

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR ES PLANTA SOLAR 5, S.L. CONTRA RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LA COMUNICACIÓN DE 9 DE MAYO DE 2023 POR LA QUE SE DECLARA LA CADUCIDAD AUTOMÁTICA DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN DE LA INSTALACIÓN FV SALINETAS II (37,23 MW DE ACCESO CONCEDIDO) EN EL NUDO NOVELDA 220 KV

(CFT/DE/210/23)

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.

Vista la solicitud de ES PLANTA SOLAR 5, S.L. por la que se plantea un conflicto de acceso a la red propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA. S.A., 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 el siguiente Acuerdo:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Interposición del conflicto

Con fecha 7 de junio de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la representación legal de ES PLANTA SOLAR 5, S.L. (ESPS5) por el que se plantea un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE), en relación con la comunicación de REE de 9 de mayo de 2023 por la que se declara la caducidad automática del permiso de acceso y conexión de la instalación FV PSF Salinetas II (37,23 MW de acceso concedido) en el nudo NOVELDA 220 kV.

ESPS5 expone los siguientes hechos, recogidos aquí de forma resumida:

- El 15 de noviembre de 2019, ESPS5 obtuvo el Informe de Viabilidad de Acceso de la instalación PSF Salinetas II, con 37,23 MW de acceso concedido.
- El 14 de diciembre de 2020, ESPS5 presentó ante el Servicio Territorial de Industria y Energía de Alicante (órgano sustantivo autonómico) la solicitud de autorización administrativa previa y de construcción del Proyecto. Actualmente, el expediente se encuentra en tramitación con el número de expediente ATALFE/2020/161.
- El 15 de febrero de 2021, el Servicio Territorial de Industria y Energía de Alicante emitió acuerdo por el que admitió a trámite la solicitud presentada por ESPS5, con efectos retroactivos a fecha 24 de diciembre de 2020.
- El 22 de septiembre de 2022, el órgano sustantivo remitió el expediente al órgano ambiental para la emisión de la DIA.
- El órgano ambiental contaba con toda la documentación necesaria para la emisión de una DIA favorable antes del 25 de enero de 2023. Sin embargo, las dilaciones de la Administración y el error cometido respecto a la parte dispositiva del Segundo Informe del Servicio de Gestión Territorial, en ningún caso responsabilidad de ESPS5, han impedido la emisión de la DIA en el plazo legalmente previsto para el cumplimiento de los hitos regulados en el artículo 1.1.b) del RD-I 23/2020.
- El 6 de febrero de 2023, la Dirección General de Calidad y Educación Ambiental emitió la DIA favorable del PSF Salinetas II, en cuyo apartado segundo de su parte dispositiva se indica lo siguiente: *“Dada la imposibilidad de dictar resolución antes de la finalización del hito administrativo marcado en el RDL 23/2020, debido al volumen de expedientes tramitados por este órgano administrativo, aun habiéndose habilitado los medios personales y materiales para cumplir con el despacho de los mismos, con carácter excepcional, y debido a la acumulación de tareas por la subsanación documental del expediente en los últimos momentos, la presente resolución que otorga la DIA, surtirá efectos retroactivos a fecha 25 de enero de 2023”*.
- El 9 de mayo de 2023, REE notificó a esta parte Resolución por la que decretó la caducidad de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte del Proyecto por incumplimiento del hito administrativo regulado en el artículo 1.1.b.2º del RD-I 23/2020 (ver documento n.º 3). REE no justificó qué le impedía tener por acreditado el hito en tiempo y forma, toda vez que el 9 de febrero de 2023, ESPS5 aportó la DIA favorable del Proyecto con efectos de 25 de enero de 2023.

A estos hechos, ESPS5 aplica los siguientes fundamentos jurídicos:

- La norma pivota en torno al cumplimiento de determinados hitos en tiempo y forma. La acreditación surte meros efectos declarativos. ESPS5 cumplía con todos los requisitos antes del 25 de enero de 2023 y ello permitió a la Administración dictar una DIA que surtiera efectos retroactivamente. REE, como gestor de red, debe observar la fecha de producción de efectos de los actos administrativos.

