

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR PROYECTO FOTOVOLTAICO SANTIPONCE, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA “FV MEZQUITA”.

(CFT/DE/134/23)

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 PROYECTO FOTOVOLTAICO SANTIPONCE, 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 DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

El 14 de abril de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de la sociedad PROYECTO FOTOVOLTAICO SANTIPONCE, S.L., (en adelante, “PFS”), por el que se plantea conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, “REE”), con motivo de la comunicación del gestor de red de fecha 15 de marzo, en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, de

conformidad con lo previsto en el artículo 1 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 (RD-I).

PFS expone los siguientes hechos:

- Que, con fecha 15 de marzo de 2023, le fue notificada la comunicación del Director de Desarrollo del Sistema de REE, por la que se da traslado de la falta de acreditación ante el gestor de la red de transporte del cumplimiento del hito de la obtención de la declaración de impacto ambiental (en adelante, "DIA") favorable, en tiempo y forma, del Proyecto FV MEZQUITA, de 105 MWp y 82,45 MWn, y que, por tanto, este hecho supone la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión.

- Que dicho Proyecto dispone de permiso de acceso otorgado por REE con fecha 29 de marzo de 2020.

- Que, en fecha 31 de enero de 2023 le fue notificada Resolución del día 20 del citado mes y año, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. En dicha Resolución, el órgano ambiental dictaminaba la terminación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria del Proyecto y el consiguiente archivo del expediente, al entender que no disponía de la nueva configuración del Proyecto, ni del resultado del trámite de información pública y consultas a las Administraciones públicas e interesados, por lo que no tenía, en su opinión, elementos de juicio suficientes para formular la DIA del Proyecto. Indica que, frente a dicha resolución, ha interpuesto recurso de alzada en fecha 1 de marzo de 2023, ante la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, solicitando como medida provisional la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

-Que el 15 de febrero de 2023, recibió comunicación de REE sobre posible caducidad por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020.

- Que, con fecha 1 de marzo, PFS presentó ante REE un escrito comunicándole la interposición del antedicho recurso de alzada frente a la Resolución de Archivo de 20 de enero de 2023, así como de la solicitud de medida provisional de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

En dicho escrito, se solicitó al gestor de la red de transporte que acordase abstenerse de llevar a cabo, en tanto no se obtuviese una resolución firme del recurso de alzada, ninguna actuación respecto de los permisos de acceso y conexión del Proyecto FV MEZQUITA, en concreto, ninguna actuación contraria a dicha suspensión, pues en caso contrario se estarían conculcando gravemente derechos fundamentales de este Promotor, el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.

- Que, pese a ello, en fecha 15 de marzo de 2023, recibió de REE comunicación relativa a la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión para la instalación FV MEZQUITA.

En relación con los fundamentos jurídicos, argumenta lo siguiente:

- Que la comunicación de REE de 15 de marzo de 2023 es contraria a Derecho, al declarar la caducidad de los permisos de acceso y conexión precipitadamente, con anterioridad a la resolución del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de terminación y archivo del expediente de evaluación de impacto ambiental, decretada por el órgano ambiental en fecha 20 de enero de 2023.

- Que, en caso de que el recurso de alzada interpuesto fuere estimado, el órgano administrativo competente podría ordenar al órgano ambiental que emitiera una DIA con efecto retroactivo, en aplicación del artículo 39.3 de la LPAC, al 25 de enero de 2023, fecha de vencimiento del hito relativo a la obtención de una DIA favorable.

- Que *«Tal y como prescribe el artículo 1.2 del RD-Ley 233/2020, la no acreditación en tiempo y forma ante el gestor de red del cumplimiento de los hitos supondrá la caducidad de los permisos de acceso y conexión concedidos.»* Añadiendo que *«El gestor de red ha aplicado literal e irrazonablemente ese precepto en el caso que nos ocupa.»*

- Que *«se solicitó en dicho recurso la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, que fue acordada tácitamente al transcurrir el plazo de un mes desde la presentación de tal solicitud de medida provisional sin haber pronunciamiento al respecto por parte de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la LPAC.»*

