

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR MITRALEX ENERGIA, S.L. CON MOTIVO DE LA DECLARACION DE CADUCIDAD COMUNICADA POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACIÓN MITRALEX PUERTO DE SANTA MARÍA

(CFT/DE/164/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 2 de noviembre de 2023

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por MITRALEX ENERGÍA, 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

Con fecha 25 de abril de 2023 tiene entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la representación legal de MITRALEX ENERGÍA, S.L. por el que se plantea conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en relación con la comunicación de REE de 31 de marzo de 2023 por la que se declaran caducados los permisos en relación con el proyecto de planta solar fotovoltaica Mitrallex Puerto de Santa María de 49,9 MW de potencia

PÚBLICA

pico, a ubicar en el término municipal de San Martín del Tesorillo, provincia de Cádiz.

La representación de MITRALEX expone los siguientes hechos:

- MITRALEX obtiene el 23 de enero de 2023 el permiso de conexión para generación en Pinar del Rey B 220 kV, para la instalación generadora del proyecto de planta solar fotovoltaica Mitrallex Puerto de Santa María de 49,9 MW de potencia instalada y 45 MW de capacidad de acceso, que se ubicará en el término municipal de San Martín del Tesorillo, provincia de Cádiz.
- El día 10 de febrero de 2023 la Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul emitió Dictamen Ambiental favorable en el que expresamente se indicaba lo siguiente en relación con su fecha de eficacia: "*Según lo dispuesto en el art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, este Dictamen Ambiental tendrá efectos a fecha de 24 de enero de 2023*".
- Por tanto, MITRALEX entiende que ha de considerarse emitido dentro del plazo de cumplimiento del segundo hito del Real Decreto-ley 23/2020. Una vez emitido el permiso ambiental, la Sociedad lo remitió a REE a través de la nueva plataforma habilitada (Portal de Servicios al Cliente) en fecha 15 de febrero de 2023 y en esa misma fecha, REE validó el segundo hito administrativo a raíz de la comunicación de la Sociedad.
- No obstante lo anterior, en la misma fecha en la que REE ya había comunicado la validación del segundo hito, dicho gestor de red comunicó asimismo, a través de su antigua plataforma (ACRE) así como por correo electrónico, la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión del Proyecto si en el plazo de quince días naturales desde su notificación no se acreditaba el cumplimiento del segundo hito.
- En esa misma fecha, REE comunicó de nuevo la validación del cumplimiento del segundo hito administrativo indicando que se anulaba la comunicación de la caducidad de los permisos de acceso y conexión.
- El 23 de febrero de 2023, MITRALEX remitió de nuevo el Dictamen a través de la plataforma antigua de REE (ACRE) contestando al requerimiento de subsanación enviado por REE (a través de ACRE) el día 15 de febrero de 2023,
- A pesar de la previa validación del segundo hito por REE el 15 de febrero de 2023, el 31 de marzo de 2023, REE comunicó de forma sorpresiva a la sociedad la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión otorgados al Proyecto alegando que "*al no haber acreditado ante el gestor de*

PÚBLICA

la red de transporte el cumplimiento del hito de la obtención de la declaración de impacto ambiental favorable en tiempo y forma en 31 meses desde la entrada en vigor de dicho RDL23/2020 y suponer este hecho la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión, se ha producido dicha caducidad automática de los permisos de acceso y conexión".

- Ante tal actuación de REE, MITRALEX remitió escrito a REE en fecha 3 de abril de 2023 aclarando que se había acreditado en tiempo y forma el cumplimiento del segundo hito administrativo, y que a estos efectos, en el propio Dictamen se hacía referencia a que sus efectos se retrotraen a fecha 24 de enero de 2023, por ende, dentro del plazo que otorga el Real Decreto-ley 23/2020 para acreditar el segundo hito.
- A pesar de la aclaración realizada por MITRALEX sobre que la fecha de efectos de la DIA otorgada al Proyecto era la del 24 de enero de 2023, en fecha 3 de abril de 2023, REE respondió al Promotor indicando únicamente lo siguiente: *"reiteramos la caducidad automática de los permisos por incumplimiento del hito 2, cuya fecha límite de vencimiento era el 25 de enero de 2023-no en fecha posterior a la misma-, remitida a Uds. el pasado 31/03/2023"*.

