

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN INSTADO POR TADESA, S.A. FRENTE A UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. (C.A.T.R. 56/2007).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del conflicto.*

El 17 de julio de 2007 ha tenido entrada en el Registro de la CNE escrito de D. Alberto Gómez Díaz, en nombre y representación de Talas y Desbroces, S.A. (en adelante, TADESA), por el que solicita a la CNE la resolución del conflicto de acceso que mantiene con Unión Fenosa Distribución, S.A. (en adelante, Unión FENOSA) respecto de una planta de biomasa de 10 MW, a ubicar en el Ayuntamiento de Santa Comba (Coruña).

En su escrito, TADESA expone que Unión FENOSA niega, de forma oscurantista, su solicitud de acceso a red incumpliendo la normativa vigente. Asimismo, ante la alegación de Unión FENOSA de que los datos consignados son erróneos, TADESA manifiesta que los datos que le constan son los publicados en el Diario Oficial de Galicia.

Al escrito de planteamiento de conflicto, TADESA adjunta los siguientes documentos:

- Escrito de TADESA de fecha 10 de abril de 2007 por el que consulta a Unión FENOSA datos sobre la situación de la Línea de 66 kV Carballo-Tambre y proponiéndole abrir la línea de 66 kV Carballo-Tambre y construir una subestación en Santa Comba.
- Escrito de Unión FENOSA fechado el 16 de abril de 2007 comunicándole el agotamiento de la capacidad de evacuación de la red de la zona de Santa Comba, por lo que no es posible asignarle un punto de conexión en la red de distribución de Unión FENOSA.

- Escrito de TADESA de fecha 2 de mayo de 2007 dirigido a Unión FENOSA indicándoles que, a su juicio, su contestación no reúne los requisitos establecidos por la normativa (justificación de la negativa y propuesta de punto de acceso alternativo)
- Escrito de Unión FENOSA de 8 de mayo de 2007 informando a TADESA de que el agotamiento de la línea de 66 kV se debe a las generaciones existentes y que *“la alternativa pasaría por conectarse en Mesón do Vento, mediante una línea dedicada a 66 kV, siendo además necesario proceder a un aumento en la capacidad de transformación 220/66 kV en dicha subestación y siempre que la REE lo autorizara. Entendemos que la alternativa propuesta exigiría unos gastos de conexión exageradamente onerosos para el tipo y tamaño de la instalación. El propio RD 1955/2000, en su artículo 62, apartado seis, dispone que dicha alternativa deberá proponerse si ello fuera posible y por ello no fue realizada.”*
- Escrito de TADESA de 31 de mayo de 2007 manifestando a Unión FENOSA su discrepancia con la interpretación de Unión FENOSA por cuanto la línea en la que pretende conectarse “está equipada con un LA-180 que tiene una capacidad de 50 MVA, no alcanzando los 10 MW solicitados el 50% de la potencia de la línea a la que se pretende la interconexión.
- Escrito de Unión FENOSA de 8 de junio de 2007 reiterando a TADESA los argumentos de la carta fechada el 8 de mayo de 2007 e indicándoles que los datos de la línea Tambre-Carballo señalados por TADESA son erróneos y que posteriores solicitudes de puntos de conexión deberán sujetarse al RD 661/2007.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos de fecha 24 de julio de 2007 se comunicó a TADESA y a Unión FENOSA el inicio del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A TADESA también se le requirió para que la persona que actuaba en su nombre acreditara su representación, recibándose el 13 de agosto de 2007, en el Registro de la CNE, escrito de TADESA remitiendo la representación requerida.

A Unión FENOSA se le dio traslado del escrito presentado por TADESA y de su documentación adjunta, confiriéndole un plazo de diez días hábiles –previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992- para formular alegaciones y aportar los documentos que estimara convenientes en relación con el objeto del conflicto.

Asimismo, por escrito de 18 de julio de 2007 se requirió de la Xunta de Galicia la emisión del informe preceptivo previsto en el artículo 15.3 del Real Decreto 1339/1999 (por el que se aprueba el Reglamento de la CNE) en relación con lo que afectare a las instalaciones de su competencia, a propósito del conflicto de referencia. Habiendo transcurrido el plazo para la evacuación de este informe, establecido en el apartado 2 del artículo 83 de la Ley 30/1992, se prosiguieron las actuaciones del procedimiento, con base en lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 83. No obstante, con fecha 24 de septiembre de 2007, se recibió en el Registro de esta Comisión informe de la Xunta de Galicia, en los siguientes términos:

- La línea Tambre-Sabón fue autorizada el 11-1-1960 con las siguientes características: conductor de AL-AC de 196,4 mm² de sección; Intensidad máxima permitida de 456 A; Potencia máxima admisible de 48,54 MVA (calculada a intensidad máxima, una caída de tensión que no excede del 5% y un $\cos \varphi=1$)

TERCERO.- Alegaciones de Unión Fenosa Distribución.

