretensión de distribución en cascada, manifiestamente contraria a la legislación vigente, según IBERDROLA, y para lo cual aporta la citada compañía un dictamen elaborado al respecto por el Profesor D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, así como uno elaborado por el prestigioso jurista en materia de Derecho Energético D. Juan de la Cruz Ferrer, V) Perjuicios al Sistema Eléctrico

desplegando a su vez este fundamento jurídico en siete apartados: V.1) Vulneración del principio de prestación obligatoria del suministro eléctrico, V.2) Vulneración de los principios de transparencia y no discriminación, V.3) Vulneración del principio de red única, V.4) Vulneración del principio de implantación de la red al menor coste, V.5) Vulneración del nuevo régimen de acometidas eléctricas establecido en el RD 1955/2000, al subastarse al alza la infraestructura eléctrica que según el citado Real Decreto debería ser cedido gratuitamente al distribuidor preexistente que cumple con la prestación obligatoria del suministro eléctrico de la zona, remitiéndose a las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas, ambas, de 25 de noviembre del 2002, V.6) Perjuicio a la Calidad del Suministro Eléctrico, al dificultarse con la distribución en cascada la operación de la red y provocarse un aumento de los costes de operación y mantenimiento, afectando adversamente a la regularidad y continuidad del suministro, V.7) Perjuicios derivados de la distribución en cascada, aportando un informe resultante de la prueba pericial en el procedimiento con nº de autos 722/2002 de la Audiencia Nacional, que trae causa en el CATR 2/2000, VI) Reconocimiento por parte de la CNE y del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de la incidencia negativa en el sistema de la distribución en cascada, aportando, al respecto, una Resolución de la CNE, de fecha 13 de marzo de 2001, y una Resolución del Ministerio de fecha 17 de diciembre del 2002. Finaliza su escrito IBERDROLA solicitando se ordene el archivo del expediente, sin entrar en el fondo del asunto, por la falta de competencia de la CNE en materia de ejecución de la regulación básica, que es competencia de las Comunidades Autónomas. En caso de que no se ordene el archivo del expediente, suplica IBERDROLA se deniegue la conexión pretendida por ABUSEJO, por manifiesta falta de capacidad, para lo cual propone al Instructor se admita la práctica de la prueba necesaria para ratificar la falta de capacidad de la Línea a 45 kV para atender la solicitud de ABUSEJO. Asimismo, solicita IBERDROLA que se declare que ABUSEJO no puede distribuir a Tarifa D en el término municipal de León, por ser un mercado

distinto de Abusejo, para el cual tiene concedido el privilegio de la tarifa D. Que se declare a su vez que ABUSEJO no puede distribuir en régimen ordinario en el término municipal de León, por carecer de inscripción en el Registro de Distribuidores y no haber sido fijada por la Administración la retribución, resultando ambos requisitos esenciales para ejercer la actividad de distribución en régimen ordinario. Y finalmente que se declare que la cuestión planteada por esta compañía no es un conflicto de acceso a la red de IBERDROLA, sino una cuestión de conexión, y por lo tanto se deniegue tal conexión en cascada por ser contraria a la normativa eléctrica vigente.

IV.- Con fecha 25 de mayo de 2005, se puso de manifiesto el expediente a las partes interesadas por término de diez días, en cumplimiento del **trámite de Audiencia** previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992.

Con fecha 6 de junio de 2005, presenta IBERDROLA escrito de alegaciones. En su alegación Primera IBERDROLA se viene a ratificar en todo lo argumentado en su anterior escrito. En la alegación Segunda manifiesta IBERDROLA respecto a la falta de capacidad que esta compañía ha acreditado la falta de capacidad en el punto de conexión solicitado, además entiende que en caso de que ABUSEJO dudase de su veracidad, debería haber solicitado que se practicara una prueba sobre este asunto. Entiende IBERDROLA que ha cumplido con el procedimiento reglamentariamente establecido, al contestar, ante la solicitud de ABUSEJO, señalando la no existencia de capacidad, al justificar la denegación en base a criterios de seguridad, regularidad y calidad del suministro eléctrico en la zona y al proponer alternativas al punto de conexión solicitado indicando los refuerzos a realizar. Finaliza su escrito IBERDROLA, solicitando se resuelva de conformidad con lo solicitado en el suplico del escrito de alegaciones de fecha 11 de abril de 2005 y proponiendo al Instructor se admita la práctica de la prueba necesaria para ratificar la falta

de capacidad de la línea a 45 kV en el caso en el que no se tenga por cierto el contenido del informe técnico presentada por la misma.

Por su parte, con fecha 10 de junio de 2005, presenta ABUSEJO escrito de Alegaciones. En su alegación Previa ABUSEJO da por reproducidos todos y cada uno de los motivos invocados en su escrito de interposición del presente conflicto, al entender que no han quedado desvirtuados por lo alegado por IBERDROLA. En su alegación Primera ABUSEJO defiende la irretroactividad del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, que entró en vigor el 15 de marzo de 2005. Entiende ABUSEJO que dado que este conflicto de acceso fue incoado con anterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto Ley, el mismo deberá resolverse conforme a la normativa vigente en aquel momento. En su alegación Segunda entiende ABUSEJO que la CNE es competente para resolver el presente conflicto, en base a lo establecido en el apartado Tercero.1 de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en relación con los artículos 14 y 15 del Real Decreto 1339/1999, por cuanto todos los Conflictos de Acceso de Terceros a la Red ya se trate en redes de transporte o en redes de distribución, pertenecen al ámbito estatal por afectar a la ordenación del sector y a las condiciones de igualdad en todo el Estado. En su alegación Tercera entiende ABUSEJO que es improcedente la denegación del acceso solicitado por esta compañía, desglosando esta alegación en cinco apartados: I) IBERDROLA no acredita la falta de capacidad de la línea de su propiedad, incumpliendo los requisitos legales y técnicos en cuanto a la denegación de la solicitud de acceso por falta de capacidad, II) La aplicación del régimen transitorio de la Tarifa D a las adquisiciones de energía eléctrica que efectúe ABUSEJO, no supone que esta compañía distribuidora no pueda realizar su actividad fuera del ámbito territorial donde le es aplicable esa tarifa, siendo aplicable a esta compañía en cualquier otra zona el régimen ordinario en cuanto a las adquisiciones de energía, III) ABUSEJO ha planteado un conflicto de acceso a la red de distribución de IBERDROLA y no un conflicto de

conexión como pretende esta última compañía, IV) Entiende ABUSEJO que los dictámenes que se aportan son interpretaciones de la normativa específica y de resoluciones, pero que carece de valor vinculante. Además subraya ABUSEJO que estos dictámenes ya han sido examinados profusamente por la CNE, siendo rebatidos en su integridad, V) Por último entiende ABUSEJO que su petición de acceso a la red de IBERDROLA no causa ninguno de los perjuicios de los esgrimidos por esta compañía. Finaliza su escrito ABUSEJO, dando por reproducido lo ya expuesto y solicitando se dicte Resolución por la que se estime el presente conflicto y se conceda a ABUSEJO el acceso a la red de distribución de IBERDROLA.

V.- Con fecha 18 de julio de 2005 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de la Junta de Castilla y León en cumplimiento al informe solicitado al amparo de lo establecido en el artículo 15.3 del Real Decreto 1339/1999. En dicho informe entiende la Junta que el conflicto planteado debe examinarse, desde el punto de vista legal, de acuerdo con lo expuesto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. Basándose en su artículo vigésimo primero, y ante la documentación remitida por la CNE, relativa al citado conflicto, la Junta de Castilla y León informa **desfavorablemente** la petición de acceso de ABUSEJO, al considerar que no procede admitirla, al incumplir lo dispuesto en la legislación vigente en esta materia.

VI.- Con fecha 29 de julio de 2005 y habiéndose incorporado nuevos documentos al expediente, se puso nuevamente de manifiesto el mismo a las partes interesadas por término de veinte días, en cumplimiento del **trámite de Audiencia** previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992.

Con fecha 5 de agosto de 2005, presenta IBERDROLA escrito de alegaciones. En su alegación Primera IBERDROLA se viene a ratificar en todo lo

argumentado en su anterior escrito. En la alegación Segunda manifiesta IBERDROLA, respecto a la falta de capacidad, que esta compañía ha acreditado la falta de capacidad en el punto de conexión solicitado; además no entiende que en el caso en el que ABUSEJO dude de su veracidad, no haya solicitado que se practique una prueba sobre este asunto. En su alegación Tercera IBERDROLA refuta las distintas argumentaciones realizadas por ABUSEJO desplegando esta alegación en nueve apartados: a) Entiende IBERDROLA que el Real Decreto Ley 5/2005 ratifica las tesis sostenidas por esta compañía al aclarar la interpretación auténtica de la normativa vigente antes de su promulgación, b) Sostiene IBERDROLA que el valor del informe de los servicios jurídicos de la CNE aportado por aquella en su escrito de alegaciones de fecha 11 de abril de 2005 reside en que ha sido emitido por el órgano consultivo que resuelve las dudas de tipo jurídico dentro de la CNE, c) Respecto a la pretensión de ABUSEJO de distribuir electricidad fuera del mercado para el que tiene atribuido el régimen de tarifa D, recuerda IBERDROLA que la Cooperativa de Crevillente tuvo que solicitar su inscripción en el Registro de Distribuidores en calidad de distribuidor ordinario para distribuir fuera del mercado que tenía reconocido, d) Indica IBERDROLA que las sentencias aportadas por ABUSEJO se encuentran recurridas ante el Tribunal Supremo y, por tanto, no son firmes, estando a las resultas de los Recursos de Casación interpuestos contra las mismas, e) IBERDROLA difiere de la valoración realizada por ABUSEJO de los dictámenes aportados por aquella compañía en función de los motivos ya expuestos en los anteriores escritos de alegaciones, f) Las sentencias presentadas por IBERDROLA si son firmes y han creado jurisprudencia, g) La Resolución de la CNE aportada por IBERDROLA indica que la actividad de distribución es una actividad regulada y que se ejerce en monopolio natural sin competencia, h) Señala IBERDROLA que en la comparecencia del Secretario de Estado, aportada por esta compañía, expresamente se señala que no cabe competencia en red en los negocios basados en redes, como es el caso del transporte y la distribución de

energía eléctrica, i) Por último, indica IBERDROLA que aunque los informes periciales son prueba de parte, los mismos han sido elaborados por peritos designados por órganos judiciales, no por esta compañía. Finaliza su escrito IBERDROLA solicitando se resuelva de conformidad con lo solicitado en el suplico del escrito de alegaciones de fecha 11 de abril de 2005 y proponiendo al Instructor se admita la práctica de la prueba necesaria para ratificar la falta de capacidad de la línea a 45 kV ya que aunque no se haya aportado ningún informe técnico, ni se haya rebatido técnicamente el informe de falta de capacidad realizado por IBERDROLA se tiene por no cierto su contenido.

Por su parte, con fecha 22 de agosto de 2005, presenta ABUSEJO escrito de Alegaciones. En su alegación Única ABUSEJO se afirma y ratifica íntegramente en el contenido de sus escritos y, en particular, el escrito de alegaciones de fecha 10 de junio de 2005. Entiende a su vez que IBERDROLA no incluye ningún nuevo documento que permita demostrar la falta de capacidad e indica que el informe emitido por la Junta de Castilla y León no es de aplicación por cuanto examina el asunto con arreglo al contenido de un Real Decreto aprobado con fecha posterior a la de la solicitud de acceso planteada. Finaliza su escrito ABUSEJO solicitando se dicte resolución en la que se acuerde conceder el acceso solicitado por esta compañía.

Con fecha 8 de septiembre de 2005 presenta IBERDROLA escrito de alegaciones complementarias. En su alegación Primera entiende IBERDROLA que la Administración Autónoma ratifica expresamente los criterios señalados por esta compañía en cuanto a la procedencia de la denegación del acceso solicitado a la vista de la promulgación del Real Decreto Ley 5/2005, en función del informe preceptivo evacuado por la misma a requerimiento de la CNE conforme a lo establecido en el artículo 15, apartado 3 del Real Decreto 1339/1999. En su alegación Segunda expone IBERDROLA que en función del convenio de electrificación suscrito entre esta compañía y la Junta de

Compensación Sector La Lastra, por el cual la titularidad de las instalaciones de distribución en la actuación urbanística deberán de cederse a IBERDROLA, se proceda al archivo del presente CATR. Finaliza su escrito IBERDROLA solicitando primero que se archive el expediente CATR 3/2005, por carecer la reclamación efectuada por ABUSEJO de objeto, al haberse suscrito convenio de electrificación por la Junta de Compensación Sector La Lastra con IBERDROLA, y segundo, que en el caso de que no se proceda al archivo de CATR 3/2005, se resuelva de conformidad con lo solicitado en el suplico del escrito de alegaciones de fecha 11 de abril de 2005. Además solicita confidencialidad sobre el convenio establecido entre la Junta de Compensación Sector La Lastra e IBERDROLA.

VII.- A la vista de que a lo largo del expediente ABUSEJO ha puesto en cuestión la alegada falta de capacidad en el punto de acceso por ella solicitado, el instructor, en atención a la solicitud realizada por IBERDROLA en sus sucesivos escritos de alegaciones, y con objeto de despejar cualquier duda al respecto, entiende pertinente practicar, como actuaciones complementarias, las siguientes:

- Comprobación de los datos utilizados por IBERDROLA en su informe técnico sobre la falta de capacidad de la red, consistente, básicamente, en la verificación de los datos de entrada al modelo de flujos de cargas PSS, entre otras: características técnicas de transformadores, líneas y demás elementos de la red, demanda activa y reactiva utilizada en cada nodo, esquema unifilar de la red.
- Cotejo de los resultados obtenidos.

El citado asunto fue comunicado a las partes interesadas en el procedimiento mediante respectivos escritos de fecha 16 de mayo de 2006.

VIII.- Con fecha 19 de junio de 2006 se procede en las oficinas de la sociedad IBERDROLA sitas en el polígono Argales de Valladolid a la realización de las actuaciones complementarias reseñadas en el Expositivo VII:

1. Comprobación de las cargas máximas registradas en la línea doble circuito "Vilecha-Condesa" de 45 kV para los escenarios de verano e invierno.
2. La representación de IBERDROLA aporta el esquema unificar de la alimentación a la subestación "Condesa" 45/13,2 kV 2x20 MVA desde la subestación "Vilecha", y un plano topográfico, sobre el que se solicita confidencialidad, denominado "red de distribución eléctrica León Capital", en los que se aprecia que la alimentación eléctrica a la citada subestación "Condesa" se realiza a través de dos circuitos de 45 kV, mediante una doble antena. Asimismo la representación de IBERDROLA presenta un documento en el que se explicitan las intensidades máximas registradas en el año 2005 en los dos circuitos de 45 kV "Vilecha-Condesa" para los escenarios de verano e invierno, así como unas tablas que recogen las intensidades máximas horarias registradas los días 27 de junio de 2005 y 8 de noviembre de 2005, y además, los valores máximos mensuales de dicha magnitud en cada una de los circuitos.
3. Se procede a extraer por parte del instructor de la Base de Datos de Medidas (BADAME) disponible en el lugar de las actuaciones, en la que se concentran todas las medidas del Sistema de Control de la Región Oeste de IBERDROLA, los datos de intensidad horaria medidos en los referidos circuitos para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 19 de junio de 2006.
4. En cuanto al refuerzo propuesto por IBERDROLA a ABUSEJO en su informe de febrero de 2005, esto es, la sustitución del actual conductor LA-180 por el LA-455 de 62 MVA, así como el refuerzo de los apoyos, indica IBERDROLA que es el indicado para cumplir el criterio de seguridad N-1.
5. La representación de IBERDROLA manifiesta a su vez la extrañeza ante la postura de ABUSEJO de seguir adelante con el conflicto de acceso, toda

vez que IBEDROLA tiene suscrito un convenio con la Junta de Compensación del Sector La Lastra.

