



Comisión

Nacional

de Energía

**RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE ACCESO A LA
RED DE DISTRIBUCIÓN C.A.T.R. 3/2001 INSTADO POR ELECTRA
CALDENSE, S.A., FRENTE A FECSA-ENHER I S.A.U.**

11.9.2001

RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN C.A.T.R. 3/2001, INSTADO POR ELECTRA CALDENSE, S.A., FRENTE A FECSA-ENHER I, S.A.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 30 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de Energía escrito de **Electra Caldense, S.A.**, de fecha 29 de marzo, por el que se insta formalmente de la Comisión Nacional de Energía la iniciación de actuaciones para resolver el conflicto suscitado como consecuencia de la solicitud de la mencionada Electra Caldense, S.A., de acceso a la red de distribución de 110 kV de **FECSA-ENHER I, S.A.U.**, para una potencia de 7 MW, para la distribución de energía eléctrica, en el término municipal de Sabadell, Barcelona, y de la subsiguiente denegación de FECSA-ENHER I, S.A.U., a atender dicha solicitud.

Conforme a lo expresado en el mencionado escrito de Electra Caldense, S.A., la solicitud de acceso a la red de 110 kV de FECSA-ENHER I, S.A.U., se formuló mediante escrito de 7 de noviembre de 2000 dirigido a esta última, al amparo de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Dicha solicitud es denegada por FECSA-ENHER I, S.A.U., mediante escrito de 22 de noviembre de 2000, alegando que es necesario, a efectos de poder estudiar el acceso solicitado, la autorización administrativa de las instalaciones de Electra Caldense, S.A., que pretende conectar a la red antes mencionada. Asimismo, señala que la condición de distribuidor no justifica por sí misma la posibilidad de extensión de la red, cuestión diferente del acceso de terceros, precisamente en aquellos casos en los que la obligación de extensión de la mencionada red pertenece a otro distribuidor.

Con fecha 7 de diciembre de 2000 Electra Caldense, S.A., reitera a FECSA-ENHER I, S.A.U., reitera su solicitud de acceso, sin recibir respuesta a la misma.

- II. Con fecha 18 de abril de 2001, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó designar órgano instructor del expediente en la Dirección de Energía Eléctrica, a la Subdirección de Transporte, Distribución y Calidad de Servicio, lo que fue notificado mediante escritos de fecha de 30 de abril de 2001, tanto a Electra Caldense, S.A., que insta la actuación de la Comisión y promueve con ello el presente expediente, como a FECSA-ENHER I, S.A.U.

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 Electra Caldense, S.A., 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 Comisión Nacional de Energía.

- III. Con fecha 9 de mayo de 2001 se solicita a la Generalitat de Catalunya el informe preceptivo establecido en el artículo 15 apartado 3 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

Con fecha 22 de mayo de 2001 se recibe escrito de la Generalitat de Catalunya en el que señala: *“les informamos que por parte de esta Dirección General de Energía y Minas se está tramitando el correspondiente expediente*

administrativo relativo a la misma cuestión, a partir de la reclamación presentada por la empresa Electra Caldense, S.A.

Debe tenerse en cuenta que el conflicto de acceso se plantea con relación a una línea de distribución de energía eléctrica de competencia autonómica y, por tanto, entendemos que la competencia para resolver dicho conflicto también recae en el órgano autonómico.

Esta interpretación viene avalada no solamente por los criterios de distribución competencial que se derivan de la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino también por la propia interpretación que se estableció en la respuesta proporcionada por el Consejo de Ministros al requerimiento de incompetencia planteado contra el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el cual se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de las instalaciones de energía eléctrica. (...)

En la respuesta proporcionada por el Consejo de Ministros, con fecha 23 de marzo de 2001, se admite la interpretación defendida por el Gobierno de la Generalitat y se afirma que "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".

IV. Con fecha 14 de mayo de 2001, FECSA-ENHER I, S.A.U, presentó escrito de alegaciones en el que señala, en primer lugar, que no resulta de aplicación el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, al entender que la fecha de apertura del expediente es de 7 de noviembre de 2000, fecha de la solicitud de Electra Caldense, S.A., por lo que estrictamente es de aplicación lo dispuesto

en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre. En segundo lugar, FECSA-ENHER I, S.A.U., manifiesta que no dispone en la red de 110 kV *en las actuales condiciones* de capacidad suficiente para poder atender la conexión solicitada. Para hacer posible la conexión sería necesario -según la citada sociedad- ampliar la capacidad de los elementos que provocan la limitación, concretándose en el cambio de conductor y apoyos en 8,2 Km de la línea de 110 kV d/c "Mas Figueres-Sabadell" y 19,6 km de la línea 110 kV "Sabadell-Trinitat". FECSA-ENHER I, S.A.U., propone como alternativa la conexión a la red de transporte. Esta sociedad adjunta informe justificativo de la falta de capacidad, como consecuencia de las sobrecargas que aparecerían y vulnerarían los criterios de seguridad y funcionamiento exigibles en las redes de distribución. En tercer lugar, FECSA-ENHER I, S.A.U., alude a que la ampliación de redes de distribución en una determinada zona eléctrica atendida por otro distribuidor no está prevista ni en la Ley 54/1997, ni en el Real Decreto 1955/2000, así como a la manifiesta incidencia negativa en el funcionamiento del sistema eléctrico de la distribución en cascada.

- V. Finalizada la instrucción, y con fecha 14 de mayo 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 25 de mayo de 2001, presenta Electra Caldense, S.A., escrito de alegaciones. En relación con el citado escrito destaca el análisis de la supuesta falta de capacidad de la red alegada por FECSA-ENHER I, S.A.U. Así, de acuerdo con las apreciaciones de Electra Caldense, S.A., la red de 110 kV a la que pretende conectarse sí cuenta con capacidad suficiente para atender la nueva demanda de 7 MW y ello basado fundamentalmente en dos aspectos: primero, la aceptación inicial por parte de FECSA-ENHER I, S.A.U., de suministrar al mismo polígono "Can Roqueta II" a solicitud de la Junta de

Compensación del citado Polígono y segundo, la previsible capacidad ociosa en la red de la zona afectada resultante del desplazamiento de cargas a otras subestaciones próximas.

Con fecha 4 de junio de 2001 tiene entrada escrito de FECSA-ENHER I en el que se reitera en lo expuesto en su escrito de fecha 14 de mayo de 2001.

VI. Con fecha 23 de mayo de 2001 se remite escrito a la Generalitat de Catalunya y a Electra Caldense, S.A., con el objeto de que confirmen la existencia de expediente administrativo abierto en la Direcció General d'Energia i Mines de la Generalitat de Catalunya, y en su caso, carácter, objeto y términos en que se sustancia el mismo.

Con fecha 26 de mayo de 2001 Electra Caldense, S.A., remite escrito de contestación, adjuntando la documentación obrante en su poder relativa a los escritos remitidos por la citada sociedad a la Generalitat de Catalunya y los a su vez cursados por esta Administración a la misma.

Con fecha 15 de junio de 2001 tiene entrada escrito de la Generalitat de Catalunya en el que se señala la existencia de expediente administrativo abierto en la Direcció General d'Energia i Mines que tiene como objeto pronunciarse sobre la capacidad de acceso a la red de distribución de FECSA-ENHER I, S.A.U., y la conexión de las nuevas instalaciones de distribución que promueve Electra Caldense, S.A.

