

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR LAS SOCIEDADES NATURGY RENOVABLES, S.L.U. Y NATURGY RENOVABLES CANARIAS, S.L.U., CON MOTIVO DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD COMUNICADA POR RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. DE LOS PERMISOS DE ACCESO Y CONEXIÓN DE LAS INSTALACIONES “PFV SURESTE SOSTENIBLE I”, “PFV SURESTE SOSTENIBLE II”, “PFV SURESTE SOSTENIBLE III” Y “PFV SURESTE SOSTENIBLE IV”, CON PUNTO DE CONEXIÓN EN LA SUBESTACIÓN ALDEA BLANCA 66KV (LAS PALMAS).

(CFT/DE/214/23)

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 las sociedades NATURGY RENOVABLES, S.L.U. y NATURGY RENOVABLES CANARIAS, 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

Con fecha 9 de junio de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”) sendos escritos de la representación legal de las sociedades NATURGY RENOVABLES, S.L.U. y NATURGY RENOVABLES CANARIAS, S.L.U. (en lo sucesivo, “NATURGY”), por los que se plantea conflicto de acceso a la red de transporte de RED

ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, “REE”), con motivo de la declaración de caducidad de los permisos de acceso y conexión de las instalaciones fotovoltaicas “PFV Sureste Sostenible I”, “PFV Sureste Sostenible II”, “PFV Sureste Sostenible III” y “PFV Sureste Sostenible IV”, de 2 MW cada una, con punto de conexión en la subestación Aldea Blanca 66kV.

La representación legal de NATURGY exponía en su escrito los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

- Las cuatro instalaciones obtuvieron permiso de acceso el día 10 de mayo de 2017.
- La Dirección General de Energía del Gobierno de Canarias otorgó la autorización administrativa de construcción (AAC) para las cuatro instalaciones el 25 de abril de 2023, si bien con efectos retroactivos desde el 25 de marzo de 2023.
- El mismo día 25 de abril de 2023, NATURGY comunicó a REE la obtención de la citada autorización administrativa de construcción, a efectos de acreditar el cumplimiento del correspondiente hito establecido por el RD-I 23/2020.
- A pesar de lo anterior, el 9 de mayo de 2023, REE envía una comunicación a NATURGY trasladando que no se tenía constancia del cumplimiento del hito respecto de las cuatro instalaciones citadas, emplazándole a acreditarlo en un plazo de quince días.
- Como respuesta a la citada comunicación, NATURGY remite escrito a REE indicando que ya había facilitado la documentación requerida el día 25 de abril de 2023 y adjuntando nuevamente la documentación.
- El 11 de mayo de 2023, REE responde que mantiene la comunicación de caducidad de 9 de mayo de 2023, puesto que la resolución aportada es de 25 de abril de 2023 y el hito administrativo establecido por el RD-I 23/2020 tiene como fecha límite el 25 de marzo de 2023.
- A juicio de NATURGY, el acto administrativo con efectos retroactivos resulta perfectamente válido para acreditar el hito establecido en el RD-I 23/2020 y las autorizaciones administrativas de construcción (AAC) de las respectivas instalaciones cumplen con los requisitos legales para tener efectos retroactivos y, en consecuencia, se ha cumplido el cuarto hito del artículo 1. b) del RD-I 23/2020. Asimismo, el carácter de acto administrativo de las autorizaciones administrativas de construcción (AAC) impone que su presunción de validez solo pueda ser destruida en el procedimiento impugnatorio oportuno por el órgano administrativo o judicial competente. Por tanto, dado que las autorizaciones administrativas de construcción (AAC) no han sido anuladas, el criterio de REE de negar su efecto retroactivo resulta contrario a la legalidad. Por último, en cualquier caso, el gestor de la red no puede adoptar decisiones que interpreten una autorización administrativa en materia de energía porque no tiene competencia en la materia y porque, al no ser una Administración pública, no tiene ni siquiera la capacidad de autotutela.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

Por lo expuesto, solicita que se anulen y dejen sin efecto las comunicaciones de caducidad de 9 de mayo de 2023 y las resoluciones de las consultas de 11 de mayo de 2023 emitidas por REE y se declare y reconozca la vigencia de los permisos de acceso y conexión de las citadas instalaciones.

SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud, la Directora de Energía de la CNMC concluye con la existencia de un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica y se procedió mediante escrito de 13 de junio de 2023 de la Directora de Energía de la CNMC a comunicar a NATURGY y REE el inicio del correspondiente procedimiento administrativo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, se dio traslado a REE del escrito presentado por la solicitante, concediéndosele un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes en relación con el objeto del conflicto.