Respecto a los fundamentos de derecho, señala MITRALEX:

- La interpretación de la falta de acreditación del segundo hito administrativo realizada por REE en tiempo y forma es errónea y contraria a Derecho, ya que la Sociedad ha acreditado convenientemente el cumplimiento del segundo hito administrativo establecido en el Real Decreto-Ley 23/2020, aportando al citado Gestor de Red el permiso ambiental obtenido por el Proyecto en tiempo y forma.
- El propio Dictamen emitido es muy claro al expresar que según lo dispuesto en el art. 39.3 de la Ley 39/2015, sus efectos son de fecha 24 de enero de 2023, cumpliéndose, por tanto, debidamente con el segundo hito administrativo del artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, un día antes del plazo final para la obtención de las mismas, es decir, el 25 de enero de 2023.
- En relación con la aplicación de la retroactividad, en el presente supuesto se dan todos los requisitos del artículo 39.3: Que, el reconocimiento de que la DIA fue emitida dentro del plazo del segundo hito administrativo por parte de REE produce efectos favorables a la Sociedad en tanto en cuanto conllevaría del mantenimiento o conservación de la vigencia de los permisos de acceso y conexión del Proyecto; Que, a fecha 24 de enero de 2023 ya concurrían todos los supuestos de hecho necesarios para el otorgamiento de DIA, tal y como expresa el órgano ambiental en la propia DIA en la que se indica que: *"toda la documentación necesaria para realizar la evaluación ambiental obraba en el expediente a fecha 24 de enero de 2023"*; Que no se produzcan,

PÚBLICA

con la eficacia retroactiva del acto administrativo, perjuicios a terceros o al interés público. En este sentido, resulta evidente que la concesión de la DIA dentro del plazo de cumplimiento del segundo hito administrativo no tiene repercusiones negativas para ningún tercero ni para el interés público.

- Red Eléctrica está sometida en su actuación como garante de los permisos de acceso y conexión a la observancia de principios de naturaleza jurídico-pública.
- La única forma de evitar la pérdida de la virtualidad de una eventual resolución estimatoria del conflicto exigiría también un pronunciamiento de la CNMC por el que se declare expresamente que REE debe considerar obtenidos "en tiempo y forma" a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.2 del Real Decreto-ley 23/2020, así mismo (es decir, adicionalmente al hito de la DIA objeto del conflicto), los hitos relativos a la obtención de los permisos y autorizaciones correspondientes indicados (Autorización administrativa previa y Autorización Administrativa de Construcción), en el caso en que tales autorizaciones declaren que su fecha de efectos es retroactiva a una fecha anterior a la del vencimiento de los citados hitos tercero y cuarto, respectivamente, y todo ello sin perjuicio de la medida provisional que se solicitará más adelante en el presente escrito.

En atención a todo lo anterior, MITRALEX solicita que la CNMC acuerde:

- i. Estimar el conflicto de acceso a la red de transporte, y, en consecuencia, reconocer a MITRALEX ENERGÍA, S.L. el derecho de acceso a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. respecto de los permisos de acceso y conexión que ostenta en relación con el Proyecto Mitrallex Puerto de Santa María, y declarar que la actuación de REE resulta contraria a Derecho;
- ii. Acordar dejar sin efecto las comunicaciones emitidas por REE sobre caducidad automática de los permisos de acceso y conexión del proyecto Mitrallex Puerto de Santa María;
- iii. Declarar que los permisos de acceso y conexión para la instalación fotovoltaica Mitrallex Santa María titularidad de MITRALEX ENERGÍA, S.L. no caducaron por incumplimiento del segundo hito administrativo y están vigentes, instando a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. que proceda a comunicar a MITRALEX ENERGÍA, S.L., por tanto que los permisos de acceso y conexión del proyecto Mitrallex Santa María, siguen vigentes.
- iv. Declarar que REE debe considerar obtenidos "en tiempo y forma" a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.2 del Real Decreto-ley 23/2020, así mismo (es decir, adicionalmente al hito de la DIA objeto del conflicto), los hitos relativos a la obtención de los permisos y autorizaciones correspondientes a la Autorización administrativa previa (AAP) y Autorización Administrativa de Construcción

PÚBLICA

(AAC), en el caso en que tales autorizaciones sean emitidas con efectos retroactivos a una fecha anterior a la del vencimiento de los citados hitos tercero y cuarto, respectivamente, y así se acredite por la Sociedad ante el Gestor de la Red.