VII. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 29 de mayo de 2001, acuerda la suspensión del plazo establecido en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, para la resolución del conflicto. La citada suspensión se realiza al amparo de lo

establecido en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a propuesta del órgano instructor, y a la vista del carácter contradictorio de los informes técnicos presentados por ambas partes sobre la capacidad de la red a la que se solicita el acceso, lo que determina la necesidad de practicarse como actuaciones complementarias las siguientes:

- Comprobación de los datos utilizados por FECSA-ENHER I, S.A.U., en su estudio técnico de capacidad de la red, básicamente, en la verificación de los datos de entrada al modelo de flujos de cargas PSS -entre otras: características técnicas de los transformadores, líneas y demás elementos de la red, demanda activa y reactiva utilizada en cada nudo, esquema unifilar de la red-.
- Cotejo de los resultados obtenidos.

El citado acuerdo fue comunicado a las partes interesadas en el procedimiento el 29 de mayo de 2001.

VIII. Con fecha 25 de junio de 2001 se procede en las oficinas de la sociedad FECSA-ENHER I, S.A.U., a la realización de las actuaciones complementarias reseñadas en el Expositivo anterior, resultando éstas las siguientes:

1. Comprobar que las líneas y transformadores que utiliza el modelo de flujos de cargas PSS en el estudio realizado por FECSA-ENHER I, S.A.U., se corresponden con el esquema unifilar de la zona, y que el mismo concuerda con las instalaciones eléctricas representadas en el plano geográfico de dicha zona.
2. Comprobar que los parámetros eléctricos de las referidas líneas y transformadores utilizados en el modelo de flujos de cargas PSS se corresponden con las características constructivas de dichas instalaciones,

para lo cual se solicita a la representación de la sociedad FECSA-ENHER I, S.A.U., la citada información.

3. Comprobar que, para cada una de las subestaciones de la zona afectada, las potencias activa y reactiva utilizadas en el modelo de flujos de cargas PSS se corresponden con las realmente registradas, para lo cual se solicita a la representación de la sociedad FECSA-ENHER I, S.A.U., que aporte los valores medidos por los correspondientes registradores en los 5 días de máxima demanda de la zona. A instancias de la representación de la sociedad ELECTRA CALDENSE, S.A., se solicita a FECSA-ENHER I, S.A.U., información relativa a las nuevas solicitudes de suministro admitidas en la zona desde la fecha de solicitud de acceso a su red de 110 kV realizada por ELECTRA CALDENSE, S.A.

La representación de FECSA-ENHER I, S.A.U., manifiesta en este acto que la demanda de 7 MW se pensaba atender por esa sociedad desplazando actuales cargas a otras subestaciones adyacentes, en concreto: 3,5 MW a la subestación “Barberá” y 3,5 MW a la subestación “Palau”.

4. Se procede a continuación a implementar y obtener los resultados correspondientes a los siguientes casos:

- Caso base, es decir, sin considerar la nueva demanda.
- Caso base incorporando la subestación “Roqueta 2” con una carga de 7 MW.
- Caso base adicionando una carga de 3,5 MW en la subestación “Barberá” y una carga de 3,5 MW en la subestación “Palau”.

Sobre estos tres casos, se analiza el comportamiento de la red tanto en la situación sin fallo (N), como con fallo simple (N-1) de las líneas más críticas: fallo de la línea Mas Figueres-Sabadell (1 ó 2) ó fallo de la línea Trinitat-Sabadell y, todo ello, tanto para el caso de considerar el esquema habitual de explotación de FECSA-ENHER I, S.A.U., esto es, considerando barras

separadas en las diferentes subestaciones, como considerando acopladas las barras de las diferentes subestaciones.

IX. Con fecha 6 de agosto de 2001, y previa la recepción de documentación complementaria de carácter técnico reseñada en el Expositivo VIII anterior, se remite para observaciones el borrador de acta de las actuaciones realizadas, procediéndose el 7 de septiembre de 2001 a su firma e incorporándose la misma al expediente administrativo.

X. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, previo estudio del expediente, analizados los escritos de alegaciones y argumentos de ambas partes, la documentación presentada por ellos, así como los informes emitidos, ha procedido, en su sesión de 11 de septiembre de 2001, a adoptar la presente Resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

I. Competencia de la Comisión Nacional de Energía 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 Comisión Nacional de Energía por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como en el artículo 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Asimismo, es obligada la referencia a los

artículos 14 y 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, y artículo 62 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, preceptos reglamentarios que asignan esta función a este Organismo.

La competencia de la Comisión Nacional de Energía en materia de resolución de conflictos ha sido expresamente establecida y ratificada por 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, S.A., contra la Resolución de la Comisión Nacional de Energía de 3 de mayo de 2000, CATR 1/2000.

Esta Resolución realiza un completo análisis en su Fundamento de Derecho IV de la competencia de la Comisión Nacional de Energía 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 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”*.

Asimismo, la Resolución de 4 de diciembre de 2000 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, Tercero, Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como por el artículo 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

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 la Generalitat de Catalunya en su escrito de 22 de mayo de 2001 mencionado en el Expositivo III anterior 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, 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, 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, de 1 de diciembre, 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 transcrito arriba admite las “pretensiones” de la Generalitat, son términos claramente condicionados y matizados por la expresión “*en el sentido de que....*”.

c) El matiz o condición consiste precisamente en que el acuerdo no utiliza la expresión “*instalación afectada*”, sino la expresión “*cuestión controvertida*”. Ello comporta el reconocimiento de que existen cuestiones que, afectando a

instalaciones cuya autorización es competencia de las Comunidades Autónomas, son cuestiones de competencia estatal.

d) Aunque no de forma explícita, el acuerdo rechaza la interpretación extensiva, consistente en que la competencia autorizatoria sobre instalaciones ejerce una especie de “*vis atractiva*” sobre otras competencias en relación con las mismas instalaciones. Si esto no es así, por ejemplo, en materia de retribución de instalaciones eléctricas, no es así tampoco en relación con el uso de instalaciones por terceros. En uno y en otro caso, existen razones y argumentos jurídicos que determinan la competencia estatal y que ya han sido expuestos en el presente Fundamento Jurídico. Sin pronunciamiento expreso sobre todo ello, el acuerdo mencionado deja abierta la puerta a la existencia de competencias estatales, ya que no admite que “instalación de competencia autonómica” equivalga a “competencia autonómica para cualquier clase de actuaciones en relación con tal instalación”. Es la “*cuestión controvertida*”, lo determinante, como, por otra parte ha venido argumentando la CNE en sus resoluciones sobre esta materia.

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

Pero aún es más, la Resolución de 12 de julio de 2001 del Excmo. Sr. Ministro de Economía por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por Iberdrola, S.A., contra la Resolución de la Comisión Nacional de Energía de 26 de mayo de 2000, dictada en el expediente 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 tantas veces mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros residencia la competencia en esta materia en la Comisión Nacional de Energía sobre la base de los preceptos legales y reglamentarios ya señalados.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de este Organismo.

II. Procedimiento aplicable y carácter de la decisión

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, bajo el epígrafe "*Formalización del derecho de acceso*", y en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyos principios remite expresamente el artículo 14.1 del citado Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, y que es de aplicación directa a esta Comisión Nacional de Energía, a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la Disposición Adicional Undécima, Primero, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

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, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, por el que la Comisión Nacional de Energía queda adscrita al Ministerio de Economía.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION ADOPTADA

III. Términos del conflicto y ámbito de la decisión de la Comisión Nacional de Energía

Electra Caldense, S.A., plantea, con mención expresa del artículo 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, su pretensión de acceso a la red de distribución de 110 kV de FECSA-Enher I, S.A.U. Dicha pretensión se ejercita desde la condición de “distribuidor” que ostenta Electra Caldense, S.A., con el objeto de llevar a cabo la distribución de electricidad, para una potencia de 7 MW, en el polígono industrial “Can Roqueta II” en el término municipal de Sabadell, Barcelona.

