

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR SPK CONDOR, S.L.U. FRENTE A RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. MOTIVADO POR LA DENEGACIÓN DADA A LA SOLICITUD DE ACCESO EN EL NUDO ALVARADO 220 KV PARA UNA INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA (SPK BADAJOZ) DE 240 MW EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE BADAJOZ

Expediente **CFT/DE/037/21**

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 29 de julio de 2021.

Vista la solicitud de conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteada por SPK CONDOR, S.L.U. En el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante Ley 3/2013) y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

Con fecha 26 de febrero de 2021 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de la sociedad SPK CONDOR, S.L.U. (en adelante, CONDOR) por el que interponía un conflicto de acceso a la red de transporte frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, REE) motivado por la denegación del acceso solicitado para una instalación fotovoltaica (SPK Badajoz) de 240 MW de potencia instalada, en el término municipal de Badajoz.

El escrito de interposición del conflicto se sustenta en los hechos resumidos a continuación:

- **El 8 de noviembre de 2019**, CONDOR constituyó las garantías correspondientes en los términos del artículo 59 bis del RD 1955/2000 vigente en aquel momento, a efectos de solicitar acceso en el nudo Alvarado 220 KV.
- **El 12 de noviembre de 2019**, se presentó el resguardo acreditativo de depósito de la garantía ante la Administración competente. Dicha garantía fue aceptada por dicha Administración mediante oficio de 6 de marzo de 2020.
- **El 18 de noviembre de 2020** se formalizó ante REE la solicitud de acceso para la instalación SPK Badajoz, recibándose confirmación del registro de la citada solicitud el **18 de diciembre de 2020**.
- **El 29 de enero de 2021** se recibió comunicación de la denegación del permiso de acceso con motivo de que *“no resulta técnicamente viable considerando la limitación por el criterio de potencia de cortocircuito que establece el RD 413/2014 [...] para la generación no gestionable sobre el escenario establecido en el Horizonte 2020 de planificación vigente en el ámbito nodal del asunto y de aplicación a la generación con conexión a la red de transporte y la red de distribución subyacente”*.

A los hechos anteriores, CONDOR añade los siguientes argumentos:

- En cuanto a la normativa aplicable a la solicitud de acceso de la instalación SPK Badajoz, CONDOR alega que:
 - La solicitud se presentó el 18 de noviembre de 2020, habiéndose constituido previamente la garantía correspondiente en virtud del art. 59 bis del RD 1955/2000.
 - Desde la constitución de la garantía y la posterior solicitud de acceso tuvo lugar un cambio de normativa, aprobándose el RD-Ley 23/2020 y el RD 1183/2020.
 - **En cuanto al RDL 23/2020**, establece un régimen transitorio que contempla expresamente los supuestos de solicitudes formalizadas con posterioridad a su entrada en vigor (el 25 de junio de 2020) siempre y cuando la garantía se hubiera depositado con anterioridad a dicha fecha, supuesto que es de aplicación en el presente caso. Asimismo, la disposición final octava de dicho RDL 23/2020 establece que el Gobierno y la CNMC aprobarán en el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor del RDL, las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo y ejecución del art. 33 de la Ley 24/2013, cuestión que no ha ocurrido así, sin que tal demora pueda perjudicar a los administrados.

