



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE
CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE
TRANSPORTE C.A.T.R. 6/2001 INSTADO POR
HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA,
S.A., FRENTE A IBERDROLA DISTRIBUCIÓN
ELÉCTRICA, S.A.U.**

31 de Julio de 2003

RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE C.A.T.R. 6/2001 INSTADO POR HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., FRENTE A IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 5 de noviembre de 2001 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) escrito de **HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.** (en adelante HIDROCANTÁBRICO), de fecha 2 de noviembre de 2001, 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 HIDROCANTÁBRICO de acceso a la red de transporte de **IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.** (en adelante IBERDROLA), en la subestación de 220 kV denominada "La Plana" en el término municipal de Almazora (Castellón), para una potencia de 100 MW, para la distribución de energía eléctrica a distintos polígonos y consumidores industriales en los alrededores de Villareal de los Infantes (Castellón), y de la subsiguiente denegación de IBERDROLA a atender dicha solicitud.

Conforme a lo expresado en el mencionado escrito de HIDROCANTÁBRICO, la solicitud de acceso a la red de transporte, en la línea a 400 kV "La Plana-La Eliana", se formuló mediante escrito de 19 de enero de 2001 dirigido a **RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.** (en adelante REE), en su calidad de Gestor de la Red de Transporte, al amparo de lo establecido en el artículo 53 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

A resultas de dicha solicitud, REE, mediante escrito de 27 de julio de 2001 dirigido a HIDROCANTÁBRICO, comunica *"que el punto de acceso resultante se localiza en la subestación de La Plana en el nivel de 220 kV"*, indicando que *"la viabilidad del suministro en dicho nudo se encuentra vinculada al refuerzo de la transformación 400/AT programado para el año 2002"*.

Seguidamente, HIDROCANTÁBRICO, mediante escrito de 24 de agosto de 2001, solicita a IBERDROLA conexión a la mencionada subestación de 220 kV "La Plana", al amparo de lo establecido en el artículo 57 del citado Real Decreto 1955/2000.

Dicha solicitud es denegada por IBERDROLA mediante escrito de 25 de septiembre de 2001, alegando que *"su petición hace referencia a una conexión a la red que originará una red en cascada"*, que *"la vigente reglamentación no prevé contrato alguno de conexión, fuera del régimen de acometidas previsto para los consumidores finales"*, cuestiones éstas que, según indica IBERDROLA, se están debatiendo tanto ante la Administración competente como en vía contencioso administrativa.

- II. Con fecha 8 de noviembre de 2001, el Consejo de Administración de la CNE, acordó designar órgano instructor del expediente a la Subdirección de Transporte, Distribución y Calidad del Servicio de la Dirección de Energía Eléctrica, lo que fue notificado mediante escritos de fecha de 16 de noviembre de 2001, tanto a HIDROCANTÁBRICO que insta la actuación de la Comisión y promueve con ello el presente expediente, como a IBERDROLA y a REE.

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, y con referencia expresa, en cuanto al efecto del silencio administrativo, al efecto positivo del mismo, así como que el plazo

máximo para resolver es de dos meses desde la fecha de presentación del escrito de HIDROCANTÁBRICO, todo ello de conformidad con el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE.

- III. Finalizada la instrucción, y con fecha 30 de noviembre de 2001, 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, de 26 de noviembre.

Con fecha 5 de diciembre de 2001 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de alegaciones de HIDROCANTÁBRICO por el que se ratifica en los argumentos expuestos en el escrito inicial de esta sociedad por el que se insta el conflicto.

Con fecha 17 de diciembre de 2001, presenta IBERDROLA escrito de alegaciones. En su alegación Segunda indica IBERDROLA la incompetencia de este Organismo, al entender la citada sociedad que se trata de redes o instalaciones eléctricas "*intra-autonómicas*", y que, según el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2001, la CNE tiene la función de resolución de discrepancias sólo en los casos en que alguna de las instalaciones eléctricas afectadas sea de competencia estatal, concluyendo la citada sociedad que, en el presente caso, la competencia reside en la Comunidad Autónoma de Valencia. Prosigue IBERDROLA en su alegación Tercera manifestando el, a su criterio, incorrecto cómputo de plazos que realiza la CNE y la indefensión que provoca a la referida sociedad la aplicación del silencio administrativo positivo en expedientes en los que la Administración ha de resolver un conflicto entre dos administrados. Continúa IBERDROLA en su alegación Cuarta indicando la inexistencia de conflicto de A.T.R., al entender que se trata de establecer una conexión a la red existente para la creación de

una distribución en cascada, con la finalidad de desarrollar una actividad sin regulación y productora de perjuicios al titular de la red y al sistema, y no a la utilización de dicha red existente para el tránsito de electricidad. En ningún caso, entiende IBERDROLA, la distribución en cascada significa que exista competencia en la actividad de distribución. Por todo ello, indica IBERDROLA, la CNE debería advertir a las administraciones afectadas que determinadas incorrecciones normativas, como permitir de forma genérica el derecho de acceso a las redes a los distribuidores, tienen *“una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”*, lo que justificaría la denegación de las correspondientes autorizaciones. En su alegación Quinta, IBERDROLA indica que lo único que cabría, en el presente caso, es la suscripción de un extra-reglamentario *“contrato de conexión”* entre distribuidores, cuya falta de regulación produce perturbaciones operativas y económicas, siendo necesario por ello, según manifiesta, regular la distribución en cascada previamente a conceder el acceso. En la alegación Sexta, IBERDROLA, manifiesta que se produce un desequilibrio de la Prestación Obligatoria del Suministro, así como una contradicción con la minimización de costes de toda actividad regulada, ya que con las distribuciones en cascada se está produciendo una transferencia de fondos de un negocio regulado, el de distribución eléctrica, a un negocio típico, y lícitamente, especulativo como es el negocio inmobiliario. En su alegación Séptima, IBERDROLA destaca que no ha quedado suficientemente probado que HIDROCANTÁBRICO tenga contratada la distribución de 100 MW a distintos polígonos, que no le consta que HIDROCANTÁBRICO haya obtenido la pertinente autorización administrativa para la construcción de la nueva subestación, que se produciría una innecesaria redundancia de instalaciones de transporte, con un sobre coste según sus cálculos de 6.064.212 euros para el Sistema, dado que desde la subestación existente, de su propiedad, *“se puede y se debe prestar el servicio de suministro eléctrico que se solicite”*, que la redundancia de instalaciones supone una perturbación medioambiental, que la subestación que pretende construir

HIDROCANTÁBRICO no se encuentra recogida en los planes de desarrollo de la red de transporte, al contrario de lo que sucede con la subestación “Belchí” planificada con anterioridad por IBERDROLA y que se ubicará en las cercanías de donde tiene intención HIDROCANTÁBRICO construir la suya. A estos efectos aporta IBERDROLA un escrito del Instituto de Investigación Tecnológica (IIT) de la Universidad Pontificia de Comillas refrendando su tesis. Finaliza el escrito de alegaciones de IBERDROLA solicitando a la CNE que resuelva: 1º.- Declararse incompetente archivando el expediente. 2º.- Emitir informe a la Dirección General de Política Energética y Minas, así como a la Generalitat Valenciana, en el sentido de resaltar *“la incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”* que suponen las distribuciones en cascada. 3º.- Que en el supuesto que la CNE se considerara competente resuelva: A) Inadmitir la reclamación de HIDROCANTÁBRICO por carecer de prueba alguna y basarse en meras manifestaciones de parte; B) Declarar que la solicitud de acceso no puede llevarse a efecto y C) Declarar que la distribución en cascada, por su manifiesta *“incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”* no constituye actividad compatible con la distribución eléctrica. Mediante OTROSÍ, IBERDROLA solicita los siguientes MEDIOS DE PRUEBA: 1º) *Que se oficie a REE para que en relación con el presente expediente certifique: a) Si la subestación proyectada por HIDROCANTÁBRICO en los alrededores de Villareal (Castellón) es necesaria, dada la existencia en las proximidades de la subestación La Plana, propiedad de mi representada y estando prevista una nueva subestación en Bechí; b) Si la inversión íntegra de la posible subestación de HIDROCANTÁBRICO, debería ser íntegramente abonada por el Sistema, teniendo en cuenta las diferencias económicas existentes entre la solución integrada formulada por IBERDROLA o la solución individual propuesta por HIDROCANTÁBRICO descritas en este escrito y c) Si la posible subestación de HIDROCANTÁBRICO está prevista en alguno de los instrumentos de planificación de la red de transporte realizada por REE.* 2º) *Que se oficie a la Generalitat Valenciana para que por el organismo competente se certifique si*

HIDROCANTÁBRICO ha obtenido autorización administrativa para la instalación eléctrica, consistente en una subestación en los alrededores de Villareal (Castellón). 3º) Que HIDROCANTÁBRICO aporte los contratos con los distintos polígonos de la zona en los que se tiene convenida la distribución de 100 MW.