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

Haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 73.1 de la Ley 39/2015, REE presentó escrito en fecha 4 de julio de 2023, en el que manifiesta que:

- El 10 de mayo de 2017, REE remitió contestación de acceso coordinado para varias instalaciones de generación renovable, entre ellas, las instalaciones fotovoltaicas objeto del presente conflicto.
- Dado que el permiso de acceso fue concedido en fecha 10 de mayo de 2017, es de aplicación el plazo dispuesto en el apartado a) del artículo 1 del RD-I 23/2020, esto es, 33 meses para el cumplimiento del cuarto hito – obtención de la autorización administrativa de construcción (AAC). Dicho plazo debe ser computado desde el 25 de junio de 2020, siendo la fecha límite para su acreditación el 25 de marzo de 2023.
- El 25 de abril de 2023, NATURGY acredita la obtención de la autorización administrativa de construcción (AAC) favorable, si bien fue obtenida en fecha 25 de abril de 2023, en la que se indica “se estima la propuesta citada, la cual deberá cumplirse en los términos y plazos indicados, con efectos de 25 de marzo de 2023”.
- El 9 de mayo de 2023, REE remite a NATURGY una comunicación relativa a la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión por incumplimiento del cuarto hito administrativo del RD-I 23/2020.
- En fecha 11 de mayo de 2023, NATURGY remite un escrito, en el que se indicaba que ya se había facilitado la documentación requerida.
- Como respuesta, el 25 de mayo de 2023, REE indicó que se reiteraba en la comunicación de potencial caducidad, puesto que la resolución

- aportada era posterior a la fecha límite de vencimiento establecida en el RD-I 23/2020.
- El 29 de mayo de 2023, REE remite a NATURGY comunicación sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de las cuatro instalaciones.
 - A juicio de REE, la comunicación de caducidad de los permisos de acceso y conexión de las cuatro instalaciones es correcta, puesto que la regulación específica del RD-I 23/2020 debe prevalecer sobre la norma general de la Ley 39/2015 y, por tanto, todos aquellos promotores que no hayan acreditado ante REE que la autorización administrativa de construcción (AAC) se obtuvo antes del vencimiento del hito previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020 verán sus permisos caducados de forma automática. 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. En aras de evitar interpretaciones sobre cuestiones relativas al ámbito de la normativa de las administraciones públicas, REE 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 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.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

Por lo expuesto, solicita que se dicte resolución por la que se desestime el conflicto de acceso y se confirmen las actuaciones de REE.

CUARTO. Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 20 de julio de 2023, se puso de manifiesto a las partes interesadas 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.

- El pasado 25 de julio de 2023 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE, en el que se ratifica en sus alegaciones.

- Con fecha 31 de julio de 2023 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de NATURGY, en el que, brevemente, manifiesta que: (i) no es cierto que el RD-I 23/2020 imponga la obligación de acreditar los hitos dentro de los plazos establecidos, sino que únicamente impone la obligación de alcanzar estos hitos dentro de estos plazos. Además, las leyes específicas pueden modificar los trámites del procedimiento administrativo, pero no regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, entre los que se incluyen los efectos retroactivos; (ii) no es cierto que REE no pueda aplicar el RD-I 23/2020 y comunicar la caducidad automática de un permiso de acceso y conexión si aplica un acto con efectos retroactivos. REE puede aplicar el RD-I 23/2020 y comunicar la potencial caducidad de un permiso de acceso una vez transcurrido un tiempo razonable desde el vencimiento del plazo que la titular del permiso tenía para alcanzar un hito administrativo; y (iii) por último, la ampliación del plazo en 6 meses para alcanzar el hito de la AAC previsto por el RD-I 5/2023 también es aplicable a las instalaciones que obtuvieron el permiso de acceso con anterioridad a enero de 2018, puesto que la caducidad es una norma sancionadora y debe tener efecto retroactivo cuando resulten favorables al administrado.

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.

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.

Asimismo, en toda la tramitación del presente procedimiento no ha habido debate alguno en relación con la naturaleza de conflicto de acceso del presente expediente.

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 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-L 23/2020¹ 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-L 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.

¹ 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.

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 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, esto es, 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.