Por último, solicita igualmente MITRALEX que se adopte la medida provisional consistente en la suspensión de la ejecutividad o eficacia de la comunicación de la caducidad de los permisos de acceso y conexión del Proyecto emitida por el Gestor de Red en fecha 31 de marzo de 2023, y a que extienda dicha suspensión a los efectos de las posibles caducidades automáticas que eventualmente pudieran comunicarse por la eventual consideración por parte de REE del incumplimiento de los hitos tercero y cuarto, hasta que se resuelva el conflicto, comunicando la adopción de dicha medida provisional a REE, así como al Ministerio de Transición Ecológica, para que tomen razón de la misma, debiendo considerar vigentes los citados permisos a todos los efectos, hasta que se resuelva el presente conflicto.

SEGUNDO. Comunicación de inicio

Mediante escritos de 4 de mayo de 2023, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, confiriéndole a REE un plazo de diez días para formular alegaciones y/o aportar los documentos que estimasen convenientes.

TERCERO. Alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Con fecha 30 de mayo de 2023 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE realizando alegaciones, que se resumen a continuación:

- REE reproduce los mismos antecedentes puntualizando que la fecha en que considera otorgado el permiso de acceso es el 21 (y no el 23 de enero de 2023, fecha errónea señalada por MITRALEX) de enero de 2020, y que si bien MITRALEX señala que la fecha del Dictamen Ambiental favorable de la Junta de Andalucía es de 10 de febrero, no se colige la firma en el documento.
- Reconoce REE que validó, por error, el día 15 de febrero de 2023 el hito administrativo. Dicho error fue inducido por el propio solicitante ya que al aportar el día 15 de febrero de 2023 la DIA favorable indicó que se había producido el día 24 de enero de 2023, cuando su emisión era posterior a la fecha límite del día 25 de enero de 2023.
- Seguidamente indica que, aun siendo posible dotar de efectos retroactivos a un acto administrativo, al no establecer el artículo 39.3 límite temporal alguno podrían surgir de forma temporalmente indefinida actos administrativos con efectos retroactivos, dejando al criterio de cada Administración cuando se dan las condiciones de “excepcionalidad” para dotar al acto de efecto

PÚBLICA

retroactivo, pudiendo ocasionar así agravios comparativos entre promotores de diferentes territorios o Comunidades Autónomas.

Por tanto, en aras de evitar interpretaciones por su parte sobre cuestiones relativas al ámbito de la normativa de las administraciones públicas, se considera que la actuación más correcta, por conducir a menos equívocos y situaciones de no discriminación, es la de la interpretación literal y estricta de lo dispuesto en el RD-I 23/2020.

- Finalmente aporta respuesta a una consulta- solicitada y emitida con posterioridad a la declaración de caducidad del presente conflicto- por parte del titular de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (en adelante, DGPEM), según la cual los plazos fijados por una norma con rango de ley - como lo es el RD-I 23/2020- tienen carácter básico para todas las Administraciones, impidiendo su modificación por legislación autonómica, y deben ser aplicados automáticamente tal y como dicta la ley. En concreto, es fundamental considerar las consecuencias administrativas que señala el titular de la DGPEM en su escrito con respecto al vencimiento de estos plazos: el carácter preclusivo de los mismos y la invalidez de las actuaciones posteriores a dicho vencimiento.

En virtud de lo anterior, entiende el MITERD que no hay interpretación flexible y que la expiración de los plazos del Real Decreto Ley debe conllevar a que el gestor de la red comunique la caducidad por disposición de la ley del permiso de acceso y conexión de las instalaciones de generación de energía eléctrica, una vez se ha cumplido dicho plazo. Por todo ello, considera que lo relevante es el cumplimiento del hito antes de la finalización del plazo regulado en el RDL 23/2020. No obstante, añade que la falta de notificación o remisión podría ser subsanable, mientras que, por el contrario, resulta insubsanable la falta de la obtención de la declaración de impacto ambiental favorable o la obtención de la autorización administrativa correspondiente, puesto que se tenía que haber cumplido en un plazo ya vencido.

REE concluye solicitando la desestimación del presente conflicto.

CUARTO. Trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de fecha de 12 de junio de 2023, se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia 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.

