

**EL DEBATE SOBRE EL
RÉGIMEN JURÍDICO DEL TENDIDO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN Y DE
SU ACCESO Y CONEXIÓN A OTRAS REDES**

Juan DE LA CRUZ FERRER

Profesor Jean Monnet de Derecho Europeo y
Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Madrid, mayo de 2004

SUMARIO

- I. EL RÉGIMEN DE LAS REDES: UNA CUESTIÓN ESENCIAL PARA LA CORRECTA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.**
- II. LA “COMPETENCIA EN REDES ENTRE DISTRIBUIDORAS” Y LOS CONFLICTOS DE ACCESO A LAS REDES DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN ANTE LA CNE.**
- III. EL DEBATE ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA: ¿COMPETENCIA ENTRE REDES?**
- IV. PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL PROBLEMA: LA CUESTIÓN NO ES EL DERECHO DE ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES, SINO LA CONFIGURACIÓN DE LAS REDES DE DISTRIBUCIÓN PARA ATENDER EL SUMINISTRO**
- V. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS TÉCNICO Y ECONÓMICO DE LA DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD**
- VI. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN JURÍDICA.**
 1. Principios fundamentales del nuevo modelo de regulación del sector eléctrico.
 2. Principios esenciales de la regulación de la actividad de distribución y su encaje en el sistema.
 - A) Definición.
 - B) Modelo de configuración de la red: sistema de red única.
 - C) Actividad regulada: sometida a “regulación económica”.
 - D) Incardinación de la actividad de distribución en el sistema eléctrico.
 - a) Encaje en el mercado.
 - b) Encaje en el sistema.
- VII. DERECHO AL SUMINISTRO Y OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO.**
 1. El derecho al suministro de electricidad y su garantía como servicio esencial y universal. Indefinición del sujeto de la obligación.
 - A) Reconocimiento del derecho al suministro como servicio esencial y universal.
 - B) Asignación de competencias administrativas
 - C) Obligación de suministro y sanción por incumplimiento.
 - D) Indefinición del sujeto de la obligación de suministro. Tesis de la Comisión Nacional de la Energía.
 2. Identificación del sujeto de la obligación de suministro: el distribuidor de la zona.
- VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TENDIDO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN.**
 1. Régimen de la ampliación de las redes de distribución.
 2. La nueva regulación del régimen de acometidas eléctricas.

Explicación del nuevo régimen.

- B) Definición de las relaciones entre los propietarios del suelo y las empresas distribuidoras.
 - a) Asignación de la obligación de suministro.
 - b) Obligación de ejecución y financiación de las infraestructuras. Supervisión técnica de la ejecución. Reparto de costes. Autorización de la instalación.
 - c) Cesión de las infraestructuras a las empresas distribuidoras: aclaración de las dudas de interpretación que plantea el artículo 45.
- 3. La autorización como instrumento para la configuración racional de las redes de distribución.
 - A) Sujeto
 - B) Administración competente
 - C) Objeto del procedimiento de autorización
 - a) Características de la instalación.
 - b) Resolución de conflictos en la entrada de operadores y en la asignación de los costes de la infraestructura.
 - c) Audiencia a los gestores de las redes de transporte y distribución.
 - D) Efectos de la autorización.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES

1. Fundamento lógico-racional del derecho de acceso de terceros a la red
2. Interpretación sistemática de la regulación del acceso a la red
 - A) Ámbito subjetivo del acceso de terceros a las redes de transporte y distribución
 - B) Condiciones objetivas para el ejercicio del derecho de acceso: existencia de capacidad suficiente y peaje de acceso
 - C) Procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso
 - D) Conclusión: una regulación congruente con el sentido y fundamento del ATR
3. La autorización es la sede jurídica para evaluar la racionalidad y conveniencia del tendido de redes de distribución.
4. Competencia de la CNE: conflictos en relación con la aplicación de contratos de acceso a la red

CONCLUSION

I. EL RÉGIMEN DE LAS REDES: UNA CUESTIÓN ESENCIAL PARA LA CORRECTA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

En los últimos diez años, el sector eléctrico ha vivido un proceso de transformación espectacular. De un esquema de organización industrial profundamente intervenido y dirigido por el Estado, va evolucionando hacia un modelo de mayor autonomía empresarial, en el que se confía en la libre competencia y en la libertad de empresa para lograr una mejor asignación de recursos, innovación y calidad en la prestación de este servicio esencial para nuestra economía y para la sociedad. Todo ello, dando la debida prioridad a intereses públicos como la protección del medio ambiente o la seguridad y continuidad de los suministros, que siguen requiriendo la constante previsión y supervisión de los diferentes niveles competentes de gobierno.

En este proceso de transformación, que casi se puede calificar de metamorfosis, resulta trascendental acertar en los cambios de la estructura empresarial y de la regulación, para facilitar que contribuyan a mejorar la eficiencia, seguridad y calidad del suministro de electricidad; detectando cuanto antes los errores –por otra parte inevitables- que pudieran producirse y cuyo desarrollo llevaría a los resultados exactamente contrarios. En este contexto, reviste el máximo interés el debate abierto sobre el modelo idóneo para configurar el tendido de las nuevas redes de distribución de electricidad. Porque una de las características peculiares del sector eléctrico es que constituye y opera como una industria con estructura y tecnología de red. La red es el soporte esencial e imprescindible de la industria de servicios eléctricos. Acertar en el modelo adecuado para su arquitectura y operación resulta vital para que todas las actividades destinadas al suministro de electricidad (generación, transporte, distribución, comercialización, así como la gestión técnica y económica del sistema) puedan alcanzar los niveles de seguridad, innovación y competitividad que todos deseamos.

En el presente estudio intentamos presentar una reflexión sobre estos problemas, arrancando de los fundamentos del nuevo modelo de regulación del sector eléctrico, para explicar seguidamente los rasgos que estimamos esenciales del régimen jurídico que disciplina el tendido de las nuevas infraestructuras de distribución de electricidad, así como su acceso y conexión con otras redes de distribución y transporte.

II. LA “COMPETENCIA EN REDES ENTRE DISTRIBUIDORAS” Y LOS CONFLICTOS DE ACCESO A LAS REDES DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN ANTE LA CNE.

Desde el año 2001 vienen sucediéndose diferentes conflictos entre empresas distribuidoras, que quieren tender redes para el suministro de nuevas urbanizaciones o polígonos industriales, fuera de sus tradicionales zonas de actuación, y solicitan el acceso y conexión de estas nuevas redes a las redes existentes de transporte y distribución. Ante la negativa de las empresas transportistas o distribuidoras a facilitar el acceso y la conexión se han formalizado los correspondientes conflictos de acceso ante la Comisión Nacional de la Energía.

La Comisión Nacional de la Energía (CNE) ha resuelto estos conflictos de forma favorable a otorgar el acceso para las nuevas distribuidoras, manteniendo una doctrina bastante similar. Entre sus primeras resoluciones merece la pena destacar el conflicto de acceso a la red de transporte (CATR 4/2000) instado por HIDROCANTÁBRICO frente a IBERDROLA y que fue decidido por resolución de 13 de febrero de 2001. En este primer caso HIDROCANTÁBRICO había solicitado el acceso y conexión a la red de transporte de IBERDROLA para una potencia de 105 MW en la línea eléctrica de 220 KV denominada “La Eliana-Torrente” en la zona de El Oliveral, en el término municipal de Quart de Poblet (Valencia). Esta resolución de la CNE fue recurrida en alzada por IBERDROLA ante el Ministerio de Economía, dando lugar a la resolución de 28 de marzo de 2001, por la que se resolvió dicho recurso de forma también favorable a otorgar el acceso a las redes en favor de HIDROCANTÁBRICO.

Entre las últimas resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía merece la pena destacar el conflicto de acceso a la red de transporte CATR 6/2001, instado también por HIDROCANTÁBRICO frente a IBERDROLA, y resuelto por decisión de 31 de julio de 2003 para el acceso a la red de transporte en la línea de 400 KV “La Plana-La Eliana”, en el término municipal de Almazora (Castellón); así como la resolución del conflicto de acceso a la red de transporte CATR 9/2002 instado por la Sociedad Cooperativa Limitada Benéfica de Consumo de Electricidad “SAN FRANCISCO DE ASÍS” frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, en su calidad de gestor de la red de transporte y frente a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, para el acceso en la línea de 220 KV “Montetorrero-Entrerríos” en el término municipal de Cuarte de Huerva (Zaragoza), decidido por resolución de la Comisión Nacional de Energía de 31 de julio de 2003. Finalmente destacar también el conflicto de acceso a la red de distribución CATR 3/2003 instado por ELECTRA CALDENSE frente a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA para el

acceso en la línea de 110 KV "Sallent-Calders" en el término municipal de Sallent (Barcelona) decidido mediante resolución de la CNE de 22 de diciembre de 2003.

A instancia de IBERDROLA, el Catedrático de Derecho Administrativo D. Rafael Gómez-Ferrer Morant emitió sendos Dictámenes Jurídicos sobre la cuestión de si HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA tenía derecho a conectarse a la red de transporte y de distribución de IBERDROLA. Estos Dictámenes, que fueron aportados por IBERDROLA ante la Comisión Nacional de la Energía, han sido objeto de Informe de la propia Comisión Nacional de la Energía aprobado por su Consejo de Administración en sesión de 14 de noviembre de 2002; Informe en el que se analizan detenidamente los planteamientos de los Dictámenes del Profesor Gómez-Ferrer y se entra a considerar aspectos esenciales del régimen jurídico del tendido de nuevas infraestructuras de distribución. Además este Informe de 14 de noviembre de 2002 es utilizado de manera sustancial como fundamento, entre otras, de la resolución de la CNE de 31 de julio de 2003 (CATR 6/2001, HIDROCANTÁBRICO/IBERDROLA, "La Plana").

Así pues, nos encontramos ante lo que se ha calificado como una "competencia en redes", que ha provocado un interesante debate ante la Comisión Nacional de la Energía, cuyas principales posiciones exponemos a continuación.

III. EL DEBATE ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA: ¿COMPETENCIA ENTRE REDES?

HIDROCANTÁBRICO y las distribuidoras que han solicitado accesos a las redes de transporte y distribución, como la Cooperativa SAN FRANCISCO DE ASÍS o ELECTRA CALDENSE, han fundamentado sus solicitudes de acceso en el ***derecho a acceder y conectar sus redes de distribución con las redes de transporte y de distribución***; derecho de acceso a las redes reconocido a los distribuidores en los artículos 11.2, 38 y 42 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (en adelante LSE) y en los artículos 52 y siguientes del Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (en adelante RTDC).

La Comisión Nacional de la Energía ha admitido este fundamento alegado por las distribuidoras, entendiendo que los artículos 38 y 42 LSE les otorgan el derecho de acceso a las redes de transporte y de distribución: dichos artículos reconocen el derecho de acceso a todos los sujetos eléctricos y los distribuidores son sujetos eléctricos. Incidiendo sobre la exégesis de estos artículos, la Comisión ha entendido que sólo existe un posible motivo de denegación del acceso: la falta de capacidad. Dicha falta de capacidad sólo puede justificarse por criterios de

seguridad, regularidad o calidad de los suministros. La denegación además debe ser motivada.