Cuatro instalaciones de NATURGY que contaban con permiso de acceso y conexión anterior a la entrada en vigor del RD-I 23/2020 obtuvieron la autorización administrativa de construcción (AAC) en fecha 25 de abril de 2023 por parte de la Dirección General de Energía del Gobierno de Canarias. En los antecedentes de dichas declaraciones se indica de forma expresa lo siguiente:

Resultando que la citada autorización administrativa no ha podido ser otorgada dentro del plazo establecido por 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, el cual finalizó el pasado 25/03/2023.

Vista la solicitud del promotor, de 28/03/2023, para el otorgamiento de la autorización administrativa de construcción del Proyecto objeto de referencia con eficacia retroactiva.

En referencia a la eficacia de la retroactividad solicitada, el Decreto citado indica que «Considerando lo señalado en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que permite otorgar, excepcionalmente, “eficacia retroactiva a los actos cuando ... produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”. Resultando que, en este caso, se trata de un acto que genera efectos favorables para los interesados cuyos términos, condiciones y requisitos constan cumplidos ya el 25 de marzo, de tal forma que el otorgamiento retroactivo permite cumplir con lo establecido en el citado Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, evitando así que el retraso en el otorgamiento de la autorización cause perjuicios a la promotora».

Para incluir en el Resuelvo primero la siguiente declaración:

Se estima la propuesta citada, la cual deberá cumplirse en los términos y plazos indicados, con efectos de 25/03/2023.

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 25 de abril de 2023, produce efectos desde el día 25 de marzo 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 se limita a indicar que no se ha acreditado el cumplimiento del hito y, por tanto, procede simplemente a informar de la caducidad de los permisos de acceso y conexión.

Asimismo, 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 autorización administrativa de construcción 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 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, 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 administrativos².

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.

² 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.

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 autorización administrativa de construcción antes del vencimiento del plazo fijado en el RD-I 23/2020 el día 25 de marzo 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 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 marzo de 2023 el acto exigido por el RD-I 23/2020 por circunstancias excepcionales y ajenas a los promotores.

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 autorización administrativa de construcción sea favorable y que pudiera haberse adoptado a partir del 25 de marzo 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.

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 dos aspectos en el que las alegaciones de REE se comparten en parte.

Indica REE que 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.

Pudiendo ser cierto en el plano teórico, tal impedimento es fácilmente resoluble. Como alega la propia REE 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 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. Esta Comisión, en los distintos y escasos conflictos planteados por la declaración de caducidad por parte de REE cuando existe un acto administrativo con efecto retroactivo, solo ha conocido un caso en este sentido.

En segundo lugar, se manifiesta por parte de REE que los actos administrativos que reconocen retroactividad son muy diversos y que no puede valorarlos de forma individual. No le falta razón al operador del sistema en esta alegación. 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 las cuatro instalaciones no han caducado y que, por tanto, continúan en vigor, debiendo cumplir con los restantes hitos administrativos. Ahora bien, para evitar el perjuicio que supondría que tuvieran que disponer de autorización administrativa de explotación definitiva antes del próximo 25 de junio de 2025, es decir, poco más de dos años después de la fecha en la que debía disponer de autorización administrativa de construcción favorable, 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, se ha de indicar que esta resolución no afecta a terceros, en la medida en que la capacidad actualmente publicada por el gestor de la red de transporte para el nudo de que se trata es nula (Aldea Blanca 66 kV), debiendo en consecuencia -conforme al artículo 8.1.d) del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre- inadmitirse las solicitudes de acceso que eventuales terceros hicieran al respecto de dicho nudo

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. planteado por las sociedades NATURGY RENOVABLES, S.L.U. y NATURGY RENOVABLES CANARIAS, S.L.U., con motivo de las comunicaciones de la declaración de caducidad de los permisos de acceso y conexión de sus instalaciones fotovoltaicas “PFV Sureste Sostenible I”, “PFV Sureste Sostenible II”, “PFV Sureste Sostenible III” y “PFV Sureste Sostenible IV”, de 2 MW cada una, con punto de conexión en la subestación Aldea Blanca 66kV (Las Palmas).

SEGUNDO. Dejar sin efecto las declaraciones de caducidad remitidas el 29 de mayo de 2023 por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

TERCERO. Declarar que, a los efectos del cumplimiento del hito administrativo 5º indicado en el artículo 1.1 a) 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.

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

NATURGY RENOVABLES, S.L.U. y NATURGY RENOVABLES CANARIAS, S.L.U.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

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.