

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR EL REFUGIO FOTOVOLTAICO, S.L.U. 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 EL REFUGIO”.

(CFT/DE/247/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por EL REFUGIO FOTOVOLTAICO, S.L.U., 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 29 de junio 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 EL REFUGIO FOTOVOLTAICO, S.L.U. (en adelante, “EL REFUGIO”), 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 del 29 de mayo de 2023, en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, al no

haber acreditado en el periodo de tiempo establecido el cumplimiento del segundo hito administrativo 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 23/2020).

La representación de EL REFUGIO expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Que REE le otorgó permiso de acceso el día 21 de agosto de 2020 para su instalación fotovoltaica “FV El Refugio” de 26,72 MW de capacidad de acceso en el nudo de la red de transporte de VILLAVICIOSA 220 kV (Toledo).
- Que el 19 de noviembre de 2020, REE otorgó un segundo permiso de acceso para la instalación “FV El Refugio (ampliación)” de 70,3 MW en el mismo nudo de la red de transporte.
- Que la sociedad EL REFUGIO considera a ambas instalaciones como un mismo proyecto de 97,03 MW en total.
- Que en fecha 9 de mayo de 2023, REE le remitió comunicación relativa a la potencial caducidad de la instalación “FV El Refugio” de 26,72 MW, al no tener constancia de la acreditación del hito administrativo con anterioridad al 21 de marzo de 2023, otorgando plazo de 15 días para su remisión.
- Que el 29 de mayo de 2023, recibió comunicación de REE informando de la caducidad de su permiso de acceso y conexión para su instalación fotovoltaica “FV El Refugio” de 26,72 MW por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020.
- Que, con fecha 10 de abril de 2023, EL REFUGIO había trasladado a REE escrito mediante el cual solicitaba que, en la medida en que la sociedad está tramitando ambas instalaciones administrativamente como un único proyecto, a pesar de que haya obtenido su capacidad de acceso total en dos fechas sucesivas, a su juicio, el *dies a quo* de los plazos del RD-I 23/2020 debía ser para ambas instalaciones, la fecha del segundo permiso de acceso otorgado, esto es, 19 de noviembre de 2020.
- Que **el órgano ambiental no ha formulado declaración de impacto ambiental (DIA) dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 del RD-I 23/2020.**
- A juicio de EL REFUGIO, la caducidad del permiso de acceso es contraria a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015) y lesiona de forma irreparable el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva.

Por todo ello, concluye solicitando:

- (i) Se anule y deje sin efecto la comunicación de caducidad y la declaración de que se conserven los permisos de acceso y conexión

a la red de transporte, en tanto no se resuelvan las solicitudes formuladas por EL REFUGIO para la formulación de la DIA con efectos retroactivos, o cuando menos la solicitud de medidas provisionales formulada para conservar la eficacia de estos permisos.

- (ii) En consecuencia, se tomen las medidas necesarias para conservar la eficacia de los permisos de acceso y conexión.
- (iii) Se requiera a REE para que se abstenga de aflorar capacidad hasta la resolución firme del trámite administrativo de la instalación, y/o se le instruya para que tome las medidas pertinentes para garantizar la vigencia de los permisos de acceso y conexión de la instalación.

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

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por EL REFUGIO, 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 29 de mayo 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, EL REFUGIO disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica “FV El Refugio” de 26,72 MW otorgado por REE el día 21 de agosto de 2020.

Por otra parte, consta como promotora de la instalación “FV El Refugio (ampliación)” de 70,3 MW, que obtuvo permisos de acceso con fecha 19 de noviembre de 2020.

Ambas instalaciones constan como separadas e independientes en las correspondientes comunicaciones emitidas por REE mediante las cuales se otorgan los correspondientes permisos de acceso, **comunicación de 21 de agosto de 2020** por la que se otorga permiso de acceso para la instalación fotovoltaica “FV El Refugio” de 26,72 MW, folio 64 del expediente administrativo, aportado por la sociedad promotora EL REFUGIO, y **comunicación de 19 de noviembre de 2020**, en la que REE otorgó permiso de acceso para la instalación “FV El Refugio (ampliación)” de 70,3 MW, folio 70 del expediente administrativo.