Este planteamiento podría abrir la posibilidad del tendido de redes de distribución “en cascada” (nueva red de distribución que se conecta a la red de distribución ya implantada) o “en paralelo” (nueva red de distribución que se conecta con la red de transporte, lindando con otra red de distribución ya establecida). Ante estas posibilidades de tender nuevas redes, se plantea la cuestión de si debe existir competencia entre redes de distribución de electricidad.

Los Dictámenes del Profesor Gómez-Ferrer, habida cuenta del planteamiento de la controversia, centran la consulta que se le plantea en la exégesis de los artículos 38 y 42 de la Ley del Sector Eléctrico por los que se regula el acceso a las redes de transporte y de distribución; procediendo a la interpretación de los citados artículos de acuerdo con los criterios hermenéuticos establecidos en el Código Civil, en nuestro Sistema Constitucional y en el Derecho Europeo, y llegando a la conclusión de que los citados artículos no otorgan un derecho a la conexión de las redes de los distribuidores con las redes de distribución o de transporte de terceros.

La Comisión Nacional de la Energía tuvo ocasión de pronunciarse específicamente sobre los argumentos de los Dictámenes del Profesor Gómez-Ferrer mediante el Informe aprobado por su Consejo de Administración con fecha 14 de noviembre de 2002. Entre otras cuestiones, este Informe de la CNE indica que el derecho de acceso tiene que implicar necesariamente un contenido en facultades adecuado a la forma normal de ejercicio del derecho y que, en el caso de los distribuidores, su derecho de acceso comporta como contenido del mismo el derecho a la conexión, a pesar de no regularse expresamente en los citados artículos 38 y 42 de la Ley del Sector Eléctrico, ya que sin ésta no es posible el ejercicio de la función de distribución.

Frente a las afirmaciones de los Dictámenes del Profesor Gómez-Ferrer en el sentido de que la obligación de suministro corresponde al distribuidor de zona (que dispone de la infraestructura preexistente), el Informe de la CNE afirma la inexistencia de exclusividad territorial para el ejercicio de la actividad de distribución eléctrica en la legislación española: la distribución eléctrica en España no ha estado regulada en ningún momento histórico bajo los principios de reserva o exclusividad territorial, ni la actividad de prestación del suministro eléctrico ha sido ejercida en virtud de títulos concesionales. Por el contrario, ha existido tradicionalmente un número importante de empresas distribuidoras (hasta más de 300 en la actualidad) cuyos ámbitos de expansión hacia otras zonas no han estado limitados legalmente ni antes ni después de la Ley 54/1997, ya que nunca han existido concesiones de suministro o distribución. La Comisión Nacional de la

Energía entiende que el régimen de libertad de establecimiento previsto en la LSE también es aplicable a las empresas distribuidoras (artículo 1.3 y artículo 2 LSE: reconocimiento de la “libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente ley”). En la misma línea, entiende la Comisión que debe interpretarse el artículo 40.2 LSE al indicar respecto de las autorizaciones de instalaciones de distribución que “la autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos”.

A juicio de la CNE se hace evidente la tesis que los Dictámenes del Profesor Gómez-Ferrer sostienen: la distribuidora instalada en una zona vendría a ser la única posible titular de nuevas instalaciones, afirmándose por un camino indirecto la exclusividad de la distribución. El resultado sería que ningún distribuidor distinto al que en los Dictámenes se denomina abiertamente “distribuidor de zona” podría entrar a ejercer la actividad de distribución en el coto de las distribuidoras tradicionales. El Informe de la CNE entiende que esta conclusión es directamente contraria al espíritu y finalidad de la LSE. En función del artículo 42 de la Ley resulta evidente que cualquier otra posible autorización en la zona habría de dar lugar a una red paralela y no conectada, lo que evidentemente no es conforme con la economía de costes del sistema que ha de intentar evitar la duplicidad de redes. De este modo, el artículo 40.2 que rechaza abiertamente la exclusividad por zonas en la distribución, quedaría reducido al significado de principio retórico o sin efectividad jurídica que es lo que en definitiva se reconoce en el Dictamen. El Informe de la CNE sostiene, por el contrario, que hay una coherencia de propósito en el legislador entre la amplitud con que se reconoce el derecho de acceso en el artículo 42 de la Ley y la interdicción de la exclusividad en la distribución eléctrica, exclusividad que no tiene ni ha tenido en ningún momento histórico soporte normativo.

Para la CNE, el término “distribuidor de zona” es una expresión que queda completamente al margen del contenido normativo del sector, no contemplado ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su desarrollo reglamentario. Por lo tanto, y desde la perspectiva sectorial, es un concepto que carece de significado jurídico. El concepto “distribuidor de zona” no tiene cabida en la actual configuración de nuestro sistema eléctrico, en tanto que no está contemplada ni legitimada la exclusividad territorial a favor de ningún distribuidor. De tal forma que cualquier distribuidor que reúna los requisitos establecidos en la norma, es decir, aquellos sujetos que acrediten su capacidad legal, técnica y económica, y obtengan la preceptiva autorización, podrán establecerse y ejercer la actividad de distribución de energía eléctrica en la zona que estimen pertinente. Concluyendo con las críticas que hace la CNE relativas al término “distribuidor de zona”, el mismo no debe confundirse con los verdaderos conceptos jurídicos como son las “zonas

eléctricas de distribución” y los “gestores de las redes de distribución” que se contemplan en los artículos 39.3 y 41.3 LSE.

Además, el Informe de la CNE rechaza lo manifestado en los Dictámenes respecto de que la cesión de instalaciones por los promotores inmobiliarios, impuesta por el nuevo régimen de acometidas, ha de hacerse a favor del “distribuidor de zona”, por ser este quien garantiza el derecho al suministro eléctrico. La CNE entiende que la garantía de suministro es una obligación de las empresas distribuidoras y por consiguiente, cualquier distribuidor que “reuniendo los requisitos establecidos normativamente, haya alcanzado la condición de sujeto distribuidor, tiene la obligación de garantizar el suministro eléctrico”, como así se desprende de la lectura del artículo 41.1.c) LSE.

Respecto al debate que acabamos de presentar, también nos parecen relevantes las afirmaciones incluidas en la Resolución CNE de 22 de diciembre de 2003, por la que se resuelve el conflicto planteado entre ELECTRA CALDENSE y ENDESA; y en el que ENDESA solicitó expresamente que se aclarara si la solicitud de acceso planteada por CALDENSE era: en su condición de actual distribuidor para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, como nuevo distribuidor o como comercializador. A este respecto la Comisión Nacional de la Energía analiza si el derecho de acceso a las redes estaría de algún modo condicionado al “tipo” de distribuidor que plantea dicho acceso. A este respecto señala que el derecho de acceso de los distribuidores, todos, a la red de distribución ha sido ratificado en el artículo 60 del Real Decreto 1955/2000. A juicio de la CNE la opción del legislador resulta clara: todos 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. La Ley prevé para todos una misma y única causa posible de denegación de acceso por parte del gestor de la red de distribución de la zona y esta causa es la “falta de capacidad de la red”.

Para terminar, no podemos dejar de manifestar nuestra perplejidad ante una importante manifestación final de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía, en las que reconoce que la configuración de la red derivada de los derechos de acceso y conexión entre redes que está otorgando podría resultar irracional (?!): “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” (Resolución CATR 6/2001, de 31.7.2003; manifestación ya efectuada textualmente desde las primeras resoluciones de 2001, en las que el Consejero D. Juan Ignacio UNDA formuló un Voto Particular

contra el criterio mayoritario de la Comisión, argumentando precisamente la ineficiencia técnica y económica del modelo: vid. Resolución CATR 4/2000, de 13.2.2001).

IV. PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL PROBLEMA: LA CUESTIÓN NO ES EL DERECHO DE ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES, SINO LA CONFIGURACIÓN DE LAS REDES DE DISTRIBUCIÓN PARA ATENDER EL SUMINISTRO

Como acabamos de ver, el debate desarrollado ante la Comisión Nacional de la Energía se ha centrado en la legalidad del tendido de “redes en cascada o en paralelo”, y ha analizado su validez jurídica desde su conformidad a las normas que regulan el acceso de terceros a las redes y la conexión de instalaciones. A nuestro modo de ver, la cuestión principal no es el acceso y la conexión de redes sino el modelo de configuración de las redes de distribución y las reglas que rigen el acceso de los operadores a esta actividad y su derecho a tender las redes de una determinada manera para garantizar el suministro en cuanto servicio universal y esencial. Este problema pone en cuestión el carácter sistemático de las redes de distribución y su coordinación con el resto de las actividades destinadas al suministro de electricidad.

La nueva regulación del sector eléctrico reconoce y garantiza el derecho al suministro de electricidad e impone una secuencia lógica de títulos habilitantes, que diseñan unos requisitos a cada actividad en función de su encaje en el sistema. Si se analiza la Ley del Sector Eléctrico (LSE) y el Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución y comercialización (RTDC) podemos comprobar que en el caso de la distribución esta secuencia es la siguiente:

- * El **derecho al suministro** se satisface imponiendo la correspondiente **obligación de suministro a los distribuidores** que, en su caso, vendrán obligados a **ampliar la red**.
- * El tendido de la red, su ejecución y financiación se regulan en el **régimen de acometidas**.
- * La configuración de la red y el derecho de los operadores al tendido de redes se regulan en el **régimen de autorización** de instalaciones de distribución.
- * Las instalaciones que hayan superado los requisitos establecidos en el régimen de acometidas y de autorización pueden solicitar el acceso de sus energías y la conexión de sus instalaciones, en virtud de las normas que

disciplinan el **régimen de acceso de terceros a las redes y de conexión de instalaciones.**

Si analizamos la razón de ser de los distintos títulos habilitantes, podemos comprobar que la “autorización de instalaciones de distribución” (art. 40 LSE) controla la entrada a la actividad de distribución de electricidad, la libertad de establecimiento y –una vez que ha suprimido la planificación vinculante- la configuración racional y sistemática (económica y técnicamente) de las redes de distribución (ordenación como sistema conforme al modelo de red única). Por su parte, “el acceso a las redes de transporte y distribución” (arts. 38 y 42 LSE), que se refiere al tránsito de la electricidad por las redes ajenas, facilita y supervisa la libertad de comerciar con la electricidad; mientras que la “conexión a las redes de transporte y distribución” (arts. 57 y 66 RTDC) supervisa su compatibilidad técnica e interoperabilidad.

En el debate que hemos presentado anteriormente parece haberse omitido el análisis de las tres primeras fases. La cuestión se ha discutido desde su confrontación con el régimen jurídico del acceso de terceros a las redes y de conexión de instalaciones, cuya finalidad no es determinar cuál es el modelo idóneo, desde el punto de vista de la eficiencia técnica y económica del sistema, para la configuración de las redes de distribución y del acceso de operadores a esta actividad.