En fecha 26 de junio de 2023 tuvo entrada escrito de MITRALEX en el que alega básicamente:

PÚBLICA

- Que el primer correo que validó el hito administrativo no es un error, sino que responde a una evaluación por parte de REE, la cual rectifica posteriormente sin motivo alguno.
- Entiende que el informe emitido por la Dirección General a que alude REE es del 18 de mayo de 2023, es decir, en fecha posterior a la inicial comunicación de caducidad de REE (31 de marzo de 2023) y a la posterior reiteración de la misma (3 de abril de 2023). E incluso la solicitud por parte de REE de dicho informe a la citada Dirección General fue posterior a ambas comunicaciones de caducidad, ya que se realizó el día 19 de abril de 2023. No pueden verse amparadas, por ende, dichas comunicaciones del gestor de red en el posterior Informe de la Dirección General, ya que fue emitido en un momento temporal en el que no podía resultar útil, al haberse emitido ya las comunicaciones objeto del presente conflicto.
- Además, entiende que la Dirección General no tiene competencia para resolver las dudas interpretativas de REE en la aplicación del Real Decreto-ley 23/2020, y que la competencia para resolver cualquier disputa sobre el asunto se atribuye a la CNMC y debe resolverse a través de un conflicto de acceso como el presente. Se trata de una norma con rango de Ley, emitida por el Gobierno, y convalidado por el Congreso, por lo que una Dirección General del Ministerio puede dar su opinión, no pudiendo convertirse en criterio vinculante, ni siquiera para REE.
- Seguidamente MITRALEX reitera las alegaciones presentadas en su escrito inicial de planteamiento del conflicto.

En fecha 29 de junio de 2023 ha tenido entrada escrito de REE en el que se ratifica en sus escritos anteriores.

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.

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 la naturaleza del presente conflicto como de acceso a la red de transporte de energía eléctrica.

Al respecto no ha habido debate alguno entre las partes del presente conflicto.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

PÚBLICA

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.b) 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 posibilidad del reconocimiento de efecto retroactivo por parte de la Administración competente de los actos administrativos en relación con el cumplimiento de los hitos administrativos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

El presente conflicto se circunscribe a si es posible entender cumplido cualquiera de los hitos administrativos previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020 cuando la Administración competente dicta el mismo fuera del plazo previsto en dicha norma, pero reconociendo de forma expresa y motivada el carácter retroactivo del acto, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, al único objeto de que se pueda entender como cumplido el citado hito administrativo en tiempo y forma.

El artículo 1 del RD-I 23/2020 establece que los permisos de acceso y conexión caducarán automáticamente si en un determinado plazo no se han cumplido una serie de hitos. Dichos hitos se califican, por la propia norma, de administrativos porque, en efecto, todos ellos exigen que la Administración competente dicte un acto administrativo, aunque de distinta naturaleza, puesto que se incluyen actos de trámite -como la admisión de solicitudes- y actos de indudable naturaleza resolutoria como la autorización administrativa de explotación definitiva.

PÚBLICA

Por tanto, el requisito principal para que no se produzca la caducidad de los permisos es que la Administración competente dicte en tiempo y forma el acto administrativo favorable en que consiste el correspondiente hito.

No hay debate en cuanto a que el cumplimiento formal exige que el acto sea dictado por el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y que el acto debe ser favorable y expreso.

Así mismo la norma exige que se acredite el cumplimiento en tiempo, estableciendo un plazo a computar en meses, bien desde la entrada en vigor del propio RD-I 23/2020, bien desde la obtención del permiso de acceso para los posteriores al 25 de junio de 2020.

Expuesto el contenido del artículo 1 del RD-I 23/2020 y antes de entrar en la resolución del presente conflicto es preciso tener en cuenta algunas cuestiones previas.

En primer término, el cumplimiento de cualquier hito exige una actuación que no depende del promotor, sino de una Administración pública, de ámbito territorial estatal o autonómica, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.13 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE). Es decir, los actos administrativos que configuran los hitos pueden proceder tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas, y dependiendo del hito puede ser competente el órgano sustantivo o como en el presente caso los correspondientes órganos ambientales.

La intervención de una Administración pública supone, por definición, que todos sus actos se presumen válidos y despliegan su eficacia desde el momento en que se dictan, salvo que la propia Administración autora del acto module el ámbito temporal del acto tanto hacia el futuro, demorando el efecto o dotando al mismo de carácter retroactivo, generando efectos antes de que el acto se haya dictado formalmente. Dicha posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015. Dicho apartado considera que tal posibilidad es excepcional y establece una serie de requisitos que tendrá que valorar si concurren o no la propia Administración. Es obvio que la Ley 39/2015 es la normativa básica que establece el procedimiento administrativo común y que el artículo 39 es la configuración normativa de la potestad de autotutela declarativa que es intrínseca a la propia existencia de una Administración de base territorial, constitucionalmente garantizada.