La negativa de FECSA-ENHER I, S.A.U, al acceso solicitado por Electra Caldense, S.A., ofrece como fundamentos la insuficiente capacidad *en las actuales condiciones* para poder atender la conexión solicitada, así como la manifiesta incidencia negativa en el funcionamiento del sistema eléctrico de la distribución en cascada que no está prevista en la normativa vigente.

Es preciso, por tanto, para resolver este conflicto, y a la vista de las razones de las dos partes, proceder al análisis de la configuración jurídica del derecho de acceso de terceros en la Ley del Sector Eléctrico, establecida para el acceso a la

red de distribución en su artículo 42. Todo ello para concluir, en definitiva, si concurren motivos fundados para la denegación del acceso, o si por el contrario no concurren, y, en este último caso, si, reconociéndose el derecho de acceso, cabe pronunciamiento en esta Resolución acerca de otras cuestiones, o si por el contrario, la decisión debe limitarse a reconocer el derecho de acceso sin más pronunciamiento.

IV. Sobre el derecho de acceso en la Ley 54/1997, de 27 noviembre.

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

El carácter fundamental que el legislador ha otorgado al derecho de acceso a las 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 las 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 Eléctrica. Tales rasgos que se inducen de las prescripciones contenidas en los artículos 11.2 y, tratándose en este caso de acceso a redes de distribución, 42 de la Ley Eléctrica, serían:

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

“El gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria.

La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los

suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente.”

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

El precepto contiene aún otras exigencias: la primera de ellas, *“la denegación deberá ser motivada”*, comporta la obligación del gestor de la red de 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 distribución cualesquiera argumentos de calidad, seguridad o regularidad de los suministros, sino precisamente aquellos que correspondan con las exigencias generales sobre seguridad, regularidad y calidad de los suministros, exigencias que, por ser generales, tendrán que estar preestablecidas por norma reglamentaria.

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

Pero aún es más, el artículo 60 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, 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 negativa de FECSA-ENHER I, S.A.U.

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 FECSA-ENHER I, S.A.U., a la solicitud de Electra Caldense, S.A., objeciones que se manifiestan y explicitan más detalladamente por FECSA-ENHER I, S.A.U., en su escrito de Alegaciones de 18 de mayo de 2001.

Conforme a lo argumentado por FECSA-ENHER I, S.A.U, en dicho escrito, la negativa de esta sociedad se fundamenta en dos cuestiones: la inviabilidad de la distribución en cascada y la insuficiente capacidad de la red a la que se solicita el acceso.

a) Sobre la inviabilidad de la distribución en cascada.

En relación con esta cuestión, FECSA-ENHER I, S.A.U., entiende que el derecho de acceso de terceros a las redes no sería un derecho exigible por los sujetos eléctricos "**distribuidores**", dado que, según señala, la actual regulación no prevé la distribución en cascada, fuera de los distribuidores a Tarifa D, tarifa que no sería aplicable, en ningún caso, en la nueva distribución que Electra Caldense, S.A., pretende acometer. En este sentido, indica las consecuencias costosas y perjudiciales para el suministro eléctrico del fenómeno de la distribución en cascada: ingobernabilidad de las redes, dificultades para determinación de responsabilidades en el caso de ineficiencias, complejidad a los usuarios para identificar a los titulares de las redes a las que se conectan, discontinuidad de las servidumbres de paso, proliferación de relaciones contractuales entre múltiples propietarios de líneas de una misma zona, lagunas fundamentales en la aplicación del sistema retributivo. Asimismo, señala que la actual regulación de las tarifas de acceso a las redes no recoge el supuesto de conexión de nuevas instalaciones dentro de una zona eléctrica concreta, por lo tanto, resulta imposible resolver un conflicto como el suscitado por la distribución en cascada aplicando la normativa de acceso a redes.

A este respecto, esta Comisión, como ya ha señalado en reiteradas Resoluciones, 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.

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, de 1 de diciembre, 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 distribución, en los términos del artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico, 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 distribución ha sido ratificado en el artículo 60 del ya mencionado Real Decreto 1955/2000. En dicho cuerpo reglamentario queda igualmente regulado, en sus artículos 62 y siguientes, el procedimiento a seguir ante una solicitud de acceso a la red de distribución.

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 distribución en el artículo 42 de la Ley, 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 distribución, 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 FECSA-ENHER I, S.A.U., expuestos en este apartado a).

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 San Francisco de Asís frente a Iberdrola S.A., 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 (Real Decreto 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 FECSA-ENHER I, S.A.U., 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 FECSA-ENHER, S.A.U., 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 en el año 2001, según ha quedado establecido en el artículo 8 del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre.

Dicho todo lo anterior, que desmantela el argumento de FECSA-ENHER, S.A.U., referentes a la inviabilidad de la distribución en cascada, 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.

b) Sobre la insuficiente capacidad de la red a la que se solicita el acceso.

En cuanto al segundo de los argumentos esgrimidos por FECSA-ENHER I, S.A.U., para denegar el acceso a la red solicitado por Electra Caldense, S.A., consistente en la insuficiente capacidad en las condiciones actuales de la red de 110 kV, debe ponerse de manifiesto que los 7 MW de potencia solicitados por Electra Caldense, S.A., suponen, de acuerdo con la información facilitada por FECSA-ENHER I, S.A.U., apenas un 3 % de la demanda total existente en la zona.

La escasa magnitud del incremento de la demanda pretendido por Electra Caldense, S.A., no puede servir de argumento, por sí solo, para denegar el acceso, máxime considerando que, con posterioridad a la solicitud de acceso realizada por Electra Caldense, S.A., se han atendido por parte de FECSA-ENHER I, S.A.U., otras solicitudes de suministro, afectas a subestaciones de la zona, por una potencia total similar a la solicitada por Electra Caldense, S.A., sin

que, en estos casos, FECSA-ENHER I, S.A.U., haya invocado la pretendida falta de capacidad de la red de 110 kV. Baste recordar que, de acuerdo con el artículo 45.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, es obligación de las empresas distribuidoras *"Atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen..."*.

Pero es más, de acuerdo con los resultados obtenidos de las actuaciones complementarias llevadas a cabo, reseñadas en el Expositivo VIII de esta Resolución, en condiciones normales de explotación (N), esto es, sin fallo, no se supera la capacidad nominal de los transformadores, ni la capacidad térmica de las líneas, ni las tensiones de los diferentes nudos quedan fuera de los límites admisibles.

Es cierto, sin embargo, que ante contingencias de carácter simple (N-1), esto es, suponiendo el fallo de una línea o de un transformador, se observan circuitos de la red de 110 kV que sobrepasan el límite de su capacidad. Concretamente, cualquiera de las contingencias estudiadas, fallo de la línea "Mas Figueres-Sabadell" (1 ó 2) o fallo de la línea "Trinitat-Sabadell", provoca que otros elementos de la red de la zona presenten valores de carga superiores al 100 % de su capacidad nominal.

