

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR JARICO ENERGÍA 1, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA JARICO 1 DE 38,8 MW EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE TARIFA (CÁDIZ)

(CFT/DE/086/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xabier Ormaetxea Garai

Consejeros

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de septiembre de 2023

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por JARICO ENERGÍA 1, S.L., en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la 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:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Interposición del conflicto

El 22 de marzo de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la sociedad JARICO ENERGÍA 1, S.L. (JARICO) por el que planteaba un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica titularidad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (REE) con motivo de la comunicación del gestor de la red, de fecha 15 de marzo de 2023 por la que se informa de la caducidad del permiso de acceso y conexión de la instalación Jarico 1, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban las medidas en materia de energía y otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante, RDL 23/2020).

JARICO expone los siguientes hechos:

- El 3 de septiembre de 2019 la instalación obtuvo permiso de acceso en la subestación Puerto de la Cruz 220 KV y el 9 de julio de 2021, permiso de conexión.
- El 20 de enero de 2023 el órgano ambiental resolvió el **archivo del procedimiento de declaración de impacto ambiental**.
- El 31 de enero de 2023, la Administración emitió una resolución por la que se ponía fin al procedimiento de Autorización Administrativa Previa (AAP), como consecuencia del archivo del procedimiento de obtención de la DIA. Dicha resolución fue recurrida en alzada el 10 de marzo de 2023.
- El 15 de marzo de 2023 REE ha comunicado la caducidad del permiso de acceso y conexión de la instalación.

En relación con los fundamentos jurídicos, JARICO señala lo siguiente:

- Que la caducidad declarada resulta improcedente.
- Cuestiona si los plazos previstos en el RDL 23/2020 deberían contarse desde el 25 de junio de 2020 o desde el 9 de julio de 2021 (fecha en que fue obtenido el permiso de conexión). A pesar de la que el RD 1183/2020 unifica los permisos de acceso y conexión en un solo procedimiento, lo cierto es que la DT2 de dicho RD 1183/2020 establece a su vez que las instalaciones que, a la entrada en vigor de este RD, no cuenten con 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 cuanto a la tramitación conjunta de ambos permisos. Por lo tanto, considera que el legislador no pretendió incluir dentro del nuevo régimen de tramitación conjunta a todos los proyectos. La aplicación literal del RDL 23/2020 conduce a un resultado absurdo, ya que, si no se hubiera solicitado todavía el permiso de conexión no podría declararse la caducidad del mismo.
- Considera que el propio RDL 23/2020 es contrario a la normativa europea en tanto que la caducidad del permiso de acceso es una forma de privar o denegar el acceso a la red y la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, prevé en su artículo 6.2 que el gestor de la red de transporte sólo puede denegar el acceso a la red por falta de capacidad.
- Por último, solicita que cautelarmente se requiera a REE para que bloquee la capacidad de evacuación del proyecto sin liberarle ni adjudicarla a terceros.

Finaliza su escrito solicitando (i) que se deje sin efecto la comunicación de caducidad emitida por REE el 15 de marzo de 2023 y (ii) que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de JARICO y asegurar que, en caso de obtener resolución favorable, el proyecto pueda seguir siendo viable.

El 10 de mayo de 2023, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de JARICO reiterando su solicitud de que se estime el conflicto.

SEGUNDO. Consideración del expediente completo e innecesariedad de actos de instrucción

A la vista del escrito y la documentación aportada por JARICO -que se da por reproducida e incorporada al expediente- se puede proceder a la resolución del mismo sin dar trámite de alegaciones a REE y, en consecuencia, a resolver teniendo en cuenta exclusivamente hechos, alegaciones y pruebas aducidas por el interesado se prescinde del trámite de audiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015.

TERCERO. 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.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflictos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica

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

El objeto del conflicto es la comunicación de 15 de marzo de 2023 por la que REE informa de la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión.

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, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante 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. Sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión por incumplimiento de los hitos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020

Como se indica en los antecedentes de hecho, JARICO disponía de permisos de acceso y conexión para su instalación, desde el 3 de septiembre de 2019 y el 9 de julio de 2021, respectivamente.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RDL 23/2020 que establece:

b) Si el permiso de acceso se obtuvo con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley:

1.º Solicitud presentada y admitida de la autorización administrativa previa: 6 meses.

