

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN JURÍDICAMENTE VINCULANTE EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGARIS PV52, S.L. EN RELACIÓN CON SU INSTALACIÓN “FONTARRÓN” DE 25 MW CON SOLICITUD DE PUNTO DE CONEXIÓN EN LA SUBESTACIÓN GUADALTE 66KV.

Expediente DJV/DE/005/21

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de mayo de 2021

Visto el expediente relativo al procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante solicitada por BOGARIS PV52, S.L, en relación con la inadmisión por parte de EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. de su solicitud de acceso de 25 de noviembre de 2020 para la instalación fotovoltaica “Fontarrón” por la Sala de Supervisión regulatoria, aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Solicitud de adopción de una decisión jurídicamente vinculante.

Con fecha 28 de diciembre de 2020 ha tenido entrada en el Registro telemático de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante “CNMC”) escrito de la representación de la sociedad BOGARIS PV52, S.L. (en lo sucesivo, “BOGARIS”), mediante el cual manifiesta que el pasado 24 de noviembre de 2020 solicitó acceso a E-DISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. (en adelante, “EDISTRIBUCIÓN”) para su instalación “FONTARRÓN” de 25 MW con solicitud de punto de conexión en la SET de Guadalte 66kV, con la documentación correspondiente, entre ellas, el resguardo de haber presentado ante la Administración competente el correspondiente aval en fecha 20 de abril de 2020.

BOGARIS expone resumidamente los siguientes hechos:

- El día 27 de noviembre de 2020 recibe contestación de EDISTRIBUCIÓN en la que se señala que:
“Les informamos que la solicitud de conexión de la citada planta fue estudiada y resuelta, contestándole con fecha 06/07/2020 (EXPEDIENTE 201983). Actualmente la reglamentación vigente ha establecido un periodo de moratoria, no pudiendo atender nuevas solicitudes de conexión hasta que no haya finalizado dicho periodo”.
- A esta comunicación, BOGARIS indicó a EDISTRIBUCIÓN que efectivamente había solicitado acceso para esta instalación en la SET COSTASOL 66kV, acceso que fue denegado, razón por la que presentó la nueva solicitud de acceso para la misma instalación con otro punto de conexión.
- A ello contestó EDISTRIBUCIÓN que, de acuerdo con las preguntas frecuentes elaboradas por el Ministerio, no era posible tramitar, de nuevo, solicitudes ya contestadas, como era el caso.

Ante esta situación, BOGARIS solicita la tramitación de una decisión jurídicamente vinculante para que se establezca la interpretación que debe darse a la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante, “RD-Ley 23/2020”), en el sentido de que el tenor literal de la misma permite a los agentes de mercado presentar solicitudes de acceso y conexión con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, siempre que las garantías que las respaldan hubiesen sido constituidas con anterioridad a dicha fecha, aunque la garantía fuera inicialmente utilizada en una solicitud de acceso y conexión resuelta o finalizada por cualquier otro motivo, y se ordene al gestor de red iniciar la tramitación del procedimiento de acceso y conexión solicitado por BOGARIS.

SEGUNDO. - Inicio del procedimiento DJV/DE/005/21

Mediante sendos documentos de fecha 4 de marzo de 2021, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo DJV/DE/005/21, cuyo objeto sería, en su caso, dictar una resolución motivada que, en atención a las circunstancias puestas en conocimiento de esta Comisión por BOGARIS, remueva la posible traba procedimental planteada por EDISTRIBUCIÓN, que impide el libre ejercicio del derecho a solicitar el acceso del productor de energía eléctrica BOGARIS, sin perjuicio del posterior procedimiento de acceso y conexión a la red de distribución que necesariamente deberá tramitarse conforme a las disposiciones normativas que resultan de aplicación.

Las referidas comunicaciones de inicio de procedimiento fueron notificadas a las dos sociedades consideradas como interesadas en el mismo (BOGARIS y EDISTRIBUCIÓN), según consta acreditado en el expediente y las comunicaciones fueron leídas, otorgando plazo para que pudieran formular las

alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes en relación con su objeto.

TERCERO. - Alegaciones de E-DISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U.