Por ello, seguidamente analizaremos: cuáles son las características técnicas y económicas de las redes y de la actividad de distribución; cómo se traducen estas características en los principios jurídicos esenciales del modelo de regulación de la actividad de distribución; el reconocimiento del derecho al suministro y la asignación de la correspondiente obligación mediante la ampliación de las redes; la ejecución de las instalaciones de distribución según el régimen de acometidas y cuáles son las normas que disciplinan el régimen de autorización de instalaciones de distribución; finalmente, cuál es el régimen del acceso y conexión de estas instalaciones de distribución a las redes de transporte.

V. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS TÉCNICO Y ECONÓMICO DE LA DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD

Las instituciones jurídicas deben tener un fundamento lógico-racional que justifique la imposición de su orden coactivo en razones de justicia, razonabilidad o eficiencia, y que debe mantener su vigencia a lo largo de las transformaciones técnicas, sociales y económicas. Por ello, resulta obligado para el jurista analizar las características técnicas y económicas de la actividad regulada por el ordenamiento jurídico; porque, sin un mínimo conocimiento de la realidad,

difícilmente podrá interpretar las normas jurídicas teniendo en cuenta su razón de ser y su adecuación a la finalidad que se persigue¹.

Desde una perspectiva técnica, el tradicional servicio público de distribución de electricidad se apoya en la utilización de **una red**, cuya característica principal es que cuanto mayor sea la red, menores son los costes para el operador y mayor es la utilidad para los usuarios del servicio que se suministra por medio de esa red. El progresivo desarrollo de las redes de distribución, junto con el resto de las actividades eléctricas destinadas al suministro de electricidad (diversidad de fuentes primarias y tecnológicas de transformación, despliegue mallado de las redes de transporte en alta tensión, etc.), ha permitido la **garantía de suministro, su universalidad y continuidad a costes razonables**². La complementariedad de las redes y actividades eléctricas hace técnicamente más eficiente y económicamente más barato el funcionamiento del sector eléctrico con una red que con varias. Además, la utilización de redes exige una cierta compatibilidad técnica de los componentes de la misma, así como su configuración sistemática para permitir la coordinación de las actividades de los distintos sujetos que realizan actividades eléctricas.

Las “**industrias con tecnología de red**” han sido caracterizadas económicamente como “**monopolios naturales**”³: una determinada tecnología impone una función de costes según la cual resulta más caro producir la cantidad demandada de un determinado bien o servicio por dos o más empresas que por una sola. Esta descripción central suele completarse con cinco características significativas: elevadas inversiones de capital, servicios considerados esenciales para las empresas y para la población, imposibilidad de almacenarlos en momentos de reducción de demanda, exigencia de una conexión física con el usuario y capacidad de generar rentas por el aprovechamiento de los usuarios o consumidores⁴.

Los procesos de liberalización han analizado si las características y limitaciones del “monopolio natural” se daban efectivamente en las distintas actividades que conforman los servicios públicos; distinguiendo entre actividades en las que es posible introducir competencia (generación y comercialización de electricidad: los “negocios de producir y vender”) y actividades no susceptibles de realizarse mediante competencia entre operadores (redes de transporte y distribución de

¹ De este planteamiento elemental arranca la moderna Teoría de la regulación: vid. entre otros SEGURA (1993), OGUS (1994), BALDWIN y CAVE (1999), CRUZ FERRER (2002); teoría y metodología ya adoptadas expresamente por la Comisión Europea en las Directivas sobre Telecomunicaciones de 2002.

² Vid. ARIÑO y LÓPEZ DE CASTRO (1998), CRUZ FERRER (1999).

³ Vid. POSNER (1992), RODRÍGUEZ ROMERO (1993), LASHERAS (1999).

⁴ BUSTAMANTE (1993), CRUZ FERRER (2002).

electricidad), pero que pueden ponerse al servicio imparcial de los operadores como transportistas comunes⁵.

Las anteriores ideas han sido recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 por la que se regula el Sector Eléctrico:

*“El suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad. Su precio es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía... Por otra parte, **el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural**: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable –como la energía eléctrica- varía en periodos relativamente cortos de tiempo. Además, la imposibilidad de almacenar la electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y en transporte de energía eléctrica. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado (párrafo 1).*

*... 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. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una **única red**” (párrafo 5).*

Los párrafos citados de la Exposición de Motivos repiten la calificación de monopolio natural y de red única aplicada a las redes de transporte y distribución. Estas características técnicas y económicas conllevan dos consecuencias: la generalización del **acceso de terceros a las redes**, que permite la liberalización de la compra-venta de electricidad; y la **regulación económica** de la retribución del transporte y de la distribución, que evitará el posible abuso de posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red, pero que también permitirá recuperar las inversiones efectuadas en su implantación y despliegue.

Nuestras autoridades administrativas y regulatorias con competencias específicas en materia de energía han tenido ocasión de explicar recientemente las anteriores

⁵ HERGUERA (2003), LÓPEZ MILLA (2003).

características económicas y técnicas de la actividad de distribución de electricidad. El Secretario de Estado de Energía en su comparencia de 10 de diciembre de 2002 ante el Congreso de los Diputados para la presentación del “Documento de Planificación de los Sectores de la Electricidad y Gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011” explicaba:

*“Respecto al ATR, Acceso de Terceros a las Redes, tengo que decirles que es fruto de las Directivas Europeas por las que se fijan normas comunes para el mercado interior del gas y la electricidad. El principio es sencillo, en los negocios basados en redes, el coste de desarrollo de las mismas es tan elevado que carece de toda lógica empresarial y económica permitir la competencia en dicha actividad. Es más eficiente tener una **única red** que conecte a la oferta con la demanda, que conecte la generación y la entrada de gas con los consumidores finales, y que aquellos sujetos que quieran vender su producto a los consumidores paguen un peaje al propietario de las redes por su uso. Es lo que ocurre con las autopistas, con los aeropuertos y también con los tubos y las **redes de gas y electricidad...** Es importante separar la **actividad de lo que es transporte, que es una actividad típica de monopolio natural**, de lo que son las actividades de comercialización o venta del producto al consumidor”.*

Por su parte, la Comisión Nacional de la Energía en resolución de 30 de abril de 2003 sobre la solicitud de autorización presentada por GAS NATURAL SDG, S.A. para tomar participaciones en el capital social de IBERDROLA, S.A. señala:

*“De similares características goza el sector eléctrico. Según reza la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, **el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural**: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable –como la energía eléctrica- varía en periodos relativamente cortos de tiempo. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado. Por este motivo, la Ley del Sector Eléctrico también distingue entre actividades reguladas y no reguladas, incluyendo entre las segundas, la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución” (p. 58)... “Resulta indudable, incluso para no expertos, que **si las actividades reguladas, de transporte y distribución de gas y de energía eléctrica, se ejercen en régimen de monopolio** y se retribuyen mediante tarifas y peajes impuestos por la autoridad administrativa a los consumidores para la necesaria prestación del servicio con la calidad necesaria, dicha*

retribución de las empresas reguladas debe aplicarse al pago de los gastos necesarios para el ejercicio de la actividad incluida la retribución del capital empleado en cantidad razonable al tratarse de una actividad regulada y sin competencia” (p. 70).

Autores con una larga experiencia en el sector eléctrico se han manifestado recientemente respecto de la cuestión que nos ocupa. Sally HUNT (2002: 217), en uno de los estudios más completos sobre los procesos de liberalización del sector eléctrico a nivel mundial, ha escrito que:

*“La actividad de distribución de electricidad es un **monopolio natural** porque requiere altas inversiones fijas en la red de distribución que sería **ineficiente duplicar**. Hasta la fecha, prácticamente nadie ha considerado seriamente permitir a varias compañías tender sus redes por los aires o perforar nuestras calles para enterrar los cables de distribución”.*

Jorge FABRA UTRAY, en un estudio reciente (2004: 84), acaba de explicar su perspectiva sobre las características de la actividad de distribución, incidiendo en su característica de monopolio natural y de red única:

*“La función de la empresa distribuidora es entregar al consumidor una energía útil para su consumo, es decir, en el momento demandado, con la atención requerida y con la frecuencia del sistema especificada. Para ello necesita diseñar, construir y mantener **una red en estrella suficientemente mallada** en sus tensiones más altas, capaz de hacer mínimas las pérdidas de distribución, alcanzar todos los puntos de consumo potencial y gestionar la recaudación del valor de sus ventas con el menor desfase entre consumo, facturación y cobro (funciones que están siendo perdidas en favor de los comercializadores). Necesita especializar su especialización en la distribución. Requiere conocer las características de sus consumidores, las variables explicativas del comportamiento de la demanda, laborales, meteorológicas, económicas, la curva de carga de cada uno de sus consumidores. Necesita, en definitiva, especializar su gestión del consumo. Y para esa especialización, el ámbito geográfico del mercado bajo su gestión, la cantidad de energía distribuida y la intensidad del consumo por unidad consumidora condicionará la dimensión óptima, que no será una función lineal del tamaño: será ante todo, función de la homogeneidad interna de la **zona reservada de distribución cubierta**. Dicha homogeneidad la suministra la región económica y administrativa, que coincide con criterios locales, aunque estos puedan ser tan amplios como Andalucía, Galicia, Madrid, Asturias, Cantabria o Cataluña, o tan pequeños como un municipio o un valle...”.*

También en un estudio reciente, Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO y Gaspar ARIÑO ORTIZ (2004: 248, 277) han tenido ocasión de pronunciarse sobre las características de la actividad de distribución en relación con los problemas planteados por la distribución en cascada y en paralelo:

*“Deben resolverse los problemas regulatorios creados con la “guerra de redes” por la distribución en cascada y en paralelo, que es **incoherente con la naturaleza de la distribución como monopolio natural regulado**”.*

VI. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN JURÍDICA.

Seguidamente analizamos cuáles son las características básicas del nuevo modelo de regulación del sector eléctrico, abierto por la Ley 54/1997, para abordar después cuáles son las características esenciales de la actividad de distribución y cuál es su posición y encaje en el nuevo sistema.

1. Principios fundamentales del nuevo modelo de regulación del sector eléctrico.

La Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, en desarrollo de la Directiva 1996/92 sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad, recientemente modificada por la Directiva 2003/54, plantea un nuevo modelo de regulación del sector eléctrico, que mantiene los principios básicos de su gestión técnica pero modifica sustancialmente su gestión económica, reconociendo e impulsando la libre iniciativa, la libre contratación y el desarrollo de un nuevo mercado de la electricidad.

El Tribunal Constitucional ha definido que la regulación básica de un sector debe establecer las “**nociones materiales básicas**”, “que garanticen en todo el Estado un **común denominador normativo** dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales” (STC 69/1988). A nuestro juicio, las nociones materiales básicas de ese común denominador son las siguientes:

- a) El suministro de energía eléctrica constituye un “**servicio esencial**”: imprescindible para los hogares y las empresas, por lo que debe garantizarse su seguridad, continuidad, calidad y el menor coste posible, sin olvidar la protección del medio ambiente. Para conseguir estos objetivos es precisa una gestión técnica del sistema y una gestión económica del mercado (Exposición de Motivos, artículos 2 y 32 LSE).