2.º Obtención de la declaración de impacto ambiental favorable: 31 meses.

3.º Obtención de la autorización administrativa previa: 34 meses.

4.º Obtención de la autorización administrativa de construcción: 37 meses.

5.º Obtención de la autorización administrativa de explotación definitiva: 5 años.

Todos los plazos señalados en los apartados a) y b) serán computados desde el 25 de junio de 2020.

En consecuencia, debía contar a fecha 25 de enero de 2023, 31 meses después de la fecha de inicio del cómputo, con la correspondiente declaración de impacto ambiental favorable.

Según declara JARICO en su escrito de conflicto, no ha podido acreditar el cumplimiento del segundo hito recogido en el artículo 1 del RDL 23/2020, en el plazo establecido para ello por cuanto el “órgano ambiental competente para resolver emitió informe resolviendo el archivo de las actuaciones correspondientes a la solicitud de Autorización Ambiental Unificada [...] en fecha 20 de enero de 2023”.

En consecuencia, a día 25 de enero de 2023, no puede entenderse cumplido el segundo hito del citado artículo 1.1.b).

En el apartado segundo del propio artículo 1 del RDL 23/2020 se establece la consecuencia del incumplimiento de los citados hitos:

2. La no acreditación ante el gestor de la red del cumplimiento de dichos hitos administrativos en tiempo y forma supondrá **la caducidad automática de los permisos de acceso y, en su caso, de acceso y conexión concedidos** (..)

De conformidad con lo señalado en el artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Cuando las mismas, como resulta en el caso presente, no admiten duda interpretativa, se estará al citado sentido literal. Criterio ampliamente ratificado por los Tribunales y que conlleva que no se pueda hacer una interpretación contraria a la Ley cuando el sentido literal de la misma es claro (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional STC 189/2012, de 5 de julio).

El artículo 1 del RDL 23/2020 tiene un sentido literal absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa como se sostiene por parte del promotor en cuanto al *dies a quo* del plazo para que se produzca la caducidad. El RDL 23/2020 fija el cómputo del plazo de los hitos administrativos en función de la fecha en la que se haya obtenido el permiso de acceso, con independencia del permiso de conexión. Por lo tanto, debe rechazarse la alegación del promotor en cuanto a que el *dies a quo* debería ser el 9 de julio de 2021, fecha en la que obtuvo permiso de conexión para la instalación.

Por su parte, el artículo 1.2 del citado RDL 23/2020 establece como consecuencia, la caducidad de los permisos de acceso o, en su caso, de los permisos de acceso y conexión, si se hubieran otorgado. Por lo que, en cuanto al argumento de JARICO de que la aplicación literal del RDL 23/2020 conduciría a un resultado absurdo, ya que, si no se hubiera solicitado todavía el permiso de conexión, no podría declararse la caducidad del mismo, debe rechazarse también, en tanto que el RDL prevé tanto aquellos supuestos en los que solo se dispone de permiso de acceso (con la consecuente caducidad del mismo), como aquellos otros en los que se dispone de ambos permisos (estableciendo como consecuencia la caducidad de los dos).

De conformidad con lo anterior, los promotores que a 25 de enero de 2023 no dispusieran de declaración de impacto ambiental favorable, cuál es el caso como se acredita en la documentación aportada, han visto caducar automática (*ope legis*) su permiso de acceso o de acceso y conexión, en el caso de haber obtenido también el mismo.

En consecuencia, la actuación de REE, como gestor de la red, en la que se limita a informar de la caducidad automática tras haber solicitado la acreditación del mismo por parte de los promotores y no haber sido convenientemente aportada es plenamente conforme a Derecho.

En cuanto a la alegación de que la interpretación que hace REE del RDL 23/2020 lleva a considerar este último como contrario a la normativa europea, la interposición de un conflicto ante la CNMC no es el cauce adecuado para impugnar una norma con rango de Ley, por lo que dicho argumento también debe ser rechazado.