Mediante documento de fecha 22 de marzo de 2021, con misma fecha de entrada en el Registro de la CNMC, EDISTRIBUCIÓN ha presentado alegaciones, en las que manifiesta lo siguiente:

- En cuanto a los hechos se indica que BOGARIS constituyó el aval el día 14 de abril de 2020 y con el mismo solicitó acceso en la SET COSTASOL 66kV para la instalación “Fontarrón”, de 25 MW, a ubicar en Coin, Málaga.
- Con fecha 6 de julio de 2020, EDISTRIBUCIÓN comunica la inviabilidad del punto de conexión propuesto.
- El día 25 de noviembre de 2020, BOGARIS solicitó nuevo punto de conexión en la SET GUADALTE 66kV para la instalación “Fontarrón”, de 25 MW, a ubicar en Ardales, Málaga. Dicha solicitud se acompañaba del resguardo acreditativo de depósito de la misma garantía, de 14 de abril de 2020.
- Con fecha 27 de noviembre y 11 de diciembre de 2020, EDISTRIBUCIÓN contestó la solicitud aplicando la moratoria establecida en la disposición transitoria primera del RD-Ley 23/2020.
- En cuanto a la fundamentación jurídica de su inadmisión, EDISTRIBUCIÓN indica lo siguiente:
- La garantía económica siempre ha estado asociada a una solicitud de acceso y conexión, por ser la condición establecida para su admisión, en contra de lo sostenido por BOGARIS, que considera que la garantía únicamente está asociada a la instalación.
- Las razones que llevaron al legislador a establecer una moratoria de nuevos permisos de acceso radican en la ordenación de las solicitudes iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020, de forma que, o bien éstas continuasen mediante el cumplimiento de los hitos administrativos que en él se dejaron establecidos, o bien se concluyesen mediante la devolución de las garantías económicas. Asimismo, el legislador ha establecido la obligación de que en los permisos de acceso y conexión queden identificadas las garantías económicas constituidas ante la Administración y, ello, como contenido obligatorio de los permisos.
- El motivo por el que EDISTRIBUCIÓN inadmitió la solicitud de BOGARIS es que no fue iniciada antes de la publicación del RD-Ley 23/2020 en el sentido indicado por la normativa, ya que el resguardo de la garantía aportado venía referido a una solicitud de acceso anterior que había quedado previamente resuelta como desfavorable y, por tanto, no susceptible de ser reutilizado para tramitar una nueva solicitud tras la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020.
- Del tenor literal del párrafo segundo de la disposición transitoria primera del RD-Ley 23/2020 se desprende que las únicas solicitudes que se podían admitir eran aquellas que ya estaban en trámite o iniciadas tras su publicación, entendiéndose que el trámite daba comienzo en el momento

- en que se remitía a la administración el resguardo acreditativo de haber depositado la garantía.
- Asimismo, dicha conclusión se encuentra claramente fundamentada en la Exposición de Motivos del RD-Ley 23/2020, que expone: “[...] *no se admitirán nuevas solicitudes sobre la capacidad de acceso que pueda existir a la entrada en vigor de este real decreto-ley o la que pueda liberarse posteriormente como consecuencia de caducidades, renunciaciones o cualquier otra circunstancia sobrevenida. Esta disposición resulta imprescindible, ya que no hacerlo conduciría a la pérdida de eficacia del artículo que establece los hitos administrativos, puesto que podría suceder que aquellos sujetos que renunciasesen en el plazo de dos meses a sus permisos y recuperasen las garantías automáticamente con carácter inmediato, presentasen una nueva solicitud de acceso en el mismo nudo de la red sin un proyecto firme. Por tanto, debe establecerse una moratoria en las solicitudes de acceso hasta la aprobación de la nueva normativa de otorgamientos de permisos de acceso, [...]”.*
 - De las respuestas a las preguntas frecuentes que aparecen publicadas en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, se deduce la conclusión anteriormente expuesta.

Por todo ello, solicita que se resuelva la interpretación de disposición transitoria primera del RD-Ley 23/2020 de conformidad con los criterios expuestos por EDISTRIBUCIÓN y, en consecuencia, se inadmita la solicitud de que se le ordene iniciar los procedimientos de acceso y conexión de la solicitud de BOGARIS.

CUARTO. - Alegaciones de BOGARIS PV52, S.L.

Mediante documento de fecha 22 de marzo de 2021, con entrada en el Registro de la CNMC el mismo día, BOGARIS ha presentado alegaciones, en las que se ratifica en su solicitud de inicio del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante.

QUINTO. - Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 26 de marzo de 2021, se puso de manifiesto a las partes interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, pudieran examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

- El 13 de abril de 2021 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de BOGARIS, en el que, tras ratificarse en su escrito inicial, concluye que EDISTRIBUCIÓN no discute ni la vigencia de la garantía, ni su validez, ni tampoco que la misma se constituyó y comunicó antes de la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020, y basa únicamente su argumento para justificar la traba en una aplicación de la norma distinta a su tenor literal y a su espíritu.