Esta diferenciación se reitera en los documentos 5 y 6 aportados por EL REFUGIO (folios 77 y 79), emitidos por el Ministerio para la Transición Ecológica

y Reto Demográfico, Dirección General de Política Energética y Minas, y relativos a la Admisión Provisional y Definitiva de la solicitud de AAP, donde se detalla:

«La instalación fotovoltaica “El Refugio”, de 35 MWp y 26,72 MW de potencia nominal y ubicada en los términos municipales de Camarena, Fuensalida, Mentrída, Maqueda, Santa Cruz de Retamar, en la provincia de Toledo cuenta con permiso de acceso a la Red de Transporte en la SE Villaviciosa 220 kV otorgado con fecha 21 de agosto de 2020.

La instalación fotovoltaica “ampliación El Refugio”, de 90 MWp y 70,3 MW de potencia nominal y ubicada en los términos municipales de Camarena, Fuensalida, Mentrída, Maqueda, Santa Cruz de Retamar, en la provincia de Toledo cuenta con permiso de acceso a la Red de Transporte en la SE Villaviciosa 220 kV otorgado con fecha 19 de noviembre de 2020.»

En definitiva, consta con claridad durante toda la documentación del expediente, la diferenciación entre las fechas de concesión del permiso de acceso para la instalación “FV El Refugio” de 26,72 MW, y “FV El Refugio (ampliación)” de 70,30 MW, versando el presente procedimiento de conflicto exclusivamente sobre la primera de ellas, instalación “FV El Refugio” de 26,72 MW y respecto a la comunicación de REE 29 de mayo de 2023, por la cual se informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020.

A estos efectos, el artículo 1.1 del RD-I 23/2020 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.

Aquellos titulares de permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica que sean otorgados desde la entrada en vigor de este real decreto-ley deberán cumplir los hitos administrativos previstos en el apartado b), computándose los plazos desde la fecha de obtención de los permisos de acceso.

Habiendo sido otorgado el permiso de acceso para la instalación “FV El Refugio” de 26,72 MW en fecha 21 de agosto de 2020, con posterioridad a la entrada en vigor del RD-I 23/2020, debía contar a fecha 21 de marzo de 2023, 31 meses después de la fecha de inicio del cómputo, con la correspondiente declaración de impacto ambiental favorable.

Según declara la propia sociedad EL REFUGIO, el órgano ambiental competente no ha formulado declaración de impacto ambiental (DIA) dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 del RD-I 23/2020.

En consecuencia, a día 21 de marzo de 2023, no puede entenderse cumplido el segundo hito del citado artículo 1.1.

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. De conformidad con lo anterior, los promotores que obtuvieran un permiso de acceso otorgado con posterioridad al 25 de junio de 2020, y que en un plazo de 31 meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso 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.

Tampoco impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que nada impide acudir a los tribunales respectivos.

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 conservar la eficacia del permiso de acceso y conexión de la instalación en tanto no se dicte resolución que ponga fin a este procedimiento, con la finalidad de garantizar una futura resolución que deje sin efecto la caducidad de los permisos, ya que en tal caso, si no se adoptase la medida provisional, podría dar lugar a que la capacidad de acceso a la que se refiere el permiso fuera objeto de asignación a otro promotor.

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 la misma línea, más recientemente, establece el Auto 01216/2023 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2023 (Roj AAN 8540/2023- ECLI:ES:AN:2023:8540A, CENDOJ 28079230042023201044), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1095/2023, frente a la Resolución de 8 de junio de 2023 (expediente CFT/DE/074/23) lo siguiente:

“Por otro lado, en caso de que finalmente, después de cumplir con todos esos hitos, se mantuviera el permiso de acceso, se le otorgaría la capacidad correspondiente, y en caso de haberse adjudicado a terceros indebidamente podría acordarse la anulación de los permisos y actos ejecutados como consecuencia de esa adjudicación, de modo que el recurso no perdería su finalidad. Y, en todo caso, los posibles perjuicios siempre podrían ser objeto de reparación mediante la correspondiente indemnización económica o a través de alguna otra solución técnica que pueda arbitrarse (en este sentido, AAN, 4ª de 29 de julio de 2022 -rec. 1274/2022-).”

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 a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteado por EL REFUGIO FOTOVOLTAICO, S.L.U., con motivo de la comunicación del gestor de red por la que informa la caducidad del permiso de acceso de su instalación fotovoltaica “FV El Refugio”, de 26,72 MW.

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

EL REFUGIO FOTOVOLTAICO, S.L.U.

Asimismo, comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en calidad de operador del sistema eléctrico.

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.