Al margen de lo anterior, conviene precisar que la interpretación de REE del RDL 23/2020 y su consecuente actuación no vulnera el derecho de acceso, desde el mismo momento en que la configuración legal del mismo, incluye como elemento esencial la necesidad de cumplir con los citados hitos administrativos en tiempo y forma, con independencia de que no se haya obtenido por causas imputables al promotor o a la Administración Pública, cuestión ajena al presente conflicto.

La caducidad automática por no contar con declaración de impacto ambiental favorable a fecha 25 de enero de 2023 no se ve tampoco afectada por el hecho de que se haya planteado recurso de alzada frente a la denegación de la AAP -motivada por la DIA negativa del proyecto-. En efecto, como señala el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa

Dichos efectos se predicán de todos los actos administrativos con independencia de su firmeza y, además, la interposición de un recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado, como dispone el artículo 117.1 de la Ley 39/2015, que, además, en este caso, ni siquiera se trata de la propia declaración de impacto ambiental, sino de un acto posterior a la misma -la AAP-

CUARTO. Sobre el afloramiento de capacidad y la medida provisional solicitada

Se plantea también que se adopte por parte de esta Comisión, medida provisional consistente en adoptar las medidas necesarias para proteger los

intereses de JARICO y asegurar que, en caso de obtener resolución favorable, el proyecto pueda seguir siendo viable, esto es, la suspensión de la tramitación de permisos de acceso y conexión en el nudo Puerto de la Cruz 220 KV, hasta que finalice la sustanciación del presente conflicto de acceso.

La misma no puede ser atendida por el hecho de que el presente conflicto ha sido resuelto en un tiempo breve dejando sin objeto la adopción de cualquier medida provisional durante su tramitación, y porque la misma tampoco debe admitirse en cuanto al fondo, al no concurrir ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Ley 39/2015, en particular, el perjuicio de imposible o difícil reparación.

En este sentido, el Auto 654/2022 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2022 (Roj AAN 7109/2022 - ECLI:ES:AN:2022:7109A, CENDOJ 28079230042022200539), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1274/2022, frente a la Resolución de 28 de abril de 2022 (expediente CFT/DE/118/22) que confirmaba la actuación de REE manteniendo la caducidad del permiso de acceso de un promotor, desestimó la solicitud de suspensión interesada por las entidades demandantes por la siguiente razón:

“Pues bien, en el presente supuesto la ejecución de la resolución impugnada en cuanto mantiene la caducidad de los permisos en su momento otorgados a las instalaciones aquí en liza, produce un perjuicio que puede ser reparado si la sentencia que en su día se dicte resulta favorable a las demandantes, bien a través de una indemnización, bien a través de alguna otra solución técnica que pueda arbitrarse (la Sala ha conocido ya de algún supuesto en los que así se ha hecho). Por el contrario, la suspensión del acuerdo impugnado supondría el mantenimiento de las autorizaciones con merma del interés público y el de terceros en optimizar los accesos a la red de transporte y el de los terceros que pudieran ser autorizados, siendo así que la Sala entiende que estos intereses son prevalentes a los de los recurrentes, ya afectados por una resolución desfavorable”.

En consecuencia, una vez constatada la caducidad automática de los correspondientes permisos de acceso y conexión, REE deberá evaluar la capacidad existente y disponible en aquellos nudos en los que se hayan producido caducidades, de conformidad con los criterios establecidos en la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica y las Especificaciones de Detalle aprobadas mediante Resolución de 20 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las especificaciones de detalle para la determinación de la capacidad de acceso de generación a la red

de transporte y a las redes de distribución y en el horizonte de planificación H2026.

Una vez evaluada, procederá a publicar en el mapa de capacidad que temporalmente corresponda, la nueva capacidad disponible que haya podido aflorar, tal y como establece en el artículo 12 de la Circular 1/2021, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y en el artículo 5.4 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de acceso interpuesto por JARICO ENERGÍA 1, S.L. frente a la comunicación de caducidad de sus permisos de acceso y conexión emitida por RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la instalación Jarico 1, de 38,8 MW en el término municipal de Tarifa (Cádiz).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados:

JARICO ENERGÍA 1, S.L.

Y a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA en su condición de Operador del Sistema.

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.