El 7 de agosto de 2007 tuvo entrada en el Registro de la CNE escrito de alegaciones de Unión FENOSA. Esencialmente, esta empresa, una vez recogida sucintamente el contenido de las comunicaciones intercambiadas con TADESA, alega lo siguiente:

- Que *“El punto de conexión solicitado se sitúa en una línea de 66 kV que interconecta las subestaciones de Carballo y Tambre. Esta línea tiene una longitud aproximada de 50 km y un conductor de una capacidad nominal de 50 MW. En esta misma línea se conectan las subestaciones de Negreira y Boaña, situadas respectivamente en los concellos de Negreira y Santa Comba.*

- Que *“Esta red de distribución de 66 kV recoge y evacua las aportaciones de generación inyectadas a través de las subestaciones conectadas a la línea. [...] En particular, en la línea Tambre-Carballo hay actualmente conectada una potencia de 41,8 MW, que debe ser evacuada a través de dicha línea. Esta potencia supera ya el límite establecido por la D.T.3ª del R.D. 436/2004.”*

- Que la disposición transitoria tercera del Real Decreto 436/2004 prevé que la potencia total de la instalación conectada a la línea no superará el 50% de la capacidad de la línea en el punto de conexión. Interpretación ésta coherente con restantes referencias legislativas. Lo contrario, *“no sólo es inconsistente con el cuerpo normativo que regula el derecho de acceso, sino que llevaría al absurdo de considerar que siempre que la potencia de cada instalación para la que se solicita el acceso sea inferior al 50% de la capacidad de la línea en el punto de conexión, existe capacidad de acceso en la línea, independientemente de la capacidad ya ocupada o del número de instalaciones para las que se solicite el acceso en un momento dado.”*

- Que Unión FENOSA *“ha dado cumplimiento a la normativa vigente sobre el procedimiento de acceso a las redes de distribución”*.

- Que *“la denegación del acceso se debe a exclusivamente a la falta de capacidad necesaria en la red justificada, como se ha expuesto más arriba, por criterios de*

seguridad, calidad y regularidad de suministros; habiéndose tenido en cuenta en la evaluación de la capacidad de acceso los criterios de seguridad y funcionamiento de la red de distribución de la zona (arts. 60.2 y 62.6 del Real Decreto 1955/2000)".

- Que se plantea como propuesta alternativa para conectarse en la subestación de Mesón do Vento, mediante una línea dedicada a 66 kV, siendo necesario realizar un aumento de la capacidad de transformación 220/66 kV en dicha subestación con autorización previa de REE.

Expuestas estas alegaciones, Unión FENOSA solicita *"el archivo del presente expediente"*.

CUARTO.- Trámite de audiencia.

Mediante sendos escritos de fecha 6 de septiembre de 2007 se puso el procedimiento de manifiesto a los interesados, confiriéndoles plazo de diez días hábiles para formular alegaciones.

QUINTO.- Alegaciones en el trámite de audiencia.

El 21 de septiembre de 2007 se recibió en el Registro de la CNE escrito presentado por Unión FENOSA en el que se ratifica en el escrito de alegaciones presentado el 7 de agosto.

No se han recibido alegaciones de TADESA en el trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

PRIMERO.- Existencia de conflicto de acceso a la red de distribución.

El procedimiento de acceso a las redes, en este caso a las redes de distribución, está desarrollado con carácter general en el artículo 62 del Real Decreto 1955/2000. En él se establecen no sólo los distintos hitos del procedimiento, sino también los plazos de los mismos.

Por su parte, del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, sobre la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, Real Decreto aplicable al presente supuesto *ratione temporis*, recoge, en su artículo 18, los derechos de estos productores, entre los que se encuentra el de conectar en paralelo su grupo o grupos generadores a la red de la compañía distribuidora o de transporte, así como el de transferir al sistema su producción o excedentes de energía eléctrica, siempre que técnicamente sea posible su absorción por la red.