IV. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión del día 27 de diciembre de 2001, a propuesta del Instructor y a la vista del escrito de alegaciones de IBERDROLA, acuerda la suspensión del plazo establecido en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, para la resolución del conflicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y admitir los siguientes MEDIOS DE PRUEBA: 1º) *Oficiar a REE para que en relación con el presente expediente certifique: a) Si la subestación proyectada por HIDROCANTÁBRICO en los alrededores de Villareal (Castellón) es necesaria, dada la existencia en las proximidades de la subestación La Plana, propiedad de IBERDROLA y estando prevista una nueva subestación en Bechí. b) Si la inversión íntegra de la posible subestación de HIDROCANTÁBRICO, debería ser íntegramente abonada por el sistema, teniendo en cuenta las diferencias económicas existentes entre la solución integrada formulada por IBERDROLA y la solución individual propuesta por HIDROCANTÁBRICO. c) Si la posible subestación de HIDROCANTÁBRICO está prevista en alguno de los instrumentos de planificación de la red de transporte realizada por REE. 2º) Solicitar a HIDROCANTÁBRICO copia de los contratos suscritos con los distintos polígonos de la zona en los que se tiene convenida la distribución de 100 MW.* Así mismo, el Consejo de Administración de la CNE rechaza, por innecesario, el MEDIO DE PRUEBA solicitado por IBERDROLA consistente en oficiar a la Generalitat Valenciana para que por el Organismo competente se certifique si HIDROCANTÁBRICO ha obtenido autorización administrativa para la instalación eléctrica, consistente en una subestación en los alrededores de Villareal (Castellón), al entender que la

autorización administrativa de la citada subestación no es requisito previo para la concesión de acceso a las redes.

El citado acuerdo fue comunicado a las partes interesadas en el procedimiento mediante respectivos escritos de fecha 28 de diciembre de 2001.

Con fecha 14 de enero de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de REE en cumplimentación a la certificación solicitada. En dicho escrito REE realiza las siguientes consideraciones previas: 1. Diferencia entre alimentación en cascada y en paralelo, manifestando que en el presente caso lo que se podría producir, en su caso, es una alimentación *“en paralelo”*. 2. Diseño de la red de distribución, destacando en este punto la necesaria potenciación de la figura del gestor de distribución para acometer el diseño de dicha red de distribución. 3. Solicitudes de alimentación, indicando que HIDROCANTABRICO solicitó acceso a la red de transporte en la zona de Villareal, solicitud que fue contestada por REE en julio de 2001 indicando como punto de conexión la subestación “La Plana 220” kV y que, así mismo, dentro del proceso de la planificación Horizonte 2011, ambos distribuidores han remitido sus respectivas propuestas: en el caso de IBERDROLA, en septiembre de 2001, se propone nueva subestación “Bechí” 220 kV alimentada de la actual línea “La Plana-Sagunto” 220 kV y, en el caso de HIDROCANTÁBRICO, en octubre de 2001, se remite la propuesta de desarrollo derivada de la solicitud de acceso, aunque estando la solución concreta pendiente de definición. 4. Inclusión de la Subestación en la red planificada, señalando que no es correcta la referencia realizada por IBERDROLA al informe de REE “Evolución prevista de la Red de Transporte Peninsular Española Horizonte 2008. Abril 2001”, ya que en el mismo no figura la referida subestación “Bechí”, como tampoco lo está en el “Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura” elaborado por la CNE en diciembre de 2001. Prosigue REE contestando a las cuestiones formuladas: a) Necesidad de una nueva

subestación, indicando que desde el punto de vista de la Red de Transporte la solución más adecuada para el apoyo a la demanda local, con una magnitud como la prevista, es la alimentación directa desde la subestación “La Plana” 220 kV y que las necesidades de suministro de la demanda de HIDROCANTÁBRICO se prevén más inmediatas que las indicadas por IBERDROLA y de mayor envergadura en el Horizonte 2011. b) Reconocimiento del coste de la subestación, señalando que debido a que los aspectos más decisivos para responder a dicha cuestión están asociados al solapamiento de las previsiones de demanda de ambas empresas y a las múltiples soluciones de conexión de la distribución y viabilidad de las mismas, ello dependerá de su inclusión en la planificación de la Red de Transporte. c) Inclusión de la Subestación en la planificación, recalando que ninguna de las dos subestaciones propuestas ha sido incluida en las propuestas de planificación realizadas hasta esa fecha por REE. Como corolario REE indica que se pone de manifiesto el problema existente en la definición de la interfaz entre el transporte y la distribución. Entiende REE que para su resolución se requieren las siguientes medidas: 1) Desarrollo de la figura del gestor de distribución asociado a cada zona de demanda eléctrica y 2) Definir el reparto de los costes de las diferentes soluciones de alimentación a la distribución, según la estructura de las posibles conexiones a establecer.

Con fecha 23 de enero de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de HIDROCANTÁBRICO en cumplimentación a la certificación solicitada, al cual se acompaña documentación acreditativa de la potencia cuyo suministro tiene comprometido con varios polígonos, consistente en tres certificaciones emitidas por los respectivos urbanizadores y que vienen a totalizar una potencia de 125 MW. Entiende HIDROCANTÁBRICO que con las certificaciones remitidas queda debidamente cumplimentado el acuerdo de la CNE, evitándose con ello la difusión del resto de la información contenida en los contratos de electrificación suscritos con los mencionados urbanizadores.

V. Con fecha 7 de mayo de 2002, una vez incorporada al expediente la información remitida en cumplimentación a los MEDIOS DE PRUEBA admitidos por la CNE, se puso nuevamente 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, de 26 de noviembre.

Con fecha 16 de mayo de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de alegaciones de HIDROCANTÁBRICO por el que se afirma y ratifica íntegramente en los argumentos expuestos en el escrito inicial de esa sociedad por el que se insta el conflicto. HIDROCANTÁBRICO rebate, así mismo, los argumentos y motivos de oposición invocados por IBERDROLA, solicitando que, por esta Comisión, se dicte Resolución de conformidad con lo interesado en el citado escrito de reclamación.