En segundo término, resulta relevante que el promotor, aun desplegando la máxima diligencia posible, puede ver caducado su permiso de acceso y conexión por la no resolución en plazo por parte de la Administración competente, lo cual podría en determinados y concretos supuestos ser contrario a los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima. En este sentido, y aunque se trata de un

PÚBLICA

supuesto de hecho diferente, ha de tenerse en cuenta la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia 2781/2017, de 7 de julio de 2017, CENDOJ 28079130032017100283) sobre las cancelaciones de las inscripciones en el Registro de preasignación de retribución por la exclusiva falta de actuación de la Administración competente. En dicha Sentencia se indica lo siguiente:

No cabe duda que una interpretación del artículo 8. 1 y 2 del RD 1578/2008 , que hiciera depender la cancelación de la inscripción en el Registro de preasignación de retribución, con la consecuencia desfavorable de pérdida del régimen retributivo de que gozaba la instalación, no ya de la actuación del interesado que ha cumplido con diligencia todas las obligaciones del artículo 8.1 del RD 1578/2008 en el plazo señalado por el precepto, sino exclusivamente de la fecha de la resolución del órgano administrativo competente que acuerde la inscripción, es decir, de la ágil o retardada actuación de la Administración competente, resultaría contraria a los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima, derivado este último del principio de seguridad jurídica, consagrados en el artículo 3 de la Ley 30/1992”

Como tercera consideración previa hay que recordar que, como señala la Resolución de esta Sala de 30 de noviembre de 2021 (en el expediente CFT/DE/100/21), la caducidad de los permisos de acceso y conexión supone, por naturaleza, una restricción de los derechos de los promotores al acceso a las redes y, aunque establecida por norma con rango de Ley al objeto de evitar la permanencia de permisos de acceso y conexión de instalaciones que no se van a desarrollar, no es posible una interpretación extensiva de la misma.

Finalmente, no puede obviarse que la finalidad de la norma que establece la caducidad por incumplimiento de determinados hitos administrativos como señala la exposición de motivos del propio RD-I 23/2020 no es otra que evitar que se retrase o paralice un elevado número de proyectos solventes por culpa de otros que no fueran firmes o viables y que no hubieran avanzado en su tramitación. Es decir, pretende remover aquellos permisos de acceso y conexión que corresponden a instalaciones no maduras, es decir, en las que el promotor no ha procedido de forma diligente para cumplir con sus obligaciones de desarrollo, circunstancia que se dio especialmente antes de la introducción de la caducidad de los permisos en la disposición transitoria octava de la LSE, cuando se podía entender que los permisos de acceso y conexión tenían una vigencia temporal indefinida.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas y centrándonos en el presente conflicto, los antecedentes de hecho relevantes y que no son objeto de debate son los siguientes.

La instalación de MITRALEX que contaba con permiso de acceso y conexión anterior a la entrada en vigor del RD-I 23/2020 obtuvo la declaración de impacto

PÚBLICA

favorable en fecha 24 de febrero de 2023 por parte del órgano ambiental competente de la Junta de Andalucía, en los siguientes términos:

“Dictamen Ambiental FAVORABLE, a los efectos previstos en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, a la Autorización Ambiental Unificada solicitada por MITRALEX ENERGÍA, S.L. para el proyecto de “INSTALACIÓN SOLAR FOTOVOLTAICA MITRALEX PUERTO DE SANTA MARIA, DE 49,9 Mwp” en el término municipal de San Martín del Tesorillo, en la provincia de Cádiz.

Ya que:

- De acuerdo con el 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, el promotor tiene el hito para la declaración de impacto ambiental de 31 meses a contar desde el 25 de junio de 2020, es decir, hasta el 25 de enero de 2023,
- Toda la documentación necesaria para realizar la evaluación ambiental obraba en el expediente a fecha 24 de enero de 2023,
- Y que el sentido de este Dictamen es favorable para el solicitante, Según lo dispuesto en el art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, este Dictamen Ambiental tendrá efectos a fecha de 24 de enero de 2023.

Por tanto, no cabe duda alguna de que se trata de un acto dictado por el órgano competente en el que se reconoce que el mismo, aun dictado en fecha posterior, produce efectos desde el día 24 de enero de 2023 al cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, para que se pueda entender cumplido el hito administrativo establecido por el RD-I 23/2020.

Frente a ello, REE en un primer momento, y mediante correo electrónico-como consta en el expediente reconoció que el hito se había cumplido, y no ha sido negado por parte de REE en sus alegaciones- para cambiar de criterio en fecha posterior, 31 de marzo de 2023, en el que se limita a indicar que no se ha acreditado el cumplimiento del hito y, por tanto, procede simplemente a informar de la caducidad del permiso de acceso y conexión.