En su respuesta a la solicitud de acceso de TADESA, la compañía distribuidora (Unión FENOSA) le comunica al solicitante que *“la capacidad de evacuación de la red en esa zona [Santa Comba (Coruña)] se encuentra agotada, por lo que no es posible asignarle un punto de conexión en la red de Unión Fenosa Distribución”*. Ante esta respuesta, y no estando conforme con la misma, TADESA inicia un intercambio de comunicaciones con Unión FENOSA con respecto a la solicitud de acceso presentada y, finalmente, ante la reiteración de argumentos por parte de Unión FENOSA, TADESA solicita a la CNE su intervención para la resolución del conflicto de acceso a la red de distribución de Unión FENOSA, porque considera que la contestación recibida de la empresa distribuidora se limita a aludir a los criterios que, conforme a la normativa, resultan de aplicación para la denegación de un derecho de acceso, pero no explica ni justifica la concurrencia de dichos criterios para su caso concreto ni tampoco aporta alternativa en los términos exigidos por la normativa, razón por la cual TADESA solicita que se le reconozca el derecho e acceso necesario para su instalación de generación.

Existe, por tanto, entre TADESA y Unión FENOSA un conflicto. Este conflicto se refiere, no a las concretas condiciones técnicas de conexión, sino a la capacidad para acceder a la red de distribución a los efectos de verter la energía producida por una planta de biomasa de 10 MW.

SEGUNDO.- 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, decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como en los artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Se refieren, asimismo, a esta competencia de la CNE los artículos 14 y 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE.

En particular, respecto al acceso a las redes de distribución, el apartado 8 del artículo 62 (“Procedimiento de acceso a las red de distribución”) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, dispone que *“La Comisión Nacional de Energía resolverá, a petición de cualquiera de las partes afectadas, los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el derecho de acceso, así como con las denegaciones del mismo emitidas por los gestores de las redes de distribución”*.

Por su parte, el Real Decreto 436/2004 determina que las autorizaciones administrativas en instalaciones de régimen especial corresponden a las Comunidades Autónomas. Su disposición transitoria tercera establece la competencia en la resolución de las discrepancias, entre el titular solicitante del punto de conexión para evacuar la energía de sus instalaciones, y la empresa

distribuidora o transportista: *“El punto de conexión de las instalaciones que entreguen energía a la red general se establecerá de acuerdo entre el titular y la empresa distribuidora o transportista. / El titular solicitará a dicha empresa el punto y condiciones de conexión que, a su juicio, sean los más apropiados. En el plazo de un mes, la empresa notificará al titular la aceptación o justificará otras alternativas. El titular, en caso de no aceptar la propuesta alternativa, solicitará al órgano competente de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas la resolución de la discrepancia, que deberá dictarse y notificarse al interesado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de la solicitud.”*

En este punto es conveniente realizar una reflexión sobre los conflictos relacionados con el derecho de acceso (A.T.R.) –competencia de la Administración General del Estado- y los relacionados con el derecho de conexión –competencia de la Administración Autonómica-. Para ello, resulta obligada la mención a la Resolución de 4 de diciembre de 2000 del Sr. Ministro de Economía por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por Iberdrola, S.A., contra la Resolución de la CNE de 3 de mayo de 2000, en el C.A.T.R. 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 cuasijudicial que se ejercita en la resolución de conflictos de A.T.R.”* *“Al atribuir al organismo regulador independiente la resolución 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 en unas 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 la CNE, 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.

La citada Resolución del Ministerio de Economía de 4 de diciembre de 2000 ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 853/2004, de 28 de mayo, en la que se expresa:

"Por otra parte, es clara la diferencia que existe entre el derecho de acceso a la red y la conexión física de instalaciones necesaria para la efectividad de dicho acceso, conexión que ha de someterse a los controles de calidad y seguridad

oportunos que ejercerá bien la Administración autonómica o bien la Administración estatal. En este sentido, resulta del expediente administrativo que la codemandada tiene autorizados los proyectos de instalaciones y distribución de energía eléctrica en los sectores B y D en Canet d'En Berenguer por la autoridad administrativa autonómica competente.

Sin embargo, la competencia para resolver los conflictos de acceso a redes corresponde en todo caso a la Administración del Estado y así ha tenido ocasión de manifestarlo esta misma Sección en Sentencia de 3 de febrero de 2004 recaída en el recurso núm. 1379/00, seguido a instancia de la propia Sociedad Iberdrola.