Con fecha 20 de mayo de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de alegaciones de IBERDROLA. En relación con dicho escrito, destaca IBERDROLA en su alegación Primera que HIDROCANTÁBRICO *"no ha cumplimentado el requerimiento realizado por la CNE en cuanto a la prueba propuesta"* por IBERDROLA, consistente en la aportación de los contratos suscritos con los distintos polígonos de la zona y ello porque, según manifiesta, IBERDROLA tenía *"la certeza de que HIDROCANTÁBRICO había faltado a la verdad en el momento de solicitar a REE la posibilidad de acceso a la red de transporte, y la necesidad de implantar una subestación transformadora para distribuir a los diferentes Polígonos cuya distribución afirmaba tener convenida"*. Así, en la solicitud de acceso formulada por HIDROCANTÁBRICO a REE se afirmaba tener contratada la distribución a diez polígonos, cuando, según afirma IBERDROLA, esta última sociedad *"tiene contratada la distribución con más del 50 % de dichos Polígonos"*. Prosigue IBERDROLA analizando los tres certificados aportados por HIDROCANTÁBRICO

concluyendo que *"sólo en una de las Actuaciones Urbanísticas la entidad que emite el certificado ostenta la condición de Agente Urbanizador, encontrándose el Programa de Actuación Integrada recurrido ante la Jurisdicción contencioso-administrativa"*, que *"en el resto de Actuaciones Urbanísticas recogidas en los certificados aportados, o no se ha adjudicado la condición de Agente Urbanizador, o bien es provisional, o bien se incluyen Unidades de Ejecución para las que la entidad certificadora no ha presentado ni tan siquiera plica, o lo que es lo mismo, permanece al margen de las mismas"*, que *"las potencias señaladas en los certificados no son reales"*, que *"resulta necesario que REE emita un nuevo informe sobre la necesidad de ejecutar la subestación transformadora solicitada por HIDROCANTÁBRICO, en base a datos reales sobre las Actuaciones que tiene verdaderamente contratadas HIDROCANTÁBRICO"* y que *"dicha potencia hace innecesaria una nueva subestación transformadora que sería redundante con las instalaciones propiedad de IBERDROLA, gravando innecesariamente los costes del sistema"*. En su alegación Segunda, IBERDROLA pasa a rebatir el certificado aportado por REE. Así, frente a la afirmación de esta última sociedad de que las necesidades de suministro de la demanda de HIDROCANTÁBRICO se prevén más inminentes que las indicadas por IBERDROLA, año 2002 frente a año 2004, y de mayor envergadura, 90 MW frente a 50 MW, afirma IBERDROLA que *"como muy pronto el Agente Urbanizador puede tener acabada la primera urbanización para el año 2005"* y para una demanda de potencia mucho menor. Así mismo, IBERDROLA rebate que la proyectada subestación "Bechí" no pueda ser alimentada desde la línea "La Plana-Sagunto" 220 kV, tal y como viene a afirmar REE, aportando para ello un informe técnico. Finaliza IBERDROLA el escrito de alegaciones solicitando a la CNE que resuelva de conformidad con lo solicitado en el SUPPLICO de su escrito de alegaciones de fecha 17 de diciembre de 2001. Mediante OTROSÍ DIGO, IBERDROLA solicita una nueva PRUEBA consistente en:

"1) Se oficie a la entidad HIDROCANTÁBRICO para que aporte los convenios correspondientes a los DIEZ POLÍGONOS contemplados en la solicitud efectuada a REE, y cumpla en consecuencia con el requerimiento ya realizado para su aportación manifiestamente incumplido.

2) Se oficie al Ayuntamiento de Burriana (Castellón) a los efectos de que certifiquen las entidades que han sido adjudicatarias de la condición de Agente Urbanizador en los Polígonos:

- Sector PRR-1 (Camí Artana)*
- Sector Parque de Actividades Empresariales (NPR-4)*
- Sector Golf Sant Gregori*

3) Se oficie al Ayuntamiento de Vila-real (Castellón) a los efectos de que certifique los siguientes extremos:

- Qué entidad distribuidora figura mencionada y, por tanto, en qué instalaciones existentes se basa el proyecto de urbanización aprobado.*
- Que la solución técnica aportada en el proyecto de urbanización no contempla específicamente los desvíos de las innúmeras instalaciones propiedad de IBERDROLA.*

Todo ello referido al PAI "Polígono Industrial de la Ctra. Vila-real - Onda".

4) Se oficie a REE para que certifique si a la vista de la potencia realmente contratada por HIDROCANTÁBRICO, y no la que consta en su escrito de solicitud y de ejecución de la Subestación Transformadora, ésta se convierte en innecesaria e implica un sobre coste injustificado para el Sistema.

5) Se oficie a REE para que certifique si se encuentra en la actualidad prevista en la planificación de la red de transporte la Subestación Transformadora de Bechí".

VI. El Instructor del expediente, a la vista del escrito de alegaciones de IBERDROLA de fecha 20 de mayo de 2002, considera oportuno admitir la nueva PRUEBA solicitada mediante OTROSÍ DIGO por dicha sociedad, transcrita en el Expositivo V anterior, lo que es comunicado a las partes

interesadas en el procedimiento mediante respectivos escritos de fecha 7 de junio de 2002.

Así mismo, mediante escritos de fecha 10 de junio de 2002 se solicita a los Ayuntamientos de Vila-real y de Burriana la remisión de los Certificados anteriormente referidos.

VII. Con fecha 18 de junio de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de IBERDROLA por el que acompaña el documento “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 excedente del Tribunal Constitucional. Sucintamente lo argumentado en dicho Dictamen puede resumirse en los siguientes dos puntos: 1) Debe atenderse a la interpretación conjunta de la legislación vigente, con respeto al principio de jerarquía normativa, y 2) Debe preservarse el interés general del sistema eléctrico establecido en la Ley. En opinión de IBERDROLA queda acreditado, con el referido Dictamen, que la pretensión de *distribución en paralelo* es manifiestamente contraria a la legislación vigente, interpretada en su conjunto, y de forma integradora, con infracción de la Constitución Española, de la legislación eléctrica (europea y española), urbanística y civilista, y de las disposiciones reglamentarias en esta materia, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

VIII. Con fecha 2 de julio de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito del Ajuntament de Vila-real, en respuesta a la solicitud de Certificación referida en el Expositivo V, por el que acompaña copia del informe emitido por el Arquitecto y Arquitecto Técnico municipales. En dicho informe, en relación con el Proyecto de Urbanización del Polígono Cra. de Onda, se viene a indicar que:

1) Según figura en el anejo de energía eléctrica (cálculos de red eléctrica), red subterránea media tensión, el origen de la energía eléctrica a suministrar procede de la Estación transformadora de Iberdrola sita al oeste de Vila-real. En el apartado “Desvíos”, se indica específicamente, que la titularidad de las instalaciones existentes a desviar, son de Iberdrola, S.A. y 2) El proyecto aprobado, si contempla el desvío de las instalaciones de media tensión existentes, pasando a formar parte de la totalidad de la infraestructura prevista, e integra las redes de baja tensión existentes previstos en dicha actuación urbanística, según se desprende de la serie de planos 15.3 “Servicios afectados”, contempla el desvío de líneas eléctricas. La serie de planos 9.2, trata los “Desvíos de líneas de media y alta tensión”, y la serie 9.4 y 9.5 contemplan los “Desvíos de baja tensión”.

Así mismo, con fecha 11 de julio de 2002 tiene entrada en el registro de la CNE escrito del Ajuntament de Burriana , en respuesta a la solicitud de Certificación referida en el Expositivo V, por el que acompaña: 1) *Certificado del acuerdo del Ayuntamiento Pleno, de aprobación provisional, del PAI de la UE núm. 1, Homologación modificada y Plan Parcial del Sector PRR-1 y adjudicación provisional a* y 2) *Certificado del acuerdo del Ayuntamiento Pleno, de aprobación provisional, del PAI Homologación modificativa y Plan Parcial y Estudio de Impacto Ambiental para el desarrollo del Sector Golf Sant Gregori y adjudicación a* . En el citado escrito se indica igualmente que “hasta el día de la fecha, el Programa de Actuación Integrada para el desarrollo del Sector NPR-4 “Parque de Actividades Empresariales” de Burriana, no ha sido adjudicado, así como el PAI de la UE núm. 2 del Sector PRR-1”.

Mediante escrito de fecha 7 de enero de 2003, se reitera a HIDROCANTÁBRICO la remisión de los convenios correspondientes a los diez

polígonos contemplados en la solicitud de acceso a la red de transporte efectuada en su día a REE.