Con posterioridad y en el marco del presente conflicto REE planteó consulta al titular de la DGPEM sobre la interpretación normativa del Real Decreto-ley 23/2020 en relación con la no validez de documentación con efectos retroactivos (el subrayado es nuestro).

En fecha 18 de mayo de 2023, el titular de la DGPEM evacuó consulta -que no tiene la consideración de informe-, afirmando, en lo que aquí importa, que la fijación del plazo se encuentra en una norma básica con rango de Ley y que, por tanto, las actuaciones realizadas fuera del plazo fijado *ex lege* no serán válidas.

En conclusión:

PÚBLICA

A juicio de esta Dirección General, estas consecuencias se derivan del rango normativo e impedirían reconocer validez a actuación alguna acordada fuera de esos plazos legales, en aras de la seguridad jurídica, por lo que no se debería admitir ninguna fórmula que, en la práctica, hiciesen sobrepasar esos plazos señalados como máximos.

En cuanto a la posibilidad de que se emitan actos administrativos con eficacia retroactiva una vez transcurrido el plazo máximo señalado por la norma con rango de ley con el fin de entender el hito cumplido, esta Dirección General entiende que tal posibilidad no está contemplada en la normativa. La eficacia retroactiva de un acto administrativo supone que sus efectos se retrotraen a un momento anterior al de la fecha en el que es dictado, por lo que al vencimiento del plazo máximo del real decreto ley ese acto no existe.

Junto con este argumento principal, REE añade que el reconocimiento del cumplimiento del hito administrativo en estos casos podría generar situaciones discriminatorias entre promotores, según los distintos territorios.

Además, supondría otorgar a REE una actuación de naturaleza valorativa cuando justamente su actuación en este ámbito es la de mera comprobación de si se ha cumplido o no el hito.

Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones previas indicadas no se pueden compartir los argumentos esgrimidos por REE al respecto de la falta de cumplimiento del hito administrativo cuando existe, como en el presente caso, una declaración de impacto ambiental expresa y favorable a la que el órgano competente otorga efectos retroactivos a los efectos de dar por cumplido el correspondiente hito administrativo.

En concreto, la interpretación de REE no tiene en cuenta, como se ha indicado, que el RD-I 23/2020 desde el mismo momento en que hace depender el mantenimiento de los permisos de acceso y caducidad del hecho de que se produzca una determinada actuación administrativa y no de la actuación del promotor, traslada con todas sus consecuencias al ámbito propio de la competencia de cada Administración la resolución correspondiente, bien sea la admisión de una solicitud o la declaración de impacto ambiental o las autorizaciones sectoriales. Ello conlleva que dicha Administración dispone en el ejercicio de las mismas de todas sus potestades y prerrogativas, entre ellas, la de la autotutela declarativa que despliega, como veremos, sus efectos tanto en el plano de la validez de su actuación como en la modulación de los efectos de sus actos, sin que la fijación de un plazo para su actuación conlleve el desapoderamiento de dichas potestades, que son intrínsecas a su naturaleza de Administración territorial.

En efecto, la interpretación de REE niega validez a la actuación administrativa fuera del plazo.

PÚBLICA

Tal interpretación no se puede compartir por dos motivos, uno de índole formal, al dotar a una sociedad mercantil como es REE, de la posibilidad de considerar inválido un acto administrativo que goza de presunción de validez, realizando una valoración que es justamente la que no puede desarrollar en el procedimiento de confirmación del incumplimiento del hito administrativo. Ni siquiera esta Comisión puede juzgar o establecer si el acto administrativo posterior es válido o no. Dicha actuación corresponde a los jueces y tribunales, y en su caso a la propia Administración que dictó el acto en el ejercicio de su potestad de revisión de oficio.

Junto a esta cuestión de índole formal, existe una razón de orden material. La interpretación que sostiene REE no tiene en cuenta la propia estructura del artículo 1 del RD-I 23/2020. Dicho precepto establece como supuesto de hecho sustantivo la realización de una concreta actuación administrativa de naturaleza favorable para el interesado en un determinado plazo. El transcurso del plazo desplegará efectos exclusivamente para el promotor titular del permiso de acceso y conexión, pero no para la Administración. En ningún caso, el transcurso del plazo puede suponer que la Administración competente quede desahogada de la potestad de emitir actos posteriores válidos, con independencia de sus efectos.