- El 20 de abril de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de EDISTRIBUCIÓN, en el que reitera que la garantía comunicada a la Administración en fecha 14 de abril de 2020, lo fue para tramitar una solicitud de acceso de la instalación en la subestación Costasol 66kV y a ubicar en Coin, por lo que el resguardo aportado nunca tuvo como objeto la tramitación de la solicitud formulada el 25 de noviembre de 2020 en la subestación Guadalte 66kV.

SEXTO. - Acto de instrucción en el procedimiento

A la vista de las alegaciones presentadas por EDISTRIBUCIÓN, la Directora de Energía de la CNMC estimó necesario requerir a BOGARIS, mediante escrito de fecha 22 de abril de 2021, información sobre la distancia entre las ubicaciones exactas en que se iban a construir la instalación “Fontarrón” en los términos municipales de Coin y Ardales.

El 3 de mayo de 2021, BOGARIS contestó al requerimiento, informando de que la distancia entre las ubicaciones era de 23 kilómetros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia y plazo

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como de los artículos 18 y 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde a la Directora de Energía el ejercicio de las competencias que la normativa atribuye a su Dirección y, en particular, a tenor del apartado i) de dicho artículo 23, le corresponde «incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación».

En aplicación de los artículos 14.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como los artículos 8.2.k) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico, la competencia para resolver el procedimiento corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Conforme a lo establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo máximo para la resolución y notificación de este procedimiento es de tres meses, contados desde el inicio del procedimiento, sin perjuicio de las causas de suspensión y la ampliación del mismo.

SEGUNDO. Procedimiento aplicable

El procedimiento aplicable es el establecido con carácter general en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO. Fundamento y objeto del procedimiento

De conformidad con lo previsto en el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Comisión puede adoptar las medidas para la consecución de ciertos objetivos, entre ellos, (letra f) «facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de producción, en particular, suprimiendo las trabas que pudieran impedir el acceso a nuevos agentes del mercado y de electricidad y de gas procedentes de fuentes de energía renovables». Estos objetivos están plenamente integrados en los apartados 10 y 17 del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

La competencia para dictar decisiones vinculantes procede de la normativa europea y está reconocida en la misma como parte del núcleo fundamental de las competencias de las autoridades reguladoras. Concretamente, en los artículos 37.4 a) de la Directiva 2009/72/CE para el mercado interior de la electricidad y 41.4 a) de la Directiva 2009/73/CE para el mercado interior del gas natural, se establece que las autoridades reguladoras puedan «promulgar decisiones vinculantes» para cumplir, entre otras, con las obligaciones impuestas por el artículo 3 de ambas Directivas. En consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las referidas Directivas, reconoce que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de las competencias atribuidas, se encuentra la de dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas, que estarán obligadas a su cumplimiento.

El incumplimiento de estas decisiones o resoluciones jurídicamente vinculantes constituye una infracción muy grave o grave de conformidad con lo previsto en los artículos 64.8 y 65.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en atención al perjuicio que para el sistema suponga su incumplimiento.

Diversas sentencias confirman la potestad de esta Comisión de adoptar estas decisiones. En especial, cabe aludir a la sentencia 337/2016, de 21 de julio, de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso 156/2014, que confirma el Tribunal Supremo en su sentencia 549/2018, de 5 de abril, recaída en el recurso de casación 154/2016.

El objeto del presente procedimiento es dictar una resolución motivada en relación con la remoción, en su caso, de la traba procedimental planteada por EDISTRIBUCIÓN, que impide el libre ejercicio del derecho a solicitar el acceso del productor de energía eléctrica BOGARIS, S.L., sin perjuicio del posterior procedimiento de acceso y conexión a la red de distribución que necesariamente deberá tramitarse conforme a las disposiciones normativas que resultan de aplicación.

CUARTO. Sobre los hechos objeto del debate

Los hechos relevantes son los siguientes.

