

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN JURÍDICAMENTE VINCULANTE PLANTEADA POR LA SOCIEDAD BOGARIS PV46, S.L.U. EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD DE ACCESO DE LA INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA "CASAS DE MILLÁN" DE 250 MW EN LA SET CAÑAVERALES 400KV.

EXPEDIENTE DJV/DE/016/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Mariano Bacigalupo Saggese

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D^a. María Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 13 de enero de 2022

Visto el expediente relativo al procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante solicitada por la sociedad BOGARIS PV46, S.L.U., en relación con la solicitud de acceso de la instalación fotovoltaica "Casas de Millán" de 25 MW en la subestación Cañaverales 400kV, la Sala de Supervisión regulatoria aprueba el siguiente Acuerdo:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Solicitud para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante

Con fecha 21 de octubre de 2021 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de la sociedad BOGARIS PV46, S.L.U. (en adelante, "BOGARIS"), por la que se solicita la adopción de una decisión jurídicamente vinculante en relación con la paralización por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo, "REE") del procedimiento de acceso de la solicitud de 30 de octubre de 2019 para la instalación fotovoltaica "Casas de Millán", de 250 MW, en la subestación Cañaverales 400kV.

Los hechos relevantes que se exponen en la solicitud de BOGARIS son los siguientes:

- El 30 de octubre de 2019, BOGARIS presenta ante REE solicitud de acceso para la instalación “Casas de Millán”, de 250 MW, en la subestación Cañaverales 400kV. Ese mismo día, ya había presentado el resguardo de depósito de la garantía ante el órgano competente para la confirmación de la garantía.
- El 19 de diciembre de 2019, BOGARIS recibe requerimiento de subsanación por parte del órgano competente para la confirmación de la garantía en relación con la aportación del seguro de caución.
- El 20 de diciembre de 2019, BOGARIS subsana la solicitud y aporta copia del seguro de caución.
- El 5 de octubre de 2020, BOGARIS recibe dos comunicaciones de REE: la primera, informando de que se ha recibido la confirmación de adecuada constitución de la garantía y, la segunda, indicando que quedaban a la espera de recibir tal confirmación por parte del órgano competente, disponiendo asimismo que, si en el plazo de un mes no se había recibido, se procedería a anular la solicitud de acceso.
- El 29 de octubre de 2020, BOGARIS remite correo electrónico a REE, poniendo de manifiesto el posible error, a la vista de las comunicaciones contradictorias.
- El 13 de noviembre de 2020, REE comunica a BOGARIS que se había registrado la anulación de su solicitud en la aplicación telemática. Ese mismo día, BOGARIS solicita aclaración a REE.
- El 30 de noviembre de 2020, REE remite correo electrónico en el que explicaba que la solicitud figuraba como anulada por no haber recibido la comunicación de adecuada constitución de la garantía y que la primera comunicación de 5 de octubre de 2020 se había producido por un error. REE finalizaba dicho correo electrónico indicando “*Seguimos por tanto quedando a la espera de recibir la confirmación de la adecuada constitución del adecuado depósito de la garantía.*”
- El 2 de diciembre de 2020, BOGARIS envía comunicación al órgano competente para la confirmación de la garantía, con la finalidad de conocer el estado de su tramitación. Ese mismo día, recibe comunicación del órgano administrativo, informando de que BOGARIS no había atendido la subsanación de la solicitud conforme al requerimiento efectuado en diciembre de 2019. Inmediatamente, BOGARIS remite copia de la subsanación realizada el 20 de diciembre de 2019.
- El 17 de diciembre de 2020, BOGARIS recibe comunicación del órgano administrativo, en la que indica que se ha remitido a REE la confirmación de la garantía.
- Posteriormente, BOGARIS ha solicitado en múltiples ocasiones durante el año 2021 la restauración de su solicitud a REE, sin obtener respuesta.

Ante esta situación, BOGARIS solicita la tramitación de una decisión jurídicamente vinculante para que se ordene a REE a restaurar la solicitud de acceso de fecha 30 de octubre de 2019 y se declare la efectividad de la comunicación de adecuada constitución de la garantía a los efectos de llevar a cabo el informe de viabilidad de acceso y resolver la solicitud de acceso.

SEGUNDO. – Inicio del procedimiento DJV/DE/016/21

Mediante sendos documentos de fecha 26 de octubre de 2021, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo DJV/DE/016/21, 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 REE, consistente en la falta de reanudación de la tramitación de la solicitud de acceso, una vez confirmada la adecuada constitución de la garantía en diciembre de 2020.

Las referidas comunicaciones de inicio de procedimiento fueron notificadas a las dos sociedades consideradas como interesadas en el mismo (BOGARIS y REE), 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 BOGARIS PV46, S.L.U.

Mediante documento de fecha 4 de noviembre de 2021, con misma fecha de entrada en el Registro de la CNMC, BOGARIS ha presentado alegaciones, en las que se reitera en su escrito de solicitud de inicio del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante.