Dicho de otra manera, la posible caducidad de un permiso de acceso y conexión por el mero transcurso del plazo no supone por sí misma la pérdida del objeto de un procedimiento de autorización o, como en este caso, de evaluación de impacto ambiental, pues será la legislación autonómica pertinente y, en su caso, el órgano autonómico competente en cumplimiento de esa normativa los que determinen las consecuencias de la caducidad de los permisos para los correspondientes procedimientos administrativos.

Por tanto, el acto posterior al plazo dictado por la Administración competente no puede ser considerado inválido ni por parte de REE ni por parte de esta Comisión.

Es, por tanto, en el plano de la eficacia y no de la validez donde radica realmente el problema. Las consideraciones previas efectuadas permiten entender que el acto con efectos retroactivos es posible.

En efecto, la modulación de los efectos de una resolución administrativa válida forma parte del ejercicio de la autotutela declarativa, siempre que se haga en el marco de la previsión del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, es decir, que sea excepcional, que sea un acto favorable, que los supuestos de hecho existan al tiempo de dictar el acto administrativo y que no haya perjuicio de terceros, cuestiones todas ellas que corresponde valorar a la Administración competente -no a REE ni a esta Comisión- y que ha de indicarlo, como sucede en el presente caso, de forma clara.

PÚBLICA

La posibilidad de modular la eficacia del acto administrativo en este caso concreto está plenamente justificada a la vista de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de cancelaciones de inscripciones en el registro de preasignación de retribución por causa no imputable al promotor. Si la Administración competente considera que ya concurrían las condiciones para dictar la declaración de impacto ambiental antes del vencimiento del plazo fijado en el RD-I 23/2020 el día 25 de enero de 2023 y que solo circunstancias excepcionales en su propia actuación han impedido dictar el acto administrativo antes del día del vencimiento, la falta de reconocimiento de efecto retroactivo por parte de la Administración competente podría suponer una vulneración de los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima. Esta posible vulneración es evitable dotando de la indicada eficacia retroactiva.

Ha de tenerse en cuenta que los plazos determinados por el RD-I 23/2020 se aplicaban al mismo tiempo a un conjunto muy importante de permisos, en concreto a los emitidos por todos los gestores, no solo REE entre el 1 de enero de 2018 y el 25 de junio de 2020 y que, precisamente para permitir a las administraciones competentes la correcta evaluación de los aspectos ambientales y/o sectoriales, se han ampliado en varias ocasiones, la última de ellas mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En estas circunstancias, si el órgano competente ante la situación descrita se encuentra con un expediente al que solo le faltaba para finalizar, cumpliendo el plazo del RD-I 23/2020 el dictado del mismo cabe el ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, dotando excepcionalmente al acto de eficacia retroactiva para evitar un perjuicio al promotor. Esto es lo que ha sucedido en el presente conflicto.

Dicho acto con efecto retroactivo no tiene otro objeto que desplegar los efectos de la decisión administrativa a un tiempo ya pasado en beneficio del interesado y sin perjudicar a terceros, puesto que la capacidad que liberaría la caducidad aún no ha aflorado. El acto no modifica situaciones ya consolidadas, sino que anticipa la creación de la situación -la evaluación ambiental favorable para no generar una situación jurídica desfavorable -y de esta forma cumplir con los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima, evitando la caducidad de un permiso que iba a caducar porque no se emitió antes del 25 de enero de 2023, el acto exigido por el RD-I 23/2020 por circunstancias excepcionales y ajenas a los promotores.

PÚBLICA

En el mismo sentido, la interpretación que sostiene REE de la imposibilidad de evitar por la Administración competente el efecto de la caducidad automática es una interpretación extensiva de lo dispuesto en el RD-I 23/2020, al convertir el plazo legal de unas consecuencias que desconocen las potestades de las Administraciones competentes para dictar el acto que constituye el propio hito administrativo.

La interpretación que sostiene REE no encuentra justificación en la finalidad del propio RD-I 23/2020 que pretende la caducidad de los permisos de acceso de instalaciones no viables o inmaduras. El hecho de que la declaración de impacto ambiental sea favorable y que pudiera haberse adoptado con anterioridad a la fecha límite para su cumplimiento (25 de enero) pone de manifiesto en el presente caso justamente lo contrario, a saber que la referida instalación ha progresado hacia su puesta en marcha de forma correcta y en la que solo una cuestión puramente puntual derivada de la actuación de la Administración pública competente supondría la caducidad del permiso de acceso y conexión y que es precisamente la propia Administración pública competente lo que pretende evitar con la modulación de los efectos temporales.