No obstante, es preciso resaltar que tanto en la situación actual, es decir, sin considerar la carga adicional de los 7 MW solicitados por Electra Caldense, S.A., como considerando que estos 7 MW son atendidos por FECSA-ENHER I, S.A.U., mediante el desplazamiento de una carga equivalente a otras subestaciones, el fallo de la línea "Mas Figueres-Sabadell" (1 ó 2), provoca que otros elementos de la red de la zona presenten valores de carga superiores al 100 % de su capacidad nominal.

Todo lo anterior lleva a concluir que la pretendida falta de capacidad de la red de 110 kV argumentada por FECSA-ENHER I, S.A.U., para denegar la solicitud de

Electra Caldense, S.A., es de carácter estructural y denota una falta de previsión por parte de la empresa FECSA-ENHER I, S.A.U., que ha permitido, sean por las razones que sean, llegar a un grado de saturación absoluto de la actual red de la zona, saturación que, como se ha visto, no sólo pone en peligro la adecuada atención a los nuevos suministros, sino también la de los actuales. Esta Comisión entiende que la falta de previsión aquí apuntada no puede ser esgrimida por FECSA-ENHER I, S.A.U., para denegar el acceso solicitado por Electra Caldense, S.A., ya que, en el límite, se llegaría a una situación de *permanente denegación* del acceso a dicha red. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que determina que las redes de distribución deberán ser dimensionadas con capacidad suficiente para atender la demanda teniendo en cuenta las previsiones de su crecimiento en la zona. Esta previsión reglamentaria explícita y concreta las obligaciones del empresas distribuidoras establecidas en las disposiciones vigentes.

Por último, llama aún más la atención que en la red planificada por FECSA-ENHER I, S.A.U., para el horizonte futuro, consistente en una reconfiguración del actual sistema de 220 y 110 kV de la zona, aprovechando las trazas actuales, y en el aumento de la transformación 220/110 kV, también se aprecien sobrecargas en ciertos elementos ante contingencias de carácter simple (N-1), al considerar la carga adicional de los reiterados 7 MW solicitados por Electra Caldense, S.A.

No obstante todo lo anterior, es preciso resaltar que para las redes de distribución no existe en la actualidad reglamentación acerca de los criterios de seguridad y fiabilidad exigibles a este tipo de redes, por lo que, en rigor, aunque deseable, no puede invocarse, a la hora de determinar si hay o no capacidad para conceder el acceso a la misma, el que ésta soporte las contingencias de carácter simple (N-1) sin que se produzcan sobrecargas en ningún elemento, tal y como sí está regulado para las redes de transporte, siendo, por tanto, lo único exigible en la actualidad que las redes de distribución, en condiciones normales de explotación

sin fallo (N), soporten la nueva demanda sin que existan sobrecargas, algo que la actual red de 110 kV de FECSA-ENHER I, S.A.U., de la zona sí viene a cumplir.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 11 de septiembre de 2001,

ACUERDA

PRIMERO. Reconocer el derecho de Electra Caldense, S.A., a acceder a la red de distribución de 110 kV de FECSA-ENHER I, S.A.U., para una potencia de 7 MW, destinada al suministro de energía eléctrica al Polígono Industrial “Can Roqueta II”, en el término municipal de Sabadell, Barcelona, al no concurrir la causa de denegación prevista en el artículo 42.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. Para el efectivo ejercicio de este derecho de acceso por parte de Electra Caldense, S.A., a la red de distribución de 110 kV de FECSA-ENHER I, S.A.U., las partes deberán llegar a un acuerdo acerca de las modificaciones técnicas a realizar en la actual red, de cara a garantizar la seguridad, regularidad y calidad adecuadas de los suministros, aplicándose lo establecido en el artículo 41. 1 c) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 41.1 i) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

TERCERO.- Sin perjuicio de lo anterior, FECSA-ENHER I, deberá adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo, de forma inmediata, el acceso al solicitante del mismo, adoptando las medidas técnicas de desplazamiento de actuales cargas y otras similares, garantizando, en todo caso, la seguridad de la red y la calidad de los suministros.

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

VOTO PARTICULAR DE LOS CONSEJEROS SEBASTIÀ RUSCALLEDA I GALLART Y JORDI DOLADER I CLARA

De forma coherente con el voto particular ya emitido por estos Consejeros en el conflicto de acceso a la red de distribución C.A.T.R. 4/2001 instado por Gas Natural Comercializadora S.A. frente a DICOEXSA, existen dudas razonables respecto a quien corresponde la competencia de la resolución de conflictos de acceso a las redes de distribución derivados de la confrontación de los criterios de distribución competenciales establecidos en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía y lo que se establece confusamente en el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

Es por ello que la Generalitat de Catalunya ha reivindicado su competencia en este conflicto de acceso teniendo en cuenta que se plantea con relación a una línea de distribución de energía eléctrica que afecta solamente a su Comunidad Autónoma, apoyándose además en la respuesta de 13 de marzo de 2001 del Consejo de Ministros al requerimiento de incompetencia planteado contra el Real Decreto 1955/2000, con relación a la competencia de la CNE para resolver los conflictos de acceso a la red de distribución, independientemente de cual sea la Administración Competente sobre la instalación eléctrica afectada donde se afirma textualmente que: "por tanto, cabe entender que las referencias contenidas en la disposición requerida, relativas a la Comisión Nacional de Energía, admiten una interpretación conforme con las pretensiones de la Generalitat de Catalunya".

Teniendo en cuenta que la CNE tiene conocimiento de que la Direcció General d'Energia i Mines de la Generalitat de Catalunya ya ha resuelto el conflicto de acceso, los Consejeros que suscriben entienden que lo que corresponde hacer a la CNE es dar conocimiento al Ministerio de Economía del conflicto de competencias planteado sin entrar en la resolución del conflicto ya que una segunda resolución sobre un mismo tema sin duda daría lugar a confusión a las partes afectadas.

VOTO PARTICULAR DEL CONSEJERO, D. JUAN IGNACIO UNDA

El Consejero D. Juan Ignacio Unda formula voto particular únicamente al apartado I “Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento de los fundamentos jurídicos procesales”, en relación con la ausencia de competencia de la Comisión Nacional de Energía (CNE) para resolver el conflicto C.A.R.T 3/2001 instado por Electra Caldense, S.A. frente a FECSA-ENHER, S.A.V., todo ello en los siguientes términos:

1. Sobre la falta de competencia de la CNE para resolver el conflicto planteado.

- ◆ La competencia de la CNE para resolver los conflictos de acceso a redes viene referida en el artículo 14 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

En dicho artículo se establece que “Corresponde a la Comisión Nacional de Energía la resolución de los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos líquidos, a la red básica, red de transporte secundario, red de distribución de gas natural o a las redes de transporte y, en su caso, distribución de energía eléctrica, cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma”

Con arreglo a dicho precepto y al informe de fecha 24 de mayo de 2000 de la Asesoría Jurídica “*Ambito competencial de la CNE en relación con el ejercicio de su función de resolución de conflictos*”

relativos al acceso de terceros a las redes” (nota informativa I) solicitado por acuerdo del Consejo de Administración de la CNE en su sesión de fecha 9 de mayo de 2000, (acta nº 50), y teniendo en consideración que en aplicación de los criterios de la Asesoría Jurídica de esta CNE establecidos en dicho informe de fecha 24 de mayo de 2000, sobre el *Ambito de afectación territorial de la instalación de distribución eléctrica de distribuidora Electra Caldense S.A. para realizar la distribución de electricidad al polígono “Can Roqueta II.” en el término municipal de Sabadell, Barcelona,* se puede concluir que *no afectarán ni a las redes de distribución ni a las de ninguna otra Comunidad Autónoma,, ni tampoco a la red de transporte,* y por tanto en aplicación de dichos criterios la competencia no corresponde a la CNE sino a la Comunidad Autónoma.