6. La representación de ABUSEJO indica que esta sociedad tenía una carta de intenciones de la referida Junta de Compensación pero que, en efecto, ABUSEJO ha desistido en su intención de distribuir energía eléctrica en dicho polígono industrial, toda vez que los promotores del mismo les comunicaron que iban a negociar con IBEDROLA.
7. A su vez, la representación de ABUSEJO señala que la solicitud de acceso se produjo con anterioridad a lo establecido en el Real Decreto-Ley 5/2005 y en el Real Decreto 1454/2005, con lo que la citada normativa no es de aplicación para la resolución del presente conflicto.

IX.- Con fecha 18 de septiembre de 2006 y habiéndose incorporado al expediente los resultados de la prueba realizada el 19 de junio de 2006, se puso nuevamente de manifiesto el mismo a las partes interesadas por término de diez días, en cumplimiento del trámite de Audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992.

Con fecha 26 de septiembre de 2006, presenta IBEDROLA escrito de alegaciones. En su alegación Primera IBEDROLA se viene a ratificar en todo lo expuesto en sus escritos de alegaciones anteriores. En su alegación Segunda indica IBEDROLA que dado que tiene suscrito un convenio de electrificación con la Junta de Compensación del Sector La Lastra y dado que la propia representación de ABUSEJO, en el acta de prueba, señala que ha desistido de su intención de distribuir a la actuación urbanística que nos ocupa, se debería proceder al archivo del expediente en curso. En su alegación Tercera expone IBEDROLA que la prueba sobre la falta de capacidad alegada por esta compañía, ha venido a ratificar los informes técnicos aportados por IBEDROLA en los que se justificaba la misma, entendiéndose por tanto que la denegación del acceso solicitado es conforme a Derecho. Finaliza

su escrito IBERDROLA suplicando se archive el presente CATR, por carecer de objeto al tener esta compañía suscrito con la Junta de Compensación Sector La Lastra un convenio de electrificación de la zona. Asimismo, solicita IBERDROLA subsidiariamente, se resuelva el CATR denegando el acceso solicitado por ABUSEJO, ante la falta de capacidad acreditada por IBERDROLA, en función de los requisitos establecidos en el Real Decreto 1955/2000. A su vez solicita IBERDROLA que se resuelva subsidiariamente de conformidad con lo solicitado en los apartados primero y tercero del Suplico del escrito de alegaciones de fecha 11 de abril de 2005.

No se presentan alegaciones adicionales por parte de ABUSEJO.

- X. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, previo estudio del expediente, analizados los escritos de alegaciones y argumentos de ambas partes, la documentación presentada por ellos, así como los informes emitidos, ha procedido, en su sesión del día 29 de noviembre de 2006, a adoptar la presente Resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

I. Competencia de la CNE para resolver el presente procedimiento

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en los términos que viene atribuida a la CNE por la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como en el artículo 42 de la Ley 54/1997. Asimismo, es obligada la referencia a los artículos 14 y 15 del Real Decreto 1339/1999, y

artículo 62 del Real Decreto 1955/2000, preceptos reglamentarios que asignan esta función a este Organismo.

La sociedad IBERDROLA alude en sus escritos de alegaciones a la incompetencia de este Organismo para resolver el presente conflicto, al entender que se trata de redes o instalaciones eléctricas *"intra-autonómicas"*. Frente a la anterior alegación, y sin perjuicio de la calificación de las redes o instalaciones eléctricas en cuestión, resulta obligada la mención a la Resolución de 4 de diciembre de 2000 del Sr. Ministro de Economía por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por IBERDROLA contra la Resolución de la CNE de 3 de mayo de 2000 dictada en el expediente relativo al conflicto de acceso de terceros a la red instruido bajo la referencia CATR 1/2000. Esta Resolución realiza un completo análisis en su Fundamento de Derecho IV de la competencia de la CNE concluyendo de forma categórica que *"todos los conflictos de A.T.R, ya se trate de acceso a redes de transporte o a redes de distribución, pertenecen al ámbito estatal por afectar a la ordenación del sector y a las condiciones de igualdad en el ejercicio en todo el Estado del derecho de A.T.R. que es sustancial al mercado eléctrico"*. *"Su atribución a la CNE por parte del legislador es clara, tanto en el artículo 8 de la Ley Eléctrica (hoy Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos), como en los artículos 38 y 42 de aquélla"*.

Asimismo, la citada Resolución señala *"Las Comunidades Autónomas tienen atribuida, además de la competencia autorizatoria propiamente dicha, las competencias de inspección y sanción que afecten a dichas instalaciones. Todas ellas pertenecen al ámbito de la función administrativa de "policía" y se diferencian claramente de la función cuasi-judicial que se ejercita en la resolución de conflictos de A.T.R."* *"Al atribuir al organismo regulador independiente la composición de los conflictos de intereses en materia de acceso a redes, el legislador de la Ley 54/97 está residenciando en un organismo estatal lo que es*

una competencia típicamente estatal: la de garantizar la igualdad en el ejercicio de un derecho tan esencial como es el de acceso a redes, para todos los sujetos eléctricos y en todo el territorio estatal". "La decisión sobre acceso, mediante la que se resuelve un conflicto de A.T.R. es siempre una decisión relativa al mercado eléctrico, y a las condiciones de concurrencia en el mismo", decisión que, en su caso, "declarará el derecho del sujeto solicitante a transitar su energía por las redes de otro".

Baste la transcripción parcial del reseñado Fundamento de Derecho IV para residenciar la competencia, en materia de conflictos de acceso a las redes de transporte y distribución en este Organismo, sobre la base de la ya mencionada la Disposición Adicional Undécima, Tercero¹, Decimotercera, de la Ley 34/1998, así como, tratándose de redes de distribución, por el artículo 42 de la Ley 54/1997.

Lo anteriormente señalado es perfectamente compatible y se halla en plena consonancia con el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 23 de marzo de 2001 al que alude IBERDROLA en su escrito de alegaciones mencionado en el anterior Expositivo III de la presente Resolución. El citado Acuerdo señala: *"la intervención de la Comisión Nacional de Energía se refiere a los casos en los que, de acuerdo con el esquema constitucional y estatutario de distribución de competencias que se ha expuesto anteriormente, las cuestiones controvertidas sean de competencia estatal, dejando abierta la intervención autonómica en los restantes supuestos"*. Ello significa que habrá que estar a la "cuestión controvertida", esto es, a las pretensiones que se ventilan en cada procedimiento, y no exclusivamente, como postula la Generalitat de Catalunya, a la localización de la instalación afectada y a la autoridad a quien compete el otorgamiento de autorización administrativa, para residenciar la competencia. De esta forma, la competencia autorizatoria sobre una instalación no puede erigirse en *vis atractiva* del ejercicio de las restantes competencias asociadas e inherentes a la instalación misma. Dado que en este procedimiento lo que se ejercita es *"una competencia*

típicamente estatal: la de garantizar la igualdad en el ejercicio de un derecho tan esencial como es el de acceso a redes, para todos los sujetos eléctricos y en todo el territorio estatal” en los términos señalados en la Resolución 4 de diciembre de 2000 del Sr. Ministro de Economía, debe, sin lugar a dudas, residenciarse la competencia en este Organismo, a tenor de los preceptos legales y reglamentarios antes aludidos. Conforme a lo anteriormente expresado, esta Comisión entiende, que, cualquiera que sea la lectura del Acuerdo del Consejo de Ministros antes reseñado, lejos de admitir, que la intervención de la CNE debe limitarse a los casos en que una de las instalaciones sea de competencia estatal, está afirmando precisamente lo contrario: que existen *cuestiones controvertidas* que son de competencia estatal. Así del análisis del propio Acuerdo, debe destacarse que:

a) La pretensión explícita de la Generalitat de Catalunya mediante la formulación de requerimiento de incompetencia era de derogación del artículo 62.8 del Real Decreto 1955/2000, o de modificación del mismo en el sentido de limitar expresamente la competencia de la CNE. Ni una decisión ni otra han sido adoptadas.

b) Los términos en que el acuerdo del Consejo de Ministros, en el párrafo arriba transcrito admite las “pretensiones” de la Generalitat de Catalunya, son términos claramente condicionados y matizados por la expresión “*en el sentido de que...*”.

c) El matiz o condición consiste precisamente en que el acuerdo no utiliza la expresión “*instalación afectada*”, sino la expresión “*cuestión controvertida*”. Ello comporta el reconocimiento de que existen cuestiones que, afectando a instalaciones cuya autorización es competencia de las Comunidades Autónomas, son cuestiones de competencia estatal.

d) Aunque no de forma explícita, el acuerdo rechaza la interpretación extensiva, consistente en que la competencia autorizatoria sobre instalaciones ejerce una especie de “*vis atractiva*” sobre otras competencias en relación con las mismas instalaciones. Si esto no es así, por ejemplo, en materia de

retribución de instalaciones eléctricas, no es así tampoco en relación con el uso de instalaciones por terceros. En uno y en otro caso, existen razones y argumentos jurídicos que determinan la competencia estatal y que ya han sido expuestos en el presente Fundamento Jurídico. Sin pronunciamiento expreso sobre todo ello, el acuerdo mencionado deja abierta la puerta a la existencia de competencias estatales, ya que no admite que “instalación de competencia autonómica” equivalga a “competencia autonómica para cualquier clase de actuaciones en relación con tal instalación”. Es la “*cuestión controvertida*”, lo determinante, como, por otra parte ha venido argumentando la CNE en sus resoluciones sobre esta materia.

Se considera, por ello, que la afirmación de la CNE de su propia competencia en relación con las decisiones sobre el uso de instalaciones de la red de distribución por terceros, es perfectamente compatible con el criterio expuesto por el Consejo de Ministros en el acuerdo mencionado, en cuanto que dichas decisiones constituyen “*cuestiones controvertidas*” de competencia estatal.

Pero aún es más, la Resolución de 12 de julio de 2001 del Sr. Ministro de Economía por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por IBERDROLA contra la Resolución de la CNE de 26 de mayo de 2000, dictada en el expediente relativo al conflicto de acceso de terceros a la red instruido bajo la referencia CATR 2/2000, concluye nuevamente de forma categórica que todos los conflictos de A.T.R, ya se trate de acceso a redes de transporte o a redes de distribución, “*pertenecen al ámbito estatal por afectar a la ordenación del sector y a las condiciones de igualdad en el ejercicio en todo el Estado del derecho de A.T.R. que es sustancial al mercado eléctrico*”. Esta Resolución, adoptada con posterioridad al mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros, residencia la competencia en esta materia en la CNE sobre la base de los preceptos legales y reglamentarios ya señalados.

Pero aún más, la Junta de Castilla y León no ha reclamado para sí la competencia para la resolución del presente conflicto de acceso a las redes de distribución.

Dentro de la CNE corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999.

II. Procedimiento aplicable y carácter de la decisión

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, bajo el epígrafe “*Formalización del derecho de acceso*”, y en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, a cuyos principios remite expresamente el artículo 14.1 del citado Reglamento de la CNE, y que es de aplicación directa a esta Comisión, a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la Disposición Adicional Undécima, Primero, de la Ley 34/1998.

El propio artículo 15 apartado 2 del Real Decreto 1339/1999, en la redacción dada por la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, establece tanto el plazo de tres meses para resolver, como el efecto negativo de la inactividad administrativa. Igualmente son de aplicación al presente expediente las Disposiciones Adicionales Séptima y Octava del citado Real Decreto 1434/2002, mediante las que, respectivamente, se modifica el artículo 16.4 del Real Decreto 1339/1999, y se introduce una nueva Disposición Adicional Quinta en el mismo.

Finalmente, cabe señalar que la decisión del Consejo de Administración de la CNE emitida en este procedimiento no pone fin a la vía administrativa, pudiendo

ser recurrida en alzada ante el Sr. Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION ADOPTADA

III. Términos del conflicto y ámbito de la decisión de la CNE

ABUSEJO plantea, con mención expresa del artículo 42 de la Ley 54/1997 y artículo 62 del Real Decreto 1955/2000, su pretensión de acceso a la red de distribución de IBERDROLA, concretando el punto de conexión respecto al que se solicita el acceso: la línea doble circuito a 45 kV "Vilecha-Condesa". Dicha pretensión se ejercita desde la condición de sujeto "distribuidor" que ostenta ABUSEJO, con el objeto de llevar a cabo la distribución de electricidad, para una potencia de 17,26 MVA, en el área denominada "Sector La Lastra", en la provincia de León.

La negativa de IBERDROLA al acceso solicitado por la ABUSEJO, ofrece como principal fundamento la insuficiente capacidad de la red para poder atender la conexión solicitada, así como la manifiesta incidencia negativa en el funcionamiento del sistema eléctrico de la distribución en cascada que no está prevista en la normativa vigente.

Es preciso, por tanto, para resolver este conflicto, y a la vista de las razones esgrimidas por las dos partes, proceder al análisis de la configuración jurídica del derecho de acceso de terceros en la Ley 54/1997, establecida para el acceso a la red de distribución en su artículo 42. Todo ello para concluir, en definitiva, si concurren motivos fundados para la denegación del acceso, o si por el contrario no concurren y, en este último caso, si reconociéndose el derecho de acceso, cabe pronunciamiento en esta Resolución acerca de otras cuestiones, o si por el

contrario, la decisión debe limitarse a reconocer el derecho de acceso sin más pronunciamiento.

IV.-Sobre el derecho de acceso en la Ley 54/1997

IV.I.-Sobre el acceso a la red de distribución

El carácter fundamental que el legislador ha otorgado al derecho de acceso a redes se pone de manifiesto desde la misma Exposición de Motivos del texto legal a cuyo tenor *“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”*.

El derecho de acceso a redes queda configurado así como la verdadera piedra angular de la liberalización del sector eléctrico, ya que de la disponibilidad o libre acceso para todos de las redes de transporte y distribución existentes depende en definitiva, la apertura del mercado eléctrico. Todos los sujetos eléctricos y consumidores cualificados tienen la posibilidad de hacer transitar la energía eléctrica objeto de sus transacciones, a través de redes de las que no son propietarios, y ello hace posible un mercado de agentes múltiples en un sistema de redes único.

La configuración jurídica del derecho de acceso en la Ley 54/1997 responde al carácter fundamental de este derecho en el sistema liberalizador que la Ley diseña. Existen unos rasgos jurídicos del derecho de acceso que resultan distintivos e individualizadores de este derecho respecto a otros derechos también contemplados en la Ley 54/1997. Tales rasgos que se inducen de las

prescripciones contenidas en los artículos 11.2 y, tratándose en este caso de acceso a redes de distribución, 42 de la Ley 54/1997, serían:

- a) Conforme al texto del artículo 11.2, segundo párrafo de la Ley *“Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta Ley”*, estamos ante un derecho que nace directamente del texto legal para todos los sujetos que son sus titulares, sin necesidad de complemento normativo reglamentario que lo defina, delimite o concrete. La propia Ley (*“esta Ley”*) establece las condiciones técnicas y económicas que definen el derecho de acceso y sus límites naturales, y la propia Ley se constituye en garante de la efectividad del derecho, y en garante del contenido sustancial del mismo, impidiendo que por disposición reglamentaria pueda reducirse o desvirtuarse ese contenido o retrasarse su efectividad, o establecerse condiciones para su ejercicio diferentes o más gravosas que las que la propia Ley ha establecido.
- b) En coherencia con dicha configuración legal, el artículo 42 de la Ley 54/1997, tras definir en su apartado 1, en los términos más amplios los sujetos que son titulares del derecho de acceso, define en su apartado 2 los límites materiales del mismo en los siguientes términos:

“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”.