Con fecha 23 de enero de 2003 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de HIDROCANTÁBRICO en respuesta a la solicitud de documentación referida anteriormente. En dicho escrito HIDROCANTÁBRICO viene a indicar que en el escrito de 2 de diciembre de 2001 de formulación de reclamación, se indicaba que dicha sociedad tenía contratada una potencia para ejercer la actividad de distribución a distintos polígonos y consumidores industriales en Villareal de los Infantes (Castellón) que en aquél momento ascendía a 100 MW y que, como consecuencia de las negociaciones mantenidas desde entonces, dicha sociedad ha alcanzado, a la fecha, acuerdos para desarrollar la actividad de distribución de energía eléctrica en tres polígonos de la zona de Villareal, a los que corresponden las tres certificaciones aportadas mediante escrito de fecha 14 de enero de 2002 y cuya potencia total contratada asciende a 125 MW.

Con fecha 30 de enero de 2003, como continuación al anterior escrito de fecha 7 de junio de 2002, y una vez obrante en el expediente la información solicitada a los Ayuntamientos de Vila-real y de Burriana y a HIDROCANTÁBRICO, se solicita a REE el Certificado referido en el punto 4) de la nueva PRUEBA admitida a solicitud de IBERDROLA, transcrita en el Expositivo V anterior.

IX. Con fecha 4 de febrero de 2003 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de HIDROCANTÁBRICO por el que solicita que, a los efectos previstos en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, el presente expediente prosiga su tramitación conforme a la normativa vigente en el momento en que el mismo se inició.

X. Con fecha 20 de febrero de 2003 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de REE en contestación a la solicitud de Certificación requerida mediante

escrito de fecha 30 de enero de 2003, referida en el último párrafo del Expositivo VIII. En dicho escrito REE viene a exponer que: 1. *La necesidad de apoyo a la red de distribución desde la red de transporte que motivó la contestación por parte de REE, en julio de 2001, a la solicitud de acceso original realizada por HIDROCANTÁBRICO, se ve más justificada de confirmarse las nuevas previsiones de demanda que dicha sociedad aporta en la actualidad.* 2. *En dicha contestación se indicaba como punto de acceso a la red de transporte el parque de 220 kV de la subestación “La Plana”. Es decir, el acceso se llevaría a cabo con instalaciones de conexión integrantes de la red de distribución, que con la adecuada transformación local permitieran el mencionado apoyo entre “La Plana” 220 kV y la demanda prevista en la zona de Villareal.* 3. *En los estudios asociados a la Planificación de la Red de Transporte Horizonte 2011 (Documento “Desarrollo de las Redes de Transporte 2002-2011”, MINECO, Octubre 2002) se pone de manifiesto la necesidad de coordinación para solicitudes de acceso a la red de transporte ligadas a apoyo a distribución. Concretamente en dicho documento se cita el caso de la zona de Villareal-Bechí, donde confluyen previsiones de dos distribuidores. La no coordinación de dichos accesos puede conllevar un sobre coste injustificado para el sistema.* 4. *La nueva información aportada por HIDROCANTÁBRICO viene a alterar las hipótesis de los estudios precedentes. Como quiera que ello se produce antes de la finalización del procedimiento de conexión a la red de transporte en el punto solicitado (La Plana 220 kV) y consecuentemente antes de llevar a cabo actuaciones firmes de desarrollo de la red de transporte, entendemos procedente la realización de un análisis adicional por parte de REE.* Continua REE manifestando que dicho análisis y la consiguiente coordinación, se hace aún más necesario al concurrir en una zona próxima previsiones de nueva demanda del orden de 175 MW de dos distribuidores. En este contexto, entendemos que la red de transporte debe proporcionar un único apoyo a la red de distribución en la zona, suficiente para que ambos distribuidores puedan acceder a la red de transporte y no se incurra en un

coste injustificado para el sistema. Prosigue REE indicando que el análisis a realizar por REE debería estar precedido de una nueva solicitud de acceso a la red de transporte por parte de HIDROCANTÁBRICO incluyendo la nueva potencia solicitada, puesto que de lo contrario se desvirtuaría la finalidad de los Conflictos de Acceso a la Red de Transporte, por lo que de ser esto admitido podría considerarse la posibilidad de dar por finalizado el presente Conflicto, dado que la solución al apoyo a la distribución podría variar una vez realizada la solicitud de acceso y análisis citado. 5. Adicionalmente a todo lo anterior, entiende REE que una resolución adecuada del acceso de la red de distribución a la red de transporte requiere medidas de mayor alcance que la simple evaluación de casos puntuales. Tales medidas deberían apoyarse en el desarrollo de la figura del gestor de distribución y en definir el reparto de los costes de las diferentes soluciones de alimentación a la distribución, según la estructura de las posibles conexiones a establecer.

- XI.** Con fecha 18 de junio de 2003, una vez incorporada al expediente la información remitida en cumplimentación a los MEDIOS DE PRUEBA admitidos por la CNE, se puso nuevamente 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, de 26 de noviembre.

Con fecha 30 de junio de 2003 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de alegaciones de IBERDROLA. En su alegación Primera IBERDROLA procede a la valoración de la prueba practicada, volviendo a reiterar que HIDROCANTÁBRICO había incumplido el requerimiento realizado por la CNE, al haber aportado, en lugar de los diez convenios solicitados, sólo tres certificados relativos a cuatro actuaciones urbanísticas, expedidos por tres entidades con el mismo domicilio social. Rebate así mismo IBERDROLA la nueva estimación de potencia que realiza HIDROCANTÁBRICO, ya que la misma, correspondiente a sólo cuatro actuaciones, es mayor que la solicitada

en su momento a REE para diez actuaciones. La razón, apunta IBERDROLA, estriba en que ahora HIDROCANTÁBRICO no está considerando la necesaria corrección en las potencias nominales de las actuaciones urbanísticas para el cálculo de la carga a nivel de subestación, reduciéndose de este modo, según IBERDROLA, la potencia correspondiente a los certificados de las actuaciones urbanísticas aportados por HIDROCANTÁBRICO a 35 MW. Pero además, prosigue IBERDROLA, las instalaciones que se ejecuten en tales actuaciones urbanísticas serán cedidas a IBERDROLA y no a HIDROCANTÁBRICO. Entiende IBERDROLA que el presente expediente debe ser archivado por haber faltado HIDROCANTÁBRICO a la verdad antes y durante la instrucción del mismo. Prosigue IBERDROLA analizando los certificados aportados por las Administraciones Locales, viniendo IBERDROLA a indicar que existe la posibilidad, casi certeza, de que HIDROCANTÁBRICO no disponga finalmente de ninguna de las actuaciones urbanísticas. En relación con el informe del Operador del Sistema, indica IBERDROLA que, por una parte, carece de validez al haber sido elaborado sobre datos falsos y, por otra, en el mismo se indica la necesidad de que se formule una nueva solicitud de acceso por parte de HIDROCANTÁBRICO, al haberse modificado la situación de hecho en virtud de la cual REE emitió en su día informe favorable. Prosigue IBERDROLA su escrito de alegaciones destacando las conclusiones del Dictamen elaborado por el Catedrático D. Rafael Gómez Ferrer, según el cual el acceso solicitado por HIDROCANTÁBRICO es contrario a Derecho y contrario al interés general. En su alegación Segunda indica IBERDROLA que con posterioridad a las actuaciones seguidas en el presente procedimiento, han acaecido hechos nuevos que a su juicio resultan determinantes en relación con el fondo del asunto, pues, afirma IBERDROLA, vienen a ratificar los argumentos en los que se fundamenta la denegación de acceso a las redes de su titularidad por parte de HIDROCANTÁBRICO con objeto de implantar una distribución en paralelo. Estos hechos son: 1) la comparecencia del Secretario de Estado del Ministerio de Economía ante el Congreso de los Diputados, el día 10 de diciembre de