- **En cuanto al RD 1183/2020**, no prevé en su régimen transitorio un supuesto concreto para instalaciones con garantía constituida previamente a la entrada en vigor del RDL 23/2020 y con solicitud de acceso formalizada con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020 y de la Circular 1/2021. Sin embargo, manifiesta CONDOR que, dado que se trata de una norma de marcado carácter procedimental, goza de “*retroactividad natural*”, lo que implica que procede la aplicación de la normativa en vigor en el momento de la resolución (y no la aplicación de la normativa en que se produjo la solicitud de acceso). En consecuencia, CONDOR entiende que el RD 1183/2020 resulta de aplicación a las solicitudes que se encontraban en tramitación en el momento de su entrada en vigor (esto es, formalizadas con anterioridad a su entrada en vigor y no resueltas en dicho momento).
 - En consecuencia, considera que el RD 1183/2020 es de aplicación a la solicitud de acceso de SPK Badajoz.
 - Adicionalmente, **en cuanto a la Circular 1/2021** aprobada por la CNMC, dispone que la Resolución de esta Comisión por la que se aprueben las especificaciones de detalle para el desarrollo de la metodología y las condiciones del acceso a las redes de transporte y distribución establecerá un plazo no inferior a tres meses desde la entrada en vigor del RD 1183/2020, dentro del cual los gestores de las redes darán cumplimiento a las obligaciones de publicación de información sobre la capacidad de acceso disponible, ocupada y correspondiente a solicitudes pendientes. En este sentido, teniendo en cuenta que a fecha de la interposición del conflicto dichas especificaciones no han sido aprobadas, las solicitudes formuladas con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020 deben mantenerse en suspenso.
- Asimismo, CONDOR considera que REE ha actuado de forma contradictoria en cuanto a la aplicación retroactiva de las normas anteriormente descritas. Así, ha procedido a aplicar el RDL 23/2020 de forma retroactiva, habiendo procedido en algunos casos a denegar actualizaciones de acceso presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, sobre la base de que la misma no lo permitía, mientras que en otros casos ha resuelto solicitudes de acceso presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020, aplicando la normativa anterior en lugar de aplicar retroactivamente dicho RD, lo que supone un cambio de criterio sin fundamento legal alguno.

Finaliza su escrito CONDOR solicitando a esta Comisión que i) revoque la denegación del permiso de acceso para la instalación SPK Badajoz, y declare la procedencia de reevaluar la solicitud de acceso instada al nudo Alvarado 220 KV; ii) ordene la inmediata suspensión de la resolución del procedimiento de acceso hasta que la CNMC apruebe y publique las especificaciones de detalles, de conformidad con el art. 11.1 y la DT8 del RD 1183/2020; y iii) ordene la suspensión de la tramitación de cualquier solicitud al nudo Alvarado 220 KV hasta que el presente conflicto sea resuelto.

SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante sendos escritos de 18 de marzo de 2021, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a CONDOR y a REE el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante “Ley 39/2015”) confiriéndoles un plazo de diez días para formular alegaciones y/o aportar los documentos que estimasen convenientes.

TERCERO. Alegaciones de REE

Con fecha 8 de abril de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de REE en el que exponía los siguientes hechos:

- **El 8 de enero de 2020**, REE recibe la comunicación por parte de la Administración competente de la adecuada constitución de las garantías para la instalación SPK Badajoz.
- **El 18 de diciembre de 2020**, se recibe en REE a través del IUN del nudo solicitud de acceso de SPK Badajoz
- **El 28 de enero de 2021** REE remite al IUN contestación denegatoria del acceso.

En cuanto a la normativa aplicable a la solicitud de CONDOR, manifiesta los siguientes argumentos:

- En el año mediante entre el depósito de las garantías (12 de noviembre de 2019) y la presentación de la solicitud de acceso (18 de diciembre de 2020), entró en vigor el RDL 23/2020, que establece un régimen transitorio que ha sido aplicado a CONDOR, por haber presentado las garantías con anterioridad a la entrada en vigor del citado RDL.
- REE resuelve cada expediente conforme a la normativa vigente en el momento en que se presenta la solicitud de acceso a la red de transporte.
- Asimismo, desconoce a qué expedientes se refiere CONDOR al sostener en su escrito de alegaciones que REE ha cambiado de criterio en cuanto a la aplicación de la retroactividad del RDL 23/2020.