Conforme a este precepto, hay un solo posible motivo de denegación del acceso, tasado y preestablecido por la Ley, consistente en que, a juicio del gestor de la red de distribución, no exista capacidad disponible en la misma. La falta de capacidad de la red constituye el límite -único límite-, al ejercicio por terceros del derecho de acceso.

El precepto contiene aún otras exigencias: la primera de ellas, *“la denegación deberá ser motivada”*, comporta la obligación del gestor de la red de distribución de hacer expresas las razones o motivos de la negativa, y con ello, impone al gestor de la red de distribución la carga de la prueba acerca de la falta de capacidad.

Tales razones o motivos que deben ser expresos, están a su vez tasados por la Ley, ya que la falta de capacidad necesaria, prosigue el precepto, *“sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros ...”*. La seguridad, regularidad y calidad de los suministros no es una segunda causa posible de denegación del acceso que pueda ser alegada por el gestor de la red de distribución además de, o en lugar de, la falta de capacidad de ésta. Es el único criterio que el legislador admite como justificación válida de la falta de capacidad. Tendrán que concurrir pues, para que sea posible denegar el acceso, a) riesgos ciertos para la calidad del suministro, b) un problema real de capacidad de la red, y c) una relación causa-efecto entre éste y aquellos, suficiente y explícita.

Es preciso finalmente, analizar el último inciso del precepto y apartado comentados *“...atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente”*.

Este inciso, referido a los criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, viene a completar el círculo de garantías que el legislador ha

establecido para asegurar la eficacia del derecho de acceso: no podrán alegarse por el gestor de la red de distribución cualesquiera argumentos de calidad, seguridad o regularidad de los suministros, sino precisamente aquellos que correspondan con las exigencias generales sobre seguridad, regularidad y calidad de los suministros, exigencias que, por ser generales, tendrán que estar preestablecidas por norma reglamentaria.

En otros términos: ni la referencia del precepto comentado a la calidad, regularidad y seguridad de los suministros, ni la referencia al establecimiento por vía reglamentaria de las exigencias relativas a seguridad, regularidad y calidad del suministro son puertas que el legislador haya dejado abiertas a la regulación por norma de rango inferior del derecho de acceso, sino garantías adicionales y complementarias para que un derecho que el legislador configura como esencial para la liberalización del sector, no pueda resultar burlado por vía reglamentaria.

Pero aún es más, el artículo 60 del Real Decreto 1955/2000, como no podía ser de otra manera, reproduce en idénticos términos la restricción al derecho de acceso: la falta de capacidad necesaria que, además, sólo puede justificarse por idénticos criterios: seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

IV.II. Sobre la diferenciación conceptual entre el derecho de acceso y el derecho a la conexión

IBERDROLA argumenta en sus escritos de alegaciones que se trata de establecer una conexión a la red existente para la creación de una distribución en cascada y no a la utilización de dicha red existente para el tránsito de electricidad.

La diferenciación conceptual entre el derecho de acceso y el derecho a la conexión concreta en un punto y condiciones determinadas, resulta necesario siempre y en todo caso, ya que ambas decisiones constituyen momentos lógicos

diferenciados que no son incompatibles y que no deben ser confundidos. Son decisiones de contenido diferentes en cuanto a sus efectos jurídicos. Como señala la Resolución de 4 de diciembre de 2000 del Sr. Ministro de Economía, *“la decisión sobre acceso, mediante la que se resuelve un conflicto de A.T.R. es siempre una decisión relativa al mercado eléctrico, y a las condiciones de concurrencia en el mismo”. “Por el contrario, en la decisión sobre conexión el interés público a proteger es la seguridad y calidad de las instalaciones”. “La primera declarará el derecho del sujeto solicitante a transitar su energía por las redes de otro. La segunda declarará la aptitud técnica de las instalaciones y posibilitará la puesta en marcha de las instalaciones y la ejecución de la conexión física”.*

A la vista de lo anterior, cabe concluir que la posible existencia de problemas de conexión que surjan en relación con un supuesto de acceso a redes, no convierte el conflicto de acceso en un conflicto de conexión, ni permite subsumir una decisión en la otra.

Las instalaciones a través de las cuales se pretenda la conexión que haga posible el tránsito físico de la energía están sujetas a la exigencia de previa autorización administrativa, autorización que, por lo que se refiere a las instalaciones de distribución, se regula en el artículo 42 de la Ley 54/1997.

La exigencia de autorización de las instalaciones, que es condición de seguridad del sistema eléctrico en su conjunto, debe ser compatible con el derecho de acceso a redes generalizado que la Ley 54/1997 reconoce, como ha sido anteriormente señalado.

IV.III.- Sobre el “Dictamen emitido a requerimiento de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. sobre si HIDROCANTÁBRICO

DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. tiene derecho a conectarse a su red de distribución”

En relación con el “Dictamen emitido a requerimiento de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. sobre si HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. tiene derecho a conectarse a su red de distribución”, realizado por D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, aportado en el presente expediente por IBERDROLA, la CNE se remite al Informe, que sobre dicho Dictamen, fue aprobado por el Consejo de Administración de la CNE en su sesión del 14 de noviembre de 2002, a solicitud del Ministerio de Economía, el cual se adjunta como Anexo a la presente Resolución.

V.- Sobre la negativa de IBERDROLA

Las características jurídicas del derecho de acceso de terceros a las redes en la Ley 54/1997 y el Real Decreto 1955/2000, constituyen el marco en el que deben analizarse las objeciones de IBERDROLA a la solicitud de acceso de ABUSEJO, objeciones puestas de manifiesto en su escrito de negativa de fecha 8 de febrero de 2005, y que se manifiestan y explicitan más detalladamente por IBERDROLA en su escrito de alegación de 11 de abril de 2005.

Conforme a lo argumentado por IBERDROLA en dicho escrito, la negativa de esta sociedad, además de en las cuestiones ya analizadas relativas a la falta de capacidad de la CNE y a la inexistencia del derecho de acceso solicitado por ABUSEJO, se fundamenta en: **I.-** la transitoriedad de la tarifa D **II.-** la insuficiente capacidad de la red a la que se solicita el acceso.

V.I.- Sobre la transitoriedad de la tarifa D

Manifiesta IBERDROLA en sus escritos de alegaciones que, de concederse a ABUSEJO el acceso solicitado, se estaría incumpliendo la normativa reguladora de los distribuidores acogidos a la tarifa D. Para apoyar dicha afirmación, señala IBERDROLA que el régimen de dichos distribuidores es un régimen a extinguir de acuerdo con la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997, que prevé el final de la tarifa D para el año 2007. Prosigue IBERDROLA indicando que ABUSEJO podrá seguir disfrutando de dicha tarifa D, hasta el año 2007, respecto del mercado para el que la tiene atribuida, sin poder utilizar dicha modalidad tarifaria más allá de los crecimientos vegetativos de dicho mercado y mucho menos para expandirse por otras zonas de distribución. Nada que objetar por parte de la Comisión a dichas afirmaciones, aunque de las mismas, en modo alguno, puede concluirse el aludido incumplimiento a la normativa reguladora de dichos distribuidores sino, precisamente, todo lo contrario.

Destaca así mismo IBERDROLA que la solicitud de acceso efectuada por ABUSEJO tiene como objeto seguir creciendo fuera del mercado para el que tiene concedida la tarifa D privilegiada. La tesis que se desprende de esta afirmación es que ABUSEJO estaría incapacitado para ejercer la actividad de distribución más allá del ámbito territorial en que tradicionalmente ha venido desarrollando su actividad de distribución como empresa distribuidora acogida a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997. Debe rechazarse por esta Comisión tal apreciación. Es cierto que, tanto la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997, como los Decretos de Tarifas posteriores a la publicación de aquélla, limitan expresamente el ámbito de aplicación del régimen retributivo especial y “a extinguir” que transitoriamente es aplicable a estas distribuidoras. Ahora bien, una cosa es que para estas empresas esté limitado el régimen especial derivado de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997, y otra muy diferente que los límites de ese régimen económico especial constituyan a su vez límites para la

actividad subjetiva de estas empresas: bien al contrario, tanto la Ley como los Decretos de Tarifas, preveían expresamente la posibilidad de expansión de estas empresas más allá de su crecimiento vegetativo o natural, estableciendo que, para esta expansión, habrán de someterse a los criterios generales del mercado y efectuar sus adquisiciones en el mercado de producción como sujetos cualificados. Resulta preciso indicar que en el presente conflicto de acceso a redes no es de aplicación lo establecido en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (B.O.E. de 14 de marzo de 2005) ya que el mismo fue presentado en esta Comisión con fecha de 1 de marzo de 2005.

En otros términos, lo que la Ley considera “*a extinguir*” no es la existencia de estas distribuidoras, cuya presencia es condición de un mercado plural y competitivo, sino el régimen especial aplicable a las mismas por efecto de la Disposición Transitoria Undécima, en cuanto el mismo comporta un tratamiento diferenciado y proteccionista ajeno a las condiciones de competitividad que la Ley pretende.

Por último, en relación con el régimen retributivo de la actividad de distribución de estas distribuidoras, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución, prevé el establecimiento, a propuesta de la Dirección General de Energía, hoy Dirección General de Política Energética y Minas, de una retribución “*por aquella parte de la energía que adquieran como sujetos cualificados*”.

La energía necesaria destinada a consumidores a tarifa ubicados fuera de su mercado habitual, sujeto a la tarifa D, debería ser adquirida por ABUSEJO en el mercado de producción como sujeto cualificado, abonando a IBERDROLA las correspondientes tarifas de acceso, estableciéndose, para esta parte del mercado de ABUSEJO, una retribución expresa. Todo ello hasta el año 2010, no hasta el

año 2007 como defiende IBERDROLA, dado que el horizonte temporal fue modificado en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, en que todas las empresas distribuidoras quedarán acogidas al régimen económico general de la actividad de distribución de energía eléctrica.

V.II.- Sobre la insuficiente capacidad de la red a la que se solicita el acceso

En cuanto a la alegación de IBERDROLA relativa a la insuficiente capacidad de la línea doble circuito a 45 kV a la que se solicita el acceso, debe ponerse de manifiesto que IBERDROLA alegó la citada insuficiencia de capacidad a ABUSEJO, en respuesta a su solicitud de acceso de 19 de enero de 2005, fuera de plazo. Aún así en el citado escrito de IBERDROLA se propone, tal y como establece el artículo 62.6 del Real Decreto 1955/2000, *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*, la modificación de 3,5 Km de conductor LA-180 por LA-455, desde la subestación Vilecha hasta el punto de conexión solicitado.

En relación con este último informe y con el fin de verificar los datos en el expuestos, IBERDROLA solicitó al instructor la admisión de la práctica de la prueba necesaria para ratificar la falta de capacidad de la línea doble circuito a 45 kV "Vilecha-Condesa", prueba que se realizó el día 19 de junio de 2006, confirmándose que las cargas máximas de la línea "Vilecha-Condesa" fueron, en el año 2005, 39,36 MVA, registrada el día 10 de enero de 2005, y en el periodo analizado del año 2006, 37,41 MVA, registrada el 30 de enero del citado año. En función de los datos de potencia máxima obtenidos en la práctica de la prueba y de los facilitados por IBERDROLA para el periodo 2000-2004, se ha realizado una extrapolación lineal obteniendo que la potencia máxima en el año 2008, horizonte temporal para el que ABUSEJO aportó la máxima previsión de cargas, soportada por la línea "Vilecha-Condesa" sería de 41,06 MVA. Según el informe técnico

aportado por IBERDROLA, cada circuito de la línea "Vilecha-Condesa" puede soportar 33 MVA, lo que implicaría que la capacidad total de la línea doble circuito "Vilecha-Condesa" es de 66 MVA. Sumando a la potencia calculada, en función de la previsión de Iberdrola, en el año 2008, la potencia solicitada por ABUSEJO, 17,26 MVA, obtenemos que la potencia que circularía por la línea eléctrica doble circuito "Vilecha-Condesa" en el año 2008 sería de 58,32 MVA, cantidad inferior a los 66 MVA de límite térmico de la citada línea.

Es preciso resaltar que para las redes de distribución no existe en la actualidad reglamentación acerca de los criterios de seguridad y fiabilidad exigibles a este tipo de redes, por lo que, en rigor, aunque deseable, no puede invocarse, a la hora de determinar si hay o no capacidad para conceder el acceso a la misma, el que ésta soporte las contingencias de carácter simple (N-1) sin que se produzcan sobrecargas en ningún elemento, tal y como sí está regulado para las redes de transporte, siendo, por tanto, lo único exigible en la actualidad que las redes de distribución, en condiciones normales de explotación sin fallo (N), soporten la nueva demanda sin que existan sobrecargas, algo que la actual red de 45 kV de IBERDROLA de la zona sí viene a cumplir.

VI.- Objeto del presente CATR

Hay que tener en cuenta que el presente Conflicto de Acceso a Redes se originó al solicitar ABUSEJO, con fecha 19 de enero de 2005, acceso a las redes de distribución de energía eléctrica de IBERDROLA con el fin de suministrar al Sector la Lastra, solicitud que fue denegada por IBERDROLA.

En el acta de la prueba realizada en las oficinas de IBERDROLA el día 19 de junio de 2006, y ante la información de que IBERDROLA tiene suscrito un convenio con la Junta de Compensación del polígono industrial "La Lastra", la representación de ABUSEJO indica que si bien dicha sociedad tenía una carta de intenciones de la

referida Junta, ha desistido en su intención de distribuir energía eléctrica en dicho Polígono Industrial, toda vez que los promotores del mismo les comunicaron que iban a negociar con IBERDROLA.

Ha de tenerse en cuenta que la solicitud de acceso formulada en su día por ABUSEJO a IBERDROLA tenía por objeto *“llevar a cabo la distribución en el aérea denominada “Sector La Lastra””* (según expresa el escrito de ABUSEJO de 19 de enero de 2005), y que, en congruencia con ello, el presente CATR 3/2005 se inició al objeto de *“la resolución del conflicto relativo al acceso a la red de distribución de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA; S.A.U...para alimentar, mediante una línea aérea de doble circuito de 45 kV, una nueva SET 45/20 kV 20 MVA desde la que se llevará a cabo la distribución de energía eléctrica al área denominada “Sector La Lastra””* (así se manifiesta en el escrito de 9 de marzo de 2005, por el que se comunica el inicio del procedimiento).

A la vista del *Convenio entre la Junta de Compensación La Lastra e Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. para la electrificación del polígono La Lastra de León*, de 8 de junio de 2005, aportado por IBERDROLA anexo a su escrito de 8 de septiembre de 2005, y a la vista de lo expresado por la representación de ABUSEJO en las actuaciones complementarias practicadas el 19 de junio de 2006 (según se recoge en el acta levantada al efecto), ha de entenderse desaparecido, de forma sobrevenida, el objeto del procedimiento, de acuerdo con lo que se prevé en el artículo 42.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992.