- La DIA produce efectos retroactivos. Las condiciones que determinan la viabilidad ambiental de la instalación del PSF Salinetas II ya se daban antes del cumplimiento del segundo hito el pasado 25 de enero de 2023. La DIA dictada cumple las condiciones exigidas para predicar efectos retroactivos a los actos administrativos, de conformidad con lo previsto en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015.
- La interpretación de REE se da de bruces con otras normas con rango de ley vigentes, con la interpretación gramatical y con la interpretación teleológica de la norma.
- La admisión a trámite de la solicitud de autorización de 14 de diciembre de 2020 fue llevada a cabo mediante resolución del Servicio Territorial de Industria y Energía de Alicante de fecha 15 de febrero de 2020, con efectos retroactivos desde el 24 de diciembre de 2020, siendo esta última fecha la del cumplimiento del primer hito del artículo 1.b) del RD-I 23/2020. REE conoció esta circunstancia y la validó. Pese a ello, en un supuesto de hecho idéntico, REE ha vulnerado la doctrina de los actos propios y ha quebrado la legítima confianza generada a ESP5.

Por todo ello, ESP5 concluye solicitando que esta Comisión:

- Anule la Resolución de REE que declaró caducado el Permiso de acceso;
- Declare que ESP5 ha cumplido en tiempo y forma con el segundo hito establecido en el artículo 1.1.b) del RD-I 23/2020; y
- Declare, a los efectos del cumplimiento de los hitos administrativos 3º a 5º indicados en el artículo 1.1.b) del RD-I 23/2020, que el cómputo de los plazos debe realizarse teniendo en consideración la fecha de la Resolución que ponga fin al conflicto de acceso.

Adicionalmente, ESP5 solicita la adopción de una medida provisional de suspensión de la ejecución de la resolución de REE en relación con el objeto del conflicto.

SEGUNDO. Comunicaciones de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 12 de junio de 2023, se 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 estimase convenientes.

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

Con fecha 28 de junio de 2023, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE realizando alegaciones, que se resumen a continuación:

- El permiso de acceso para esta instalación fue concedido en fecha 15/11/2019, siendo de aplicación los plazos dispuestos en el apartado b) del artículo 1 del RDL 23/2020, esto es: 31 meses para el cumplimiento del hito objeto del presente conflicto "Obtención de la declaración de impacto

- ambiental favorable”. Dicho plazo será computado desde el 25/06/2020, siendo la fecha límite para su acreditación el 25/01/2023.
- El 09/02/2023, ESP55 acredita la obtención de la declaración de impacto ambiental (DIA) favorable ante REE, si bien ésta fue obtenida en fecha 06/02/2023. Ese mismo día REE solicitó aclaración a través de la plataforma telemática.
 - El 15/02/2023, REE remite a ESP55 una comunicación relativa a la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte por incumplimiento del segundo hito administrativo del RDL 23/2020.
 - En fecha 02/03/2023, ESP55 adjunta un escrito por el que se solicita a REE que deje sin efecto la comunicación de potencial caducidad generada de forma automáticamente el 15/02/2023, tras la acreditación de la DIA aportada el 09/02/2023.
 - El 09/05/2023 REE remite a ESP55 comunicación sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión para el Proyecto y así se notificó a través de la plataforma telemática, cumpliendo con el mandato del artículo 1 del RDL 23/2020.
 - ESP55 fundamenta su escrito en el hecho de que la Declaración de Impacto Ambiental otorgada al Proyecto, al haberse emitido por el órgano competente excediendo el plazo reglamentariamente establecido para ello, es un acto administrativo válido y su eficacia retroactiva viene amparada por lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015. Con base en esto, alega ESP55 que REE no puede obviar la eficacia retroactiva que se resuelve en las DIA favorable del Proyecto y, al encontrarse esta fecha dentro del plazo establecido en el RDL 23/2020 (25 de enero de 2023), no habría lugar a la caducidad automática de los permisos, debiendo ésta ser revocada para la instalación objeto del presente conflicto.
 - Seguidamente indica REE 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 retroactivo, pudiendo ocasionar así agravios comparativos entre promotores de diferentes territorios o Comunidades Autónomas.
 - Finalmente, ree 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.
 - Se opone a la medida provisional solicitada.

REE concluye su escrito de alegaciones solicitando la desestimación del presente conflicto.