- ◆ La aplicación del citado precepto no comporta, como se señala en el informe aprobado por el Consejo de la CNE, una reinterpretación de preceptos legales conforme a lo referido en el propio precepto del artículo 14 del RD 1339/1999.

Por el contrario, la tesis defendida en el informe de la CNE supone ir más allá de una mera interpretación y aplicación de la Ley, pues comporta la desvirtuación del contenido del artículo 14 del Real Decreto 1339/1999, precepto que como organismo público sometido en su actuación a la Ley y al Derecho está la CNE obligada a aplicar, dejándolo sin embargo sin efecto, y sustituyendo su aplicación por criterios que no vienen tampoco expresamente referidos en la Ley, como es la atribución a la CNE en todo caso de la competencia para resolver los conflictos de acceso a redes.

La obligación de la CNE de someterse a la Ley y al Derecho, en aplicación del artículo 103.1 de la CE ya ha sido puesta de manifiesto y objeto de aplicación por la CNE en relación con la Orden Ministerial por la que se establece para 1999 la prima al consumo de carbón autóctono, respondiendo a alegaciones realizadas por una empresa respecto a la necesidad de otorgar, en las liquidaciones de la CNE, las primas por consumo de carbón autóctono cuando efectivamente haya sido consumido el mismo, atendiendo a la necesidad de considerar la existencia de una ilegalidad de la citada Orden en relación con lo previsto en dicha materia en la Ley 54/1997.

En tal caso, la CNE consideró en el informe sobre el recurso presentado contra las liquidaciones de la CNE, la necesidad de cumplir con el principio de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, por mas que pudiese existir una supuesta ilegalidad de la citada Orden respecto a lo dispuesto en la Ley.

Cabe señalar que el propio artículo 39 de la Ley 54/1997 del sector eléctrico señala que *“La distribución de energía eléctrica se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y será objeto de ordenación atendiendo a la necesaria coordinación de su funcionamiento, a la normativa uniforme que se requiera, a su retribución conjunta y a las competencias autonómicas”*.

Y no es obvio, sino susceptible de interpretación que la mención entre los elementos a que se refiere la ordenación de la distribución, en el artículo 39.2, de la Ley 54/1997, a las condiciones de tránsito de la energía eléctrica, se refiera igualmente al ejercicio de las competencias de resolución de los conflictos, que vacíen completamente de contenido en este ámbito la actuación de las

Comunidades Autónomas, como se señala en el informe de la CNE, y no fundamentalmente a competencias normativas de “ordenación”, lo que dejaría a aquellas, en concordancia con el reparto constitucional de competencias, un determinado ámbito de competencias.

- ◆ La aplicación del artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, entendiendo que la competencia de resolución de los conflictos sobre formalización del derecho de acceso corresponde al Estado en todo caso y que la delimitación competencial referida en el artículo 14 sólo se refiere a los contratos de acceso carece de lógica sistemática.

El ejercicio por la CNE de su función de resolución de conflictos no puede suponer la inaplicación de criterios de reparto de competencias referidos reglamentariamente.

- ◆ La función de resolución de conflictos no es en todos los casos de carácter estatal pues no todos los conflictos de acceso a las redes comportan una incidencia o afectación de cuestiones atinentes al mercado eléctrico en su conjunto (es en este aspecto precisamente donde juega el concepto de afectación), ni tiene la CNE atribuida la exclusiva de resolución para garantizar la igualdad en el ejercicio del citado derecho.

En relación con este aspecto puede citarse el propio derecho de establecimiento, cuya efectividad debe garantizarse igualmente de manera equitativa para todos los ciudadanos del Estado, correspondiendo sin embargo el ejercicio de las funciones ejecutivas relativas a su ejercicio a distintas administraciones, sin que ello

comporte menoscabo alguno para la consecución de la igualdad de trato.

- ◆ La atribución a la CNE de la función de resolución de conflictos de acceso a redes de transporte y distribución en los artículos 38 y 42 y en la Disposición Adicional undécima tercera de la Ley 54/1997 debe entenderse realizada, no para todos los casos, sino dentro del ámbito competencial establecido en la Constitución, en el artículo 3 de la propia Ley, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, como concreción y desarrollo de dichos criterios constitucionales y legales.

Y así se realiza en el artículo 14 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, norma de obligado cumplimiento para la CNE, no procediendo que la CNE, mediante el ejercicio de sus potestades administrativas interprete que el reglamento no se acomoda a la Ley, y en su lugar, aplique criterios inferidos e interpretados de la propia Ley, que no vienen expresamente atribuidos en la misma, como es la consideración de que todos los expedientes de resolución de conflictos corresponden a la CNE.

- ◆ La atribución al Estado, en el artículo 3 de la Ley 54/1997, de las “funciones de ordenación” no puede interpretarse entendiendo que corresponde a la Administración General del Estado la competencia exclusiva para resolver los conflictos de acceso a redes.

No siendo esta conclusión en absoluto obvia, sino producto de una determinada elaboración interpretativa, no puede en su lugar desconocerse la existencia de una definición competencial en norma reglamentaria, por lo que, en lugar de interpretar el reglamento (hasta el punto de dejarlo inaplicado) con arreglo a una “determinada

interpretación de la Ley” (que no resulta en ningún caso obvia) deberían haber sido objeto de aplicación los criterios reglamentarios.

A pesar de que la Comisión ya manifestó en su informe sobre la propuesta de Reglamento de la CNE remitida al MINER, la necesidad de ampliar el ámbito de competencias de la CNE en materia de resolución de conflictos, el Gobierno no atendió sin embargo a las consideraciones de la CNE, plasmando de manera acertada, como así se corroboró en el trámite de examen de la propuesta normativa por el Consejo de Estado, el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en esta materia en el artículo 14 del Reglamento adoptado, sobre el que ahora se reclama el cumplimiento.

Adicionalmente es de mencionar que el Consejo de Ministros en su reunión celebrada el día 23 de marzo de 2001 a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas, aprobó un acuerdo por el que se contesta al requerimiento de incompetencia formulado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con el Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorizaciones de instalación de energía eléctrica, y en el cual se señala:

“El Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, configurándose esta Comisión como un organismo público cuyo objeto es velar por la competencia efectiva en los mencionados sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia en su funcionamiento actuando como órgano arbitral en los conflictos que le sometan los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos.

Por tanto cabe entender que las referencias contenidas en la disposición requerida, relativa a la Comisión Nacional de Energía admiten una interpretación conforme con las pretensiones de la Generalitat de Cataluña, en el sentido de que la intervención de la Comisión Nacional de Energía se requiere sólo 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”.

Asimismo conviene señalar que con fecha 15 de mayo de 2001 la Generalitat de Cataluña pone en conocimiento del Instructor del expediente y de la propia CNE, que considera que en relación con el citado conflicto la competencia para dictar la correspondiente resolución recae en la Dirección General de Energía y Minas de la Generalitat de Cataluña argumentando tal decisión, y con fecha 4 de septiembre de 2001 comunica a la CNE que ha emitido resolución resolviendo el citado conflicto de acceso instado por Electra Caldense S.A.