Como de forma expresa se decía en esta Sentencia, «conforme dispone el artículo 3.1.d) de la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la **Administración General del Estado** ejercer las funciones de ordenación previstas en el Título II; en cuyo artículo 11.2 se garantiza el acceso de terceros a las redes de distribución y transporte en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la misma Ley; señalando el artículo 39.2 que la ordenación de la distribución tendrá por objeto establecer y aplicar los principios comunes que garanticen su adecuada relación con las restantes actividades eléctricas, determinar las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por dichas redes, establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio y la fijación de las condiciones comunes equiparables para todos los usuarios de la energía así como que dicha ordenación consistirá en el establecimiento de la normativa básica, en la previsión del funcionamiento y desarrollo coordinado de las redes de distribución en el territorio nacional y en las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por las mismas. Todos estos preceptos evidencian, sin duda, la competencia estatal para la resolución de los conflictos que puedan plantearse en relación con dicha ordenación de la distribución y transporte, entre los que se encuentra por su propia naturaleza el relativo a al acceso a las redes de distribución aquí planteado. Por su parte el artículo 42 de la tan repetida Ley del Sector Eléctrico establece en su apartado tercero textualmente que «En aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con la aplicación de los 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; y el artículo 8 confiere precisamente a dicha Comisión la función de resolver los conflictos que le sean planteados respecto de contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en los términos que reglamentariamente se establezcan. Finalmente, el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía, atribuye

asimismo a dicha Comisión Nacional la competencia para resolver los conflictos relacionados con la denegación de acceso de terceros a la red (artículo 15). Las normas transcritas privan, en suma, de relevancia alguna al hecho en que la actora fundamenta su alegación de incompetencia, pues resulta intrascendente que el acceso discutido se refiera a suministro ubicado en el ámbito territorial de una determinada Comunidad Autónoma, siendo la sucesión atribuida al conocimiento y resolución de la Comisión Nacional conforme a dicho precepto de forma inequívoca. Así pues ha de descartarse ante todo la falta de competencia de la Comisión Nacional de la Energía para pronunciarse sobre la cuestión suscitada desde el punto de vista territorial...». Argumentos todos trasladables al caso de autos al ser idénticos los presupuestos en que se plantea, lo que obliga a rechazar la pretendida falta de competencia de la Comisión Nacional de la Energía.”

Asimismo, la Audiencia Nacional en varias de sus sentencias, entre las que cabe citar las de 27 de septiembre de 2004¹, 29 de abril de 2005², 21 de noviembre de 2005³, 27 de diciembre de 2005⁴ y 10 de marzo de 2006⁵, ha venido a corroborar el criterio mantenido por el Ministerio de Economía, al ratificar la competencia de la CNE para resolver los conflictos de acceso a la red de distribución. También lo ha hecho el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de julio de 2004⁶ y de 25 de abril de 2007⁷.

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, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de este Organismo.

TERCERO.- Procedimiento aplicable.

¹ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 6ª; recurso contencioso-administrativo 953/2001.

² Sala Contencioso-Administrativa; Sección 6ª; recurso contencioso-administrativo 493/2002.

³ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 6ª; recurso contencioso-administrativo 722/2002.

⁴ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 6ª; recurso contencioso-administrativo 114/2003.

⁵ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 8ª; recurso contencioso-administrativo 626/2004.

⁶ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 3ª; recurso casación 8079/2000.

⁷ Sala Contencioso-Administrativa; Sección 3ª; recurso casación 6559/2004.

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 este Organismo, a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la disposición adicional undécima, primero, de la Ley 34/1998.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

PRIMERO.- Derecho aplicable *ratione temporis* al fondo del asunto.

Durante la tramitación del presente conflicto se ha aprobado la Ley 17/2007, de 4 de julio, la cual ha modificado la redacción del artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico, estableciendo que *“Para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente”*.

Respecto a la redacción dada al artículo 42.2 LSE por la Ley 17/2007, procede señalar que, limitada la irretroactividad normativa por el artículo 9.3 de la Constitución a una serie de supuestos concretos, nada impide al legislador dictar normas con carácter retroactivo en ámbitos distintos de los señalados en el citado precepto constitucional, siempre y cuando no atenten contra el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, el Derecho común (artículo 2.3 del Código Civil) somete toda irretroactividad normativa a un requisito previo indispensable, a saber: *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*. Esto es, con independencia de su licitud constitucional, una norma no será de entrada retroactiva si no manifiesta su voluntad de extender sus efectos a situaciones pretéritas.