- En cuanto a la pretensión de CONDOR de que le sea aplicado el RD 1183/2020, el art. 23 del citado RD establece que las garantías deberán estar constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de este RD y que en ningún caso serán válidas para la tramitación de un permiso de acceso y conexión para una nueva instalación, al amparo de este RD 1183/2020, las garantías constituidas con anterioridad a su entrada en vigor.
- En consecuencia, CONDOR no puede pretender que la garantía constituida el 12 de noviembre de 2019 se considere válida en aplicación del art. 59 bis del RD 1955/2000 y que al mismo tiempo le sea de aplicación el nuevo RD 1183/2020 para la obtención del permiso de acceso.
- En todo caso, en el supuesto de una hipotética tramitación de su solicitud conforme al RD 1183/2020, esta estaría supeditada a la tramitación conjunta del permiso de acceso y conexión (art. 5.2 del RD 1183/2020), lo que requeriría una reformulación de su solicitud de acceso y, por ende, el depósito de una nueva garantía, haciendo que la garantía depositada el 12 de noviembre de 2019 por CONDOR deviniera inválida, según lo previsto en la DT4 del RD 1183/2020.
- En consonancia con lo anterior, REE ha analizado la capacidad de acuerdo con la normativa vigente en el momento en que se admitió a trámite la solicitud de acceso, esto es, aplicando el RD 1955/2000 y el RD 413/2014, considerando el criterio de potencia de cortocircuito recogido en este último como motivo de la denegación del acceso dada.

Finaliza su escrito REE solicitando que se desestime el conflicto de acceso planteado por CONDOR, confirmándose las actuaciones de REE.

CUARTO. Trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de 17 de mayo de 2021, se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia para 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.

Alegaciones de CONDOR

Con fecha 28 de mayo de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de CONDOR en el que hace hincapié en lo siguiente:

- Lo discutido en este conflicto no es la norma que estaba en vigor al tiempo en que se presentó la solicitud de acceso, sino qué norma resulta de aplicación para la resolución de la misma.
- La solicitud de CONDOR es válida y admisible conforme a la DT1ª del RDL 23/2020.
- En el momento en que se presentó la solicitud de acceso no había entrado en vigor el RD 1183/2020, por lo que no era de aplicación la DT4 del mismo, en virtud de la cual, para la tramitación de un procedimiento de acceso, las garantías debían estar constituidas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, no siendo válidas las constituidas con anterioridad.
- En el momento de la entrada en vigor del RD 1183/2020, la solicitud de CONDOR registrada el 18 de diciembre de 2020 no era una “*nueva solicitud*”, sino una solicitud en curso.
- La garantía presentada es plenamente válida, puesto que acompaña a una solicitud presentada con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020.
- REE incurre en error en sus alegaciones al afirmar que una garantía que se constituyó en aplicación del art. 59 bis del RD 1955/2000 no es válida para la tramitación y otorgamiento de un nuevo permiso de acceso y conexión conforme a los criterios de la nueva normativa, puesto que CONDOR formalizó su solicitud antes del 31 de diciembre de 2020, esto es, antes de la entrada en vigor del RD 1183/2020.
- Asimismo, REE vuelve a incurrir en error al afirmar que, en el hipotético caso de que se tramitara la solicitud de acceso de CONDOR, esta estaría supeditada a la tramitación conjunta del permiso de acceso y conexión conforme al art. 5.2 del RD 1183/2020. En este sentido, la DT2 establece que aquellas instalaciones que habiendo solicitado u obtenido permiso de acceso (caso de CONDOR) y no contaran con permiso de conexión a la entrada en vigor del RD 1183/2020, deberán solicitar y tramitar la obtención de dicho permiso ante el titular de la red, no siendo, por tanto, de aplicación el art. 5.2 del RD 1183/2020.
- Por último, como ha establecido el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en sus preguntas frecuentes, “*la capacidad de acceso disponible no podrá ser evaluada hasta que la CNMC no apruebe las especificaciones de detalle. Si estas no estuviesen aprobadas en el momento de presentar la solicitud, el gestor deberá dejarla en suspenso a la espera de su aprobación*”. En consecuencia, una vez entrado en vigor el RD 1183/2020,

procede la suspensión de las solicitudes en tramitación, de conformidad con el art. 11 y la DT8 del RD 1183/2020, hasta la aprobación de las especificaciones de detalle referidas en la DT Única de la Circular 1/2021 aprobada por la CNMC.