- b) El sector eléctrico constituye un “**sistema**”: todas las actividades destinadas al suministro se ejercen de forma coordinada. El operador del sistema, como responsable de la gestión técnica del sistema, tiene por objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte (artículos 1.3 y 34 LSE).
- c) El sector eléctrico constituye un “**mercado**”, cuya organización y regulación persigue la adecuación del suministro a las necesidades de los consumidores al menor coste posible; mediante la libre iniciativa, la libre competencia, la racionalización, eficiencia y optimización de las actividades destinadas al suministro. El operador de este mercado es responsable de la gestión económica del sistema mediante el desarrollo eficaz del mercado organizado de producción (artículos 1, 2, 32 y 33 LSE).

En virtud de las Directivas 1996/92 y 2003/54, el sector eléctrico español debe entenderse integrado, como sistema y como mercado, en el mercado interior europeo de la electricidad; que se rige en su conjunto por las mismas nociones materiales básicas que acabamos de exponer.

2. Principios esenciales de la regulación de la actividad de distribución y su encaje en el sistema.

A) Definición.

El suministro de energía eléctrica constituye un servicio universal y esencial, proclamación que se concreta en la garantía/obligación de la seguridad, continuidad y calidad del suministro asignada a los distribuidores. Por ello, la distribución tiene la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa (art. 9.1.g) LSE).

La actividad de distribución tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones de calidad, así como la venta de energía eléctrica a los consumidores a tarifa (art. 36.1 RTDC).

B) Modelo de configuración de la red: sistema de red única.

A efectos jurídicos resulta de gran trascendencia que la Exposición de Motivos de la Ley del Sector Eléctrico repita tanto el concepto de red única como el de monopolio natural. Conceptos que no dejan lugar a dudas respecto a que el modelo de liberalización y regulación elegido para el sector eléctrico por la Ley 54/1997 es el de configurar una red única en la actividad de distribución. Esta característica se opone obviamente a la redundancia de redes: desde el punto de vista de la eficiencia técnica y económica se trata de evitar costes económicos y medioambientales en el tendido de las redes.

C) Actividad regulada: sometida a “regulación económica”.

Uno de los términos que inducen a confusión en la Ley del Sector Eléctrico es el de “regulación”. En el párrafo 1 de la Exposición de Motivos se nos dice que las características técnicas y económicas del sector eléctrico hacen que sea “un sector necesariamente regulado” y efectivamente la Ley regula todas las actividades necesarias para el suministro de electricidad. Sin embargo, en el párrafo 5 de la Exposición de Motivos y en otras disposiciones de la Ley se nos habla de “separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas”, cuando acabamos de ver que todas las actividades están reguladas. La confusión se debe a que hasta los recientes procesos de liberalización de los servicios públicos no ha sido necesario desarrollar la “teoría de la regulación” en la que se han analizado los diferentes tipos de regulación: fundamentalmente civil, administrativa y económica⁶.

La Ley del Sector Eléctrico somete a regulación civil y administrativa las actividades de generación y comercialización, que por tanto no son actividades económicamente reguladas. Sin embargo, la persistencia del sistema de red única y monopolio natural que se mantiene en las actividades de transporte y distribución hace necesario mantener para las mismas el tradicional sistema de regulación económica que se desarrolla durante el siglo XX para los servicios públicos. La finalidad de esta regulación es sustituir los condicionantes impuestos por la competencia y el mercado para actividades que hasta la fecha no pueden ser competitivas. La regulación económica somete a una intensa intervención administrativa las decisiones típicas de la libertad empresarial: la entrada al mercado, la elección de los medios de producción y la fijación de precios, que se someten al control de la autoridad reguladora.

Por lo que respecta a la **entrada a la actividad de distribución**, la Ley del Sector Eléctrico establece la planificación para la actividad de transporte pero no para la actividad de distribución, suprimiendo esta técnica que sí estaba presente en la

⁶ Vid. para una explicación de los tipos de regulación CRUZ FERRER (2002)

Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994. Sin embargo, aunque la actividad de distribución no se somete a planificación y aunque la Ley reconoce la libre iniciativa empresarial para el desarrollo de esta actividad (artículo 2.1), resulta obvio que en el régimen de autorización de instalaciones de distribución (art. 40), la entrada a la actividad se somete a una intervención administrativa especialmente intensa. Mientras las autorizaciones para las actividades de generación y de comercialización tienen **carácter reglado**, en el régimen establecido por el artículo 40 de la Ley, la **autorización de instalaciones de distribución tiene un marcado carácter discrecional** al permitir que la Administración competente **deniegue la autorización “cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”**⁷.

Por lo que respecta al **régimen de los operadores**, la actividad de distribución se configura como una **“actividad separada”**: los operadores que desarrollan la actividad de distribución deben tener ese objeto social exclusivo, de acuerdo con el artículo 14 LSE. La finalidad de esta imposición es evitar que la posición dominante derivada de la gestión de una red única permitiera transferir ventajas competitivas para el desarrollo de actividades de generación o comercialización, que han quedado abiertas a la competencia.

Por lo que respecta al **régimen económico** de la actividad de distribución, la técnica más importante de la regulación económica es que las actividades sometidas no se retribuyen vía precios formados competitivamente, sino por vía de tarifas establecidas por las autoridades reguladoras. Mientras las actividades de generación y comercialización se retribuyen mediante precios establecidos en competencia, lo cual siempre plantea riesgos para el desarrollo de estas actividades; la actividad de distribución no queda sometida a riesgos de mercado porque los costes que se reconozcan para el desarrollo de esta actividad tendrán garantizada su retribución por todo el sistema. El artículo 16.3 LSE dispone que la retribución de la actividad de distribución se establecerá reglamentariamente y permitirá fijar la retribución que haya de corresponder a cada sujeto atendiendo a los siguientes criterios: costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, energía circulada, modelo que caracterice las zonas de distribución, los incentivos que correspondan por la calidad del suministro y la reducción de las pérdidas, así como otros costes necesarios para desarrollar la actividad. Para los operadores de distribución puede existir un **riesgo regulatorio**, pero no un **riesgo comercial** o de mercado: una vez que se ha autorizado el tendido y la operación de redes de distribución éstas tienen garantizada su retribución por todo el sistema.

⁷ ARIÑO y LÓPEZ DE CASTRO (1998), NEBREDA (2003).

Resulta capital retener esta característica esencial de la actividad de distribución para formar criterio sobre el debate en torno a la “competencia entre redes”: desde el momento en que las redes de distribución autorizadas se retribuyen vía tarifas por todo el sistema, permitir redes redundantes sería gravemente antieconómico y vulneraría la finalidad de la Ley de que el suministro de electricidad se realice al menor coste posible.⁸

D) Incardinación de la actividad de distribución en el sistema eléctrico.

a) Encaje en el mercado.

La configuración de las redes de distribución según el modelo de red única no es obstáculo sino más bien instrumento para el desarrollo eficiente del mercado eléctrico: el artículo 40.2 LSE dispone que la autorización de instalaciones de distribución en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos. Esta disposición se desarrolla mediante dos técnicas: de una parte, la Ley garantiza el **acceso de terceros a las redes de distribución** en las condiciones técnicas y económicas que establece (arts. 11.2 y 42); de otra parte, el artículo 43 permite el **tendido de líneas directas de distribución** entre los productores y los consumidores. Mediante estas dos técnicas se permite que las redes sean un instrumento imprescindible y neutral para que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejerzan de forma coordinada bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia (art. 1.3 LSE).

b) Encaje en el sistema.

La incardinación de la actividad de distribución en el sistema eléctrico se realiza desde dos grandes perspectivas: la coordinación técnica y la garantía del suministro. En primer lugar, la idea esencial del artículo 39 LSE que sienta las bases de la regulación de la distribución es la **coordinación**: coordinación interna del funcionamiento y del desarrollo de las redes de distribución en el territorio nacional; y coordinación externa de las redes de distribución con la configuración de la red de transporte y de ésta con las unidades de producción.

En segundo lugar, a la actividad de distribución corresponde hacer efectiva la **garantía del suministro** de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional (art. 2.2 LSE).

⁸ También parece importante evitar errores de concepto al realizar analogías incorrectas con el sector de telecomunicaciones, cuya regulación ha abandonado los criterios de red única y monopolio natural.

Esta garantía del suministro por parte de las compañías distribuidoras es el aspecto esencial que pasamos a desarrollar seguidamente.

VII. DERECHO AL SUMINISTRO Y OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO.

Según venimos exponiendo, la Ley del Sector Eléctrico sitúa la garantía del suministro como pieza fundamental de su regulación. Los problemas de interpretación han surgido a la hora de identificar a quién se le asigna la obligación de suministro y, en su caso, la necesaria ampliación de la red.

1. El derecho al suministro de electricidad y su garantía como servicio esencial y universal. Indefinición del sujeto de la obligación.

A) Reconocimiento del derecho al suministro como servicio esencial y universal.

El artículo 2.2 LSE otorga la condición de servicio esencial y universal al suministro de electricidad: “las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejercerán **garantizando el suministro** de energía eléctrica a **todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional** y tendrán la consideración de **servicio esencial**”. Por si la anterior disposición no había quedado suficientemente clara, el artículo 10 LSE que lleva por título **Garantía del suministro**, dispone que “todos los consumidores tendrán derecho al suministro de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno con la colaboración de las Comunidades Autónomas”.

B) Asignación de competencias administrativas.

Para que la garantía del suministro sea efectiva, el artículo 3 LSE otorga las correspondientes potestades a las Administraciones competentes. En el caso de la Administración General del Estado, el artículo 3.2.b) señala que es de su competencia “impartir, en el ámbito de su competencia, instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas de transporte y distribución, en garantía de una adecuada calidad y seguridad en el suministro de energía, con un mínimo impacto ambiental”.

En el caso de las Comunidades Autónomas, el artículo 3.3.d) les asigna la competencia de “impartir instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas de transporte o distribución de su competencia, para la adecuada prestación del servicio”.

C) Obligación de suministro y sanción por incumplimiento.

Por lo que respecta a la definición de la obligación de suministro, el artículo 41.1.a) LSE señala que será obligación de las empresas distribuidoras “realizar el suministro de energía a los usuarios a tarifa en los términos previstos en el título siguiente”; mientras que el apartado b) les asigna la obligación de “prestar el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen, manteniendo las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica”. El artículo 44.1 LSE dispone que “el suministro de energía eléctrica a los usuarios será realizado por las correspondientes empresas distribuidoras cuando se trate de consumidores a tarifa, o por las empresas comercializadoras en el caso de consumidores acogidos a la condición de cualificados”.

En similar sentido, el artículo 41 RTDC dispone que será obligación de las empresas distribuidoras “suministrar energía eléctrica a los consumidores a tarifa o a otros distribuidores en los términos establecidos en la Ley 54/1997 y el presente Real Decreto”; así como “realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua con los niveles de calidad establecidos en el presente Real Decreto y sus disposiciones de desarrollo”.