- Que *«el gestor de red no puede disponer de la capacidad que pudiera finalmente resultar si se llegase a confirmar la caducidad de los permisos de acceso y conexión otorgados, en tanto en cuanto el presente conflicto de acceso -y, en su caso, los ulteriores recursos- no sea resuelto.»* Añadiendo que *«la capacidad otorgada a mi representada no podrá por el momento considerarse afluída ni liberada por caducidad de los permisos de acceso y conexión de dicha instalación, ni podrá reservarse o adherirse a concurso alguno de capacidad, convocado o no.»*

- Que, *«en caso de que la CNMC no esté de acuerdo con los razonamientos expuestos a lo largo de las líneas precedentes, con carácter subsidiario a las restantes pretensiones se interesa que se declare que la caducidad de los permisos de acceso y conexión no resulta reprochable a mi representada, quien en todo momento ha actuado con la debida diligencia y buena fe»*

Por todo ello, concluye solicitando:

- (i) Que se revoque y deje sin efecto la Comunicación de 15 de marzo de 2023 del Director de Desarrollo del Sistema de REE, por la que se notifica la caducidad de los permisos de acceso y conexión otorgados con fechas 29 de marzo de 2020 y 4 de agosto de 2022, respectivamente.
- (ii) Que se declare la vigencia de los permisos de acceso y conexión otorgados por REE para el Proyecto FV MEZQUITA hasta la obtención de una resolución firme que ponga fin al recurso administrativo interpuesto y, en su caso, hasta la obtención de una resolución judicial firme en el recurso contencioso-administrativo.
- (iii) Que se declare que, a los efectos del cumplimiento de los sucesivos hitos administrativos 3º a 5º del artículo 1.1.b) del RD-Ley 23/2020, la fecha a tener en cuenta como *dies a quo* sea el día en que se dicte la Resolución que ponga fin al presente conflicto de acceso.
- (iv) Subsidiariamente, que se declare que la caducidad de los permisos de acceso y conexión del presente Proyecto se ha producido por una causa no imputable al Promotor.
- (v) Subsidiariamente, si esta Comisión entendiera que no concurren los requisitos legalmente exigidos para la tramitación de un conflicto de acceso, se proceda de oficio a dar trámite a la cuestión planteada como decisión jurídicamente vinculante.

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

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por PFS, 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, al 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 conflicto 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.

No obstante, ha de aclararse que el único objeto del conflicto es la comunicación de REE de 15 de marzo de 2023, por la que se informa al promotor de la caducidad automática de sus 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, PFS disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 29 de marzo de 2020.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-I 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 la propia PFS, se le notificó el día 31 de enero de 2023 la Resolución de 20 de enero de 2023 del órgano competente por la que se acordaba la terminación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y el consiguiente archivo del expediente, debido a que no disponía de elementos de juicio para formular una declaración de impacto ambiental.

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 RD-I 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 RD-I 23/2020 es un sentido literal absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa como se sostiene por parte del promotor.

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.

Además, la misma 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.

Así mismo, el planteamiento de un conflicto de acceso tampoco supone la suspensión de la caducidad automática. Las suspensiones preventivas realizadas por REE se refieren siempre a conflictos de acceso en relación con **solicitudes** de permisos de acceso y conexión, nunca a declaraciones de caducidad automática porque la misma supondría la contravención de la norma legal por parte del gestor.

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 ordenar a REE que suspenda la tramitación de permisos de acceso y conexión en el nudo FARGUE 220kV 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.

Respecto a la solicitud subsidiaria de PFS relativa a la declaración por parte de esta Comisión, como causa del incumplimiento del hito administrativo, una actuación no imputable al promotor, a los efectos de lo establecido en el artículo

1.2 del Real Decreto-ley 23/2020, se trata de una cuestión ajena al objeto del presente conflicto.

Respecto a la solicitud subsidiaria de tramitación del presente expediente como Decisión Jurídicamente Vinculante, se desestima la misma, dado que se ha procedido a su tramitación como procedimiento de conflicto de acceso.

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 a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteado por PROYECTO FOTOVOLTAICO SANTIPONCE, S.L., con motivo de la comunicación del gestor de red por la que comunica la caducidad del permiso de acceso de su instalación fotovoltaica “FV MEZQUITA”.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada:

PROYECTO FOTOVOLTAICO SANTIPONCE, S.L.

Comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. 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.