Pues bien, teniendo presente tal requisito, y en atención a la ausencia en la Ley 17/2007 de toda disposición (transitoria) que –de forma explícita o siquiera

implícita- ordene la aplicación retroactiva de la nueva redacción dada al artículo 42.2 LSE o clarifique sus efectos temporales, procede descartar su aplicación retroactiva a los procedimientos de resolución de conflictos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2007, con independencia de que, de haberla pretendido el legislador, tal retroactividad pudiera considerarse o no constitucionalmente admisible. Cabe concluir, así pues, que la norma aplicable para resolver dichos procedimientos es la Ley vigente en el momento de su iniciación.

Dicha conclusión, efectuada en relación con lo dispuesto en la Ley del Sector Eléctrico, puede trasladarse también, sobre la base de las mismas consideraciones, al Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, sobre la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el cual (aunque ha sido derogado por el Real Decreto 661/2007) estaba vigente, asimismo, en el momento de presentación de la solicitud de acceso de TADESA. Asimismo, en las alegaciones presentadas al presente procedimiento, la compañía distribuidora alude al Real Decreto 436/2004 como la disposición aplicable a la solicitud de acceso presentada por TADESA.

SEGUNDO.- Sobre el derecho de acceso a las redes de transporte y distribución.

El carácter fundamental que el legislador ha otorgado al derecho de acceso a redes se pone de manifiesto desde la misma Exposición de Motivos del texto legal a cuyo tenor *“El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores”*.

El derecho de acceso a 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 54/1997. Tales rasgos que se inducen de las prescripciones contenidas en los artículos 11.2 y, 38 y 42 según se trate de acceso a redes de transporte y distribución, respectivamente, 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, los artículos 38 y 42 de la Ley, tras definir en sus apartados 1, en los términos más amplios los sujetos que

son titulares del derecho de acceso, define en sus apartados 2 los límites materiales del mismo en los siguientes términos:

“El gestor de la red ... 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 estos preceptos, hay sólo un posible motivo de denegación del acceso, tasado y preestablecido por la Ley, consistente en que, a juicio del gestor de la red de transporte / 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 de los preceptos 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 / 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. También la Ley determina en los mismos artículos 38 y 42 que cuando se susciten conflictos de acceso, su resolución se someterá a la Comisión Nacional de Energía.

Por su parte, los artículos 52 y 60 del Real Decreto 1955/2000, como no podía ser de otra manera, reproducen en idénticos términos para el transporte y la distribución 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.

En definitiva, el derecho de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución por parte de los sujetos del sistema y consumidores cualificados

está establecido en el artículo 11.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como en sus artículos 38 y 42, respectivamente, para el acceso al transporte y la distribución, expresando taxativamente, en ambos casos, *que “la denegación deberá ser motivada... por motivos de seguridad, regularidad o calidad de los suministros”*.

TERCERO.- Valoración de los hechos concurrentes.

Como acaba de exponerse, es la propia normativa la que otorga este derecho de acceso, especificando que su ejercicio sólo podrá ser denegado cuando falte capacidad de la red -en este caso, de la red de distribución-, para lo que el distribuidor de que se trate habrá de realizar ciertas actuaciones en cierto plazo y de cierto contenido.

Partiendo de estas consideraciones, se procede a analizar la respuesta dada por Unión FENOSA a la solicitud de acceso efectuada por TADESA, respuesta negativa a la solicitud, que origina el presente conflicto.

Previamente al análisis de las actuaciones que, conforme resulta del expediente administrativo tramitado, se llevaron a cabo por parte de Unión FENOSA, se recoge, a modo de recapitulación, lo que dispone la normativa acerca de las actuaciones que ha de llevar a cabo el distribuidor que recibe una solicitud de acceso.

a) Sobre lo que dispone la normativa:

El Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, prevé un plazo de diez días para que el gestor de la red de distribución a la que se solicita acceso informe sobre los errores o anomalías que haya en la solicitud de acceso (art. 62.4 RD 1955/2000). Asimismo, establece un plazo de quince

días para que comunique la existencia, o no, de capacidad suficiente en el punto de conexión solicitado (art. 62.5 RD 1955/2000), única razón por la que se puede restringir el derecho de acceso (art. 60.2 RD 1955/2000).