El 14 de junio de 2021 se recibieron las alegaciones de REE, que se limitan a ratificarse en lo ya dicho en su escrito de 8 de abril de 2021.

QUINTO. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013 y del artículo 14.2 i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe en este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflicto de acceso a la red de transporte

Del relato fáctico que se ha realizado en los Antecedentes de Hecho, se deduce claramente la naturaleza del presente conflicto como de acceso a la red de transporte de energía eléctrica.

Asimismo, en toda la tramitación del presente procedimiento no ha habido debate alguno en relación con la naturaleza de conflicto de acceso del presente expediente.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución que se atribuye a la CNMC en el artículo 12.1.b) 1º de la Ley 3/2013.

En sentido coincidente, el artículo 33.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico dispone que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el permiso de acceso a las redes de transporte y distribución, así como con las denegaciones del mismo emitidas por el gestor de la red de transporte y el gestor de la red de distribución”*.

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que *“El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las*

funciones... de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar". En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013, previo informe de la Sala de Competencia (de acuerdo con el artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

TERCERO. De los hechos y objeto del presente conflicto

Tanto CONDOR como REE están de acuerdo en los hechos que dan lugar al presente conflicto de acceso a la red de transporte.

CONDOR disponía de garantía cuyo resguardo fue presentado ante la autoridad competente con anterioridad a la entrada en vigor 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), concretamente el día 12 de noviembre de 2019.

Por ello, REE admitió y tramitó la solicitud de acceso presentada por CONDOR el día 18 de diciembre de 2020.

No hay debate tampoco en el hecho de que dicha solicitud es anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (en adelante, RD 1183/2020), que se produjo el día 31 de diciembre de 2020.

Por tanto, el objeto del presente conflicto se limita exclusivamente a determinar si dicha solicitud de acceso, correctamente admitida a trámite, debe resolverse con los criterios y de conformidad a la nueva regulación o, por el contrario, debe resolverse de conformidad con la normativa vigente al tiempo de la presentación como ha hecho REE denegando la misma por falta de capacidad, cuestión que tampoco es objeto de discusión.

CUARTO. Sobre la normativa aplicable a la resolución de una solicitud de acceso previa a la entrada en vigor del Real Decreto 1183/2020

Determinado el objeto del presente conflicto, hay que empezar señalando que el régimen transitorio establecido en el RD 1183/2020 no regula de forma expresa el presente supuesto, por lo que resulta necesario integrar el régimen transitorio con los principios generales del derecho intertemporal.

La única norma del régimen transitorio del RD 1183/2020 que menciona expresamente las solicitudes de acceso previas (y no resueltas) es la disposición transitoria segunda, párrafo primero que asume la existencia del supuesto planteando.

“Las instalaciones que, a la entrada en vigor de este real decreto, no cuenten con el permiso de conexión, pero hayan solicitado u obtenido el permiso de acceso, deberán solicitar y tramitar la obtención de dicho permiso de conexión ante el titular de la red donde hayan solicitado u obtenido el permiso de acceso, no siendo, por tanto, de aplicación lo previsto en el artículo 5.2 de este real decreto.”

De este primer párrafo es preciso subrayar para la resolución del presente conflicto que la construcción de la propia regla transitoria se articula como una excepción a lo que sería la aplicación inmediata de la normativa procedimental de la nueva regulación.

En particular, el último inciso -no siendo, por tanto, de aplicación lo previsto en el artículo 5.2 de este real decreto- pone de manifiesto, *a sensu contrario*, que, de no existir esta disposición les sería de plena aplicación la nueva normativa, exigiendo, por tanto, a aquellos promotores con permiso de acceso en vigor (o con solicitud no resuelta), pero sin permiso de conexión, la solicitud conjunta de acceso y conexión y, por consiguiente, la constitución de una nueva garantía. La razón de esta disposición parece clara y tiene como objeto reconocer a los promotores con permiso de acceso (o con una solicitud) un régimen procedimental específico para evitarles el perjuicio que procedería en caso de la aplicación de las nuevas exigencias para iniciar el proceso de acceso y conexión.