En este sentido, la jurisprudencia¹ refiere la figura de la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento a supuestos en los que se ha perdido el interés legítimo en obtener la tutela inicialmente pretendida², ya sea por la satisfacción

¹ Con carácter general, sobre la desaparición sobrevenida del objeto, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2004 (Sala C-A; Sección 4ª; recurso casación 1975/1999) y 2 de junio de 2004 (Sala C-A; Sección 4ª; recurso casación 3171/2000).

² Más específicamente, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 148/2006, de 29 de mayo.

extraprocesal de la pretensión, ya sea –como en este caso– por la desaparición de la circunstancia que servía de fundamento al interés legítimo, hechos que, en cualquier caso, una vez producidos, pueden ser apreciados objetivamente por el juzgador³, y, en este supuesto, por la Administración, acordando el archivo del procedimiento.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 29 de noviembre de 2006,

ACUERDA

ÚNICO.- Proceder al archivo del presente expediente CATR 3/2005, por carecer la reclamación efectuada por ELECTRA DE ABUSEJO, S.L. de objeto, al haberse suscrito un convenio de electrificación por la Junta de Compensación Sector La Lastra con IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. y haber desistido ELECTRA DE ABUSEJO, S.L. en su intención de distribuir energía eléctrica en dicho Polígono Industrial.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada ante el Sr. Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional, Tercero.5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.

³ Ver sentencia del TSJ Andalucía – Granada 318/2003 de 26 de mayo.

ANEXO

INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA EN RELACIÓN CON EL DICTAMEN REALIZADO A REQUERIMIENTO DE IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. SOBRE SI HIDROCÁNTABRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. TIENE DERECHO A CONECTARSE A SU RED DE DISTRIBUCIÓN Y A SU RED DE TRANSPORTE

El presente Informe se estructura en dos partes: En la primera de ellas se analiza el Dictamen realizado a requerimiento de Iberdrola Distribución, S.A.U. sobre si Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. tiene derecho a conectarse a la red de distribución. En la segunda, se analiza el Dictamen relativo a si Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. tiene derecho a conectarse a la red de transporte de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U.

I. ANÁLISIS DEL DICTAMEN SOBRE SI HIDROCÁNTABRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. TIENE DERECHO A CONECTARSE A LA RED DE DISTRIBUCIÓN DE IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.

INTRODUCCIÓN

Se intentará, a lo largo de este Informe, seguir la sistemática del Dictamen que se comenta, tomando como referencia los mismos epígrafes contenidos en el “*Sumario*” que precede al Dictamen, y exponiendo el criterio de este organismo en relación con todas las cuestiones suscitadas en el mismo. Parece preciso, no obstante, hacer algunas consideraciones previas de carácter general:

Tanto la CNE como el Ministerio de Economía han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de acceso a las redes de distribución y

transporte de energía eléctrica, con ocasión de las resoluciones emitidas en relación con los conflictos planteados por algunos distribuidores de energía eléctrica, y de las resoluciones de los recursos de alzada contra las mismas. Es conocida la posición favorable, tanto de la CNE como del Ministerio de Economía, al reconocimiento del mencionado derecho de acceso a favor de los sujetos eléctricos “*distribuidores*”, recogándose incluso, aunque parcialmente y de forma extractada, alguna de las consideraciones jurídicas contempladas en las resoluciones de las mencionadas Administraciones Públicas, dentro del apartado “Antecedentes” del Dictamen que se comenta:

No obstante, tanto la CNE como el Ministerio, han efectuado tales pronunciamientos dentro del estricto marco formal impuesto por el procedimiento en que se ha producido cada uno de los correspondientes actos administrativos, y que aparece delimitado por las pretensiones y alegaciones de los sujetos que han sido partes en los distintos procedimientos sobre conflictos de acceso a redes tramitados hasta la fecha.

Esta es la razón de que cuestiones de carácter general, como la compatibilidad constitucional del derecho de acceso, su adecuación con la Directiva 96/92, y con el Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y Empresas Eléctricas, así como otras de carácter general suscitadas en el Dictamen que se va a comentar, no hayan sido abordadas explícita y ampliamente en los fundamentos jurídicos de las resoluciones administrativas aprobadas, en cuanto que, no habiéndose alegado en su día por las partes, no resultaba preciso incluir en la fundamentación jurídica de las resoluciones determinados argumentos que, en esta ocasión, y en el marco más amplio del Dictamen que se comenta, deben hacerse explícitos.

Dicho lo anterior, debe anticiparse también, que, en la medida en que los argumentos de conformidad con la Constitución y con el Derecho

comunitario, así como los argumentos de interpretación sistemática y coherente de la Ley 54/1997 en relación con el derecho de acceso, deben preceder lógicamente y sistemáticamente a los argumentos de compatibilidad del mencionado derecho con disposiciones de inferior rango, se hará preciso a lo largo de este Informe, alterar en ocasiones el orden de exposición de los distintos argumentos seguido en el Dictamen que se comenta, o agrupar en un epígrafe varios de los epígrafes diferenciados en aquel.

I.- INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 42 DE LA LEY DEL SECTOR ELECTRICO: CONSIDERACIONES GENERALES

Bajo este epígrafe, que en el Dictamen tiene un carácter introductorio, se centra la consulta que ha motivado el Dictamen, en los siguientes términos: *“...determinar si el artículo 42 de la LSE atribuye a las sociedades distribuidoras el derecho a exigir a otra sociedad distribuidora la conexión de una red de distribución nueva (propiedad de la primera) con otra red de distribución preexistente (propiedad de la segunda)”*.

A tal cuestión responde el Dictamen negativamente, siendo los argumentos para tal negativa, los que, a título de resumen, el propio Dictamen recoge en sus Conclusiones, en los siguientes términos:

En su **Conclusión Primera**, se define el objeto de consulta en los términos expresados arriba.

En su **Conclusión Segunda**, se reconduce la cuestión a un problema de interpretación jurídica, y en concreto al artículo 42 de la LSE.

En su **Conclusión Tercera**, se exponen los criterios jurídicos de interpretación del Ordenamiento Jurídico, criterios que son los contenidos en

el artículo 3.1 del Código Civil, así como los criterios de interpretación de las Leyes de conformidad con la Constitución y el Derecho Comunitario.

En la **Conclusión Cuarta**, se concluye, que de la aplicación de los criterios de interpretación mencionados no se deriva el derecho de una sociedad distribuidora de exigir a otra la conexión de sus respectivas redes de distribución.

En la **Conclusión Quinta**, se afirma que la finalidad del artículo 42 de la LSE es la de permitir a quienes pueden contratar libremente la compraventa de electricidad el uso de las redes de distribución a las que se encuentran conectados para transportar dicha energía hasta un punto de consumo.

En la **Conclusión Sexta**, se considera que la misma conclusión se obtiene del análisis de los Antecedentes históricos y legislativos de la LSE, representados por el Protocolo suscrito entre el MINER y las principales empresas eléctricas el 11 de diciembre de 1996, la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre y de la Memoria Económica de 21 de mayo de 1997 que acompañó al Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico. Asimismo, considera que del estudio de la Directiva se desprende que la regulación del acceso a redes no tiene por finalidad la regulación de cómo debe producirse la conexión a las mismas.

La **Conclusión Séptima**, considera que avala igualmente su tesis la interpretación sistemática del artículo 42 con el resto de normas del Ordenamiento Jurídico. Considera que resulta claro que el citado artículo no ha querido resolver el problema de conexión a redes de distribución porque si así hubiera sido debería haber reconocido dicho derecho de conexión a cualesquiera consumidores y no sólo a los consumidores cualificados.

Esta conclusión se asienta en el análisis del artículo 45.1.a), *—que regula el derecho de conexión a las redes de distribución, garantizando el suministro a todos los consumidores—* de la regulación económica del sector, *—se afirma que el derecho de conexión no está reconocido porque no tiene reflejo económico—* de la interpretación del artículo 42 en relación con el régimen jurídico del suelo y del ordenamiento jurídico urbanístico, *—se parte de la obligación del promotor del suelo de ceder la infraestructura eléctrica a un distribuidor, entendiendo que sólo puede ser distribuidor a estos efectos el que puede garantizar el suministro que no es otro que el distribuidor establecido en la zona—* y de la interpretación de otras normas sectoriales, como el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones *—cuando la Ley ha querido otorgar un derecho de conexión lo ha hecho como en el caso de las telecomunicaciones—*.

En la **Conclusión Octava**, se pone de manifiesto que la interpretación del artículo 42 efectuada en el Dictamen es la más acorde con la Constitución, ya que de admitir la tesis de que el artículo 42 reconoce el derecho de conexión de un distribuidor a otro distribuidor se podría estar vulnerando el contenido esencial del derecho de propiedad, además de que no sólo no se estaría consiguiendo ningún fin de interés general sino que se producirían perjuicios para el mismo.

En la **Conclusión Novena**, se afirma que la conclusión de que el artículo 42 no reconoce el derecho de conexión a favor de un distribuidor, no queda desvirtuada por el artículo 40.2 de la LSE que afirma que la autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos, ya que se refiere a la situación del sujeto autorizado sin que pueda entenderse que concede derechos a favor de terceros y obligaciones a cargo del autorizado, obligación que, además, debería haberse previsto expresamente.

En la **Conclusión Décima**, se concluye de todo lo anterior que no existe deber jurídico del titular de la red de distribución de permitir la conexión de otra red de distribución, por lo que esta conexión sólo sería posible de llegar a un acuerdo entre ambos distribuidores.

En la **Conclusión Undécima**, se afirma que este acuerdo entre distribuidores sería un requisito necesario pero insuficiente, ya que la conexión podría ir en contra del interés general. Para valorar tal afirmación, se recurre al Real Decreto 1955/2000, señalando que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.3 del Reglamento, si la conexión es contraria al interés general del sistema, en ningún caso podrá otorgarse el permiso de conexión previa de acceso previsto en el citado artículo.

Por último, en la **Conclusión Duodécima**, se señala que el contrato de acceso a las redes que regula el artículo 81.1 del Real Decreto 1955/2000 se refiere a los contratos en que sea contraparte del titular de la red de distribución el consumidor cualificado, los comercializadores y los distribuidores sometidos al régimen especial de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley del Sector Eléctrico.

Se procede pues, a continuación, a exponer la posición de la CNE, en relación con todas las anteriores cuestiones, anticipando que el criterio de la CNE, favorable al derecho de acceso de las distribuidoras a la red de otras distribuidoras, no se basa en una interpretación apresurada y asistemática del artículo 42 de la Ley, como parece sugerir el Dictamen, sino en una interpretación rigurosa y sistemática de la Ley, y en las consideraciones de que la prohibición expresa de exclusividad en la actividad de distribución, y el principio de red única, conducen inevitablemente a la conclusión del

reconocimiento de aquel derecho, y que todo ello tiene su apoyo en la literalidad y en la interpretación sistemática y finalista de la Ley 54/1997.

II. EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO.

1.- La interpretación literal del artículo 42 de la Ley.

Se afirma en este punto en el Dictamen comentado que el sentido y alcance con que el artículo 42 de la LSE utiliza el concepto “*acceso a las redes de distribución*” no podría obtenerse de un análisis literal dado que el término es confuso y puede admitir diversos sentidos, por lo que el Dictamen acude a otros criterios interpretativos, y prescinde en definitiva del criterio de interpretación literal.

La CNE estima, por el contrario que la lectura del precepto mencionado ofrece importantes elementos interpretativos:

a) En primer lugar, la expresión “*acceso*”, contenida en el título “Artículo 42. *Acceso a las redes de distribución*”, no es una expresión confusa e impenetrable respecto a la que el precepto no ofrezca pista alguna, como sugiere el Dictamen. En efecto, el legislador, tras utilizar la mencionada expresión en el encabezamiento del precepto, describe en su texto el contenido esencial del “*acceso*” en términos de “*podrán ser utilizadas*”. La posibilidad de utilización por los sujetos a quienes el legislador atribuye el derecho de acceso, constituye una definición de este derecho, aunque el legislador no haya considerado necesario explicitar en este precepto de forma descriptiva todas las facultades que constituyen el contenido del derecho. Dicha descripción se contempla y regula en disposiciones reglamentarias, y en particular en el Real Decreto 1955/2000, al que más adelante se hará referencia en este Informe, siguiendo el orden de

exposición impuesto por el Dictamen, que contempla el mencionado Real Decreto en el último de sus epígrafes.

b) En segundo lugar, los sujetos a los que se atribuye la posibilidad de utilización no están limitados o definidos por determinadas categorías de las contempladas en el artículo 9 de la Ley, sino que se utilizan por el legislador las categorías generales “sujetos”, “consumidores cualificados” y “sujetos no nacionales....”. Que no cabe en principio interpretación restrictiva de los sujetos titulares del derecho de acceso viene confirmado, además, por el artículo 11. 2 de la propia Ley en el que se garantiza el derecho de acceso a “terceros”, sin ninguna restricción, y ello como un principio de funcionamiento del sistema. Lo confirma, por último, el párrafo quinto de la Exposición de Motivos, que más adelante se transcribirá y comentará, en el que el legislador hace explícitas sus razones, al afirmar que el transporte y la distribución se liberalizan a través de la “*generalización del acceso de terceros a las redes*”, y añadir que la eficiencia económica de la red única es puesta a disposición “*de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y los consumidores*”. La lectura que ha hecho la CNE del artículo 42 de la Ley considerando a los distribuidores incluidos entre los sujetos titulares del derecho de acceso, parte pues, de que ésta ha sido una opción del legislador, y además, explicada por el mismo legislador.

c) En tercer lugar, y a partir de lo anterior, si el derecho a la utilización de las redes de otros se ha reconocido a favor de todos los sujetos, y todos ellos han de tener posibilidad de utilizar las redes, dado que cada uno de los sujetos realiza funciones diferentes en el sistema, el derecho de acceso implica, en cada caso, un contenido en facultades adecuado a la forma de utilización. En el caso de los distribuidores, su derecho de acceso comporta, como contenido del mismo el derecho a la conexión, ya que sin ésta no es posible el ejercicio de la función de distribución. De igual forma que el

derecho de acceso a favor de los comercializadores y de los sujetos cualificados comporta como contenido del mismo el derecho a la conexión de las instalaciones del cliente, sin que tampoco este derecho esté expreso en el artículo 42 de la Ley. (Esta cuestión tiene especial relevancia en la medida en que el Dictamen plantea como cuestión central el "*derecho a la interconexión*" para afirmar que éste no está reconocido expresamente en aquellos preceptos legales que el Dictamen analiza. Parece preciso, pues, hacer un pequeño "*excursus*" teórico para recordar que toda relación jurídica, es un complejo en el que la posición jurídica del titular de un derecho está constituida por un haz o conjunto de facultades y, en su caso, de cargas, y que, de igual forma, la posición jurídica del obligado frente a aquél está constituida, a su vez, por un conjunto de obligaciones. La técnica legislativa usual es definir el derecho y la correlativa obligación en sus elementos esenciales, y, en su caso, desarrollar el contenido mediante disposiciones de inferior rango, cuando, como sucede en este caso, la relación jurídica está fuertemente reglamentada. Esta óptica no debe perderse, ya que, aunque puede comprenderse en un Dictamen a instancia de parte, el planteamiento de aislar una facultad como la "*conexión*", como si ésta tuviera individualidad propia y no fuera parte del derecho de acceso, lleva al absurdo más completo: Si se observa que la Ley 54/1997 tampoco individualiza para reconocerlo como derecho, el de un cliente cualificado a conectarse, ni el del distribuidor a conectarse a la red de transporte, por poner dos ejemplos, podrían negarse todas y cada una de las relaciones jurídicas que la Ley diseña, e incluso habría de admitirse que la red mallada ya existente a la entrada en vigor de la Ley 54/1997 habría de quedar congelada, salvo en aquellos puntos de la misma en que dos sujetos tuvieran a bien ponerse de acuerdo para establecer una conexión nueva).