CONCLUSION

Por todas las razones apuntadas, se entiende que la competencia en este caso no corresponde al Estado, sino a la Generalitat de Cataluña y por tanto es manifiesta la ausencia de competencia de la CNE en la resolución del conflicto planteado y por tanto nula de pleno derecho la Resolución.

2. **Compatibilidad entre el derecho de acceso recogido en la ley 54/97, y la eficiencia técnico-económica del sistema eléctrico.**

La distribución de energía eléctrica en España se viene realizando, desde siempre, bajo un régimen legal **no concesional**, es decir, sin exclusividad territorial. Sin embargo, la historia ha demostrado que de hecho, aunque no de derecho, ésta ha sido desarrollada, salvo contadas ocasiones, bajo un régimen de exclusividad territorial mediante "pactos de no agresión", esto es, reconociéndose, por parte del resto de empresas distribuidoras, que la empresa que operaba en una determinada zona tenía exclusividad sobre la misma. Desde el punto de vista económico, esta exclusividad redundaba en la eficiencia económica del sistema eléctrico. Así, en cualquier negocio de redes - eléctricas, gasistas, ferroviarias, etc- se llega a demostrar que tanto los costes marginales como los costes medios son decrecientes si existe una única red. En definitiva, la eficiencia económica de este tipo de negocios se alcanza cuando los mismos se constituyen en auténticos **monopolios naturales**.

La Ley del Sector Eléctrico, en su Exposición de Motivos, reconoce a la actividad de distribución de energía eléctrica este carácter de monopolio natural, pero a lo largo de su articulado, lejos de desarrollar esta tesis, **parece** dejar abiertas las puertas para que exista competencia en esta actividad. Así, de acuerdo con la Ley del Sector Eléctrico, la construcción, modificación, explotación, transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica estarán sujetas a autorización administrativa, pero que la misma, en ningún caso, se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos.

Si añadimos a lo anterior que la nueva Ley del Suelo establece que en las actuaciones urbanísticas realizadas en suelo urbanizable -la inmensa mayoría de las actuales actuaciones urbanísticas- los promotores tienen que construir a su costa toda la infraestructura eléctrica interior -que desde el punto de vista económico es lo más eficiente ya que el promotor es el que tiene unos menores costes marginales-, y teniendo en cuenta que, según la legislación en materia eléctrica, estas infraestructuras tienen que ser explotadas y mantenidas por empresas distribuidoras, no es de extrañar que se estén dando ya los primeros casos en que estos promotores **venden** estas infraestructuras eléctricas que han costado **al mejor postor**, en este caso, a la empresa distribuidora que más esté dispuesta a pagar, estableciéndose, de este modo, distribuciones en cascada una de otra, salvo que sea el distribuidor de la zona quien se haga con la misma. De proliferar esta práctica, tendremos en unos pocos años una distribución totalmente **atomizada**, algo que, sin tener en cuenta incluso aspectos técnicos, no debería ser deseable desde el punto de vista económico, ya que todo nuevo distribuidor tendrá unos costes marginales de operación y mantenimiento mayores que los del distribuidor que opera en la zona.

Cabría preguntarse por qué puede interesar a una empresa distribuidora, que viene ejerciendo históricamente su actividad en una zona concreta, expandirse hacia otros territorios. Caben, de entrada, dos motivos, que incluso pueden estar relacionados. En primer lugar, por crecer. Bajo esta óptica, si la regulación de la retribución de la actividad de distribución no está bien ajustada -como desgraciadamente es el caso- este crecimiento hacia otras zonas podría significar un crecimiento en la retribución más que proporcional, produciéndose un perjuicio económico o bien a los consumidores -si la retribución global aumenta- o bien al distribuidor colindante -si la retribución global no aumenta-. Si malo es el primer escenario -subida de tarifas-, peor puede llegar a ser el segundo, ya que a la larga al no reconocer el sistema los costes reales en que cada distribuidor incurre, se corre el riesgo de un deterioro progresivo en el ejercicio de la actividad.

El segundo motivo que cabe pensar es porque pudieran existir otros intereses aparte de los ligados a la actividad de distribución. Así, dado que la mayoría de las empresas comercializadoras provienen de empresas eléctricas verticalmente integradas, y que la separación de actividades entre unas actividades y otras cuenta con no pocas imperfecciones, se ha venido constatando ciertas ventajas competitivas para ejercer la actividad de comercialización en aquéllos lugares donde la empresa distribuidora pertenece al mismo holding. No es de extrañar, por tanto, que algún distribuidor esté dispuesto a expandirse hacia nuevos territorios, aunque el negocio sea poco o nada rentable, si con ello consigue que la empresa comercializadora de su holding obtenga ventajas competitivas frente a otras. Si se añade que, aparte del negocio meramente eléctrico, es posible ofertar a los clientes otros muchos servicios, el negocio está claro. En definitiva, puede producirse un trasvase de rentas entre unas actividades -reguladas- y otras -no reguladas-, algo que debería ser evitado regulatoriamente.

Con independencia de lo anterior, la apertura a la competencia en el negocio de distribución de energía eléctrica **podría**, de nuevo, entrar en colisión con la ya mencionada Exposición de Motivos de la Ley del Sector Eléctrico, al indicar ésta que el transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes.

Aparece aquí, por primera vez, el nudo gordiano de la cuestión: **el acceso**. La redacción de la Ley del Sector Eléctrico, y de algunas de sus normativas de desarrollo, vienen a confundir **el acceso** - a la red existente- y **la conexión** -de nuevas instalaciones-. Así, debería entenderse por acceso, el derecho al **tránsito** de la energía entre un agente vendedor y un agente comprador. No cabría, según esta

interpretación, hablar de acceso cuando lo que se pretende es conectar unas nuevas instalaciones a otras ya existentes.

Según esta *lectura* de la Ley, cabría plantearse si en realidad lo que el legislador pretendía es que la extensión de las redes se siguiese realizando mediante un esquema de monopolio natural, es decir, evitándose las distribuciones *en cascada* y con ello la ineficiencia económica en la actividad de distribución, y que la competencia viniese por la no discriminación, por parte de las distribuidoras, entre unas empresas comercializadoras y otras, con independencia de la pertenencia o no al mismo holding.

NOTA INFORMATIVA I: En el informe de 24 de mayo de 2000 sobre “Ambito competencial de la CNE en relación con el ejercicio de su función de resolución de conflictos relativos al acceso de terceros a las redes”, solicitado por acuerdo del Consejo de Administración de la CNE en su sesión de fecha 9 de mayo de 2000, (acta nº50) se establece:

“I. OBJETO

Se solicita informe a esta Asesoría Jurídica en el que se analice el ámbito de competencias de la CNE en relación con el ejercicio de la función de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes que le atribuye la Ley 34/1998, y su delimitación respecto a las competencias detentadas por otras Administraciones competentes. El informe analiza esta cuestión centrándose especialmente en los conflictos relativos al acceso a las redes eléctricas.

II. NORMATIVA APLICABLE

1. Atribuye la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, a la Comisión Nacional de Energía la función decimotercera consistente en *“resolver los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

Por otro lado, en materia eléctrica, disponen los artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, relativos respectivamente al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, que *“en aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con la aplicación de contratos de*

acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la presente Ley”, debiendo entenderse que, tras la derogación del artículo 8 de la citada Ley y la desaparición de la CNSE, la referencia debe entenderse hecha a la Comisión Nacional de Energía, y el artículo 8 sustituido por la DA 11^a de la Ley 34/1998.