La importancia que se asigna al cumplimiento de esta obligación se comprueba en el título X de la Ley del Sector Eléctrico en el que se regulan las infracciones y sanciones. El artículo 60 LSE tipifica como infracciones muy graves: “la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica para una zona o grupo de población sin que medien los requisitos legales que lo justifiquen” y “la negativa a suministrar energía eléctrica a nuevos usuarios, sin que existan razones que lo justifiquen”. A su vez, el artículo 61 LSE tipifica como infracciones graves: “el retraso injustificado en el comienzo de la prestación del servicio a nuevos usuarios” y “el incumplimiento de las instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas, para la adecuada prestación del servicio y la continuidad del suministro, impartidas por la Administración competente”. Por su parte, el artículo 64 LSE tipifica las correspondientes sanciones de innegable gravedad económica.

D) Indefinición del sujeto de la obligación de suministro. Tesis de la Comisión Nacional de la Energía.

Las disposiciones que acabamos de transcribir no dejan de producir una cierta perplejidad puesto que una obligación tan grave como es el suministro se asigna

genéricamente a **"las compañías distribuidoras de electricidad"**: en la actualidad, figuran autorizadas y registradas en España trescientas siete compañías distribuidoras.

Esta indefinición de la Ley lleva a la Comisión Nacional de la Energía a sostener la siguiente tesis:

"La garantía de suministro es una obligación de las empresas distribuidoras, y por consiguiente cualquier distribuidor que, reuniendo los requisitos establecidos normativamente, haya alcanzado la condición de sujeto distribuidor, **tiene la obligación de garantizar el suministro eléctrico, como así se desprende de la lectura del artículo 41.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico..."** (página 63).

"La CNE entiende que ninguna distribuidora es titular de derechos exclusivos y **todas ellas están obligadas a atender nuevas demandas de ampliar las instalaciones existentes..."** (página 72, Resolución CATR 6/2001, de 31 de julio de 2003).

A nuestro modo de ver, la tesis de la Comisión Nacional de la Energía resulta insostenible: los trescientos distribuidores de electricidad no pueden ser el sujeto de la obligación de suministro. Tal tesis choca frontalmente con las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica. Por ello, resulta imprescindible avanzar en la interpretación jurídica para identificar, sin lugar a dudas, quién es la compañía distribuidora obligada al suministro de electricidad en cada caso concreto. De lo contrario, tanto el servicio esencial como el servicio universal quedarían sometidos a una inasumible indefinición técnica e inseguridad jurídica.

2. Identificación del sujeto de la obligación de suministro: el distribuidor de la zona.

La tesis sostenida por la Comisión Nacional de la Energía tiene su origen en la confusión derivada de que la Ley del Sector Eléctrico haya contemplado el modelo previsto en el artículo 10.2 de la Directiva 96/92, consistente en una posible **separación entre los propietarios de las redes de distribución y la gestión de las mismas por un denominado gestor de zona**; modelo desconocido en nuestro país. Efectivamente, el artículo 41.3 LSE dispone que "el Gobierno publicará en el Boletín Oficial del Estado las zonas eléctricas diferenciadas en el territorio nacional de acuerdo con el apartado 3 del artículo 39, así como la empresa o empresas de distribución que actuarán como **gestor de la red** en cada una de las zonas".

A la vista de estas disposiciones, la Comisión Nacional de la Energía ha sostenido la tesis siguiente:

*“El término **“distribuidor de zona”** es una expresión que queda completamente al margen del contenido normativo del sector, no contemplado ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su desarrollo reglamentario. Por lo tanto, y desde la perspectiva sectorial, es un concepto que **carece de significado jurídico**.*

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

*Concluyendo con las matizaciones relativas al término “distribuidor de zona”, el mismo no debe confundirse con los **verdaderos conceptos jurídicos, como son las zonas eléctricas de distribución y los gestores de las redes de distribución. Conceptos definidos en la Ley del Sector Eléctrico en los artículos 39.3 y 41.3 respectivamente. De ninguno de los conceptos mencionados resulta la exclusividad territorial a favor del titular de las instalaciones**”.* (Resolución CATR 6/2001, de 31.7.2003, pág. 62).

Sin embargo, **hasta la fecha, este modelo no se ha llevado a la práctica por lo que no está vigente en nuestro Derecho**. La propia LSE en su disposición transitoria duodécima determinó que “en tanto se establezca, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.3, la sociedad o sociedades distribuidoras, que han de actuar como **gestor de la red de distribución en cada zona, tendrán tal consideración los titulares de las redes de distribución, que asumirán las obligaciones que para el gestor de la red de distribución se establecen en la presente Ley**”.

En el mismo sentido, y para despejar cualquier duda que pudiera provocar inseguridad jurídica, el artículo 39 RTDC ha dispuesto:

*“1. A los efectos del presente Real Decreto, excepto en lo que se refiere a las zonas establecidas para la determinación de la calidad de servicio zonal, **se entenderá por zona eléctrica de distribución el conjunto de instalaciones de distribución pertenecientes a una misma empresa y***

cuyo objeto último es permitir el suministro de energía eléctrica a los consumidores en las adecuadas condiciones de calidad y seguridad.

*La caracterización de las distintas zonas eléctricas de distribución determinará la retribución de las **empresas distribuidoras propietarias de las redes de cada zona**, así como el nivel de pérdidas reconocido a cada una de ellas, de acuerdo con lo que se establezca en dicho régimen retributivo.*

2. El gestor de la red de distribución en cada una de las zonas eléctricas de distribución será la empresa distribuidora propietaria de las mismas, sin perjuicio de que puedan alcanzarse acuerdos entre empresas distribuidoras para la designación de un único gestor de la red de distribución para varias zonas eléctricas de distribución. Estos acuerdos serán puestos en conocimiento de la Administración competente”.

A la vista de las disposiciones normativas actualmente vigentes, nos parece que queda de manifiesto el error de derecho en que incurre la tesis de la Comisión Nacional de la Energía. Estamos de acuerdo en que en España nunca han existido zonas de exclusiva para la distribución de electricidad y en que esta actividad tampoco se ha ejercido con base en títulos concesionales. Sin embargo, no es difícil recordar que nuestro sistema eléctrico peninsular se dividía precisamente en subsistemas eléctricos, que se correspondían territorialmente con las zonas en las que distribuían las distintas compañías a las que efectivamente correspondía la obligación de suministro.

Así pues, parece fundamental aclarar que el sujeto de la **obligación de suministro no son los trescientos distribuidores autorizados sino el distribuidor propietario de las redes de la zona donde se localiza el consumidor titular del derecho al suministro.**

Por otra parte, **este modelo vigente a la fecha en nuestro Derecho, en el que son coincidentes el distribuidor propietario de la red y el gestor de la red de distribución, es el que parece, razonablemente, el más acertado para el cumplimiento de la obligación de suministro y para la gestión técnica y económica, al menor coste posible, de la actividad regulada de distribución,** como por otra parte permite la nueva Directiva 2003/54 (arts. 2, 13, 14, 15 y 16), al comprobarse que todas las funciones del gestor de la red de distribución son, en la práctica, las propias de cada distribuidor.

Un modelo que se apartase de lo anterior, no haría sino dificultar y encarecer la gestión técnica y económica de esta actividad regulada de distribución eléctrica, afectando a la calidad del suministro y al coste del servicio.

Además, es interesante comprobar que este modelo de propietario de red (TSO, en lugar de ISO) es el que nuestro Derecho acaba también de establecer para las redes de transporte, regulando un derecho de adquisición preferente sobre las instalaciones de transporte a favor de Red Eléctrica de España, S.A. en el artículo 91 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. De esta forma, se establece un modelo coherente en la configuración de las redes de transporte y de las redes de distribución⁹.

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TENDIDO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN.

Una vez que la Ley del Sector Eléctrico y el Real Decreto 1955/2000 asignan, sin lugar a dudas, la obligación de suministro al “distribuidor propietario de las redes de cada zona”, en virtud de los principios de red única y de economía de costes, regulan el procedimiento para atender nuevos suministros mediante la ampliación de las redes existentes.

1. Régimen de la ampliación de las redes de distribución.

La ampliación de las redes de distribución ha sido regulada tanto por la LSE como por el RTDC. El artículo 41.1.c) LSE establece como obligación de las empresas distribuidoras:

“Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas.

Cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de ampliación para atender nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometerla, la Administración competente, determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla, atendiendo a sus condiciones”.

En el mismo sentido, el artículo 45.1.a) establece como obligación de las empresas distribuidoras en relación al suministro: “atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración. Reglamentariamente se regularán las condiciones y procedimientos para el establecimiento de acometidas eléctricas y el enganche de nuevos usuarios a las redes de distribución”.

⁹ Vid. Javier DE QUINTO (2001).

Por su parte, el artículo 41.1.i) RTDC ha precisado el **criterio para determinar qué empresa distribuidora debe proceder a la ampliación**:

*“Cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de atender nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometer la obra, la Administración competente determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla **atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica**”.*

En función de los criterios normativos que hemos presentado parece claro el error en que incurre la CNE al sostener que **cualquier distribuidor** tiene derecho a tender redes en **cualquier zona**:

*“**Cualquier distribuidor** que reúna los requisitos establecidos en la norma, es decir, aquellos sujetos que acrediten su capacidad legal, técnica y económica, y obtengan la preceptiva autorización, podrá establecerse y ejercer la actividad de distribución de energía eléctrica en la **zona que estime pertinente**”.*

Frente a este **“modelo de zonas indefinidas y abiertas”** presentado por la CNE, la Ley y el Reglamento marcan los siguientes criterios:

- 1º. La obligación de suministro corresponde al distribuidor de zona.
- 2º. La obligación de ampliar la red para atender un nuevo suministro corresponde al distribuidor más próximo. Así se deduce, no sólo de los artículos 41.1.c) LSE y 41.1.i) RTDC, sino también del artículo 42 RTDC al disponer 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”** (en similar sentido, cfr. los artículos 45.4 estableciendo esta previsión en el propio régimen de acometidas y 62.6 sobre el régimen de conexión de redes).
- 3º. En caso de conflicto positivo o negativo entre distribuidores, la Administración competente decidirá qué distribuidor está obligado/tiene mejor derecho a la ampliación o tendido de la nueva red, **“atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica”**: criterio del que se deriva una **posición preferente** –por razones técnicas y económicas- del distribuidor más próximo y que **excluye (hace ilegal) el tendido por un distribuidor distinto de ampliaciones de la red “en cascada” o “en paralelo”**.
- 4º. La sede jurídica para evaluar la racionalidad y conveniencia del tendido de nuevas redes de distribución no es la conformidad de

esta configuración con las normas que regulan el acceso de terceros a las redes o la conexión de redes: la técnica que debe aplicarse es la **autorización administrativa** y la Administración competente es la que corresponda en función de la configuración de las redes. En las disposiciones que acabamos de citar se otorga a esta Administración competencia para la resolución de los conflictos negativos que puedan producirse respecto de la ampliación de redes, resultando evidente que la Administración competente para la resolución de los conflictos negativos también lo será para la resolución de los conflictos positivos cuando existan varias empresas que pretendan acometer las obras destinadas para un nuevo suministro. Además en el artículo 41 RTDC también queda claro el criterio que debe tenerse en cuenta para la resolución del conflicto: “el menor coste y mayor racionalidad económica”. La resolución de estos conflictos debe producirse en el procedimiento tramitado para otorgar la autorización de nuevas instalaciones. Ahora bien, con carácter previo, el Reglamento regula la ejecución y financiación de las infraestructuras conforme al régimen de acometidas.