Según el artículo 62.6 de este Real Decreto, la denegación del acceso “**deberá quedar suficientemente justificada y contendrá propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión o de realización, si ello fuera posible, de los refuerzos necesarios en la red de distribución de la zona para eliminar la restricción de acceso**”.

En cualquier caso, para determinar si existe capacidad de acceso para la conexión de una instalación ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 64 del Real Decreto 1955/2000 (relativo a la “*Capacidad de acceso a la red de distribución*”). En el caso de acceso para generación, el gestor de la red de distribución debe establecer la capacidad de acceso en un punto como la producción total simultánea máxima que puede inyectarse en dicho punto con el consumo previsto en la zona y ciertas condiciones de disponibilidad de la red.

b) Sobre los hechos producidos:

La solicitud de acceso presentada por TADESA a la red de distribución de Unión FENOSA identificaba la potencia nominal de la instalación (10 MW) y la situación de la instalación mencionada. En respuesta a esta solicitud, TADESA recibe una comunicación, fechada el 16 de abril de 2007, con el siguiente contenido:

“Con relación a su solicitud para la interconexión de una Planta de Biomasa de 10 MW, situada en el Ayuntamiento de Santa Comba (La Coruña), lamentamos comunicarle que la capacidad de evacuación de la red en esa zona se encuentra agotada, por lo que no es posible asignarle un punto de conexión en la red de Unión Fenosa Distribución.”

De acuerdo con la normativa vigente sobre el procedimiento de acceso a las redes de distribución, regulado con carácter general en los artículos 60 a 66 del Real Decreto 1955/2000, y con carácter particular, en la DT 3ª del Real Decreto 436/2004, la denegación del acceso se debe exclusivamente a la falta de capacidad en la red justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

Son precisamente los criterios de seguridad, regularidad y calidad del suministro los que, después de analizar su solicitud y la red de la zona, nos conducen a desestimar en este momento su petición, por falta de capacidad actual de la red de distribución del entorno para la conexión de la misma.

El alcance de los refuerzos necesarios para dar cabida a una mayor cantidad de generación, va mucho más allá de las instalaciones eléctricas directamente vinculadas a la conexión y son consecuencia de la gran cantidad de solicitudes recibidas en la zona, y en general en la provincia, que ha desbordado la capacidad de la red eléctrica para absorber más potencia. Por esta misma razón, no existen propuestas alternativas en la zona que puedan satisfacer las condiciones técnicas exigibles a la conexión de este tipo de generación.”

Estando en desacuerdo con la comunicación recibida, TADESA se dirige – mediante escrito fechado el 2 de mayo de 2007 - a Unión FENOSA identificando las previsiones legales que, a su juicio, la distribuidora ha incumplido. Unión FENOSA contesta señalando lo siguiente:

“les informamos que la línea de 66 Kv a la cual quieren conectarse, tiene agotada su capacidad de conexión con las generaciones existentes. La alternativa pasaría por conectarse en Mesón do Vento, mediante línea dedicada a 66 Kv, siendo además necesario el proceder a un aumento en la capacidad de transformación 220/66 Kv en dicha subestación y siempre que REE lo autorizara.

Entendemos que la alternativa propuesta exigiría unos gastos de conexión exageradamente onerosos para el tipo y tamaño de la instalación. El propio RD 1955/2000, en su artículo 62, apartado seis, dispone que dicha alternativa deberá proponerse si ello fuera posible y por ello no fue realizada.”

Ante reiteración por parte de TADESA, Unión FENOSA les remite nueva comunicación, en los siguientes términos:

*“- Parecen no haber recibido nuestro escrito GE/RRL-399/07 del 08-05-07 en el que les aclaramos las razones de la denegación del punto de conexión, y les ofrecemos una solución alternativa. Les adjuntamos copia del mismo.
- Respecto a los datos de la línea 66 Kv Tambre-Carballo que incluyen en su escrito, lamentamos decirles que son erróneos.”*

De acuerdo con la normativa antes expresada, ha de concluirse lo siguiente, en relación con las contestaciones efectuadas por la empresa distribuidora:

- No se justifica la denegación aportando los datos técnicos de los que resulte la aludida falta de capacidad. En particular, la distribuidora no efectúa el cálculo de la capacidad existente para el acceso de acuerdo con lo previsto en el artículo 64 b) del Real Decreto 1955/2000 (considerando producción total simultánea máxima que puede inyectarse y consumo previsto en la zona).
- Inicialmente, no hay ni propuestas alternativas de acceso ni propuestas de refuerzos necesarios en la red de distribución. De hecho se señala expresamente que no hay alternativa posible, y no se mencionan refuerzos algunos y, únicamente, a requerimiento del solicitante, la distribuidora aporta finalmente una alternativa que ella misma califica de no viable.