CUARTO. Trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de fecha 30 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 14 de julio de 2023 tuvo entrada escrito de ESPS5 en el que alega básicamente lo siguiente:

- La caducidad no se produce de forma automática, en su declaración deben ponderarse otros factores. El artículo 1 del RDL 23/2020 no impide la validación de los hitos administrativos por medio de una resolución cuya validez y eficacia retroactiva le hace desplegar efectos en una fecha previa a la del vencimiento del hito.
- REE y el MITERD vulneran la doctrina de los actos propios.
- Procedencia de la medida provisional solicitada.

Transcurrido el plazo otorgado, no consta que REE haya presentado alegaciones en el trámite de audiencia del procedimiento.

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

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.

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 autonómico, 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 depende 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 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:

Una instalación de ESPS5 que contaba con permiso de acceso y conexión anterior a la entrada en vigor del RD-I 23/2020 obtuvo la declaración de impacto ambiental favorable en fecha 6 de febrero de 2023 por parte del órgano ambiental competente de la Generalitat valenciana. En este acto administrativo se resuelve

“SEGUNDO. Dada la imposibilidad de dictar resolución antes de la finalización del hito administrativo marcado en el RDL 23/2020, debido al volumen de expedientes tramitados por este órgano administrativo, aun habiéndose habilitado los medios personales y materiales para cumplir con el despacho de los mismos, con carácter excepcional, y debido a la acumulación de tareas por la subsanación documental del expediente en los últimos momentos, la presente resolución que otorga la DIA, surtirá efectos retroactivos a fecha 25 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 el día 6 de febrero de 2023, produce efectos desde el día 25 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, en fecha 9 de mayo de 2023 REE remite a ESP55 comunicación sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión para el proyecto y así se notificó a través de la plataforma telemática, “*cumpliendo con el mandato del artículo 1 del RDL 23/2020*”. Esta comunicación constituye el objeto del presente conflicto.

Con posterioridad, 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:

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 que, como se ha indicado, 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.

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 desapoderada 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 administrativos¹.

¹ En este sentido la Ley gallega 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas que añade una disposición adicional séptima a la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, que permite continuar con la tramitación de las distintas autorizaciones y de la evaluación de impacto ambiental de los parques eólicos, aun para instalaciones que hayan perdido su permiso de acceso y conexión por caducidad.

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.

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 al promotor.

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 antes del 25 de enero de 2023 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 9 de mayo de 2023.

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

No obstante lo expuesto, conviene considerar en primer lugar la posibilidad de que los actos con efectos retroactivos para el cumplimiento de los hitos administrativos pudiera ser contraria a la seguridad jurídica y las expectativas de tercero.

Pudiendo ser cierto en el plano teórico, tal impedimento es fácilmente resoluble. El elevado volumen de permisos de acceso y conexión que podrían caducar en idéntica fecha y la falta de información por parte de promotores y CCAA ha dado lugar a que REE establezca un mecanismo de actuación, justificado por la situación, para tener conocimiento pleno del incumplimiento del hito y solo una vez comunicado el mismo, procede 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.

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 previstos en el artículo 39.3 para dotar de eficacia retroactiva a un acto.

En segundo lugar, cumple considerar que los actos administrativos que reconocen retroactividad son muy diversos y que no pueden valorarse de forma general, sino individual. Por ello 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 solicitado 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 -en la normativa valenciana de aplicación no hay autorización administrativa previa independiente-, 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 NOVELDA 220 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 la instalación objeto 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 de energía eléctrica planteado por ES PLANTA SOLAR 5, S.L. contra RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. en relación con la comunicación de 9 de mayo de 2023 por la que se declara la caducidad automática del permiso de acceso y conexión de la instalación FV Salinetas II (37,23 MW de acceso concedido) en el nudo NOVELDA 220 kV.

SEGUNDO. Dejar sin efecto la comunicación de caducidad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. de fecha 9 de mayo de 2023.

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.

CUARTO. Proceder RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. a informar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que la capacidad disponible para el concurso en el nudo NOVELDA 220 se ve reducida en 37,23 MW, correspondientes a la instalación objeto del presente conflicto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados ES PLANTA SOLAR 5, S.L. y RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrido, 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.