2. La nueva regulación del régimen de acometidas eléctricas.

A) Explicación del nuevo régimen.

En la normativa anterior, el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 1/1992 de Régimen del Suelo establecía que “en los gastos de urbanización que deberán ser sufragados por los propietarios afectados (urbanizadores) se comprenden los siguientes conceptos: a) el coste de las obras de viabilidad, saneamiento, suministro de agua y energía eléctrica, alumbrado,... sin perjuicio del derecho de reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de suministro de agua y energía eléctrica con cargo a las empresas que presten los servicios...”. Este criterio urbanístico engarzaba con el llamado Decreto de Acometidas Eléctricas (Real Decreto 2949/82, de 15 de octubre) que preveía el régimen con que la empresa de distribución eléctrica compensaba al urbanizador que implantaba la infraestructura eléctrica.

De una parte, la Ley del Suelo de 1992 fue anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997; y, de otra parte, el anterior régimen de acometidas planteaba tres grandes problemas: 1) resultaba posible transferir costes y riesgos propios del negocio inmobiliario a una actividad económicamente regulada como es la distribución de energía eléctrica: cuando se daba el caso de que una promoción inmobiliaria resultaba comercialmente fallida, los promotores

inmobiliarios veían cubierta su inversión en infraestructuras por la distribuidora de electricidad, que no podía repercutir esos costes en unos inexistentes consumidores; 2) tampoco se garantizaba que el promotor inmobiliario además de recuperar sus costes de inversión en infraestructuras con cargo a la compañía distribuidora de electricidad no los repercutiera también en el coste de las viviendas; y 3) la financiación de las extensiones de la red de distribución no se asignaba de manera equitativa entre los beneficiarios porque las mayores extensiones no permitían imponer mayores costes a sus beneficiarios al ser única la tarifa de acometidas.

Por ello, los artículos 14 y 18 de la nueva Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones imponen a los propietarios de suelo el deber de costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras necesarias para desarrollar efectivamente la urbanización.¹⁰

En la nueva regulación eléctrica, el artículo 16.8 LSE establece que “reglamentariamente se establecerá el régimen económico de los derechos por acometidas y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro de los usuarios. Los derechos a pagar por acometidas serán únicos para todo el territorio nacional en función de la potencia que se solicite y de la ubicación del suministro. Los ingresos por este concepto se considerarán a todos los efectos retribución de la actividad de distribución”.

El Real Decreto 1955/2000 en su artículo 45 establece la nueva regulación de los derechos de extensión de infraestructuras de distribución y del régimen de acometidas: la novedad de este sistema es que, como regla general, en el suelo urbanizable los propietarios deben ejecutar a su costa las infraestructuras eléctricas y posteriormente cederlas a la empresa distribuidora.

Esta nueva regulación ha sido declarada conforme a la Constitución y a la Ley por dos sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10.512 y 10.562).

B) Definición de las relaciones entre los propietarios del suelo y las empresas distribuidoras.

a) Asignación de la obligación de suministro.

El artículo 43 RTDC reitera una vez más que “las empresas distribuidoras estarán obligadas a atender en condiciones de igualdad las demandas de suministro eléctrico que se les planteen en las zonas en que operan”. La novedad del

¹⁰ Artículos declarados conformes con la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001

régimen de acometidas que diseña el Reglamento estriba en el procedimiento y la asignación de costes para la ejecución de las infraestructuras.

b) Obligación de ejecución y financiación de las infraestructuras. Supervisión técnica de la ejecución. Reparto de costes. Autorización de la instalación.

Los distintos apartados del artículo 45, que establecen los criterios para la determinación de los derechos de extensión, imponen a los propietarios del suelo (en determinados casos de extensión de infraestructuras en suelo urbano y en todos los casos cuando el suministro se solicite en suelo urbanizable y en suelo no urbanizable) que ejecuten a su costa la infraestructura eléctrica necesaria, incluyendo la red exterior de alimentación y los refuerzos necesarios. Ahora bien, **la ejecución de esta infraestructura debe realizarse “de acuerdo tanto con las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias, como con las establecidas por la empresa distribuidora”**. Así pues, aunque la ejecución de la red de distribución debe efectuarse por el promotor inmobiliario, tal ejecución debe ser conforme con la empresa distribuidora que opera en la zona y que está obligada al suministro (cfr. Arts. 37 y 111 RTDC).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la obligación del promotor inmobiliario de financiar la infraestructura alcanza estrictamente a su red de cobertura, pero no a la parte de inversión necesaria para dimensionar la red de forma que pueda cubrir las ampliaciones (art. 42 RTDC). Por ello, los apartados 3 y 4 del artículo 45 RTDC disponen que el promotor inmobiliario y la distribuidora deben repartirse estos costes, resolviendo la asignación en caso de discrepancias la Administración competente (se entiende que para autorizar esa red).

c) Cesión de la infraestructura a las empresa distribuidora: aclaración de las dudas de interpretación que plantea el artículo 45.

Los diferentes apartados del artículo 45, en que se impone a los propietarios de suelo la obligación de costear y ejecutar las infraestructuras de distribución, les imponen también **la obligación de ceder tales infraestructuras a una empresa distribuidora**.

Ahora bien, la interpretación de a qué empresa distribuidora debe ceder el propietario del suelo la infraestructura que ha ejecutado y financiado plantea dudas: el artículo 45 emplea en siete ocasiones la expresión **“la empresa distribuidora”** y en dos ocasiones precisa que esta empresa distribuidora es la “obligada al suministro”. Además, en una de las ocasiones en que se habla de la

cesión de infraestructuras se dice que la cesión debe realizarse a “la empresa distribuidora”.

Sin embargo, en dos ocasiones, el artículo 45 dice literalmente que la cesión de infraestructuras debe efectuarse “a una empresa distribuidora”, con lo cual parece abrirse la posibilidad de que la cesión se efectúe a una empresa distribuidora distinta de la empresa que opera en la zona y que está obligada al suministro.

Las anteriores dudas de interpretación deben resolverse de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 41.1.c) LSE y precisados en el artículo 41.1.i) RTDC: en caso de conflicto entre varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de ampliación para atender nuevos suministros, la Administración competente determinará cual de los distribuidores debe realizar (o supervisar) la obra atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica.

El procedimiento y la decisión en que debe resolverse esta cuestión es el procedimiento para otorgar la autorización administrativa de instalaciones de distribución.

3. La autorización como instrumento para la configuración racional de las redes de distribución.

La Ley 54/1997 del Sector Eléctrico ha suprimido la planificación vinculante de las instalaciones de distribución, anteriormente existente en la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional del 1994. Por ello, en la actualidad, la autorización administrativa de las instalaciones de distribución es la técnica de intervención administrativa apropiada para conseguir que la configuración y el desarrollo de las redes de distribución se realice de forma racional.

A) Sujeto

La autorización de instalaciones de distribución (art. 40 LSE) tiene un carácter mixto (personal y real) porque analiza, de una parte, la capacidad legal, técnica y económica de la empresa necesaria para acometer la actividad de distribución y, de otra, el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para la instalación (cfr. Arts. 40 LSE y 37 RTDC)

Por ello, el **sujeto** de la autorización de instalaciones de distribución deber ser una **empresa distribuidora**. Queda claro que en el caso de que la infraestructura de distribución se ejecute por el promotor inmobiliario, deberá hacerlo de acuerdo tanto con las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias, como con las

establecidas por la empresa distribuidora y aprobadas por la Administración competentes en la autorización de la correspondiente instalación (art. 45 RTDC).

B) Administración competente

De acuerdo con el artículo 3.2. LSE corresponde a la Administración General del Estado autorizar y ordenar la ampliación de las instalaciones de distribución cuando su aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma o la distribución salga del ámbito territorial de una de ellas. Si no se da ninguna de estas condiciones, la competencia corresponderá a la Comunidad Autónoma respectiva.

C) Objeto del procedimiento de autorización

El fin de todo procedimiento administrativo consiste en recabar los elementos de juicio necesarios (documentos personales y técnicos, informes y evaluaciones técnicas o periciales, pruebas, información y alegaciones de los interesados, etc.) para que la Administración competente adopte una decisión legal, acertada y oportuna.

a) Características de la instalación.

El objeto de la autorización es la construcción y explotación de las instalaciones de distribución de energía eléctrica. Los elementos de juicio, diseñados por los artículos 39 y 40 LSE, que la Administración Pública competente debe tener en cuenta para otorgar o denegar la autorización se articulan en torno a dos grandes objetivos: coordinación y eficiencia.

Por lo que respecta a la coordinación, debe ser interna y externa. Coordinación interna de la actividad de distribución persiguiendo el funcionamiento y desarrollo coordinado de las redes de distribución en el territorio nacional. Coordinación externa con las restantes actividades eléctricas: coordinación con la configuración de la red de transporte y de ésta con las unidades de producción.

Por lo que respecta a la eficiencia, debe ser técnica y económica. En cuanto a la eficiencia técnica debe respetarse en todo momento el principio de red única reiterado con claridad por la Exposición de Motivos de la Ley para conseguir los beneficios del “efecto red”: economía de instalaciones evitando duplicidad o redundancia de redes. Por lo que respecta a la eficiencia económica habrá que tener siempre presente el criterio del menor coste y de la mayor racionalidad económica en el tendido y explotación de las redes.

b) Resolución de conflictos en la entrada de operadores y en la asignación de los costes de la infraestructura.

Teniendo en cuenta el principio de red única, el procedimiento administrativo para la tramitación de la autorización de instalaciones de distribución es la sede adecuada para resolver los posibles conflictos tanto negativos como positivos que puedan plantearse para el desarrollo de las redes de distribución. Tanto el artículo 41.1.c) LSE como el artículo 41.1.i) RTDC prevén la posibilidad de este conflicto y el criterio para su resolución:

“Cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de atender nuevos suministros y ninguno (o varios) de ellos decidiera acometer la obra, la Administración competente determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica”.

Por otra parte, ya señalamos anteriormente que la Administración competente debe resolver los conflictos entre distribuidor y promotor inmobiliario sobre el reparto de costes de la infraestructura (art. 45 RTDC).

c) Audiencia a los gestores de las redes de transporte y distribución.