2002, que reproduce textualmente, en la que, según concluye IBERDROLA, el Secretario de Estado viene a señalar que no cabe la competencia en red en los negocios basados en redes, como es el caso del transporte y la distribución de energía eléctrica, por lo que la distribución en cascada o en paralelo, no tiene encuadre dentro del Sistema Eléctrico de acuerdo con su actual configuración, por tratarse de un absurdo económico incompatible con una actividad regulada que ha de estar presidida por el principio de implantación de la red al mínimo coste; 2) Las dos Sentencias del Tribunal Supremo, ambas de 25 de noviembre de 2002, en las que, al pronunciarse sobre el reintegro en materia de costes de urbanización, ha ratificado que con la Ley 54/1997 se ha operado un cambio sustancial, por la liberalización y libre competencia del sector eléctrico, ratificando para el transporte y la distribución, el monopolio natural, la red única y la garantía de continuidad y calidad al mínimo coste, por tratarse de un servicio esencial, y ser necesaria su prestación en todo el territorio nacional, todo lo cual, entiende IBERDROLA, viene a ratificar sus argumentos en el sentido de la inexistencia de derecho de acceso de un distribuidor a la red de transporte, para implantar una red de distribución redundante con la ya implantada por el distribuidor de la zona. Así mismo, indica IBERDROLA, el Tribunal Supremo mediante dichas Sentencias ha confirmado que no procede, como pretende HIDROCANTÁBRICO, el “descreme” en materia de transporte y distribución de energía eléctrica, por atender al suministro tan sólo en las zonas “favorecidas o en expansión”, por incumplirse el principio de prestación obligatoria de suministro que se impone al distribuidor, y que preside el Sistema Eléctrico y 3) El criterio de la propia CNE contenido en la Resolución de 30 de abril de 2003, relativa a la solicitud de autorización presentada por GAS NATURAL SDG, S.A. para tomar participaciones en el capital social de IBERDROLA, S.A., según la cual las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica tienen el carácter de reguladas y se ejercen en régimen de monopolio natural, sin competencia. En su alegación Tercera IBERDROLA viene a ratificarse en todo lo ya expuesto en el trámite de alegaciones en su día

evacuado, y que viene a resumir en: 1) Los conflictos de ATR serán de competencia de la Administración General del Estado y, por tanto, de la CNE, únicamente cuando se planteen sobre una red de carácter supraautonómico; 2) El contrato de ATR sólo puede ser suscrito, a los efectos que aquí interesa, por el distribuidor titular de la red y el consumidor cualificado titular del suministro; 3) El derecho de acceso pretendido por Hidrocantábrico no puede llevarse a efecto por faltar los elementos esenciales del contrato de ATR; 4) El ATR, en definitiva, es el método que la Ley 54/97 establece para abrir el mercado de la energía manteniendo el sistema de “red única”; 5) Consecuentemente, si la regulación no otorga a los distribuidores derecho de suscribir un contrato de ATR, no tienen estos derecho de conexión a la red de transporte para crear una nueva red de distribución; 6) El ATR sólo puede otorgarse a quien puede suscribir un contrato de ATR; 7) La conexión, en nuestro sistema, sólo es posible en dos supuestos: a) Para refuerzos del mallado, entre dos redes de distinto titular, lo que no genera “mercado” alguno, sino simple compensación de energías, y b) Para ejercitar el derecho de acceso a la red, por quien tiene derecho a exigir la suscripción del correspondiente contrato de ATR (Artº 66.3 R.D. 1955/00); 8) La distribución en paralelo pretendida por HIDROCANTÁBRICO es contraria a los principios rectores del Sistema Eléctrico, y en concreto: a) Al principio de prestación obligatoria de suministro; b) Al principio de red única; c) Al principio de optimización de la red de distribución y transporte e implantación al menor coste; d) Al principio de transparencia y no discriminación; e) A la calidad del suministro eléctrico, y f) Al medioambiente; 9) La aparición de una distribución en paralelo o en cascada supone una gravísima perturbación del sistema, hasta el extremo de que introduce, para adquirir instalaciones de un negocio intensamente regulado, el sistema de la “subasta al alza”; 10) El Gestor de la Red de Transporte tiene la obligación de advertir las consecuencias negativas que para el Sistema pueda tener una determinada solicitud. En el supuesto que nos atañe ha de denunciar la redundancia y sobrecoste de las instalaciones y la ruptura del principio de

red única; 11) No puede ampararse la distribución en paralelo en una laguna normativa, pues el ordenamiento jurídico es completo, por lo que se debe acudir a los mecanismos que el mismo establece para completar las lagunas que pudieran existir. De la aplicación de dichos mecanismos se concluye que la distribución en paralelo es contraria al ordenamiento jurídico; 12) La distribución en paralelo es inconstitucional, por vulnerar el derecho de propiedad de IBERDROLA que sólo puede resultar afectado por razones de interés general, que no concurren en el caso que nos atañe al ser manifiestamente perjudicial para el Sistema como ha reconocido esa CNE, y 13) La distribución en cascada o en paralelo provocan, entre otros, los siguientes perjuicios al Sistema: 1º.- Confusión en la obligación de previsión de la demanda; 2º.- Confusión en la obligación de dimensionar las redes con capacidad suficiente para futuras demandas; 3º.- Merma en fiabilidad del suministro ante existencia de dos sistemas de distribución en el mismo territorio; 4º.- Encarecimiento de las instalaciones de transporte y, por tanto, de la tarifa; 5º.- Dificultad de asignación de las obligaciones de la administración, medida de la energía, coordinación y gestión de la operación de dos redes de distribución en un mismo territorio, con el subsiguiente sobrecoste; 6º.- Indefinición de la retribución del distribuidor del que nazca una nueva red de distribución; 7º.- Indefinición de la posibilidad de que el distribuidor originario pueda crear nueva cascada tras la primera cascada originada por el nuevo distribuidor; 8º.- Indefinición efectiva de la Prestación Obligatoria del Suministro; 9º Discriminador “descreme” de la Prestación Obligatoria del Suministro, al no asumir el nuevo distribuidor la plena responsabilidad de una zona, sino en las subzonas de mayor previsión de consumo; 10º.- Indefinición de la retribución del distribuidor en cascada, con alto riesgo de perjuicio a la retribución de las redes ya establecidas; 11º.- Indefinición de la responsabilidad de la calidad del suministro; 12º.- Indefinición de las pérdidas estándar; 13º.- Indefinición del control de la tensión de la energía reactiva; 14º.- Aparición de islas eléctricas con clientes excluidos del servicio esencial que constituye el

sistema eléctrico nacional; 15°.- Ruptura absoluta del concepto de monopolio natural basado en el binomio “red única” y “menor coste posible”, y 16°.- Ruptura del nuevo sistema, reconocido en la Ley 6/98 del Suelo y en R.D. 1955/00, por el que se considera la implantación de red un “coste urbanístico” en lugar de “coste eléctrico”. Finaliza su escrito de alegaciones IBERDROLA solicitando a la CNE que resuelva: 1°.- Denegar el acceso con archivo del expediente sin entrar a valorar el fondo del asunto en base a: a) La incompetencia de la CNE en materia de ejecución de la regulación básica, y b) Porque HIDROCANTÁBRICO, en cuanto a distribuidor, carece de legitimación para instar el acceso a red al no poder suscribir el contrato de ATR; 2°.- Subsidiariamente, en el caso que se entrase a conocer el fondo del asunto, se declare la denegación del acceso solicitado por HIDROCANTÁBRICO por falta de veracidad de la información facilitada por dicha sociedad, y 3°.- Subsidiariamente a todo lo anterior, se acuerde la denegación del acceso solicitado, declarando que la cuestión planteada por HIDROCANTÁBRICO no es un conflicto de acceso a la red de transporte sino una cuestión de conexión, de acometida a una red de transporte de una futura red de otro distribuidor y, por tanto, se deniegue tal conexión en paralelo por ser contraria a la normativa eléctrica vigente y por su incidencia negativa en el funcionamiento del Sistema, con alza injustificada de los costes de las actividades reguladas del transporte y de la distribución eléctrica y por su manifiesta incidencia negativa en la distribución eléctrica y en especial en la prestación obligatoria del suministro eléctrico.