2.- La inexistencia de exclusividad territorial para el ejercicio de la actividad de distribución eléctrica en la legislación española, y la prohibición explícita de dicha exclusividad en la Ley 54/1997

A diferencia de la tradición en otros negocios de redes (singularmente la red gasista y la de telecomunicaciones), la distribución eléctrica en España no ha estado regulada en ningún momento histórico bajo los principios de reserva o exclusividad territorial, ni la actividad de prestación del suministro eléctrico ha sido ejercida en virtud de títulos concesionales.

Bien al contrario, han existido tradicionalmente un número importante de empresas distribuidoras (hasta más de 300 en la actualidad) cuyos ámbitos de expansión hacia otras zonas, (límitrofes o no con su zona de suministro tradicional) no han estado limitadas legalmente, ni antes ni después de la Ley 54/1997, ya que nunca han existido concesiones de suministro o distribución. Han existido como es lógico, limitaciones naturales a dicha posibilidad de expansión, bien por la escasa dimensión económica de algunas empresas distribuidoras, bien porque se hayan producido acuerdos empresariales entre empresas limítrofes para un desarrollo coordinado de las redes.

El mencionado régimen de libertad de establecimiento de empresas distribuidoras, tradicional en el sector eléctrico español, no sólo no ha sido derogado por la Ley 54/1997, sino que es afirmado explícita y reiteradamente en varios de sus preceptos. Así, el **artículo 1.3** que afirma los principios de objetividad, transparencia y "*libre competencia*" para las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, sin hacer excepción ni matiz alguno en relación con la actividad de distribución. En la misma línea, el **artículo 2**, "*Régimen de las actividades*", reconoce en su apartado 1 la "*libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades*

destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley”, sin efectuar, nuevamente, exclusiones o matices relativos a la actividad de distribución. Todo ello confirmando que los principios de funcionamiento establecidos para todo el sistema, según el párrafo séptimo de la Exposición de Motivos, también comprenden la actividad de distribución.

Los preceptos mencionados no son meras declaraciones retóricas, ni simples reiteraciones del principio constitucional de libertad de empresa, sino que adquieren una especial significación en relación con la actividad de distribución, por tratarse precisamente de una actividad *“regulada”*, significación que se pone de manifiesto a la vista del **artículo 40, apartado 2** de la Ley, que, respecto a las autorizaciones de instalaciones de distribución, establece que ***“La autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos”***.

La significación de dicho precepto es efectivamente la afirmación de los límites del derecho del sujeto a quien se otorga la autorización en relación con terceros sujetos, en el doble sentido de que los derechos derivados de la autorización no excluyen el de ningún otro sujeto, y de que el contenido habilitante de la autorización en cuanto a la prestación del suministro y la extensión futura de redes, no es monopolio del sujeto autorizado.

Si bien es cierto, por tanto, como se afirma en el punto IV. 4 del Dictamen, que el artículo 40.2, no define por sí mismo el derecho de un “tercero” distribuidor a la “interconexión” a la red de otro, también es cierto que el artículo 40.2, al rechazar radicalmente la exclusividad y el monopolio en la actividad de distribución, excluye el resultado al que inevitablemente se llegaría de negar aquél derecho, consistente en que sólo la empresa distribuidora tradicional y asentada en un territorio pudiera, con exclusión de cualquier otra, extender las redes para asumir nuevos suministros

3.- El derecho de acceso de terceros es, por una parte, un límite natural al derecho de propiedad sobre las instalaciones de distribución, y, por otra, un derecho reconocido a favor de todos los sujetos eléctricos, incluyendo, por tanto, los sujetos distribuidores.

De conformidad con la previsión general contenida en el artículo 33. 2 de la Constitución Española, según el cual, *“la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes”*, la Ley 54/1997 realiza un ejercicio preciso de delimitación del contenido de la propiedad de las instalaciones, cuyo sentido y alcance se anticipan en la Exposición de Motivos del texto legal, cuyo párrafo Quinto se transcribe a continuación:

“...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 los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red...”

El anterior párrafo, es, por una parte, clave para la interpretación que la CNE viene efectuando del artículo 42 de la Ley, en el sentido de que son sujetos titulares del derecho de acceso, entre otros, los distribuidores, ya que el derecho de acceso es **“generalizado”**, y éste es el mecanismo elegido por el legislador para liberalizar el transporte y la distribución, y el mecanismo por el cual la red única y la eficiencia que de ésta deriva, es puesta a disposición de todos.

Por otra parte, el párrafo transcrito hace explícita la voluntad del legislador de configurar los límites del derecho de propiedad sobre las instalaciones, en términos que hagan posible su utilización por todos los sujetos del sistema:

La expresión “***La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo***” anuncia que la titularidad dominical de las instalaciones no comprende el derecho de decidir quien o quienes las usan, o quienes se conectan a ellas. Tales facultades, han estado incluidas tradicionalmente dentro del poder de disposición que es propio del concepto clásico de “propiedad”. Ahora bien, el legislador de la Ley 54/1997, en el caso de las instalaciones de transporte y distribución, ha desplazado tales facultades hacia las figuras del “gestor del sistema” y del “*gestor de redes*”, como ponen de manifiesto diversos preceptos de la LSE, de los que en este momento se contemplan los que hacen referencia a las redes de distribución.

En efecto, a la vista del artículo 41.2 de la Ley, en el que se definen los derechos del distribuidor, se observa que entre los mismos aparecen los relativos al reconocimiento de una retribución por su actividad, a la adquisición de energía para atender a sus suministros, y al percibo de la retribución, pero en absoluto se mencionan facultades relativas a la explotación o uso de las redes.

Es el gestor de la red de la zona, definido en el apartado 3 del mismo artículo 41, quien “...*determinará los criterios de la explotación y mantenimiento de las redes garantizando la seguridad, la fiabilidad y la eficacia de las mismas....*”.

Es asimismo al Gestor de la red, a quien, conforme al artículo 42.2 de la Ley, se atribuye la facultad de denegación del acceso en los casos de inexistencia de capacidad previstos.

Más adelante, en el curso de este Informe, se analizará de qué modo, la delimitación del derecho de propiedad sobre las instalaciones que efectúa la Ley 54/1997 es conforme a la Constitución.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO DE CONFORMIDAD CON LA DIRECTIVA 96/92/CE, DE 19 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

Tal y como se señala en el Dictamen, entre los criterios que han de utilizarse para indagar el espíritu y finalidad de la norma, aparecen como relevantes, en primer lugar, los antecedentes históricos y legislativos.

De conformidad, por tanto, con el esquema seguido por el citado Dictamen, se analizan a continuación el Protocolo Eléctrico, la Directiva 96/92/CE y la Memoria Económica de la Ley.

1.- El Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas eléctricas el 11 de diciembre de 1996

Con carácter previo al análisis del contenido del Protocolo, parece necesario poner de manifiesto que el citado Documento es previo a la Ley del Sector Eléctrico y a la Directiva 96/92/CE, por lo que su contenido sólo podría tenerse en cuenta a efectos ilustrativos, dado el carácter soberano de la Ley, dentro del marco que las Instituciones comunitarias y la Directiva imponen a cada Estado.

Se transcriben en el Dictamen determinados apartados del citado Protocolo Eléctrico para llegar a la conclusión de en el mismo se acordaba como marco definitorio del futuro derecho a la utilización de las redes de transporte y distribución, los distribuidores-comercializadores, los comercializadores y los consumidores, “*cuando cada uno de ellos*” tuviera capacidad de elección.

Hay que señalar, en primer lugar, que en el Dictamen se efectúa una interpretación subjetiva del contenido del Protocolo, ya que si se atiende a la dicción literal del punto 10 del mismo se observa claramente que no se señala que el “*derecho de acceso lo tendrán ... cuando cada uno de ellos tenga capacidad de elección*”, sino que se **afirma taxativamente que los distribuidores-comercializadores y los comercializadores tienen derecho de acceso, sin imponer ningún tipo de condición**, mientras que los consumidores tienen derecho de acceso siempre y cuando tengan capacidad de elección, condición que resulta obvia.

Por tanto, en el Protocolo no se vincula el derecho de acceso a la capacidad de elección, sino sólo respecto de los consumidores.

2.- La Directiva 96/92, del Parlamento y del Consejo: el concepto de derecho de acceso

Tal y como se señala en el Dictamen, el Derecho Nacional debe interpretarse de conformidad con el Derecho Comunitario.

La Directiva sobre electricidad establece los principios básicos de un mercado interior de la energía, pero no crea un sistema uniforme único a lo largo de toda Europa, sino que en aplicación del principio de subsidiariedad,

dota de flexibilidad a los Estados Miembros a la hora de adaptar las normas comunes a su situación particular (Considerando 11º de la Directiva).

En este sentido, no puede olvidarse que las Directivas obligan a los Estados Miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse en un determinado plazo de tiempo, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Es decir, el Estado español tiene libertad para elegir la forma y los medios más acordes con el derecho nacional, que le permitirán lograr el resultado perseguido por la Directiva, pudiendo, dentro de la flexibilidad que concede la misma, ir más allá del contenido mínimo fijado en ella.

Una vez efectuadas las consideraciones de carácter general anteriores, se hace necesario entrar en el fondo de la cuestión. Para ello, seguiremos el esquema del Dictamen.

Se afirma allí que, a la vista del contenido de la Directiva, se distingue claramente entre acceso a la red, que no comprende la facultad de interconexión, y la interconexión de redes.

a) **Interconexión:** Del análisis del contenido de la Directiva, lo primero que se observa es que la interconexión de redes no aparece regulada de forma separada, en capítulo o título independiente, ni siquiera en un artículo propio, sino que únicamente se contienen referencias en otros artículos al término interconexión, en concreto, en los artículos 7 y 10, referidos respectivamente a la figura del gestor de la red de transmisión y al gestor de la red de distribución.

De esta forma la “interconexión de redes” se configura como un objetivo a lograr por parte del gestor de la red en orden a garantizar la seguridad del

abastecimiento, configurándose incluso en el artículo 10, como una obligación del gestor de la red de distribución, la de efectuar las interconexiones con otras redes, obligación que es instrumental respecto de aquél objetivo.

b) **Derecho de acceso:** De conformidad con el Considerando decimotercero de la Directiva, *“cualquiera que sea el sistema vigente de organización del mercado, el acceso a la red debe quedar abierto de conformidad con la presente Directiva y debe conducir a resultados económicos equivalentes en los Estados Miembros y, por consiguiente, a un nivel directamente comparable de apertura de los mercados y un grado comparable de acceso a los mercados de la electricidad ...”*, para ello, y teniendo en cuenta la diversidad de estructuras y la especificidad de los sistemas en los Estados Miembros, se prevén varias opciones de acceso a la red que se administren de conformidad con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios (Considerando 14º).

Los artículos 17 y 18, establecen distintos sistemas de acceso a la red entre los cuales los Estados Miembros pueden elegir el más adecuado sus circunstancias particulares.

El Legislador español, optó por un sistema de derecho de acceso regulado, dentro de los márgenes de la Directiva, previsto en el artículo 17.4 de la misma, considerando como sujetos idóneos tanto a los consumidores cualificados como a otros sujetos eléctricos, siendo sujetos eléctricos los distribuidores, dentro de la libertad de elección de forma y de medios que proporciona la propia Directiva.

Por lo que se refiere al concepto de derecho de acceso, éste no aparece definido en la Directiva. No obstante, de la finalidad que persigue el derecho

comunitario en materia de energía, así como de otras Comunicaciones y trabajos de la Comisión Europea, puede desprenderse la noción, sentido y alcance que ha de darse al mismo desde la perspectiva comunitaria.

La Comunidad desea crear un Mercado Interior de la electricidad y del gas, lo que implica el logro progresivo del mayor grado de liberalización posible en todos los sectores económicos. La Política de liberalización sería entonces plenamente instrumental para la consecución del Mercado interno, en el sentido de que su objetivo principal es que los diversos sectores económicos estén cada vez más orientados hacia la competencia y más integrados en un mercado único de dimensión comunitaria.

No puede olvidarse que para conseguir los objetivos de liberalización de un mercado, se convierte en “esencial” el acceso a las infraestructuras, siendo éste el primer gran obstáculo para las nuevas empresas que quieran competir y entrar en el sector.

De esta forma, y tal y como aparece regulado el derecho de acceso en la Directiva, así como las referencias que se efectúan en la misma a la interconexión con otras redes, no puede afirmarse como se efectúa en el Dictamen que “se excluye la conexión a la red”, ni que el derecho de acceso se limite a permitir “transitar energía por las redes”, más bien al contrario, el derecho de acceso se configura como mecanismo que permite la entrada de nuevos sujetos en determinada zona, a partir del ejercicio del mismo, en el que va implícito la conexión a la red.

En este sentido se ha pronunciado la Comisión Europea, en la Comunicación de 13 de marzo de 2001:

“... Aunque la apertura de una parte importante del mercado (apertura cuantitativa) sea vital para el desarrollo de la competencia, no garantiza de por sí el funcionamiento del mercado en la práctica. En este contexto, **el acceso a la red es esencial, especialmente si se tiene en cuenta que tenderá a seguir siendo un monopolio natural.** En realidad, **en muchos casos no resultará rentable duplicar las redes existentes.** Por consiguiente, **éstas constituyen una infraestructura esencial y es fundamental que los protagonistas del mercado puedan acceder en condiciones equitativas a las redes de transporte y distribución, así como a todas las instalaciones auxiliares necesarias (acceso de terceros a la red o ATR).**”

En conclusión, y de lo expuesto hasta ahora, parece claro que en el ámbito del derecho comunitario el derecho de acceso no se limita a configurar un derecho necesario para dar efectividad a los contratos de suministro libremente celebrados entre los sujetos habilitados para ello, sino que **se configura como el derecho de acceso a una infraestructura esencial** (una red eléctrica que es necesaria para ofrecer servicios en el mercado y sin la cual no podrá entrar un nuevo operador interesado y, por tanto, no podrá existir competencia eficaz), **así como a todas las instalaciones auxiliares necesarias** (acceso de terceros a la red o ATR), por lo que el derecho de acceso no sólo no excluye la conexión a la red sino que tal conexión va implícita en el mismo concepto de derecho de acceso.

3.- Memoria Económica

La Memoria Económica de la Ley, al igual que el articulado de la misma, reconocen el derecho de acceso de conformidad con lo dispuesto en la Directiva, optando por un sistema de derecho de acceso regulado, pero eligiendo, dentro de la flexibilidad y subsidiariedad que otorga la propia

Directiva, por un sistema de acceso que, como ya se ha señalado anteriormente, considera idóneos tanto a los distribuidores como a los consumidores cualificados.

IV.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 LSE EN RELACION CON EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

En el correlativo epígrafe del Dictamen, lejos de realizarse una interpretación sistemática y ordenada de la Ley del Sector Eléctrico, se presentan en los sucesivos apartados en que se subdivide el epígrafe, una serie de cuestiones todas ellas orientadas a soportar la afirmación de que *“el artículo 42 de la Ley no está otorgando a ningún sujeto la facultad de exigir la interconexión de redes”*. A esta afirmación, que viene a ser la tesis central del Dictamen, se llega, tras una serie de análisis fragmentarios de determinados preceptos de la Ley, con olvido de otros, y de la conexión entre unos y otros preceptos que sólo puede obtenerse a partir de la aceptación del explícito propósito liberalizador de la Ley. Se aborda a continuación el análisis de cada uno de los subepígrafes.