De cara a la coordinación de las redes de distribución con las redes de transporte, y, en su caso, con otras redes de distribución, un **trámite imprescindible** del procedimiento de autorización de instalaciones de distribución debe consistir en la **audiencia a los gestores de la red de transporte y de distribución**. Ya hemos justificado que, conforme a la nueva Directiva 2003/54, el modelo actualmente vigente en España, en el que son coincidentes distribuidor propietario de la red y gestor de la red de distribución, se considera el más razonable. De esta forma, se permitirá al gestor de la red manifestar su opinión respecto de la configuración proyectada de la nueva red de distribución, cómo incidiría en otras redes afectadas, la posterior conexión de las redes, si disponen de capacidad suficiente, cumpliendo los criterios de fiabilidad y seguridad, etc. Así se desprende de los artículos 6.2.l y ñ, 9.1.b) , 9.3, 40.b y c, y 127 RTDC.

D) Efectos de la autorización.

La autorización de instalaciones de distribución de energía eléctrica otorga e impone a su titular los correspondientes derechos y obligaciones establecidos en el ordenamiento sectorial de la energía eléctrica.

A la vista de lo dispuesto por el artículo 41 LSE y por el artículo 41 RTDC resulta evidente tanto la obligación como la “posición preferente” del distribuidor de zona para atender nuevos suministros.

Esta obligación y “posición preferente” no entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 40.2 LSE en el sentido de que **“la autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos”**. El alcance de la autorización de instalaciones de distribución tal y como la acabamos de describir, en ningún caso impide el tendido de líneas directas de distribución, que se garantiza por el artículo 43 LSE, y que por tanto excluye cualquier posición de monopolio o de exclusiva. De otra parte, en ningún caso habría un aprovechamiento exclusivo de la actividad de distribución en beneficio propio, puesto que las redes se ponen al servicio del sistema mediante la garantía del acceso regulado de terceros a las redes de distribución, que se garantiza por el artículo 42 LSE.

La “posición preferente” de las distribuidoras para proceder a la ampliación de sus instalaciones sí entra en conflicto con un supuesto modelo de “competencia entre redes de distribución” defendido por la Comisión Nacional de la Energía: a su juicio, el proceso de liberalización de actividades y el artículo 40.2 impiden que la compañía distribuidora tenga un “monopolio o derecho de exclusiva” sobre su zona, en forma de derecho preferente a la ampliación de sus redes; y, por eso, **cualquier distribuidor tiene derecho a acometer las ampliaciones de la red**, ejercitando su derecho a acceder y conectarse con la red de transporte o de distribución, proceso que abre la situación de redes de distribución en cascada o en paralelo.

En los epígrafes anteriores ya hemos expuesto las normas jurídicas, hoy vigentes en nuestro ordenamiento, que excluyen esta tesis:

- * Los principios de **red única** y **monopolio natural** reiterados en la Exposición de Motivos LSE excluyen el modelo de competencia entre redes.
- * Las actividades de transporte y distribución se liberalizan mediante los **derechos de acceso de terceros a las redes y al tendido de líneas directas**; y no mediante la competencia entre operadores para gestionar tramos de red.
- * Tanto la LSE como el RTDC, por razones de menor coste y mayor racionalidad económica y técnica, otorgan a las distribuidoras un **derecho preferente para la ampliación de sus instalaciones** de distribución.

Volviendo a los efectos de la autorización de instalaciones de distribución, la autorización confiere a su titular los derechos de acceso a la red de transporte y de conexión de las instalaciones.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES

El derecho de acceso a las redes de transporte y distribución reconocido por los artículos 11, 38 y 42 LSE **facilita la libertad de comerciar con la energía**. Es un **derecho instrumental al servicio de la libre circulación y contratación de la electricidad**.

1. Fundamento lógico-racional del derecho de acceso de terceros a la red

En el caso de los monopolios naturales, en los que el proveedor tiene que estar unido físicamente al cliente y la economía determina que sólo una instalación física de conexión es factible -desplegar una infraestructura alternativa no es una opción satisfactoria por razones técnicas, económicas y medioambientales- la clave de la neo-regulación está en **separar el negocio de transportar del negocio de vender**. De esta forma, ser el propietario de la red no da derecho a monopolizar la compra o la venta del producto; el producto –electricidad, gas o petróleo- que transita por la red puede pertenecer a otros operadores y el propietario de las redes recibirá una compensación adecuada por la prestación de sus servicios y por facilitar **el uso** de su red.

El derecho de acceso de terceros a la red es el instrumento que permite el desarrollo de la concurrencia en las actividades potencialmente competitivas y facilita la libertad de vender y comprar electricidad, una vez desactivada la posición de dominio que confiere la propiedad de la red. El ATR se configura, de esta forma, como un derecho instrumental al servicio del mercado: *“el acceso a la red del operador preexistente es imprescindible **para poder acceder al mercado**...incluso en aquellos sectores en los que los competidores tienen derecho a desplegar sus propias infraestructuras de redes...”* [Comisión Europea, Libro Verde sobre los Servicios de Interés General de 21 de mayo de 2003, COM (2003)].

Este carácter instrumental se expresa con claridad en los Considerandos de la Directiva 96/92/CE: 1) cada red de transmisión debe someterse a una gestión y a

un control central con el fin de garantizar su seguridad, fiabilidad y eficacia en beneficio de los productores y sus clientes; 2) por lo tanto, debe designarse un gestor de la red de transmisión que se haga cargo de la explotación, el mantenimiento y, en su caso, el desarrollo de la red; 3) su actuación debe ser objetiva, transparente y no discriminatoria; 4) para que la competencia funcione correctamente se requiere un acceso a la red transparente y a precios razonables basados “en tarifas publicadas **aplicables a todos los clientes cualificados** de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios de la red”.

También la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 recoge las ideas que justifican la existencia y la configuración normativa de este derecho: “...**el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural ... 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. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red” (párrafo 5).

En definitiva, **el ATR no tiene relación con la forma en que se organice la expansión de las redes ni con las actuaciones necesarias para que los clientes se conecten físicamente a ellas: es el instrumento concebido para permitir el comercio de electricidad, utilizando una red ajena y única para transitar la energía.** El comprensión de su fundamento y finalidad pone de manifiesto que el derecho de acceso a la red no supone, en ningún caso, un mecanismo para introducir “competencia en redes”; sino un instrumento para facilitar la concurrencia en las actividades potencialmente competitivas, manteniendo la racionalidad y coherencia de un sistema de red única.

2. Interpretación sistemática de la regulación del acceso a la red

Los artículos 38 y 42 LSE regulan de la misma manera el acceso a las redes de transporte y distribución:

*1. Las instalaciones de transporte y distribución **podrán ser utilizadas** por los sujetos y consumidores cualificados y por aquellos sujetos no nacionales que puedan realizar intercambios intracomunitarios e internacionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 para el tránsito de electricidad. **El precio por el uso** de redes vendrá determinado por el peaje aprobado por el Gobierno.*

2. 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.

3. 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.

A) *Ámbito subjetivo del acceso de terceros a las redes de transporte y distribución*

En cuanto a los beneficiarios o titulares del derecho de acceso, la LSE reconoce este derecho a “los sujetos y consumidores cualificados”. El Real Decreto 1955/2000 concreta que tendrán derecho de acceso a la red de transporte y de distribución “*los productores, los autoproductores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos y los consumidores cualificados*” (artículos 52 y 60). Sin embargo, de modo específico, la normativa reconoce el derecho de acceso a las redes a los productores de energía eléctrica (art. 26.1.d) LSE) y a los comercializadores (art. 71.1.a) RTDC) y se refiere de forma reiterada al “acceso a la red de transporte y distribución de consumidores y generadores” (art. 63 RTDC en relación con el acceso de consumidores y generadores con influencia en la red de transporte; arts. 55 y 64 sobre la determinación de la capacidad de acceso para consumo y para generación), pero **no se recoge el acceso a las redes entre los derechos de las empresas distribuidoras reconocidos en el artículo 41.2 RTDC ni se establecen menciones específicas al acceso de los distribuidores.**

B) *Condiciones objetivas para el ejercicio del derecho de acceso: existencia de capacidad suficiente y peaje de acceso*

Conforme al artículo 52 y 60 del Real Decreto 1955/2000, el derecho de ATR “**sólo podrá ser restringido por la falta de capacidad necesaria, cuya justificación se deberá exclusivamente a criterios de seguridad, regularidad**

o calidad de los suministros". El apartado 6 del artículo 61 es expresivo del verdadero significado del derecho de acceso como derecho a transitar energías: *"la evaluación de la capacidad de acceso y la definición de los eventuales refuerzos tendrán en cuenta los criterios de seguridad y funcionamiento de la red de distribución de la zona y los planes de desarrollo de dicha red. **Cuando no se disponga de capacidad suficiente para cumplir las condiciones expresadas por el usuario de acuerdo con las condiciones de funcionamiento y seguridad de la red, el gestor de la red de distribución de la zona podrá denegar la solicitud de acceso. Esta denegación deberá quedar suficientemente justificada y contendrá propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión o de realización, si ello fuera posible, de los refuerzos necesarios en la red de distribución de la zona para eliminar la restricción de acceso**"*.

Los gestores de la red tienen, en definitiva, la obligación de evaluar la capacidad disponible para otorgar o denegar el acceso. Es evidente que en esta evaluación, y atendiendo precisamente a criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, el gestor de la red de distribución debe denegar el acceso cuando su ejercicio perjudique el sistema: el gestor de la red no puede estar obligado a malgastar la capacidad disponible.

Junto a la existencia de capacidad suficiente, **el ejercicio del derecho requiere el abono del peaje o contraprestación económica que debe pagarse por el uso de una instalación ajena**. Los peajes correspondientes **al uso de las redes serán únicos**, serán aprobados por el Gobierno y tendrán el carácter de máximos (art. 18 LSE). Como se recoge en la Exposición de Motivos del vigente Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, que establece Tarifas de Acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, fue el Real Decreto 2016/1997 el que desarrolló y reguló por primera vez los peajes o tarifas de acceso **"con objeto de permitir la adquisición de energía mediante la libre contratación para aquellos consumidores que el 1 de enero de 1998 tenían la condición de cualificados"**.

En la misma línea de permitir la adquisición de energía mediante la libre contratación, el Real Decreto 1164/2001 establece que las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución serán de aplicación: a) a los consumidores cualificados, b) a los comercializadores como mandatarios en nombre de los consumidores cualificados, c) **a los distribuidores a los que les fuera aplicable la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997**, "por la energía que adquieran, **ejerciendo su condición de cualificados**, destinada a la venta a sus

clientes a tarifa cuando sea necesario acceder a través de las redes de otros distribuidores”, d) a los autoprodutores siempre que utilicen las redes de transporte o de distribución, e) a los agentes externos, para las exportaciones de energía eléctrica que realicen.

El Ministerio de Economía ha justificado la exclusión de los distribuidores del ámbito de aplicación de este Real Decreto y, en consecuencia, de la exigencia de la suscripción de un contrato de acceso, **en la retribución regulada de las empresas distribuidoras**, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre. Sin embargo, el propio Ministerio manifiesta que existen “... lagunas, 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 distribución de otro, ejerza la actividad de distribución en determinada zona a partir de su conexión a aquella red...**”.