2. El ejercicio de esta función de resolución de conflictos atribuida a la CNE en la Ley ha sido objeto de desarrollo en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, en cuyo artículo 14 se establece una delimitación más precisa del ámbito en el que se ha de desarrollar. Establece el artículo 14 del Reglamento, relativo a la “Resolución de conflictos”, en su apartado 2 que

“Corresponde a la Comisión Nacional de Energía la resolución de los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos líquidos, a la red básica, red de transporte secundario, red de distribución de gas natural o a las redes de transporte y, en su caso, distribución de energía eléctrica, cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma”.

3. Corresponde pues a la CNE la resolución de los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a instalaciones de transporte y, en su caso, distribución de energía eléctrica, **cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma”.**

4. Esta delimitación competencial es acorde, como no podría ser de otro modo, con el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en el artículo 149.1 de la Constitución Española, que ahora recordamos.

Establece el artículo 149.1 22 CE en relación con la energía eléctrica:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.”

Este precepto viene complementado por lo dispuesto en el artículo 148.1.10 CE, en el que se prevé que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia exclusiva en lo relativo a:

“10. Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales termales”.

Por otro lado, y respecto a la energía con carácter general, establece el artículo 149.1.25 CE, que es competencia exclusiva del Estado la relativa al establecimiento de “bases del régimen minero y energético.”

5. En consonancia con el criterio constitucional, la Ley 54/1997 ha establecido en su artículo 3 una delimitación de las competencias que corresponden al Estado y las Comunidades Autónomas.

III. CONSIDERACIONES

1. A la vista de las anteriores disposiciones, y en particular la referida en el artículo 14.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, cabe considerar que la CNE será competente para resolver los conflictos relativos a contratos de acceso cuando en el conflicto exista al menos una instalación de competencia de la Administración General del Estado (así será cuando ésta haya sido autorizada por los órganos competentes de la citada Administración), o sino, cuando resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma.

Esta misma interpretación sería aplicable respecto a los conflictos suscitados en relación con la “formalización del derecho de acceso” regulado en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, a pesar de que en este precepto no se discrimina respecto a los supuestos en que la CNE es competente, limitándose a establecer que

“1. Los sujetos con derecho de acceso remitirán petición formal a los titulares de las instalaciones¹ respecto de las cuales pretendan ejercerlo. En caso de que concurra alguna de las causas de denegación del acceso a terceros, recogidas en la Ley del Sector Eléctrico o en la Ley del Sector de Hidrocarburos, los titulares de las instalaciones deberán comunicar su negativa a la Comisión Nacional de Energía y al solicitante, de manera motivada, en un plazo máximo de un mes a partir de la petición formal del acceso”.

¹ Aquí no se diferencia entre las diferentes instalaciones que resulten afectadas.

Y en su apartado 2 señala que *“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”*².

Por tanto, y en ausencia de una referencia expresa a los supuestos en que la CNE ha de ser competente para resolver sobre los conflictos relativos a la formalización del derecho de acceso (y no a los contratos en sí mismos) por contraposición a los supuestos de competencia de otras Administraciones, podría defenderse en este caso la atribución a la Comisión de una competencia más amplia para resolver sobre los supuestos de negativa a las solicitudes de acceso.

Pero entendemos que lo dispuesto en este precepto debe hacerse compatible, en una interpretación sistemática, con lo dispuesto en el artículo anterior que se refiere de manera general a los conflictos relativos a los contratos de acceso a las redes, y podría igualmente pensarse que al hablarse de “contratos de acceso” se está haciendo referencia de manera general y amplia a todos los supuestos de conflictos de acceso.

Además, en el apartado 3 del propio artículo 15 se señala que *“Cuando sea necesario para hacer efectivo el derecho solicitado el acceso a instalaciones competencia de las Comunidades Autónomas, la Comisión Nacional de Energía solicitará informe preceptivo a las Comunidades Autónomas”*, pero sin otorgar de esta manera en todo caso la competencia a la CNE, pues puede pensarse todavía en el supuesto en que siendo competente la CNE, dentro del conflicto haya alguna instalación de competencia autonómica, frente al supuesto en que la competencia corresponda a la CA por no haber ninguna instalación estatal ni afectarse a instalaciones de más de una Comunidad Autónoma.

² Tampoco se diferencia entre las diferentes instalaciones en este apartado del precepto.

De todo lo dicho con anterioridad, se deduce que la CNE será competente para resolver cuando en el conflicto exista al menos una instalación de competencia de la Administración General del Estado (así será cuando ésta haya sido autorizada por los órganos competentes de la citada Administración), o sino, cuando resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma.

2. Este último criterio de afectación supone que será la CNE competente cuando se afecten instalaciones de competencia autonómica, pero de diferentes Comunidades Autónomas, es decir, se afecten al menos dos instalaciones, cada una de las cuales hayan sido autorizadas por una Comunidad Autónoma distinta.

O retomando el criterio constitucional, cuando aun versando el conflicto sobre instalaciones de competencia de la misma Comunidad Autónoma, se afecte de manera significativa a instalaciones de competencia estatal o de otra Comunidad Autónoma, entendiéndose así que la simple titularidad competencial de una sola Comunidad Autónoma sobre la totalidad de las instalaciones implicadas en un conflicto no hurtaría en todo caso a la Comisión su competencia en el asunto, siempre que la citada afectación exista.

3. De lege ferenda, y de no existir como ya ocurre una solución reglamentaria a este asunto, podría defenderse que, en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado para fijar las bases del régimen minero y energético, el legislador podría haber atribuido a la CNE, de manera exclusiva y en norma declarada de carácter básico, la competencia para resolver todos los conflictos de acceso de terceros a las redes, con independencia de la competencia autorizatoria de la instalación, todo ello con base en argumentos de necesidad de tratamiento unitario y coherente de todos los problemas de acceso a las redes, tratarse de una materia que podría entenderse dentro del ámbito de las funciones de “ordenación del sector”, así como en su incidencia en un mercado de producción y comercialización más amplio, y en la diferente naturaleza de los conflictos de

acceso de terceros a las redes y la competencia material que en estos asuntos se ventila, que no es equivalente al de la competencia autorizatoria, pues el *uso de las redes* es cuestión distinta a la *autorización de las instalaciones*.

Habiendo sólo criterios constitucionales relativos a la competencia de “autorización” de las instalaciones, podría haberse defendido la atribución a un órgano estatal, aunque diferenciado de la Administración General del Estado (en tanto perteneciente a la llamada Administración institucional), la competencia sobre los conflictos de acceso a las redes, todo ello en las razones antes apuntadas, con independencia de la competencia autorizatoria de la instalación.

No obstante, esta solución también sería discutible, teniendo en cuenta la propia definición constitucional de competencias, que ha permitido atribuir a las Comunidades Autónomas competencias legislativas y ejecutivas en materia energética (y así se manifiesta en materias tales como la resolución de discrepancias relativas a la conexión de instalaciones del régimen especial a las de distribución si bien éstas discrepancias son más bien atinentes a la conexión, a diferencia del acceso que constituye una materia más amplia y no estrictamente limitada a las instalaciones en las que se produce la conexión), pues la exclusividad del Estado sólo puede predicarse de la fijación de las llamadas bases, y para la autorización de determinadas instalaciones.