1. BOGARIS depositó la garantía para su instalación fotovoltaica “Fontarrón” de 25 MW el día 14 de abril de 2020 para la instalación “Fontarrón”, de 25

- MW, a ubicar en Coín, Málaga, antes de la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020.
2. BOGARIS solicitó acceso en la SET de 66kV COSTASOL para la indicada instalación. Dicha solicitud fue denegada por EDISTRIBUCIÓN mediante informe de 6 de julio de 2020.
 3. El día 25 de noviembre de 2020, BOGARIS solicitó acceso en un nuevo punto de conexión, con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020, en la SET GUADALTE 66kV, para la misma instalación “Fontarrón”, de 25 MW, pero ahora a ubicar en Ardales, Málaga.
 4. La distancia exacta entre las ubicaciones de la instalación “Fontarrón” en los términos municipales de Coín (1ª solicitud) y Ardales (2ª solicitud) es de 23 kilómetros.
 5. El día 27 de noviembre de 2020, EDISTRIBUCIÓN inadmitió la indicada solicitud por entender que estaba incurso en la moratoria establecida en la disposición transitoria primera del indicado RD-Ley 23/2020.

Por tanto, el objeto del presente procedimiento es determinar si la solicitud de acceso de BOGARIS de 25 de noviembre de 2020 puede acogerse a la excepción establecida por el apartado segundo de la indicada disposición transitoria primera, apartado primero, segundo párrafo o no.

QUINTO. Sobre la identidad de la instalación a efectos de entender como válida la garantía depositada antes del Real Decreto-Ley 23/2020 para la nueva ubicación de la instalación de FONTARRÓN.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, la primera solicitud de acceso para la instalación “Fontarrón” indicaba que la misma se iba a ubicar en unas determinadas parcelas rústicas situadas en el municipio de Coín (Málaga). Dicho acceso fue resuelto por EDISTRIBUCIÓN en sentido negativo, no ofreciendo alternativa alguna de acceso.

Posteriormente, el día 25 de noviembre de 2020, BOGARIS presentó nueva solicitud de acceso para una instalación de mismo nombre y potencia avalada por la misma garantía constituida antes de la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020. Pretende BOGARIS en el presente procedimiento que EDISTRIBUCIÓN proceda a tramitar la indicada solicitud al entender que se puede acoger a lo previsto en la DT1ª.1.2 del citado Real Decreto-ley.

Sin embargo, como alega EDISTRIBUCIÓN, se ha producido un cambio de ubicación entre las solicitudes referidas a la ubicación de la instalación que pasan del municipio de Coín al de Ardales. Solicitada información a BOGARIS, ello supone que entre los nuevos terrenos y los antiguos previstos existen 23 kilómetros de distancia.

Al tratarse de una solicitud posterior a la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020 ha de tenerse en cuenta que su artículo 3.10 incluyó un nuevo Anexo II del RD 1955/2000 que define cuando se considera que una instalación es la misma a efectos de solicitar un nuevo permiso o un nuevo acceso. El anexo II del RD

1955/2000 (y la DA 14ª del RD 1955/2000) exige -para considerar la identidad de una instalación- el mantenimiento de la ubicación de la instalación como tal, aunque admite que la instalación puede ser la misma si la modificación de la ubicación no difiere más de 10 km.

En el presente supuesto, la propia BOGARIS ha reconocido que la solicitud de 25 de noviembre de 2020 incluía una modificación en la ubicación de la instalación “Fontarrón” que ahora se situaría a 23 km de distancia respecto a la ubicación original en el término de Coín (folio 348 del expediente), por lo que debe concluirse que las instalaciones para la que se constituyó el aval originariamente que se pretende reutilizar y la instalación sobre la que versa la nueva solicitud no son las mismas a la luz de la normativa vigente.

Una vez concluida la inexistencia de identidad en la instalación, resulta evidente que la garantía original, relacionada de forma explícita con una concreta instalación, como bien señala BOGARIS en sus propias alegaciones, es insuficiente para garantizar ahora la nueva instalación, por lo que ha de desestimarse la presente solicitud de adopción de decisión jurídicamente vinculante. El hecho de que la garantía original mencionara como lugar de ubicación de la instalación “Fontarrón” toda la provincia de Málaga- lo que era posible con la normativa anterior al RD-Ley 23/2020- no es óbice para la indicada conclusión, en tanto que la segunda solicitud de acceso -la de 25 de noviembre de 2020- debe cumplir con lo indicado en el ya vigente RD-Ley 23/2020, de modo que las garantías previas al RD-Ley 23/2020 cuando se haya denegado la solicitud de instalación a la que avalaban, solo se pueden acoger a la excepción de la moratoria cuando la instalación es la misma, al tratarse de un nuevo procedimiento de acceso.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar la adopción de una decisión jurídicamente vinculante en relación con el derecho de acceso a la red de distribución de energía eléctrica de BOGARIS PV52, S.L. en relación con su instalación “Fontarrón” de 25 MW con solicitud de punto de conexión en la subestación Guadalte 66kV.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía de la CNMC y notifíquese a los interesados.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses,

de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.