1.- Interpretación sistemática

En este apartado se hace referencia a que la interpretación de la norma “en relación con el contexto”, criterio expreso contemplado en el artículo 3.1 del Código Civil, ha sido doctrinalmente relacionada no sólo con el contexto de la propia norma, sino con las otras normas que integran el sistema. Se recuerda a continuación que la propia CNE en alguna de sus resoluciones ha reconocido la existencia de lagunas en los Reales Decretos 2819/1998 y 2017/1997, *“...en cuanto que dichas normas reglamentarias no prevén expresamente la hipótesis del distribuidor que, previo ejercicio de su derecho*

de acceso a la red de distribución gestionada por otro, ejerza la actividad de distribución en determinada zona a partir de su conexión con aquélla”.

Tras ambas consideraciones, se viene a afirmar en el Dictamen que, existiendo lagunas en el régimen económico del sector, debe alcanzarse la conclusión “sistemática” de que el artículo 42 de la Ley no otorga la facultad de interconexión de redes.

En relación con ello, debe afirmarse, en primer lugar, que la interpretación sistemática de las normas no permite olvidar el rango normativo de las diferentes disposiciones que se confrontan, ni la relación de subordinación de las disposiciones reglamentarias respecto de la Ley que desarrollan, de modo que la existencia de lagunas, si las hubiera, en la normativa reglamentaria o subordinada, debe llevar a la conclusión de la necesidad de colmar dichas lagunas para lograr el cabal cumplimiento y desarrollo de los preceptos legales, y no a la conclusión inversa de interpretar como vacío de contenido un precepto legal porque no hubiera tenido suficiente o adecuado desarrollo reglamentario.

En segundo lugar, debe matizarse la mencionada *”laguna”* en el siguiente sentido: Una cosa es que las disposiciones reglamentarias citadas en las resoluciones de la CNE no prevean expresamente el supuesto de *“distribuidor conectado a distribuidor”*, y otra muy diferente que dicho supuesto no tenga cabida y no pueda ser adecuadamente retribuido en el marco de los criterios de retribución de la actividad de distribución establecidos en el artículo 16.3 de la Ley, y reproducidos en el artículo 15 del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución. Efectivamente, el artículo 16.3 de la Ley contempla, entre otros, los criterios de “Costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones”, “energía circulada”, “modelo que

caracterice las zonas de distribución”, “incentivos por calidad y reducción de pérdidas”, y “otros costes necesarios”. Dado que la Ley no preestablece la relación entre tales criterios, ni el peso relativo en la retribución de la distribución de cada uno de ellos, debe afirmarse que es perfectamente posible, en el marco de este precepto diseñar un sistema retributivo de la distribución que pondere debidamente la retribución de las instalaciones de las que pende una red de distribución, y, del mismo modo, la retribución de las instalaciones que utilizan instalaciones de distribución de otro sujeto.

Debe añadirse a ello, que tampoco el Real Decreto 2819/1998 define la retribución de cada sujeto, sino tan sólo los elementos de la “*retribución global*” de la actividad de distribución, remitiendo, en su artículo 21, la retribución de cada sujeto a una decisión anual del Ministerio.

Por ello, tanto si fuera necesario modificar la definición de alguno de los elementos de la retribución contemplados en el Real Decreto 2819/1998, como si sólo fuera preciso ajustar el reparto que se realiza por decisión Ministerial y no por Real Decreto, para que resultaran cabalmente contempladas a efectos retributivos las situaciones de conexión a otra red de distribución, se trata de una laguna perfectamente resoluble por vía reglamentaria, y de ningún modo de una contradicción que obligue a lecturas forzosas de la Ley Eléctrica. El derecho de acceso de los distribuidores es perfectamente compatible con el artículo 16.3 de la Ley.

2.- La interpretación del artículo 42 de la LSE en relación con las normas que regulan el régimen económico del sector eléctrico.

Bajo este título de carácter tan general, el Dictamen se limita a constatar la ausencia en el Real Decreto 1164/2001, por el que se establecen tarifas de acceso a redes, de una previsión normativa por la que se declaren de

aplicación general a las distribuidoras que accedan a las redes de distribución de otro sujeto, las tarifas de acceso previstas en dicha norma.

Transcribiéndose el artículo 1 del mencionado Real Decreto, cuyo apartado c) declara aplicables a los distribuidores acogidos a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley las tarifas de acceso, se afirma que en la regulación del régimen tarifario del sector eléctrico sólo se contempla un *“supuesto excepcional”* de conexión de redes entre distribuidores, concluyéndose, como en otros apartados, que no existe un derecho de interconexión aplicable con carácter general a los distribuidores.

La anterior conclusión debe rechazarse: Lo que es claramente excepcional es el sistema retributivo de las pequeñas distribuidoras acogidas a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley, que no están incluidas en el régimen económico general previsto en el Real Decreto 2017/1997, (salvo que voluntariamente se acojan a dicho régimen, tal como prevé la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 2819/1998). Esta excepcionalidad de régimen retributivo, que deriva directamente de la garantía que para este tipo de empresas ha establecido la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Eléctrica, y que excluye la aplicabilidad a estas empresas de los criterios retributivos establecidos en el citado artículo 16.3 de la Ley y artículo 15 del Real Decreto 2819/1998, es la que determina la oportunidad de establecer una tarifa de acceso o peaje para estas empresas.

Ahora bien, ello no permite concluir, como hace el Dictamen, que sea excepcional el supuesto de conexión de redes entre distribuidores. Por el contrario, en la línea de las resoluciones de este Organismo debe afirmarse: La conexión entre distribuidores está conceptualmente incorporada en la LSE, ello desde la propia definición del distribuidor contenida en el artículo 9,

g) de la Ley, y se confirma reglamentariamente mediante el precepto que declara aplicables las tarifas de acceso a determinados distribuidores. La inexistencia de fijación reglamentaria de una tarifa de acceso para empresas distribuidoras distintas a las acogidas a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley tiene, en cambio, su explicación en el propio régimen retributivo de las mismas, y en la existencia de un concepto específico “energía circulada” mediante el que puede articularse la adecuada retribución de las distribuidoras sujetas al régimen ordinario. Sobre este extremo, se volverá a incidir en este Informe en el apartado correspondiente.

3.- La interpretación del artículo 42 de la LSE en relación con el artículo 45.1.a) de la misma.

En este apartado, el Dictamen realiza una particular y no bien explicada interpretación del artículo 45,1 a) de la Ley, según la cual, es este precepto el que regula el derecho de conexión a las redes de distribución, garantizando a todos los consumidores el derecho al suministro eléctrico.

Este precepto, a criterio de la CNE tiene el siguiente significado preciso: Incluye, como primera de las obligaciones impuestas al distribuidor en relación con el suministro de energía eléctrica, la de atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros, remitiendo a regulación reglamentaria las condiciones de la acometida y el enganche de nuevos usuarios. Es un precepto relativo a la conexión o enganche del usuario o consumidor individual, como pone de manifiesto su inclusión en el Capítulo “Suministro a los usuarios” dentro del Título VIII de la Ley. Este precepto nada dice respecto a los supuestos de extensión de redes, y nada tiene que decir puesto que tales supuestos están regulados en el Título VII, “Distribución de Energía Eléctrica”, en el que asimismo se regula el derecho de acceso a las redes de distribución.

Por tanto, y como conclusión de este punto, debe afirmarse que la ausencia de mención a la conexión entre distribuidores en el artículo 45.1, a) es completamente irrelevante a los efectos del tema que aquí se discute.

4.- La interpretación del artículo 42 de la LSE en relación con el artículo 40.2 de la misma.

En este apartado del Dictamen se transcribe el artículo 40.2 de la Ley, ya comentado en un punto anterior de este Informe, para reiterar una vez más, que tampoco en este precepto se establece el derecho de los distribuidores a exigir la interconexión de sus nuevas redes con las redes ya existentes. El precepto es interpretado por el Dictamen en el siguiente triple sentido:

Se afirma que el artículo 40.2 está referido a la posición jurídica que el autorizado ostenta con motivo de la autorización, y que no alude en absoluto a derecho alguno de terceros en relación con el autorizado. Se señala a continuación que el que la autorización no se entienda concedida en régimen de monopolio hace referencia a la posibilidad de autorizaciones para la construcción de otras redes. Se apunta, en tercer lugar, que el que la autorización no conceda derechos exclusivos, hace referencia al acceso de terceros, que, insistiendo en su tesis, no otorga el derecho de interconexión. Por último, se recuerda que, conforme al artículo 41,1, párrafo tercero, de la propia Ley, las autorizaciones que eventualmente puedan ser solicitadas por otros, podrían y deberían ser denegadas en caso de que no esté garantizada la capacidad del sujeto para acometer la actividad, o haya una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema.

Parece necesario detenerse en este análisis, porque, a través de él, viene a hacerse evidente la tesis que el Dictamen sostiene, aunque en ningún

momento se haga explícita, y es que la distribuidora instalada en la zona vendría a ser la única posible titular de nuevas instalaciones, afirmándose, por un camino indirecto, la exclusividad de la distribución.

En efecto, partiendo de su afirmación inicial de que el artículo 42 no comporta el derecho de conexión de otros distribuidores, se afirma que cualquier otro distribuidor puede solicitar autorizaciones (ya que ninguna de las concedidas antes otorga monopolio ni exclusividad). Tales autorizaciones, puesto que se niega la posibilidad de conexión a la red ya existente, darían lugar, si se autorizaran, a redes paralelas, y puesto que la duplicidad de redes constituiría una incidencia negativa en el sistema, la Administración puede y debe denegarlas. El resultado de todo ello, sería que ningún distribuidor distinto al que en otros puntos del Dictamen se denomina abiertamente “distribuidor de zona”, pueda entrar a ejercer la actividad de distribución en el coto de las distribuidoras tradicionales.

Que el anterior es un resultado directamente contrario al espíritu y finalidad de la Ley, parece obvio, y así lo ha puesto de manifiesto la CNE en sus resoluciones.

Deben hacerse en este momento, sin embargo, algunas consideraciones complementarias:

La primera de ellas, es que, desde el punto de vista del análisis jurídico, las argumentaciones contenidas en el apartado del Dictamen que se comenta, constituyen una verdadera tautología: Si se niega obstinadamente que el distribuidor tenga un derecho de acceso y de conexión en virtud del artículo 42 de la Ley, evidentemente cualquier otra posible autorización en la zona, habría de dar lugar a una red paralela y no conectada, lo que evidentemente no es conforme con la economía de costes del sistema, que ha de intentar

evitar la duplicidad de redes. De este modo, el artículo 40.2, que rechaza abiertamente la exclusividad por zonas en la distribución, quedaría reducido al significado de principio retórico o sin efectividad jurídica, que es el que en definitiva se le reconoce en el Dictamen.

La CNE entiende, por el contrario, que hay una coherencia de propósito en el legislador de la Ley 54/1997, entre la amplitud con que se reconoce el derecho de acceso en el artículo 42 de la Ley, y la interdicción de la exclusividad en la distribución eléctrica, exclusividad que, como se ha dicho en otro momento en este Informe, no tiene, ni ha tenido en ningún momento histórico, soporte normativo.

5.- La interpretación del artículo 42 de la LSE en relación con el régimen jurídico del suelo y con el ordenamiento jurídico urbanístico.

Bajo este apartado, el Dictamen presenta como el “núcleo” del problema, la existencia de determinados acuerdos entre urbanizadores con sociedades diferentes al “distribuidor de la zona”, para la ejecución de infraestructuras urbanísticas, y solicitando a continuación la conexión a las redes, bajo el argumento de imprescindibilidad de dicha conexión, por efecto de la garantía de suministro.

En primer término resulta imprescindible establecer determinadas precisiones en relación a la expresión “distribuidor de zona” utilizada en el Dictamen, en tanto que sobre la misma se asientan gran parte de los argumentos del mencionado Dictamen, a saber:

El término “distribuidor de zona”, es una expresión que queda completamente al margen del contenido normativo del sector, no contemplado ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su desarrollo

reglamentario. Por lo tanto, y desde la perspectiva sectorial, es un concepto que carece de significado jurídico.

El concepto de “distribuidor de zona” no tiene cabida en la actual configuración de nuestro sistema eléctrico, en tanto que no está contemplada ni legitimada la exclusividad territorial a favor de ningún distribuidor. De tal forma que cualquier distribuidor que reúna los requisitos establecidos en la norma, es decir, aquellos sujetos que acrediten su capacidad legal, técnica y económica, y obtengan la preceptiva autorización, podrán establecerse y ejercer la actividad de distribución de energía eléctrica, en la zona que estimen pertinente.

Concluyendo con las matizaciones relativas al término “distribuidor de zona”, el mismo no debe confundirse con los verdaderos conceptos jurídicos, como son las zonas eléctricas de distribución y los gestores de las redes de distribución. Conceptos definidos en la Ley del Sector Eléctrico en los artículos 39.3 y 41,3 respectivamente. De ninguno de los conceptos mencionados resulta la exclusividad territorial a favor del titular de las instalaciones.

No existe duda alguna respecto a la obligación de los titulares del suelo de ceder las nuevas infraestructuras eléctricas a un distribuidor, tal y como viene establecido en el artículo 45 del Real Decreto 1955/2000. Sin embargo, en ningún caso, la norma establece que se cedan a lo que el Dictamen define como “distribuidor de la zona”, en primer lugar, porque como hemos expuesto es un concepto carente de significado normativo, y en segundo lugar, porque dada la inexistencia de exclusividad territorial, cualquier distribuidor puede serlo de cualquier zona donde decida establecerse.

Del mismo modo debe rechazarse que la cesión de las instalaciones ha de hacerse a favor del “distribuidor de la zona”, por ser éste quien garantiza el derecho al suministro eléctrico. La garantía de suministro, es una obligación de las empresas distribuidoras, y por consiguiente cualquier distribuidor que, reuniendo los requisitos establecidos normativamente, haya alcanzado la condición de sujeto distribuidor, tiene la obligación de garantizar el suministro eléctrico, como así se desprende de la lectura del artículo 41.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico.

6.- La interpretación del artículo 42 de la LSE en relación con el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Si bien es cierto que existen determinados paralelismos entre todos los sistemas basados en redes (telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, comunicaciones, etc...), también son bastantes los elementos distintivos de cada uno de los mencionados sistemas, presentando cada uno de ellos una idiosincrasia peculiar y unos antecedentes históricos distintos. Esto es precisamente lo que sucede con el sector de las telecomunicaciones y el eléctrico.

Por otra parte, entendemos que si se analiza o se profundiza en el estudio de un precepto, como el Dictamen pretende con el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones, debe hacerse de manera completa, no ciñéndose exclusivamente al estudio de aquellos aspectos que se ajustan a lo que se trata de argumentar e ignorando aquellos otros que contradicen la argumentación esgrimida.