Así mismo, con fecha 1 de julio de 2003 tiene entrada en el registro de la CNE escrito de alegaciones de HIDROCANTÁBRICO. En su alegación Primera HIDROCANTÁBRICO se afirma y ratifica en sus anteriores escritos. En su alegación Segunda HIDROCANTÁBRICO viene a rebatir los argumentos de IBERDROLA contenidos en su escrito de 20 de mayo de 2002. Afirma HIDROCANTÁBRICO: a) que tiene acreditado el compromiso de atender en los

municipios de Burriana y Villareal (Castellón) una potencia que asciende a 125 MW; b) que para atender dichos compromisos se hace necesario el acceso y conexión a la red de transporte mediante la construcción de una subestación transformadora cuyas características coinciden con la recogida en el documento de “Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011” de 13 de septiembre de 2002 del ministerio de Economía; c) que aplicando el correspondiente coeficiente de simultaneidad la potencia necesaria por HIDROCANTÁBRICO es de 100 MW, cifra que coincide con la indicada en la solicitud inicial de acceso y conexión remitida a REE; d) que HIDROCANTÁBRICO tiene el derecho de acceso y conexión a la red de transporte de acuerdo con la legislación vigente; e) que la subestación de HIDROCANTÁBRICO, además de estar prevista con anterioridad a la de IBERDROLA, está incluida en el documento de Planificación obligatoria con categoría A, mientras que la de IBERDROLA está incluida con categoría B1, y f) que el Dictamen jurídico emitido por D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, aportado por IBERDROLA, carece de valor dado que erróneamente restringe la aplicación del derecho de acceso a la red de transporte legal y reglamentariamente reconocido, para lo cual se remite al informe emitido por la CNE al respecto. En su alegación Tercera HIDROCANTÁBRICO indica que los certificados aportados por los Ayuntamientos de Burriana y Villareal confirman los documentos por ella aportados. En su alegación Cuarta, y en relación con el informe de REE de febrero de 2003, HIDROCANTÁBRICO manifiesta: a) que no existe cambio respecto a su solicitud inicial de acceso para 100 MW, y b) que el presente conflicto debe ser resuelto de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido, ya que otro modo de terminación contravendría la legislación aplicable y ocasionaría graves perjuicios para HIDROCANTÁBRICO carentes de toda justificación. Por todo ello, HIDROCANTÁBRICO solicita se dicte Resolución de conformidad con lo solicitado en su escrito de reclamación.

No presenta REE escrito de Alegaciones en este trámite de Audiencia.

XI. 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 de 31 de julio de 2003, 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 38 de la Ley 54/1997. Asimismo, es obligada la referencia a los artículos 14 y 15 del Real Decreto 1339/1999, y artículo 53 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 que más adelante se referirá, resulta obligada la mención a la Resolución de 4 de diciembre de 2000 del Excmo. 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”*.

Igualmente, la referida Resolución establece una diferenciación conceptual entre el derecho de acceso y el derecho a la conexión concreta en un punto y condiciones determinadas, resultando ésta necesaria siempre y en todo caso, ya que ambas decisiones constituyen momentos lógicos diferenciados que no son incompatibles y que no deben ser confundidos. Como señala la reseñada

Resolución, *“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”.*

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 por el artículo 38 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 Excmo. 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 transporte 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 Excmo. 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.

Sin perjuicio de lo anterior, y a la vista de la alegación de IBERDROLA relativa a la calificación de las redes o instalaciones como “*intra-autonómicas*” procede igualmente señalar que la subestación “La Plana” 400/220 kV se integra en la red mallada peninsular, forma parte de la red de transporte de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 54/1997, con el artículo 3 del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, y con los artículos 5 y 111.4 del Real Decreto 1955/2000, y pertenece a la red bajo la gestión técnica del Operador del Sistema, de conformidad con el artículo 32 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre. Todo ello aboga, en definitiva, por el carácter o *afectación supra o extra comunitario* de la mencionada instalación de transporte de energía eléctrica.

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, establece tanto el plazo de dos meses para resolver, como el efecto positivo de la inactividad administrativa, en los términos siguientes: “*El solicitante podrá elevar escrito de disconformidad a la Comisión Nacional de Energía quien, previa audiencia de las*

partes, resolverá en un plazo máximo de dos meses. En caso de falta de resolución expresa en dicho plazo, se entenderá concedido el acceso".

Finalmente, cabe señalar que la decisión del Consejo de Administración emitida en este procedimiento no pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida en alzada ante el Ministro de Economía, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.5, de la Ley 34/1998, y conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, por el que la CNE queda adscrita al Ministerio de Economía.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION ADOPTADA

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

HIDROCANTÁBRICO plantea, con mención expresa del artículo 38 de la Ley 54/1997, su pretensión de acceso a la red de transporte de IBERDROLA, concretando el punto de conexión respecto al que se solicita el acceso: la subestación "La Plana" 220 kV. Dicha pretensión se ejercita desde la condición de "distribuidor" que ostenta HIDROCANTÁBRICO, con el objeto de llevar a cabo la distribución de electricidad, para una potencia de 100 MW, a distintos polígonos y consumidores industriales en Villareal de los Infantes (Castellón).

La negativa de IBERDROLA al acceso solicitado por la HIDROCANTÁBRICO, y que se concreta en su escrito de 25 de septiembre de 2001, ofrece como fundamentos de la denegación los siguientes:

"... el régimen económico del sistema eléctrico no permite retribuir de manera objetiva y no discriminatoria a las redes de distribución cuando estas de encuentran en cascada, ...".

“... su petición hace referencia a una conexión a la red que originará una red en cascada, más que a un derecho de acceso a la red, que se limita a permitir el tránsito de energía ajenas por la propia red a cambio de un peaje”.

“... la vigente reglamentación no prevé contrato alguno de conexión, fuera del régimen de acometidas previsto para los consumidores finales...”.

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 transporte en su artículo 38, así como de las funciones asignadas al Gestor de la Red de Transporte en la citada Ley. 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 transporte

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 transporte, 38 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 38 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 transporte 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 Transporte, 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 hacer expresas las razones o motivos de la negativa, y con ello, impone al Gestor de la Red la carga de la prueba acerca de la falta de capacidad.

Tales razones o motivos que deben ser expuestos, 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 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 Transporte 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 52 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 Excmo. 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 transporte, se regula en el artículo 36 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 excedente 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, y que a continuación se reproduce íntegramente:

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 Hidrocántabrico Distribución Eléctrica, S.A.U. tiene derecho a conectarse a la red de distribución. En la segunda, se analiza el Dictamen relativo a si Hidrocántabrico 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 lo manifestado en el Dictamen, en tanto que da por sentado 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 afirmarían 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 precificaría 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 disfrutaban 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.

IV.IV.-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 HIDROCANTÁBRICO, objeciones puestas de manifiesto en su escrito de negativa de fecha 25 de septiembre de 2001, y que se manifiestan y explicitan más detalladamente por IBERDROLA en su escrito de alegaciones de 17 de diciembre de 2001, en sus alegaciones “*Cuarta. Inexistencia de conflicto de A.T.R.*”, “*Quinta. Contrato de Conexión*”, “*Sexta. Perturbación del Sistema*” y “*Séptima. Cuestiones específicas C.A.T.R. 6/01*”, así como en su escrito de alegaciones de 30 de junio de 2003.

Si bien la mayoría de estas cuestiones han sido extensamente abordadas en el Fundamento IV.III anterior, a continuación se realiza una breve síntesis sobre lo allí expuesto.