CUARTO. - Alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

Con fecha 19 de noviembre de 2021, ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE, en el que manifiesta lo siguiente:

- A juicio de REE, no ha lugar a la adopción de una decisión jurídicamente vinculante, en tanto que BOGARIS es conocedora de la anulación de su solicitud desde el 13 de noviembre de 2020, puesto que había transcurrido el plazo de un mes otorgado para recibir la confirmación de la adecuada constitución de la garantía. En su caso, BOGARIS debió plantear un conflicto de acceso en el plazo de un mes contra dicha decisión, y no solicitar la adopción de una decisión jurídicamente vinculante casi un año más tarde.
- En cuanto a los hechos, el 30 de octubre de 2019, BOGARIS registra la solicitud de acceso para la instalación “Casas de Millán”, de 250 MW, en la subestación Cañaverales 400kV. En ese momento, se encontraba publicada en la página web de REE la situación de saturación de la subestación Cañaverales 400kV.

- El 13 de noviembre de 2019, REE procedió a inadmitir la solicitud hasta la confirmación de la adecuada constitución de la garantía.
- El 5 de octubre de 2020, con diecisiete minutos de diferencia, REE envía dos comunicaciones a BOGARIS. En la primera de ellas, por error, se le comunica que se ha procedido a admitir la solicitud al haber sido confirmada la garantía. Sin embargo, en la segunda de ellas, se informa de que se sigue quedando a la espera de la confirmación de adecuada constitución de la garantía y que, si en el plazo de un mes desde esa comunicación no se había recibido, se procedería a anular la solicitud y tendrían que comenzar de nuevo con la tramitación mediante la realización de una nueva solicitud.
- El 13 de noviembre de 2020, REE procede a la anulación de la solicitud, toda vez que había transcurrido el plazo de un mes para recibir la confirmación de adecuada constitución de la garantía.
- El 30 de noviembre de 2020, REE aclara a BOGARIS que: *“La solicitud figura como anulada por no haber recibido la comunicación del debido depósito de aval para la instalación Casas de Millán promovida por Bogaris PV 46, S.L.U. No puede considerarse su solicitud por el motivo anteriormente expuesto y que les fue comunicado por correo electrónico desde la aplicación telemática MiAccesoREE. La restauración de la solicitud que tuvo lugar en el pasado fue un error que no debió tener lugar, su solicitud nunca ha tenido comunicación de debido depósito de aval de la Admón. competente a Red Eléctrica. Seguimos por tanto quedando a la espera de recibir la confirmación del adecuado depósito de la garantía correspondiente al art.59bis del RD1955/2000.”*
- El 10 de diciembre de 2020, REE recibe la confirmación de la garantía por parte del órgano administrativo competente.
- Sin perjuicio de lo anterior, REE informa que, desde febrero de 2019 hasta la fecha en la que se recibe la confirmación de la garantía en diciembre de 2020, **no existía capacidad en la subestación Cañaverales 400kV**, por lo que en cualquier caso no se hubiese procedido al otorgamiento del permiso de acceso solicitando por BOGARIS.

Por todo lo expuesto, REE solicita que se declare la no procedencia de la adopción de una decisión jurídicamente vinculante y, subsidiariamente, que se confirmen las actuaciones de REE.

QUINTO. - Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 22 de noviembre 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 7 de diciembre de 2021 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de BOGARIS, en el que, tras ratificarse en su escrito inicial, en resumen, manifiesta que (i) procede la adopción de la decisión jurídicamente vinculante, puesto que REE en ningún momento ha denegado el derecho de acceso, sino que se ha producido una traba al ejercicio de tal derecho; (ii) REE no debió cancelar la solicitud, sino esperar a la confirmación de la adecuada constitución de la garantía para dar trámite a la solicitud, precisamente lo que no ha hecho REE y constituye la traba procedimental; y (iii) la supuesta falta de capacidad a la que alude REE no es tal, puesto que toma como referencia los criterios recogidos en el Anexo IV del RD 413/2014, expresamente derogados por los criterios del Anexo I de la Circular 1/2021.
- El 9 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE, en el que se ratifica en sus alegaciones de 19 de noviembre de 2021.

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.

CUARTO. Sobre la improcedencia de la adopción de la decisión jurídicamente vinculante solicitada

A la vista de las alegaciones y documentación aportadas por ambas sociedades, debe concluirse que no existe traba procedimental que justifique la adopción de la decisión jurídicamente vinculante solicitada.

Así, el procedimiento administrativo para la confirmación de la garantía, previo y necesario para seguir el procedimiento de acceso ante el gestor de la red, se inició el 29 de octubre de 2019, con la presentación por parte de BOGARIS del resguardo del depósito de la garantía y la solicitud para que el órgano administrativo competente se pronunciara sobre su adecuada constitución. El órgano correspondiente requirió la subsanación de la solicitud, que se produjo el

20 de diciembre de 2019. BOGARIS aportó la documentación necesaria. Paralelamente, el 30 de octubre de 2019, BOGARIS presenta la solicitud de acceso ante REE.