Esta decisión, por último, no es en modo alguno discriminatoria, pues nada impide a cualquier otra Administración pública que lo considere oportuno adoptar una decisión con los indicados efectos retroactivos, ello sin tener en cuenta obviamente que la posibilidad de un tratamiento diferenciado nace del hecho ya manifestado de que las Administraciones competentes son diversas, tanto la AGE como las CCAA.

Todas las consideraciones anteriores llevan a la estimación del presente conflicto de acceso y a dejar sin efecto la declaración de caducidad comunicada por REE el día 31 de marzo de 2023.

CUARTO- Sobre los efectos de la presente Resolución sobre el permiso de acceso y conexión a los efectos del cumplimiento de los restantes hitos administrativos.

No obstante, hay varios aspectos que merecen ser objeto de consideración. La posibilidad de dictar actos con efectos retroactivos para el cumplimiento de los hitos administrativos podría ser contraria a la seguridad jurídica y las expectativas de tercero. Se ha de señalar que solo una vez comunicado el incumplimiento del hito procede REE a publicar la capacidad aflorada por las caducidades en su página web. En el caso de las caducidades operadas por falta de cumplimiento del hito del 25 de enero de 2023, el afloramiento de capacidad no se produjo hasta la publicación del mes de abril de 2023.

PÚBLICA

Desde el mismo momento en que se ha producido el indicado afloramiento de capacidad, el interés de terceros por acceder a la capacidad aflorada podría impedir un acto con efecto retroactivo puesto que el mismo ya les perjudicaría de forma directa, lo que vulnera uno de los requisitos previsto en el artículo 39.3 para dotar de eficacia retroactiva a un acto. Además, resulta complicado en la práctica administrativa ordinaria que cuando ya se dispone de los supuestos de hecho antes del vencimiento del plazo, se tarde más de dos meses en dictar el acto administrativo.

En segundo lugar, solo cuando, como en el presente caso, se indique de forma expresa el carácter retroactivo del acto y la fecha a partir de la que surte efectos puede considerarse que se ha cumplido con el hito administrativo y que no ha caducado el permiso de acceso y conexión. En casos dudosos y esta Comisión tiene conocimiento de algunos de ellos vía conflicto debe requerirse aclaración por parte de la Administración autora del acto, bien por REE, bien, en vía de conflicto.

Aclaradas estas cuestiones y en cuanto a los efectos de la presente resolución, la misma supone que los permisos de acceso y conexión de la instalación no han caducado y que, por tanto, continúan en vigor, debiendo cumplir con los restantes hitos administrativos. Ahora bien, como apunta el solicitante del presente conflicto, para evitar el perjuicio que supondría que tuvieran que disponer de autorización administrativa de construcción antes del próximo 25 de enero de 2024, es decir un año después de la fecha en la que debía disponer de declaración de impacto ambiental favorable y teniendo en cuenta que ha transcurrido la mitad de dicho plazo, el mismo debe computarse desde la fecha de la notificación de la presente resolución a REE, que deberá comunicarla al promotor.

Por último, y a efectos aclaratorios, esta Resolución no afecta a terceros puesto que el nudo Puerto de Santa María 220 kV está reservado a concurso y actualmente no hay en tramitación ningún permiso de acceso y conexión. En consecuencia, simplemente se procederá por REE a informar al Ministerio de que la capacidad disponible en el indicado nudo para el concurso se ve reducida en la potencia de las tres instalaciones de este conflicto.

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

RESUELVE

PRIMERO- Estimar el conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. planteado por planteado por MITRALEX S.L., con motivo de la comunicación del gestor de red por la que informa de la

PÚBLICA

caducidad del permiso de acceso y conexión de la instalación MITRALEX Puerto de Santa María.

SEGUNDO- Dejar sin efecto la declaración de caducidad comunicada el día 31 de marzo de 2023 por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

TERCERO- Declarar que, a los efectos del cumplimiento de los hitos administrativos 3º a 5º indicados en el artículo 1.1 b) 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, la fecha para el cómputo de los plazos se cuenta desde la notificación de la presente resolución a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

CUARTO- Proceder por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. a informar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que la capacidad disponible para el concurso en el nudo Puerto de Santa María 220 kV se ve reducida en la capacidad de acceso solicitada por MITRALEX, S.L. objeto del presente conflicto.

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

MITRALEX, S.L.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

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.

PÚBLICA