El distribuidor incumple, por tanto, las previsiones contenidas en el apartado 6 del artículo 62 del Real Decreto 1955/2000, que le obligan a dar contestación justificando respuestas negativas, y acompañando las mismas de propuestas alternativas de acceso o de refuerzos necesarios en la red.

Al no concurrir los presupuestos que, conforme a la normativa aplicable, permiten a un distribuidor restringir el derecho de acceso con el que -entre

otros sujetos del sistema- cuenta un generador, habría de permitirse el ejercicio del derecho de acceso que la normativa otorga (es un derecho *ex lege*, que sólo puede ser restringido con las condiciones antes expresadas, que, en el presente caso no se aprecia que concurran).

Ello no obstante, en el marco de las alegaciones efectuadas en el presente procedimiento, Unión FENOSA aporta otros argumentos al objeto de justificar su denegación. Se procede al examen de los mismos, por si de ellos pudiera derivarse falta de capacidad de la red.

CUARTO.- Sobre las alegaciones efectuadas por Unión FENOSA en el seno del presente procedimiento.

Primera.- Falta de capacidad.

En el escrito de alegaciones presentado en el marco del presente procedimiento, Unión FENOSA justifica la denegación de acceso en la falta de capacidad, considerando la regla prevista en el apartado 1 d) de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 436/2004 e interpretándola en el sentido de que hay que tener en cuenta la potencia total conectada a la línea y no sólo la relativa a la instalación para la que se está estudiando la capacidad de acceso.

Con carácter previo, se debe indicar que dicha información no fue proporcionada por Unión FENOSA a los solicitantes del acceso, ni en su primer escrito del 16 de abril de 2007, ni en los posteriores de 8 de mayo y de 8 de junio de 2007.

Por otra parte, señalar que en la regulación vigente existen dos mecanismos complementarios y no excluyentes para determinar la capacidad de acceso a la red de distribución:

- a) Sobre la aplicación de la regla contenida en la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 436/2004:

La disposición transitoria tercera del Real Decreto 436/2004, vigente al tiempo en que TADESA presentó su solicitud de acceso, establecía lo siguiente:

“d) En relación con la potencia máxima admisible en la interconexión de una instalación de producción en régimen especial, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, según se realice la conexión con la distribuidora a una línea o directamente a una subestación:

1º Líneas: la potencia total de la instalación conectada a la línea no superará el 50 por 100 de la capacidad de la línea en el punto de conexión, definida como la capacidad térmica de diseño de la línea en dicho punto.[...]”

Contrariamente a lo que sostiene Unión FENOSA, tal criterio debe interpretarse en el sentido de que ninguna instalación por sí sola puede ocupar más del cincuenta por ciento de la capacidad de una línea.

No implica que *toda la potencia de generación* deba limitarse al 50% de la capacidad de la línea, puesto que ello supondría que el cincuenta por ciento de la capacidad de las instalaciones de distribución tendría que estar permanentemente desocupado, lo que llevaría a un sistema sobredimensionado y donde existiría un permanente exceso injustificado de capacidad. Además, esta interpretación resultaría contraria a lo preceptuado en la Ley (*“gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria”*), ya que, conforme a la interpretación de Unión FENOSA sería posible denegar el acceso solicitado a pesar de que el 50% de la capacidad de la línea estuviera disponible. Asimismo, la interpretación de Unión FENOSA sería incongruente con la prohibición de reserva de capacidad establecida en el artículo 60.3 del Real Decreto 1955/2000 (*“las limitaciones de acceso para los productores se resolverán sobre la base de la inexistencia de reserva de capacidad”*), puesto que la

interpretación de Unión Fenosa Distribución comportaría una reserva de capacidad (el 50% de la misma) expresamente prohibida por la norma.

b) Sobre la aplicación de la regla contenida en el artículo 64.b) del Real Decreto 1955/2000:

Visto que no concurre, para el acceso pretendido, una vulneración de la regla contenida en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 436/2004, lo que procedería, para determinar la capacidad de acceso a la red, es efectuar el análisis de capacidad que establece el artículo 64 b) del Real Decreto 1955/2000, que es el precepto que, en cualquier caso, establece el sistema, minucioso, completo, para el análisis de capacidad (*“El gestor de la red de distribución establecerá la capacidad de acceso en un punto de la red como la producción total simultánea máxima que puede inyectarse en dicho punto con el consumo previsto en la zona”*).