Sin embargo, transcurre casi un año sin que BOGARIS realice gestión alguna en relación con el procedimiento administrativo tramitado ante la DGPEM. El 5 de octubre de 2020 REE, en el ejercicio del necesario procedimiento de revisión de las solicitudes pendientes de tramitación, le comunica que, si no recibe la confirmación de la garantía en el plazo de un mes, se procederá a inadmitir su solicitud.

A pesar de conocer que su solicitud está próxima a inadmitirse, BOGARIS no realiza ningún acto tendente a agilizar la confirmación de la garantía por parte del órgano competente, sino que espera el transcurso de dos meses más – 2 de diciembre de 2020 – para dirigirse al órgano administrativo e interesarse por el estado de tramitación del procedimiento para la confirmación de la garantía. Mientras tanto, REE procede a anular la solicitud por el transcurso de un mes desde el 5 de octubre de 2020 al no haber recibido la confirmación de la garantía que, tampoco había sido requerida por BOGARIS.

Es evidente que la primera comunicación de REE en fecha 5 de octubre de 2020 en la que le notifica, por error, que se ha recibido la confirmación de la garantía, no justifica en modo alguno que no tuviera en cuenta la segunda comunicación recibida tan solo diecisiete minutos después, avisando de que dispone del plazo de un mes para salvar la inadmisión de la solicitud, al no constar dicha confirmación de garantías por parte del órgano competente.

Esta actuación de BOGARIS no es casual. Era conocido, porque así estaba publicado por REE, que el nudo Cañaverales 400kV estaba saturado tanto en el momento en que se había solicitado el acceso como durante el tiempo que dura el proceso de confirmación de las garantías. Es decir, a BOGARIS le resultaba indiferente y solo se dirige a la DGPEM para requerir la tramitación de su solicitud de confirmación de la garantía cuando, ya en diciembre de 2020, se iba a aprobar una nueva normativa, a resultas de la cual podría surgir nueva capacidad. Es en este momento cuando le interesa revivir una solicitud de acceso que no se había podido tramitar, en buena medida, por la falta de interés por parte de BOGARIS en actuar ante la DGPEM.

Tampoco puede calificarse de diligente la actuación de REE, ya que dilata casi un año la advertencia a la promotora de que su solicitud continuaba pendiente de confirmación de la garantía y, además, una vez inadmitida -anulada- la solicitud en fecha 13 de noviembre de 2020, crea una falsa expectativa de que la solicitud seguía viva, indicando en la aclaración de 30 de noviembre de 2020 que seguían esperando la confirmación de una garantía, sin tener en cuenta que la inadmisión de la solicitud era jurídicamente correcta por tres motivos i) la posibilidad de entender desestimada por silencio administrativo la solicitud de confirmación de las garantías, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ii) su propia comunicación de 5 de octubre de 2020 donde daba un plazo de un

mes, tiempo suficiente para que BOGARIS hubiera podido obtener dicha confirmación de haber sido diligente, como demuestra su actuación en diciembre de 2020 y iii) porque, en caso de que hubiera aflorado capacidad, la solicitud de BOGARIS seguía viva pudiendo generar una situación de prioridad respecto a terceros.

Ahora bien, sin perjuicio de la falta de diligencia de REE, BOGARIS no puede solicitar ahora la adopción de una decisión jurídicamente vinculante para remover una supuesta traba administrativa de una solicitud presentada dos años antes cuando se ha desentendido del procedimiento durante casi un año – desde el 20 de diciembre de 2019 hasta el 5 de octubre de 2020 – y deja transcurrir un mes más desde la inadmisión de su solicitud -dejando así pasar el plazo para promover conflicto de acceso- para requerir en diciembre de 2020 al órgano competente -DGPEM- la confirmación de la garantía de una solicitud ya inadmitida, como la propia BOGARIS señala al órgano administrativo competente. Es más, aun tarda cerca de un año en acudir a esta Comisión, solo cuando se cerciora de que ha surgido nueva capacidad en el nudo Cañaverales 400kV de conformidad con la nueva normativa.

Por tanto, la actuación de BOGARIS solicitando la adopción de una decisión jurídicamente vinculante debe considerarse un ejercicio abusivo del derecho del solicitante al responder exclusivamente al interés de que se tenga en cuenta su solicitud -correctamente anulada- ante el afloramiento de capacidad en Cañaverales 400kV como consecuencia de la modificación de los criterios para el estudio de la capacidad que introduce el Anexo I de la Circular 1/2021.

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

ACUERDA

ÚNICO. – Archivar la solicitud para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante planteada por la sociedad BOGARIS PV46, S.L.U. en relación con la inadmisión por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. de la solicitud de acceso para la instalación fotovoltaica “Casas de Millán”, de 250 MW, en la subestación Cañaverales 400kV.

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

El presente acuerdo 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.