Salvo que pudiera considerarse la existencia, con carácter general, de problemas supracomunitarios en la resolución de los conflictos de acceso de terceros a las redes, que permitan argumentar, como antes se apuntaba, la necesidad de su resolución por la CNE.

Cabe reseñar en todo caso que no es objeto del presente informe, por estar determinado reglamentariamente en el Real Decreto 2818/1998, sobre instalaciones del régimen especial, que corresponde a las Comunidades Autónomas la resolución de las discrepancias que puedan surgir entre los

productores en régimen especial y las empresas distribuidoras a las que se conectan en relación con el punto y condiciones de conexión.

4. En todo caso, nos encontramos con que la exclusividad de resolución de conflictos de acceso por la CNE no se establece en la Ley, pues se le atribuye esta función en la adicional undécima “en los términos que reglamentariamente se establezcan”, y que el Gobierno ya ha determinado que la competencia corresponde a la CNE **cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma**”, por lo que nos vemos obligados de nuevo a interpretar el alcance de la cláusula de afectación que se contiene en el último inciso del artículo 14.2 del Real Decreto 1339/1999.

¿Qué significa que resulten afectadas instalaciones de más de una Comunidad Autónoma? La afectación puede provenir del hecho de estar directamente implicadas en el propio conflicto dos instalaciones, cada una de ellas de una Comunidad Autónoma diferente, a las que se solicita el acceso, o bien cuando se solicita el acceso sólo a una de ellas, haciéndolo desde la instalación de otra Comunidad Autónoma.

Pero aun solicitándose el acceso desde y hacia instalaciones de una sola Comunidad Autónoma, podría producirse la afectación de otra instalación de una Comunidad Autónoma diferente, no directamente implicada en el conflicto, es decir, una suerte de afectación supracomunitaria, por la importancia del nuevo acceso solicitado, la incidencia en el tránsito de energía que el mismo pueda tener, la necesidad de refuerzo de instalaciones “aguas arriba” para permitir el acceso, o la propia proximidad de ésta última instalación a aquellas en donde se produce la solicitud de acceso.

Pero aunque no expresamente referido en el artículo 14.2, cabe pensar todavía en otro supuesto en el que la competencia vendría conferida a la CNE, como es el

caso en el que, sin ser ninguna de las instalaciones directa y expresamente implicadas en el conflicto de competencia estatal, sino de competencia de una sola Comunidad Autónoma, se afecte sin embargo a una instalación de esta naturaleza, pues si se ha interpretado que la afectación de instalaciones de varias Comunidades Autónomas (aun sin ser las directamente implicadas en el asunto) otorga a la CNE la competencia, también debería ser ésta la consecuencia cuando se afecte a una instalación estatal no directamente implicada en el conflicto.

5. Por último, los criterios referidos por el Tribunal Constitucional se refieren más propiamente a la determinación de la competencia autorizatoria de las instalaciones, en la resolución de los conflictos de competencia, por lo que, si bien pueden informar de alguna manera este análisis, no pueden aplicarse automáticamente, dado que como se ha dicho, la sola existencia de instalaciones autorizadas por la Comunidad Autónoma directamente implicadas en el conflicto no excluiría, de afectarse otras instalaciones, la posibilidad de que la CNE disponga de competencia.

No obstante, cabe recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de conflictos de competencia.

En materia de transporte el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³, entendiéndose que **1) basta con que se cumpla uno de los dos requisitos del artículo 149.1.22 de la Constitución (aprovechamiento o transporte), para que la competencia sea estatal; 2) no basta con que la ubicación de la instalación esté en la Comunidad Autónoma**, es una razón necesaria pero no suficiente.

³ Sentencia 12/1984, de 2 de febrero de 1984, dictada en relación con un conflicto de competencias entre el Estado y Cataluña, en relación con una instalación de transporte.

Además, hay que examinar si el aprovechamiento afecta o no realmente a otra Comunidad⁴.

IV. CONCLUSION

En atención a todas las consideraciones precedentes, cabe concluir:

1. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 función decimotercera, y en el artículo 14.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, corresponderá a la Comisión Nacional de Energía la resolución de los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos líquidos, a la red básica, red de transporte secundario, red de distribución de gas natural o a las redes de transporte y, en su caso, distribución de energía eléctrica, cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado.
2. Igualmente, le corresponderá dicha competencia cuando resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma. La afectación puede provenir del hecho de estar directamente implicadas en el propio conflicto dos instalaciones, cada una de ellas de una Comunidad Autónoma diferente, a las que se solicita el acceso, o bien cuando se solicita el

⁴ En este asunto, se consideraron los siguientes criterios para considerar finalmente que sí había afectación supracomunitaria: 1) el hecho de que se tratara de una línea de transporte de alta tensión de la primera categoría (conforme a la ley de 1984.....); 2) el hecho de estar integrada en la red general peninsular; 3) la intervención de dicha línea en importantes intercambios de energía procedentes del exterior, necesarios para atender el frecuente déficit de suministro de Cataluña, intercambios cuantiosos en las fechas inmediatas a la sentencia. Sin embargo, matiza que *“no cabe inferir sin más que la competencia para autorizar todas las líneas de alta tensión, incluidas las de segunda y tercera categorías, corresponda también siempre y necesariamente al Estado, porque lo que habrá de comprobar en cada caso es si cada línea se integra o no en la Red General Peninsular, lo cual no siempre sucede con todas las líneas de alta tensión”*.

En la Sentencia 119/1986, de 20 de octubre de 1986, dictada en relación con una autorización de la línea eléctrica Rubí-Amposta, utilizada en realidad para el transporte de electricidad producida por la Central Nuclear de Vandellós a Rubí y a Castellón de la Plana, el Tribunal considera que, en tanto con dicha línea se transporta electricidad a otra Comunidad Autónoma, no hay duda de que su aprovechamiento afecta a otra Comunidad.

acceso sólo a una de ellas, haciéndolo desde la instalación de otra Comunidad Autónoma.

3. Pero aun solicitándose el acceso desde y hacia instalaciones de una sola Comunidad Autónoma, podría producirse la afectación de otra instalación de una Comunidad Autónoma diferente no directamente implicada en el conflicto, por la importancia del nuevo acceso solicitado, la incidencia en el tránsito de energía que el mismo pueda tener, la necesidad de refuerzo de instalaciones “aguas arriba” para permitir el acceso, o la propia proximidad de ésta última instalación a aquellas en donde se produce la solicitud de acceso, debiendo ser objeto de un análisis particular esta circunstancia para determinar el alcance de la competencia.
4. Aunque no expresamente referido en el artículo 14.2, cabe pensar todavía en otro supuesto en el que la competencia vendría conferida a la CNE, como es el caso en el que, sin ser ninguna de las instalaciones directa y expresamente implicadas en el conflicto de competencia estatal, se afecte sin embargo a una instalación de esta naturaleza, pues si se ha interpretado que la afectación de instalaciones de varias Comunidades Autónomas (no directamente implicadas en el asunto) otorga a la CNE la competencia, también debería ser ésta la consecuencia cuando se afecte a una instalación estatal.
5. Por último, cabe destacar que, aunque corresponda la competencia a la CNE cuando se cumpla alguno de los supuestos referidos en los números anteriores, deberá solicitarse informe preceptivo a las Comunidades Autónomas cuando para hacer efectivo el derecho solicitado sea necesario el acceso a instalaciones competencia de dichas Comunidades, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 15 del Real Decreto 11339/1999, de 31 de julio.”