A los efectos de comprender un tanto mejor el contenido y objetivo del artículo 22 de la LGT, vamos a mencionar un par de antecedentes históricos del sector de las telecomunicaciones:

- En 1924, el Estado formaliza con la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE, actual Telefónica) un contrato, en virtud del cual, se otorgó la concesión de la explotación de los servicios de telecomunicaciones a la citada compañía. (Decreto Ley de 25 de agosto de 1924).
- Posteriormente, entre 1945 y 1946, el Estado nacionalizó parcialmente la CTNE. En estos años y como culminación a un proceso se celebró un nuevo contrato entre el Estado y CTNE, que se aprobó en 1946, de efectos similares al anterior (Decreto de 31 de octubre).
- Este contrato otorgó a Telefónica el monopolio (legal) de instalación y prestación del sistema telefónico urbano, interurbano e internacional, a la vez que se establecieron garantías de no-modificación del mismo por el Estado de forma unilateral, capacidad normativa y reglamentaria por parte de Telefónica, exenciones fiscales, etc.
- En 1987 se promulga la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que establece el primer marco jurídico básico que incluye las líneas maestras del desarrollo del sector y sienta las bases para el futuro de las telecomunicaciones en España, como un marco abierto progresivamente a la concurrencia y a la incorporación de nuevos servicios.
- En 1996, se promulgó el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones.
- Finalmente, Ley 11/1998, de 24 de abril, General del Telecomunicaciones, supone la culminación de todo el proceso de liberalización del sector.

De los breves antecedentes expuestos, debemos extraer las siguientes conclusiones, a saber:

- a) Se produce una situación de **monopolio legal**, completamente diferente a la del sector eléctrico.

- b) Existencia de un **único operador** (CTNE), en virtud del monopolio, en el sector, mientras que en el eléctrico, encontramos la presencia de multitud de sujetos distribuidores.
- c) Existencia de **una única titularidad de la red** (infraestructura física), a diferencia de la multitud de titularidades en el sector eléctrico.
- d) **Exclusividad territorial** (estatal) a favor de una compañía, establecida con base en los contratos mencionados.

Sobre la base de lo expuesto y centrándonos en el estudio del citado artículo 22 de la LGT, es evidente que el motivo por el cual el Legislador impone de forma directa la obligación de interconectar las redes, se debe principalmente al hecho de que desde 1924 hasta 1987 (Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones), en el sector de la telecomunicaciones de este país, no existen más redes físicas que las del operador dominante, y una vez que se pone fin al monopolio legal y se comienza a liberalizar el sector, se pretende y fomenta la implantación de nuevas redes de telecomunicaciones y que éstas a su vez se conecten con las del operador preexistente.

Sin embargo, tratamos una situación bien diferente en el sector eléctrico, donde no existe a la fecha de la liberalización, una única titularidad de red sino una pluralidad de titularidades de instalaciones de distribución y transporte, cuyas redes estaban conectadas físicamente entre sí, constituyendo, de hecho, una red única a la que se hace referencia en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997. De tal forma, que el Legislador en la norma, establece un derecho de acceso a las redes de distribución (artículo 42 de la LSE), de forma nítida, sin necesidad de describir la conexión física que se venía produciendo entre las distribuidoras tiempo atrás.

V. INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 42 DE ACUERDO CON SU ESPÍRITU Y FINALIDAD

En este epígrafe el Dictamen comienza afirmando que el espíritu y finalidad de la norma **no** es el de incluir en el acceso a las redes de distribución ningún derecho de conectar nuevas redes, conclusión que afirma haberse alcanzado tras el análisis de los puntos precedentes. Se plantea, en consecuencia la cuestión de interpretar el precepto en sentido positivo, y determinar en qué consiste la *“utilización de las redes”*. La tesis sostenida por el Dictamen en relación con ello viene a sintetizarse en los siguientes puntos:

1. Se afirma primero que la idea que se deduce del precepto es conectar acceso con facultad de utilización, y facultad de utilización con tránsito de electricidad.
2. Se añade a continuación que, atribuyéndose dicha facultad de utilización a los sujetos y a los consumidores cualificados, es preciso determinar quiénes son cualificados y a qué efectos, añadiéndose que los distribuidores son sujetos cualificados a los efectos de compras de energía ya que la figura del distribuidor configurada en nuestra legislación es la del comercializador-distribuidor.
3. Se comienza inmediatamente a matizar que el distribuidor es sujeto cualificado para *“utilizar su propia red para vender”*, (afirmando que sólo excepcionalmente admite la Ley la utilización por un distribuidor de las redes de un tercero), en tanto que el comercializador puro lleva a cabo su función mediante el tránsito de energía por redes ajenas.
4. Se añade que si un distribuidor quiere ejercer una función de comercialización *“más allá de los límites establecidos legalmente”*, debe separar actividades y constituir una sociedad diferenciada.
5. Finalmente, se añade que *“lo que no se ajusta al sistema legal es que, para convertirse en comercializador fuera del ámbito en que se encuentra instalada su red de distribución,adquiera unas instalaciones de distribución en un ámbito*

distinto en el que no es distribuidor.....y a continuación pretenda convertirse en un distribuidor real en virtud de un pretendido e inexistente derecho a una interconexión con la red de distribución propiedad del distribuidor real”.

Nada habría que objetar por parte de esta Comisión a la primera de las afirmaciones, bien entendido que “tránsito” es “circulación de energía”, y no un concepto restringido y aplicable sólo al cauce de venta a precio libre y sólo para “comercializadores puros”, como más adelante se afirma en este punto del Dictamen.

Se comparte, la segunda de las afirmaciones, en cuanto que, efectivamente el distribuidor tiene la condición de “sujeto cualificado” a efectos de adquisiciones de energía. Habría de añadirse, no obstante, que el reconocimiento del derecho de acceso a favor de los distribuidores, defendido por la CNE, no se basa en dicha condición de “cualificado”, ya que, conforme al artículo 42 de la Ley el derecho de acceso no se confiere sólo a los consumidores cualificados, sino a otros sujetos. El distribuidor es titular de este derecho en su condición de distribuidor, y no porque a efectos de sus compras tenga la condición de cualificado.

En cuanto al tercer grupo de postulados, debe decirse que, si bien el comercializador, que el Dictamen denomina en este caso “comercializador puro” aparece descrito en términos coincidentes con la configuración legal de esta figura, la descripción que se realiza del distribuidor, es extralegal, e introduce límites a la función “distribución” que el artículo 9, g) de la Ley en absoluto contempla, como la supuesta exigencia de que realice sus ventas a tarifa a través de su propia red. La lectura de este precepto pone de manifiesto que la titularidad de las redes o las instalaciones ni tan siquiera está mencionada, y que las funciones de construir, mantener y operar las

instalaciones y de vender energía eléctrica a tarifa no aparecen relacionadas en el sentido que se sugiere en el Dictamen.

No hay objeciones tampoco a las afirmaciones del postulado cuarto en cuanto a la exigencia de separación de actividades.

Es en el apartado quinto, sin embargo, donde resulta preciso detenerse ya que en el mismo se ponen de manifiesto abiertamente las conclusiones a las que en definitiva se pretende llegar: La negación del derecho de ningún distribuidor preexistente a adquirir instalación *alguna* fuera del ámbito geográfico en que ya operase, y la negación igualmente del derecho de instalación de ningún distribuidor nuevo. Ello conduciría, por una parte, a la afirmación por la vía de los hechos, de exclusividades territoriales, que, como se ha repetido a lo largo de este Informe, ni tienen soporte histórico, ni soporte legal alguno. Por otra parte, se afirmarí una situación de “*Numerus clausus*” en la actividad de distribución. Y todo ello, con ocasión de la entrada y aplicación de una Ley cuyo propósito y finalidad es cabalmente el contrario.

VI. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

Se afirma en el Dictamen que los argumentos allí expuestos conducen a descartar la interpretación de que el derecho de utilizar las redes de distribución comprende la facultad de exigir la conexión de nuevas redes de distribución con otras redes ya existentes “*por ser contraria a la Constitución*”.

Se parte en la citada exposición, de que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, señalando a continuación que la función social de

estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las Leyes, lo que supone que pueden establecerse deberes y limitaciones al titular de este derecho.

Igualmente se afirma en el citado Dictamen, que la imposición de obligaciones y deberes debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho de propiedad y que debe respetarse también el principio de proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre qué es lo que debe entenderse por “**contenido esencial**” de un derecho, llegaremos a la conclusión de que el reconocimiento del derecho de acceso a favor de los distribuidores, no supone la privación del contenido esencial del derecho de los distribuidores ya establecidos.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que *“la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene enmarcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».* Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como **«aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el**

contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10)."

De conformidad con la citada doctrina, el artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico reconoce el derecho de acceso a los distribuidores, pero no hace impracticable el derecho por parte de los distribuidores ya establecidos. Esto es, no se han establecido limitaciones al derecho de propiedad de los distribuidores que infrinjan el contenido esencial del mismo, ya que el distribuidor puede continuar ejerciendo su actividad de distribución, con la única limitación de permitir también el acceso de terceros a su red.

Por otra parte, se afirma en el Dictamen que el reconocimiento del derecho de los distribuidores de exigir la conexión de sus nuevas redes con las de otro distribuidor preexistente, no sólo no es necesaria para contribuir a la consecución de ningún fin de interés general, sino que, además, se derivarían perjuicios para el interés general. Veamos por separado ambos argumentos:

"A) La admisión de la "distribución en cascada" no es necesaria para conseguir ningún fin de interés general"

Se afirma en el Dictamen, que la conexión entre redes de distribución no es necesaria para la consecución de ningún fin de interés general.

A continuación se efectúa en el Dictamen una suerte de selección de "fines de interés de carácter general", contemplando dos aspectos: la garantía de suministro y la competencia en el sector.

Respecto del primero de ellos, se afirma que el suministro a consumidores quedaría garantizado por la mera existencia de un distribuidor ya instalado en la zona, en virtud de la obligación contenida en el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico impuesta a los distribuidores, de atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen, y porque el artículo 41, a su vez, obliga a proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico.

Efectivamente, si el mercado de distribución español estuviera “parcelado”, en virtud de títulos que otorgaran legítimamente a un solo distribuidor el derecho exclusivo para ejercer esta actividad en una zona, la garantía de suministro quedaría garantizada precisamente por ese distribuidor.

Pero, al no reconocer la Ley un derecho exclusivo a favor de ningún distribuidor, parece necesario compatibilizar la exigencia de garantía de suministro con la exigencia de competencia en el mercado, siendo la equilibrada protección de ambos principios lo que constituye el interés general.

En este sentido, continúa señalándose en el Dictamen que, dado que la “*distribución en cascada*” no contribuye a hacer posible la competencia ni en el mercado mayorista de generación, ni en el minorista de comercialización, ni determina competencia en redes, el reconocimiento del derecho de acceso a favor de los distribuidores, no resulta necesario para la consecución de ningún fin de interés general.

Este planteamiento olvida, que la primera condición de competencia, es precisamente la posibilidad de que concurren otros sujetos, porque parte de la afirmación implícita de que la distribuidora que está previamente instalada

en una zona es la única llamada a atender nuevas demandas de suministro y la única susceptible de acometer la ampliación de instalaciones para atender a las nuevas demandas.

Por el contrario, la CNE entiende, que **no siendo ninguna distribuidora titular de derechos exclusivos y estando todas ellas obligadas a atender nuevas demandas y a ampliar las instalaciones existentes**, en su caso, el fin de interés general radica precisamente en la economía de instalaciones y en evitar la duplicidad de redes, que necesariamente habría de producirse si para un grupo de nuevos suministros hubiera de establecerse una línea hasta la red de transporte, paralela a la ya existente y de titularidad de otro distribuidor, teniendo todas las distribuidoras obligaciones similares en cuanto a suministro de conformidad con el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico.

Como argumento complementario se afirma en el Dictamen que la Administración no ostenta la potestad de exigir la conexión en ausencia de voluntad de los distribuidores, lo que a su criterio demuestra que no existe ningún fin de interés general que justifique el derecho de acceso, trayendo nuevamente a colación la legislación de telecomunicaciones.

Como ya se puso de manifiesto anteriormente, la legislación de telecomunicaciones parte de una situación distinta a la del sector eléctrico. En efecto, en el sector de las telecomunicaciones existía un monopolio legal, un único operador, un único titular de la red y, además, exclusividad territorial, por lo que la Ley General de Telecomunicaciones, tuvo que zanjar esta situación de forma tajante, estableciendo que la CMT, a falta de acuerdo, podrá exigir que se haga efectiva la interconexión, ya que la situación del único operador era evidentemente una posición de dominio, lo que podía dificultar la liberalización. En el sector eléctrico no existía un único

operador, no existía exclusividad territorial, ni monopolio legal, ni un único titular de la red, por lo que la situación de partida era completamente diferente.

No obstante, y a pesar de lo señalado, el artículo 41.1.c), establece que “Cuando haya varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de ampliación para atender los nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometerlas, la Administración competente determinará cual de estos distribuidores deberá realizarlas, atendiendo a sus condiciones.”

Previsión que implica la posibilidad de que la Administración imponga la conexión a la red ya existente.

Por tanto, el reconocimiento del derecho de acceso a favor de los distribuidores (derecho que incluye la conexión a la red ya existente) compatibiliza de forma equilibrada y plenamente ajustada, los fines de interés general en juego; garantía de suministro y competencia, permitiendo la prestación del suministro de energía eléctrica y la garantía del mismo con respeto al principio de libre concurrencia entre distribuidores y con respeto al principio de economía de instalaciones y prestación del servicio al menor coste posible, evitando la duplicidad de redes.

“B) La admisión de la “distribución en cascada” no sólo no resulta necesaria para la consecución de un fin de interés general, sino que de su admisión se derivarían perjuicios para el interés general.”

El “perjuicio para el interés general” enunciado en este subtítulo, se concreta en el Dictamen en dos bloques de cuestiones: la primera de ellas, ineficiencias económicas e ineficiencias técnicas (en referencia a la idea global del sistema) y la segunda, al desequilibrio del régimen económico que regula la actividad de distribución (retribución de cada empresa distribuidora

en relación con las demás), desarrollándose en el texto del Dictamen ambas cuestiones por separado.

Respecto de las **ineficiencias económicas** se parte en el Dictamen de la afirmación efectuada por la CNE de que la proliferación de distribuciones conectadas a las redes de otros distribuidores puede dar lugar, en un futuro, a ineficiencias económicas y/o técnicas en el sistema, para, a continuación, recoger parcialmente el criterio del Voto Particular emitido en su día, en el seno del Consejo de Administración de la CNE, acerca de la eficiencia económica de los negocios de redes.

Debe afirmarse aquí, que la llamada “distribución en cascada” no rompe con la idea de red única asociada a la noción de monopolio natural y, por tanto, garantiza la eficiencia económica. Por el contrario, sería ineficiente económicamente la duplicidad de redes, que rompería con el criterio de red única.

Por ello, se afirma en la Exposición de Motivos que la propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo y que la **existencia de una red única, raíz básica de llamado monopolio natural y la eficiencia económica que de ella deriva**, es puesta a disposición de todos los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. Es decir, puesto que ya existe una red única y mallada, eficiente económicamente, se pone a disposición de todos los sujetos, sin establecer una duplicidad de redes, que sería ineficiente.

En cuanto a las **ineficiencias técnicas**, se afirma en el Dictamen que la “*distribución en cascada*” puede suponer una merma de la fiabilidad del suministro ante la existencia de dos sistemas de distribución en el mismo territorio.

No puede negarse que la pluralidad de sujetos puede dificultar la gestión. Ahora bien, el legislador ha previsto estas dificultades, inherentes a todo proceso de liberalización y ha diseñado la figura del “gestor de la red de distribución”, por zonas, a quien corresponde (artículo 41.3) determinar los criterios de explotación de la misma y garantizar la seguridad y fiabilidad del suministro.