Efectivamente, en este precepto se contempla una definición en positivo de la misma, sobre la base no de la capacidad de diseño, sino de la capacidad de inyección simultánea en condiciones determinadas de consumo y en determinadas condiciones de disponibilidad en la red. Por tanto, una vez respetado el límite inicial del cincuenta por ciento por instalación, debe analizarse por la distribuidora lo que se puede verter a la red en un momento determinado de consumo y en condiciones concretas.

La concreción de este artículo 64. b) del Real Decreto 1955/2000 exige un estudio específico y concreto de capacidad, que no se ha realizado en el presente caso. A falta de procedimientos de operación aplicables a las redes de distribución, esa capacidad tiene que estimarse en un estudio concreto de la petición por parte de la distribuidora.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, UNIÓN FENOSA basa su denegación de acceso únicamente en una interpretación del primer mecanismo, sin haber

manifestado haber basado la denegación en el segundo. De este modo, al inaplicar la regla contenida en el Real Decreto 1955/2000, la distribuidora no cumple los preceptos que regulan el derecho de acceso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe ahora analizarse esta regla con los elementos de juicio puestos a disposición de esta Comisión durante la instrucción del procedimiento. Por una parte, Unión FENOSA indica en su escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión que en la *“línea Tambre-Carballo hay actualmente conectada una potencia de 41,8 MW, que debe ser evacuada a través de dicha línea”*. Por otra parte, la Xunta de Galicia recoge, en el informe evacuado con fecha 7 de septiembre de 2007, las siguientes características de la línea Tambre-Sabón autorizada en el año 1960: *“conductor de AL-AC de 196,4 mm² de sección; Intensidad máxima permitida de 456 A; Potencia máxima admisible de 48,54 MVA (calculada a intensidad máxima, una caída de tensión que no excede del 5% y un cos $\varphi=1$) “*

Pues bien, tomando en consideración lo anterior debe significarse que de acuerdo con la información técnica proporcionada por la distribuidora, la CNE considera que no se ha justificado de forma inequívoca que en condiciones normales de explotación la cesión de energía a la red por parte de la instalación objeto del conflicto origine sobre cargas, por lo que la actuación de UNIÓN FENOSA debe ser rechazada de plano por esta Comisión.

Segunda.- La ausencia de alternativas para la conexión

La razón de la denegación de acceso, según Unión FENOSA, es que no existe capacidad de evacuación en toda la zona por lo que no se dan las condiciones de funcionamiento y de seguridad de la red para dar un punto de conexión de acuerdo con la petición formulada. Así, inicialmente la distribuidora justifica su ausencia de planteamiento de alternativa por cuanto considera que el alcance de la misma no es viable para este tipo de instalaciones y, únicamente, con

posterioridad, la distribuidora presenta como alternativa para la conexión en la subestación de Mesón do Vento una línea dedicada a 66 kV en dicha subestación con autorización previa de REE.

Por una parte, debe señalarse que ante la solicitud de acceso a la red de distribución de UNIÓN FENOSA por parte de TADESA para una planta de biomasa de 10 MW, la empresa distribuidora no ha facilitado alternativas de acceso al solicitante, contraviniendo así lo prescrito por la normativa aplicable, sin que la justificación de la ausencia de tal planteamiento de alternativa que efectúa Unión FENOSA pueda tener favorable acogida. En efecto, la viabilidad económica o no de la alternativa que se ofrezca debe ser valorada, en todo caso, por el solicitante del acceso, correspondiendo a la distribuidora ofrecer aquella de entre las que, a su juicio, fueran viables técnicamente aquella menos onerosa para el solicitante del acceso.

Por otra parte, la alternativa ofrecida por la distribuidora, que ella misma califica como *“una alternativa con gastos de conexión exageradamente onerosos para el tipo y tamaño de la instalación”* no puede considerarse como una propuesta alternativa que cumpla con los preceptos citados en la presente Resolución.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 27 de marzo de 2008,

ACUERDA

ÚNICO.- Reconocer a la empresa TADESA, S.A. el derecho de acceso a la red de distribución de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. de la instalación de

biomasa de 10 MW de potencia, situada en el Ayuntamiento de Santa Comba (A Coruña).

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