De esta forma, si se entendiera que los distribuidores se encuentran incluidos en el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la red, lo estarían sin que la normativa vigente establezca contraprestación económica alguna por el ejercicio del ATR, que se convierte así en una suerte de “prestación gratuita y forzosa” para los propietarios de las redes preexistentes que carece de cualquier fundamento lógico y jurídico.

C) Procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso

El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se ha articulado en dos fases encaminadas a la verificación y concreción de las condiciones objetivas reglamentariamente establecidas. Se puede distinguir una fase de informe y estudio en la que el gestor de la red evalúa la existencia de capacidad suficiente y una fase contractual para formalizar la contratación del acceso a las redes que permite, **mediante la libre contratación de la energía, realizar el suministro, entendido como “entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante la contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles”** (artículos 53, 58, 59, 62, 66 y 79 RTDC):

1. La solicitud de acceso contendrá la **información necesaria para la realización por parte del gestor de la red de los estudios para establecer**

la existencia de capacidad. A nuestro juicio esta “información necesaria” debe incluir la autorización de la instalación cuyo acceso y conexión se solicita. Si no se presenta la autorización de la instalación concreta, la solicitud de acceso y conexión solamente se basa en una mera suposición o hipótesis y, como ya ha sucedido, en caso de conflicto entre varios operadores para suministrar en todo o en parte el mismo consumo, el gestor de la red será absolutamente incapaz para determinar cuál es la capacidad real que solicita cada operador y su existencia en la red. Por ello, se traslada una gran disfunción al gestor de la red, obligándole a resolver en régimen de ATR un conflicto entre operadores que en realidad versa sobre el tendido de redes y que, por ello, única y exclusivamente compete resolver a la Administración competente para su autorización.

2. La comunicación sobre la existencia de capacidad suficiente en el punto de conexión solicitado se realizará en el plazo máximo de dos meses en el caso de acceso a la red de transporte y en el de quince días en el acceso a la red de distribución (arts. 53 y 62 RTDC).
3. Una vez obtenido el informe favorable del gestor sobre la existencia de suficiente capacidad de acceso a dicha red en el punto requerido, el agente peticionario presentará a la empresa propietaria de la red en dicho punto, el proyecto básico de la instalación y su programa de ejecución. Para la **conexión de nuevas instalaciones**, el proceso de solicitud de acceso y de solicitud de conexión podrá llevarse a cabo de manera simultánea, **siendo en todo caso la concesión previa de acceso requisito necesario e imprescindible para la concesión del permiso de conexión** (arts. 57 y 66 RTDC).
4. El ejercicio del derecho de acceso se formaliza mediante la suscripción del correspondiente contrato. En este sentido, el Real Decreto 1955/2000 establece que el suministro de energía eléctrica se podrá realizar: a) mediante contratos de suministro a tarifa o **b) mediante la libre contratación de la energía y el correspondiente contrato de acceso a redes.**

Los consumidores podrán contratar el acceso a las redes y la adquisición de la energía conjuntamente a través de un comercializador u otro sujeto cualificado o podrán contratar de forma separada la adquisición de la energía y el acceso a la red, **debiendo contratar directamente con el distribuidor el acceso a las redes y quedando obligados a comunicarle el concreto sujeto con el que tienen suscrito, en cada momento, el contrato de adquisición de energía, así como la duración del mismo** (art. 81 RTDC).

De esta forma, el Contrato de A.T.R. conlleva: a) un contrato de compraventa de electricidad; b) un contrato de utilización de las redes; c) la aplicación de un peaje por dicha utilización; d) un plazo anual prorrogable tácitamente, porque los consumidores pueden cambiar de suministrador y e) identificación plena del suministro individualizado al que se vincula el A.T.R.

D) Conclusión: una regulación congruente con el sentido y fundamento del ATR

Precisamente el régimen contractual previsto para la formalización del acceso a las redes de la energía libremente contratada excluye la posibilidad de la suscripción de un contrato de acceso entre dos distribuidores ordinarios: ni la compraventa de electricidad es el objeto de la actividad de distribución, ni la normativa vigente regula retribución o peaje alguno por el uso de las redes de distribución por otro distribuidor. Dada la congruencia de la normativa vigente si se procede a su interpretación sistemática, no parece lógico concluir la existencia de reiteradas “lagunas” del legislador en todas las normas aplicables en este punto –Real Decreto 1955/2000, Real Decreto 1164/2001, Real Decreto 2819/1998, Real Decreto 2017/1997-, en lugar de limitarse a constatar que el derecho de acceso a las redes es algo distinto al “derecho” a tender redes de distribución y conectarlas a otras redes de distribución o de transporte preexistentes.

La adecuada exégesis de los preceptos reglamentarios permite, además, una aplicación del derecho acorde con su sentido y fundamento. La vinculación necesaria entre adquisición de energía y acceso a la red se encuentra, como ya se ha señalado, expresamente establecida en la norma reglamentaria y el ATR se configura, de esta forma, como mero instrumento para la libre contratación de la energía, es decir, como medio para permitir el comercio de electricidad, utilizando una red ajena y única para transitar la energía.

3. La autorización es la sede jurídica para evaluar la racionalidad y conveniencia del tendido de redes de distribución.

De lo expuesto anteriormente se deduce que, como ya se señaló, la sede jurídica para evaluar la racionalidad y conveniencia del tendido de nuevas redes de distribución **no es su conformidad con las normas que regulan el acceso de terceros a las redes o la conexión de redes**: la técnica que debe aplicarse es la **autorización administrativa** y la Administración competente es la que corresponda en función de la configuración de las redes. Evaluar el tendido de

nuevas redes de distribución desde su conformidad al régimen de ATR y conexión es provocar un debate absurdo y desquiciado sobre cómo podrían configurarse las redes de distribución de una zona. Esta es la impresión que se saca del conflicto de acceso CATR 9/2002, entre la Cooperativa "San Francisco de Asís"/ENDESA y RED ELÉCTRICA (Resolución CNE de 31.7.2003): salvo error, en los antecedentes no se indica que la Cooperativa haya obtenido la autorización de una instalación concreta para la cual se solicita el acceso. Por ello, ante la solicitud de la COOPERATIVA SAN FRANCISCO DE ASIS en conflicto positivo de ENDESA, REE exige lógicamente la coordinación entre ambos operadores; **lo cual únicamente puede realizarse en los procedimientos de autorización de instalaciones de distribución y no a través del régimen de ATR**, como impone la Comisión Nacional de la Energía.

4. Competencia de la CNE: conflictos en relación con la aplicación de contratos de acceso a la red

La Comisión es competente para resolver los conflictos que se susciten en relación con el ejercicio del derecho de acceso de terceros a las redes; competencia que es congruente con el carácter instrumental al servicio de la libre circulación y contratación de la electricidad del derecho de acceso a las redes y la función de velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia que se encomienda a la CNE.

Sin embargo, cuando la cuestión que se plantea es el modelo de configuración de las redes de distribución y el derecho de los operadores a tender nuevas redes, esta cuestión no puede resolverse mediante su confrontación con el derecho de acceso, sino a través de la técnica de la autorización administrativa otorgada por la Administración competente en función de criterios de coordinación y eficiencia técnica y económica de las redes. Por ello, resulta evidente que la Comisión Nacional de la Energía es manifiestamente incompetente para resolver las controversias que se planteen en relación con el tendido de nuevas redes.

CONCLUSIÓN

El debate ante la Comisión Nacional de la Energía sobre la validez de tender redes de distribución eléctrica “en cascada” o “en paralelo” ha confrontado estas operaciones con las normas jurídicas que regulan el derecho de acceso de terceros a las redes. Sin embargo, esta regulación tiene por finalidad garantizar a los operadores el acceso al mercado de la electricidad –su libre contratación-, pero no resuelve cómo deben configurarse de manera eficiente las redes de distribución; cuestión que sólo puede resolverse mediante las normas que establecen precisamente el régimen jurídico de la actividad de distribución y, en concreto, de la autorización de instalaciones de distribución.

Nuestro ordenamiento vigente declara el suministro de electricidad servicio esencial y universal, señalando que las redes deben configurarse de acuerdo con los principios de red única y monopolio natural. La obligación de suministro se asigna al distribuidor propietario de las redes en la zona donde se ubica el consumidor. Para atender nuevos suministros, el distribuidor queda obligado a ampliar su red; y, en caso de conflicto entre instalaciones susceptibles de ampliación, la Administración competente determinará qué distribuidor debe realizarla atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica.

La autorización administrativa de instalaciones de distribución es la técnica de intervención diseñada por nuestro ordenamiento jurídico para ordenar el tendido racional y eficiente de las redes de distribución. Su procedimiento tiene por finalidad verificar la idoneidad subjetiva del solicitante, la idoneidad técnica de la instalación, resolver los conflictos entre operadores respecto de ampliaciones de la red o respecto a la asignación de costes de financiación y coordinar el tendido de nuevas redes con el gestor de la red de transporte o de otras redes de distribución afectadas.

La autorización de la instalación constituye un requisito elemental para solicitar su acceso y conexión a otras redes porque, de lo contrario, el gestor de la red a la que se solicita el acceso carecerá de la información necesaria para determinar si dispone de capacidad y coordinar esta solicitud con otras que puedan producirse.

Referencias Bibliográficas

- ?? ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO, Lucía (1998), *El sistema eléctrico español. Regulación y Competencia*. Ed. Montecorvo, Madrid.
- ?? CRUZ FERRER, Juan de la (1999), *La liberalización de los Servicios Públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*. Marcial Pons, Madrid
- (2022), *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid
- ?? FABRA UTRAY, Jorge (2004), *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*. Marcial Pons, Madrid
- ?? HERGUERA, Iñigo (2003), *Las industrias de red ante la liberalización de los mercados*. Información Comercial Española 808.
- ?? HUNT, Sally (2002), *Making Competition Work in Electricity*. John Wiley & Sons, Inc., Nueva York.
- ?? LASHERAS, Miguel Ángel (1999), *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel, Barcelona.
- ?? LOPEZ DE CASTRO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004), *Liberalización y Competencia en el Sector Eléctrico. Balance 1998-2003*, en ARIÑO (Dir). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)* II. Comares, Granada.
- ?? LOPEZ MILLA, Julián (2003), *1998-2002: avances y obstáculos en la expansión de la competencia en el mercado eléctrico español*. Información Comercial Española 808.
- ?? NEBREDA PEREZ, Joaquín M^a (2003), *Distribución Eléctrica*, 2^a ed. Civitas, Madrid
- ?? POSNER, Richard (1992), *Economic Analysis of Law*. 4^a ed. Little, Brown and Company, Boston.
- ?? QUINTO ROMERO, Javier de (2001), *Revisión del marco regulador de las actividades de red eléctrica en España*, Comares, Granada.
- ?? RODRÍGUEZ ROMERO, Luis (1993), *La teoría clásica de la regulación de monopolios naturales*. Información Comercial Española 723.
- ?? SEGURA, Julio (1993), *Mercados y regulación*. Información Comercial Española 723.