Esta regla es de naturaleza procedimental y nada tiene que ver con el objeto del conflicto que es la regulación material a aplicar a la hora de determinar si hay capacidad o no.

Por ello, no se puede compartir la alegación principal de REE, a saber, que hay una contradicción entre lo alegado por CONDOR en sentido de aplicar la nueva normativa para determinar si hay o no capacidad y lo dispuesto en el artículo 23 y en la disposición transitoria cuarta en punto a la necesidad de que la garantía para que se pueda aplicar la nueva normativa debe ser posterior a la entrada en vigor del RD 1183/2020. Las reglas del artículo 23 y de la disposición transitoria cuarta del RD 1183/2020 son normas de procedimiento y además aplicables solo a los requisitos para iniciar solicitudes -conjuntas- de acceso y conexión, es decir, solicitudes nuevas.

Solventadas estas cuestiones que nacen de la transformación de normas transitorias procedimentales en materiales, no resuelven por sí solas la cuestión de fondo.

Para resolver el presente conflicto ha de tenerse en cuenta exclusivamente la naturaleza y el contenido de la comunicación de REE que pone fin al procedimiento de acceso, con independencia de la normativa de aplicación.

Con este presupuesto, el debate no es si se aplica un procedimiento u otro, debate en el que tendría sentido la regla aplicada por REE según la cual las solicitudes se tramitan con la normativa anterior, sino que el debate es exclusivamente cómo y cuándo se determina si existe o no capacidad, única razón legal para denegar el acceso.

Y aquí es donde REE se separa de su propia doctrina de resolución en situaciones normales. En efecto, REE nunca resuelve en atención a la capacidad existente al tiempo de la solicitud, sino por la existente al momento de la resolución.

Sin embargo, en el presente conflicto y sin regulación transitoria que indique expresamente lo contrario, cambia su criterio, y aplica los criterios para resolver no al tiempo de dicha resolución, sino justamente la aplicable en el momento de inicio del procedimiento.

Con ello desconoce además que la nueva regulación es un cambio sustancial no solo en el procedimiento y en las garantías, sino, especialmente, en la determinación de la capacidad existente en cada nudo de la red de transporte, que ahora desarrolla el artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, precepto cuya entrada en vigor estaba demorada justamente hasta la aprobación de las normas de desarrollo. Esta norma tiene voluntad de aplicación inmediata, impidiendo incluso la consolidación de permisos antes de la aprobación del completo desarrollo de los nuevos mecanismos de capacidad, como corrobora el hecho de que el propio RD 1183/2020 ha establecido una moratoria absoluta de admisión de solicitudes en la disposición transitoria octava.

REE establece así, sin norma alguna que lo avale, una ultraactividad de la normativa material derogada, resolviendo solicitudes tras la entrada en vigor del artículo 33 del RD 1183/2020, con los criterios de capacidad fijados en el Real Decreto 1955/2000 y, por tanto, con la capacidad existente en el nudo no al tiempo de la resolución, sino al tiempo de la solicitud de acceso.

Dicho lo anterior, es preciso estimar el presente conflicto de acceso. En todo caso, esta Resolución, como es propio de los conflictos de acceso, solo tiene efectos en relación con los interesados en el mismo, sin que afecte a las solicitudes de acceso que hayan sido resueltas por REE y no hayan sido objeto de conflicto de acceso en tiempo y forma.

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

RESUELVE

ÚNICO. – Estimar el conflicto de acceso a la red de transporte planteado por SPK CONDOR, S.L.U. frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. motivado por la denegación del acceso solicitado para una instalación fotovoltaica (SPK Badajoz) de 240 MW de potencia instalada, en el término municipal de Badajoz, dejando sin efecto la comunicación número de registro DDS.DAR.21_0202 y se proceda a evaluar, de nuevo, la solicitud de acceso una vez que ya están publicadas las nuevas capacidades de conformidad con las especificaciones de detalle.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía 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.