Conforme a lo argumentado por IBERDROLA, el derecho de acceso de terceros a las redes no sería un derecho exigible por los sujetos eléctricos “*distribuidores*”, dado que, según sus propios términos, *“el sistema no está diseñado para que los titulares de la red transiten energías por redes ajenas, lo que, excepcionalmente, como hemos dicho en referencia a la Tarifa D, puede hacerse y de aquí que no se prohíba radicalmente”*.

La ausencia de regulación reglamentaria, en cuanto a la distribución en cascada, determina, a juicio de IBERDROLA que en caso de permitirse ésta *“ha de promulgarse una específica regulación que articule las relaciones entre distribuidores de aguas arriba y en cascada, previniendo la corrección de perturbaciones y consagrando un estatuto jurídico que imponga contractualmente los deberes y derechos de las partes, lo mismo que se establece un contrato de suministro a tarifa y un contrato de ATR”*. *“Hasta tanto dicha regulación no se establezca, ..., toda imposición de conexión a la red de un distribuidor para abrir otra red en cascada, es una manifiesta vulneración de los principios de no discriminación y de objetividad ...”*.

A este respecto, esta Comisión, tal y como ya ha manifestado en anteriores ocasiones, no puede dejar de reconocer las lagunas existentes, tanto en el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, regulador de la retribución del Transporte y la Distribución, como en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, de liquidaciones, 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 transporte o distribución de otro, ejerza la actividad de distribución en determinada zona a partir de su conexión a aquella red.

Ello es tanto como reconocer que tales normas reglamentarias y el conjunto del régimen regulatorio de la distribución deben ser objeto de los correspondientes reajustes y modificaciones, en especial, las que puedan derivarse de un profundo estudio que, sobre la eficiencia económico-técnica del sistema, tienen las nuevas distribuciones conectadas a las redes de transporte y distribución ya existentes. En este sentido, como se ha indicado anteriormente, la CNE viene trabajando en el desarrollo de una nueva metodología para la fijación de la retribución a la actividad de distribución de energía eléctrica en la cual, sin la menor duda, se contemplará, en su caso, la incidencia que las distribuciones en cascada puedan representar.

Ahora bien, una cosa es admitir la existencia de tales lagunas, que han sido al menos parcialmente paliadas con la publicación del Real Decreto 1955/2000, y otra muy diferente concluir que su existencia determine la imposibilidad del acceso de un distribuidor a la red de otro transportista o distribuidor. Ello sería tanto como admitir que los distribuidores no serían sujetos del derecho de acceso de terceros a las redes, en este caso de transporte, en los términos del artículo 38 de la Ley 54/1997, o que su derecho de acceso, a diferencia del de otros sujetos eléctricos, estaría condicionado en su ejercicio a la previa regulación reglamentaria de todas las hipótesis y supuestos posibles.

Por otro lado, resulta necesario señalar que el derecho de acceso de los distribuidores a la red de transporte ha sido ratificado en el artículo 52 del ya mencionado Real Decreto 1955/2000. En dicho cuerpo reglamentario, que plasma y desarrolla los principios establecidos en la Ley, queda igualmente regulado, en sus artículos 53 y siguientes, el procedimiento a seguir ante una solicitud de acceso a la red de transporte, procedimiento idéntico al seguido por el Gestor de

la Red de Transporte en el presente expediente, y que exige, una vez concedido el acceso por parte del Gestor de la Red de Transporte, que la empresa propietaria de la red emita informe sobre el cumplimiento de las condiciones técnicas para realizar la conexión. Este informe, pese a haber sido solicitado por HIDROCANTABRICO, no ha sido emitido por IBERDROLA, lo que ha motivado el presente conflicto.

La opción del legislador resulta pues clara: los distribuidores, como sujetos eléctricos, están comprendidos entre los titulares del derecho de acceso de terceros a las redes de transporte en el artículo 38.1 de la Ley 54/1997, precepto que no hace ninguna distinción respecto al ejercicio de este derecho entre sujetos que realizan actividades reguladas y no reguladas: el derecho de acceso de terceros a las redes está garantizado en ambos casos, en términos idénticos para todos los sujetos que son sus titulares y es exigible y operativo por mandato directo del texto legal en todos los casos. La Ley prevé para todos una misma y única causa posible de denegación de acceso por parte del gestor de la red de transporte, y esta causa es la “...*falta de capacidad de la red*...” fundada en criterios de seguridad, regularidad y calidad de los suministros, ya que, en definitiva, es el consumidor de energía el beneficiario último del derecho de acceso que consagra la legislación vigente.

Criterios aquellos que, conviene recordar, resultan por completo alejados de los criterios económicos y de retribución de actividades a los que, en definitiva, remiten los argumentos de IBERDROLA.

En este sentido, resulta obligada nuevamente la cita de la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía de 4 de diciembre de 2000, que aborda estas cuestiones en el marco del procedimiento instado por la Sociedad Cooperativa Benéfica de Consumo de Electricidad “San Francisco de Asís” frente a IBERDROLA, en los siguientes términos, en su Fundamento Jurídico Octavo:

“En su alegación "Quinta. De la incidencia de los distribuidores en cascada en la apertura del mercado Eléctrico", la sociedad recurrente plantea, en términos abstractos y sin referencia alguna a preceptos de la Ley 54/97, que la existencia de distribuidores conectados a otros, no es un elemento que favorezca la apertura del mercado eléctrico, y que, a su juicio, el "nuevo sistema eléctrico" se basa exclusivamente en el establecimiento de la competencia en la compraventa de energía, y no en la competencia en redes.

En definitiva, a criterio de la sociedad recurrente, la liberalización del mercado eléctrico se alcanzaría a partir del reconocimiento del derecho de A.T.R. para quienes no son titulares de redes, y sería compatible con el mantenimiento de la exclusividad territorial para las distribuidoras.

Con independencia del debate teórico que puede suscitarse al respecto, la cuestión a resolver en un procedimiento jurídico como el tramitado y resuelto por la CNE, pasa necesariamente por el análisis de las disposiciones legales, ya que, entre todos los modelos posibles de liberalización, el legislador ha efectuado determinadas opciones, las cuales están plasmadas en preceptos legales.

Entre tales opciones explícitas del legislador están las siguientes:

- *Las autorizaciones de instalaciones de distribución no conceden derechos exclusivos (art. 40 de la Ley 54/97).*
- *El derecho de ATR no está configurado como un derecho sólo de los consumidores cualificados, sino también de los sujetos eléctricos, y ello incluye a los distribuidores (Art., 42 de la Ley 54/97). Esta inclusión es explícita respecto a determinados distribuidores (R.D. 2820/1998, art. 1.c).*

A partir de tales opciones básicas, la resolución del conflicto entre la Cooperativa San Francisco de Asís e Iberdrola es una decisión jurídica sobre una situación de hecho, que debe aplicar disposiciones vigentes (legales y reglamentarias) y que excluye el debate teórico sobre opciones que, contempladas o no por el legislador en el proceso de elaboración de la norma, no han sido plasmadas positivamente en los textos normativos.”

Al Fundamento Jurídico antes expuesto debe añadirse que, en el presente caso, a IBERDROLA le es de aplicación, como sujeto que realiza la actividad de distribución detallado en el Anexo I, apartado 1, del Real Decreto 2017/1997, lo dispuesto en el Capítulo III del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, en cuanto a la tasación de los criterios de retribución. Así la retribución de la actividad de distribución se determina tomando en consideración los costes de inversión, operación y mantenimiento, la energía circulada, el modelo de referencia, los incentivos para la calidad de suministro y la reducción de pérdidas, y los otros costes necesarios para desarrollar la actividad de distribución entre los que se encuentran los de gestión comercial. Tanto IBERDROLA, como el resto de las empresas distribuidoras se verán retribuidas por la aplicación de las anteriores normas, que fueron explicitadas en la Orden de 14 de junio de 1999, y que serán objeto de revisión, según quedó establecido en el artículo 8 del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre.