Además, ha de señalarse que la expresión utilizada en la citada Resolución de la CNE, “*proliferación de distribuciones conectadas a las futuras redes de otros distribuidores*”, se refiere precisamente al riesgo que supondría un desarrollo desordenado de la red.

Respecto a la segunda de las cuestiones, “**desequilibrio económico del régimen económico que regula la actividad de distribución**”, el Dictamen comienza transcribiendo un extracto del Voto Particular a que se ha hecho referencia antes que comienza señalando: “Bajo esta óptica, si la regulación de la distribución no está bien ajustada —como desgraciadamente es el caso— este crecimiento hacia otras zonas podría significar un crecimiento de la retribución más que proporcional ...”

Importa poner de manifiesto que el Voto Particular de referencia advertía de los riesgos de desequilibrio en la retribución de los distribuidores, partiendo de un condicionante expreso y para el supuesto contemplado en dicha condición, es decir, “**una regulación de la retribución no bien ajustada.**”

Por tanto, la posibilidad de eventuales desequilibrios descritos en el mencionado Voto no es consecuencia de la llamada “*distribución en cascada*”, sino de una determinada regulación reglamentaria que no habría ponderado debidamente los distintos elementos integrantes de la retribución

de la distribución o los criterios de reparto de la retribución global entre los distintos sujetos distribuidores.

Debe mencionarse aquí que la importante tarea de desarrollo reglamentario de la Ley 54/1997 que, junto con los órganos competentes del Ministerio, ha debido abordar la CNE, no es en absoluto sencilla. En particular, la necesidad de disponer de forma inmediata de normas reglamentarias para hacer frente a la liquidación de las actividades reguladas no ha permitido anticipar la configuración de un modelo de retribución de la distribución “ajustado” al modelo de ejercicio de la actividad que la Ley diseña. La CNE trabaja en este momento en el diseño de un sistema de retribución de la distribución.

Debe reiterarse que el supuesto “de un distribuidor conectado a otro distribuidor”, tiene cabida y puede ser adecuadamente retribuido en el marco de los criterios de retribución establecidos en el artículo 16 de la Ley del Sector Eléctrico, desarrollado por los artículos 15 y 16 del Real Decreto 2819/1998.

Debe, pues concluirse que todos los riesgos y las hipótesis de “enriquecimiento injusto” y de “aprovechamiento de inversiones de otro”, o de “incrementos de la retribución más que proporcional”, que se enuncian en el Dictamen, riesgos que no sólo no se han concretado, sino que en el propio Dictamen se relacionan con el supuesto de “proliferación” de conexiones “en cascada”, no sirven de base en este momento para justificar el juicio negativo de proporcionalidad que efectúa el Dictamen.

VII.- LA INTERPRETACIÓN DEL R.D. 1955/2000, DE 1 DE DICIEMBRE, DE ACUERDO CON LA LSE: EL REGLAMENTO COMO COMPLEMENTO INDISPENSABLE DE LA LEY

Comenzaremos afirmando que estamos de acuerdo con la tesis contenida en el correspondiente apartado del Dictamen, sustentada con la Jurisprudencia constitucional que se cita, respecto de la necesidad de predeterminación normativa básica en disposición con rango legal, con desarrollo reglamentario subordinado y complementario.

Al hilo de lo indicado, es necesario subrayar la claridad y contundencia con que el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, (en adelante, “el Real Decreto”), regula el derecho de acceso y conexión de los distribuidores a las redes de distribución, como, a continuación, trataremos de justificar.

En anteriores epígrafes del presente Informe, ha quedado suficientemente acreditada la cobertura legal para el ejercicio del mentado derecho. En efecto, partiendo de la garantía general para el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, contenida en el art. 11.2 LSE, pasando por la no exclusividad de las autorizaciones de instalaciones de distribución, de acuerdo al art. 40.2 del citado cuerpo legal, hasta la regulación explícita del derecho de acceso a las redes de distribución del art. 42 LSE, el cual reconoce la posibilidad de utilización de las instalaciones de distribución por los sujetos y consumidores cualificados, entre otros, habiendo de entenderse por “sujetos” los enumerados en el art. 9 de la Ley, entre los que, evidentemente, se encuentran los distribuidores, en el apartado 1.g).

El artículo 9.1.g) LSE citado, así como, el art. 36 del Real Decreto, contienen, explícitamente, la definición de distribuidor, de la que merece destacarse la posibilidad de que un distribuidor venda energía eléctrica a tarifa a otro distribuidor, para lo que, evidentemente, deberán tener sus redes interconectadas.

Dicha previsión normativa para la interconexión entre redes de distribución se manifiesta, asimismo, en el art. 1.1.c) del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, en referencia al acceso a las redes de otros distribuidores por parte de los distribuidores a los que les sea aplicable la disposición transitoria undécima de la LSE.

Por si cabía alguna duda respecto de los repetidos derechos de acceso y conexión por parte de los distribuidores, el Real Decreto hace explícita esta posibilidad en el Capítulo II, del Título IV, que lleva la significativa denominación de “*Acceso y conexión a la red de distribución*”. En efecto, ya el art. 60 comienza enumerando los sujetos con derecho de acceso a la citada red, entre los que se encuentran los distribuidores. No estamos, pues, ante una referencia genérica a “sujetos”, como incluye el art. 42 LSE, según hemos visto, sino ante una enumeración exhaustiva de quiénes pueden ejercer el antedicho derecho, al igual que la llevada a cabo por el art. 52 Real Decreto respecto del acceso a las redes de transporte; en consecuencia, las dudas interpretativas que pudieran plantearse respecto de los beneficiarios de los citados derechos en la regulación contenida en la LSE, quedan reglamentariamente despejadas, sin posibilidad de duda.

El art. 60.4 del Real Decreto continúa con la delimitación del derecho de acceso a la red de distribución, afirmando que el mismo tendrá carácter regulado. Entre los diferentes sistemas de acceso que se contienen en la Directiva 96/92/CE, opta pues, el legislador español por el regulado, al considerar que es el que mejor garantiza la libertad de acceso y evita el falseamiento de la competencia y el posible abuso de posiciones de dominio, en un mercado tradicionalmente oligopolístico. Como veremos, el carácter regulado lleva implícito un componente reglado, pues el ejercicio de los derechos de acceso y conexión habrá de ser facilitado a todos los sujetos

titulares de los mismos que sigan el procedimiento establecido para ello, no pudiendo ser restringido, salvo cuando se acredite una falta de capacidad necesaria, justificada en motivos de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, según manifiesta el número 2 del art. 60 Real Decreto. En consecuencia, no puede compartirse la tesis defendida en el Dictamen alegando motivos de incompatibilidad con el interés general del sistema eléctrico para negar la posibilidad de ejercicio de los indicados derechos, debiéndonos reafirmar, una vez más, en que el citado ejercicio debe ser garantizado a todos los sujetos legitimados que cumplimenten el procedimiento establecido para ello, y cuya petición cumpla los requisitos exigidos en el mismo.

El procedimiento de acceso a la red de distribución se incluye, de forma pormenorizada, en el art. 62 del citado Real Decreto. Es significativo que el primer apartado del citado precepto se refiera a la “*conexión directa*” de una nueva instalación a la red de distribución, supuesto en el que se incluye el caso que nos ocupa. La mentada referencia confirma la tesis expuesta, anteriormente, en el presente Informe, en el sentido de que el ejercicio del derecho de acceso por parte de un distribuidor a la red de otro, no puede materializarse si las dos instalaciones no están conectadas, por lo que puede afirmarse que, una vez completado, satisfactoriamente, por parte del distribuidor, el procedimiento de acceso establecido, la necesaria conexión de las instalaciones debe posibilitarse, una vez cumplidos los requisitos del art. 66, cuyo último número, por cierto, permite llevar a cabo, simultáneamente, los procesos de solicitud de acceso y solicitud de conexión, confirmando, una vez más su íntima relación, y carácter, necesariamente, complementario, para el efectivo ejercicio del derecho de acceso en el supuesto de conexión de una nueva instalación.

El art. 65 corrobora, implícitamente, la tesis expuesta al afirmar, de forma textual, que la concesión del acceso supone el derecho de utilización de la red por parte de los usuarios. En el caso que nos ocupa, el usuario distribuidor que solicita el acceso a la red de otro, no podrá, obviamente, utilizar la misma para hacer pasar la energía eléctrica hasta su propia red, a no ser que ambas instalaciones se encuentren conectadas entre sí. En consecuencia, como ya se ha defendido en anteriores apartados del presente documento, en contra de lo afirmado en el Dictamen, la concesión del acceso a una instalación genera la obligación para su titular de permitir la conexión a la misma, siempre que sean cumplimentados, satisfactoriamente, los condicionantes del art. 66 Real Decreto.

La última parte del Dictamen se refiere al contrato de acceso a las redes y al contrato de suministro, en ocasiones, con un tratamiento indistinto, cuando su diferente naturaleza y características hacen imprescindible su diferenciación.

Ambos contratos se enmarcan en el Título VI del Real Decreto 1955/2000 bajo la rúbrica “Suministro”, de donde se desprende que el objeto de dicho título no es otro que el de regular las relaciones jurídicas entre el consumidor final y el distribuidor.

El contrato de acceso a que se refiere el mencionado Título es el que precisaría celebrar el consumidor cualificado o, en su caso, el comercializador en representación de aquél.

No obstante, y como venimos señalando el consumidor a tarifa no requiere en ningún caso celebrar un contrato de acceso, pues únicamente precisa de un contrato de suministro con un distribuidor, siendo éste el que tiene el derecho de acceso.

Deben, finalmente, hacerse algunas reflexiones acerca de la remuneración del servicio de acceso:

La distribución es una actividad regulada. La retribución de los distribuidores resulta del desarrollo reglamentario de los criterios del artículo 16.3 de la Ley 54/1997. Sus ingresos son repartidos por el mecanismo previsto en el Real Decreto 2017/1997, y en virtud del principio establecido en el artículo 19 de la Ley Eléctrica.

El peaje o tarifa de acceso, es un ingreso regulado que han de percibir los sujetos que realizan actividades reguladas, y que procede de la parte liberalizada del mercado.

Por el contrario, en el supuesto de acceso de “distribuidor a redes de distribuidor”, dado que los ingresos del distribuidor se liquidan íntegramente en el procedimiento de liquidaciones previsto en el Real Decreto 2017/1997, no existe un ingreso procedente de la parte liberalizada del mercado que haya de ser incluido entre los “ingresos regulados” y posteriormente repartido entre las empresas distribuidoras.

No es preciso el establecimiento de un peaje para el supuesto de acceso de un distribuidor a las redes de otro distribuidor, porque el mecanismo de retribución de las actividades reguladas lo hace innecesario. Del mismo modo que la conexión de una empresa distribuidora a la red de transporte, no hace necesaria la individualización de una remuneración por dicho servicio o prestación. Tanto el transporte como la distribución, actividades reguladas ambas, obtienen la “remuneración” de sus servicios con cargo a la tarifa. La adecuada “remuneración” de cada sujeto, es como se ha dicho,

anteriormente, una cuestión a resolver en la definición reglamentaria de la retribución de las actividades reguladas.

Debe explicarse, pues, por qué razón pagan peajes por el acceso las pequeñas distribuidoras acogidas a la Disposición Transitoria Undécima. Precisamente porque al estar excluidas del sistema de retribución general de las empresas distribuidoras, definido en el artículo 19 de la Ley, sus ingresos por venta a tarifa a los clientes finales, no son “repartidos” en el mecanismo liquidatorio previsto en el Real Decreto 2017/1997.

Este grupo de empresas disfruta transitoriamente de un sistema de compras a tarifa especial, que está limitado a lo que era su mercado a la entrada en vigor de la Ley y al crecimiento “vegetativo” o natural del mismo, en tanto que sus ventas a tarifa a sus clientes finales, son ingresos individuales de las mismas, y no ingresos “a repartir”.

Ahora bien, en la medida en que su mercado crezca más allá del límite de protección que la Disposición Transitoria Undécima les ofrece, han de hacer sus compras en el mercado organizado. No obstante, mientras no estén incluidas en el mecanismo retributivo general de las empresas distribuidoras (lo que pueden solicitar voluntariamente en los términos previstos en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 2819/1998) se hace necesario que, ya que disfrutan de la posibilidad de acceder a instalaciones de otros distribuidores cuyo mecanismo de retribución sí es el general, “retribuyan” ese servicio. Esta es la razón de que el Real Decreto 1164/2001 incluya a estas empresas entre los sujetos a los que son de aplicación las tarifas de acceso a peajes, y de que lo haga sólo para aquélla parte de su mercado que no está incluido en el ámbito de la protección transitoria que la Disposición Transitoria Undécima de la Ley les ha otorgado.

En términos más sencillos: La tarifa de acceso o peaje es la remuneración que el mercado libre paga por el uso de la red de distribución, como ingreso regulado (y por tanto, ingreso a repartir y que no constituye retribución directa de los titulares de las instalaciones). Esa remuneración es exigible también a estas distribuidoras, en tanto que, por estar fuera del mecanismo retributivo y general de las distribuidoras, no tienen porqué disfrutar “gratuitamente” del uso de la red.

II. ANÁLISIS DEL DICTAMEN SOBRE SI HIDROCÁNTABRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. TIENE DERECHO A CONECTARSE A LA RED DE TRANSPORTE DE IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.

Debe comenzarse señalando que el Dictamen relativo a la posibilidad de “conexión a la red de transporte”, es un Dictamen paralelo, tanto en estructura como en argumentación, al presentado en relación con “Conexión a la red de distribución”, contemplándose únicamente, como parte diferenciada de aquél Dictamen, el epígrafe VII, en el que se recogen comentarios sobre “La planificación vinculante en materia de transporte de electricidad y su incidencia sobre la cuestión objeto de consulta”. Asimismo, se contiene en el Dictamen sobre transporte una Conclusión Décima, en la que se admite que, dado el carácter vinculante de la Planificación eléctrica en materia de instalaciones de transporte, la aprobación de aquélla podrá establecer el deber de la empresa titular de una red de transporte de permitir la conexión de una red de distribución en ejecución del Plan.

Sorprende en primer lugar que se planteen dudas respecto a la posibilidad de acceso a la red de transporte a la vista de lo establecido en el artículo 37.1, b) (precepto que no aparece mencionado en el Dictamen).

Según el citado precepto, entre las obligaciones impuestas a los titulares de instalaciones de transporte, se encuentra la siguiente: “*b) Facilitar el uso de sus instalaciones para los movimientos de energía resultantes de lo dispuesto en la presente Ley, y admitir la utilización de sus redes de transporte por todos los sujetos autorizados, en condiciones no discriminatorias, de acuerdo con las normas técnicas de transporte.*”

Por otro lado, en el epígrafe VII del Dictamen se trata de argumentar que sólo en aquellos casos en que la planificación del transporte permita la conexión de redes de distribución, será posible la misma.

No obstante, debe señalarse que la planificación vinculante del transporte se circunscribe precisamente a la ordenación de dicha actividad, pero no a la distribución, aunque en algunos casos pueda incidir en ésta.

Consecuentemente, el hecho de la planificación del transporte pueda incidir en algunos casos en la actividad de distribución no tiene relevancia para el reconocimiento del derecho de acceso.

Por ello, y como **CONCLUSIÓN**, tanto respecto a las instalaciones de transporte como respecto a las instalaciones de distribución, la Ley 54/1997 en sus respectivos artículos 38 y 42 reconoce un derecho de acceso a favor de todos los sujetos eléctricos, incluidos los distribuidores, derecho cuyas facultades y los términos de su ejercicio se regulan en el Real Decreto 1955/2000.