Dicho todo lo anterior, que desmantela buena parte de los argumentos de IBERDROLA en el presente procedimiento, esta Comisión no puede pasar por alto que la proliferación de distribuciones conectadas a las redes de otros transportistas o distribuidores, puede dar lugar, en un futuro, a ineficiencias económicas y/o técnicas en el sistema, que es necesario evitar.

En relación con otro de los argumentos esgrimidos por IBERDROLA en sus escritos de alegaciones, esto es, la contradicción con la minimización de costes

de toda actividad regulada que están ocasionando las distribuciones en cascada, al estarse produciendo una transferencia de fondos de un negocio regulado, el de distribución eléctrica, a un negocio especulativo como es el negocio inmobiliario, el argumento no constituye, por si mismo, motivo para negar el acceso a su red de transporte, si bien esta Comisión entiende que, de ser así, se estaría produciendo un perjuicio económico para el sistema en su conjunto, debiéndose vigilar que dicha transferencia de fondos de empresas distribuidoras a empresas inmobiliarias no se repercuta, por los mecanismos que sean, a los consumidores afectados por dichas promociones o a los consumidores en su conjunto.

En relación con la manifestación de IBERDROLA relativa a que no queda suficientemente probado que HIDROCANTÁBRICO tenga contratada la distribución de 100 MW a distintos polígonos, las pruebas documentales aportadas por esta última sociedad a requerimiento de esta Comisión, vienen a demostrar, suficientemente, que dichos acuerdos existen y que, incluso, son superiores a los referidos 100 MW. En este mismo sentido, las Certificaciones aportadas por el Ayuntamiento de Burriana vienen a ratificar, aunque parcialmente, que los adjudicatarios de las actuaciones urbanísticas referidas por HIDROCANTÁBRICO coinciden con los firmantes de los acuerdos suscritos y aportados por dicha sociedad.

IV.V.-Sobre la función del Gestor de la Red de Transporte en la Ley 54/1997

Si bien la fundamentación jurídica expresada en el punto anterior resulta necesaria para resolver la totalidad de las cuestiones planteadas por las partes, debe señalarse que, en el presente expediente, huelga toda la anterior disertación, y ello porque HIDROCANTÁBRICO tiene concedido el acceso a la red de transporte de IBERDROLA, por el único que según la Ley 54/1997 puede concederlo o denegarlo, esto es, por REE, actuando como Gestor de la Red de Transporte. Tanto en su escrito de fecha 27 de julio de 2001 remitido a

HIDROCANTÁBRICO, en respuesta a su solicitud de acceso a la red de transporte, como en el escrito de fecha 10 de enero de 2002, remitido a esta Comisión, en cumplimiento del MEDIO DE PRUEBA, se viene a reconocer, de forma inequívoca, dicha posibilidad de acceso. Así, la decisión de REE se emite, y así consta en el expediente administrativo instruido, al amparo del artículo 38 de la Ley 54/1997.

La citada Ley confiere al Gestor de la Red de Transporte, además, la responsabilidad *“del desarrollo y ampliación de la red de transporte, de tal manera que garantice el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos y coherentes”*. Como complemento de lo anterior corresponde únicamente al Gestor de la Red de Transporte la función de *“denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria”*, en los términos expuestos anteriormente. Así plantea la Ley la separación entre la propiedad de la red de transporte y su gestión. IBERDROLA, de conformidad con el artículo 37.1.b de la Ley 54/1997, está obligada a *“facilitar el uso de sus instalaciones para los movimientos de energía, y admitir la utilización de sus redes de transporte por todos los sujetos autorizados, en condiciones no discriminatorias”*.

En consecuencia, la Ley 54/1997, atribuye al Gestor de la Red de Transporte, funciones de vital importancia en la gestión de ésta de las que dimanar instrucciones que deben ser acatadas por los restantes sujetos del sistema, de acuerdo con lo previsto en el ya mencionado artículo 37.1.b de la Ley 54/1997.

IV.VI.-Sobre la redundancia de instalaciones de transporte.

En relación con el argumento de IBERDROLA acerca de la innecesaria redundancia de instalaciones de transporte, con el consiguiente sobrecoste para el sistema, es preciso indicar que, de acuerdo con lo que se concluye en el escrito remitido por REE el 14 de enero de 2002, a requerimiento de esta Comisión, la

solicitud de acceso a la red de transporte formulada por HIDROCANTABRICO, no sólo es anterior a la propuesta planteada por IBERDROLA de una nueva subestación denominada “Bechí” 220 kV alimentada de la actual “La Plana-Sagunto” 220 kV, sino que, desde el punto de vista de la red de transporte, la solución más adecuada para el apoyo a la demanda local, con una magnitud como la prevista, es la alimentación directa desde la subestación “La Plana” 220 kV, tal y como se le indicó a HIDROCANTÁBRICO, siendo, además, las necesidades de suministro de esta última sociedad más inminentes que las indicadas por IBERDROLA y de mayor envergadura en el Horizonte 2011.

Por último, y en relación con el escrito de 20 de enero de 2003 remitido por REE, deben rechazarse buena parte de las afirmaciones allí contenidas. Por un lado, el acceso a la red de transporte solicitado por HIDROCANTÁBRICO **no** se llevaría a cabo con instalaciones de conexión integrantes de la red de distribución, como afirma REE, sino que buena parte de dichas instalaciones, el parque de 220 kV de la nueva subestación y su línea de alimentación a 220 kV, doble circuito, desde la subestación “La Plana”, constituirían, en su caso, instalaciones integrantes de la Red de Transporte. Por otro lado, llama la atención que REE aluda a que en los estudios asociados a la Planificación de la Red de Transporte Horizonte 2011 (Documento “Desarrollo de las Redes de Transporte 2002-2011”, MINECO, Octubre 2002), se pone de manifiesto la necesidad de coordinación para solicitudes de acceso a la red de transporte ligadas a apoyo a distribución, citando, en concreto, el caso de la zona de Villareal-Bechí, donde confluyen previsiones de dos distribuidores. REE, en su calidad de Gestor de la Red de Transporte, debería haber analizado con suficiente rigor, durante el proceso de planificación llevado a cabo, las diferentes propuestas de desarrollo de la Red de Transporte de la zona, y haber concretado cuál de todas las propuestas es la que presenta una mayor eficiencia de la red de Transporte a menor coste. Tampoco puede ser admitida, en estos momentos, la pretensión de REE de realización de un análisis adicional, mediante una nueva solicitud de acceso a la red de

transporte por parte de HIDROCANTÁBRICO, dando por finalizado el presente Conflicto, motivada por la nueva información aportada por dicha sociedad relativa a la potencia prevista por los urbanizadores con los que ha llegado a un acuerdo, y ello porque dicha información ya constaba a REE desde el 7 de mayo de 2002, fecha en la que, mediante el trámite de Audiencia, se puso de manifiesto el expediente a las partes.

Esta Comisión, tal y como indica REE en sus escritos, entiende necesario desarrollar, cuanto antes, la figura del gestor de distribución asociado a cada zona de demanda eléctrica, ya que, de este modo, se podrían soslayar buena parte de los problemas de la interfaz transporte-distribución aquí presentados.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 31 de julio de 2003,

ACUERDA

PRIMERO.- Reconocer el derecho de HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., a acceder a la red de transporte de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., en la subestación “La Plana” 220 kV en Almazora (Castellón), mediante una línea doble circuito 220 kV que alimentará a la subestación 220/20 kV a construir por HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., para distribuir energía eléctrica, para una potencia de 100 MW, a distintos polígonos y consumidores industriales en Villareal de los Infantes (Castellón).

SEGUNDO.- El ejercicio del derecho de acceso a que se refiere el punto anterior, no podrá hacerse efectivo en tanto no se autoricen las instalaciones de

HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. por la administración competente.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada ante el Excmo. Sr. Ministro de Economía, 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.