

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE PLANTEADO POR FORNAX ONE SUN, S.L., CEFEO SIGLO XXI, S.L. Y CAELUM INVERSIONES EN ENERGÍA, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DE LOS PERMISOS DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SUS RESPECTIVAS INSTALACIONES FOTOVOLTAICAS A CONECTAR EN FUENLABRADA 220 KV.

(CFT/DE/234/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de febrero de 2024

Vista la solicitud de conflicto de acceso planteado por las sociedades FORNAX ONE SUN, S.L., CAELUM INVERSIONES EN ENERGÍA, S.L y CEFEO SIGLO XXI, 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 de conflictos

Con fecha 26 de junio de 2023, tuvieron entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tres escritos de la representación legal de las sociedades, FORNAX ONE SUN, S.L., CAELUM

INVERSIONES EN ENERGÍA, S.L y CEFEO SIGLO XXI, S.L., (en adelante FORNAX, CAELUM y CEFEO) planteando sendos conflictos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica titularidad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., (en adelante REE) en relación con las comunicaciones de caducidad de los permisos de acceso y conexión de las instalaciones “FV Torrejón de Velasco I”, “FV Torrejón de Velasco II”, FV Torrejón de Velasco III” y “FV Torrejón de Velasco IV”, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante, RD-ley 23/2020).

Mediante oficios de la CNMC de fecha 17 de julio de 2023 se requirió subsanación a FORNAX, CAELUM y CEFEO, siendo atendidos el 1 y 2 de agosto de 2023.

En los escritos presentados por FORNAX, CAELUM y CEFEO (todos ellos de contenido idéntico) se pusieron de manifiesto por la representación legal de los promotores los siguientes hechos y fundamentos jurídicos que se resumen a continuación:

- Que las sociedades están tramitando los proyectos previamente identificados de 42,6 MW cada uno, que obtuvieron acceso a la red de transporte del nudo Fuenlabrada 220 kV, el 21 de agosto de 2020.
- Que con fecha 26 de mayo de 2023, se ha comunicado por REE la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de sus instalaciones como consecuencia de *“no haber acreditado ante el gestor de 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 fecha de obtención del permiso de acceso”*.
- Que, una vez cumplido el hito sobre la admisión a trámite de la solicitud de autorización administrativa previa, quedó pendiente la emisión de DIA favorable presentando al efecto múltiples comunicaciones al órgano competente para el impulso del procedimiento, por lo que considera que el expediente de evaluación ambiental quedó completo para la emisión de la DIA favorable de los proyectos, antes del 21 de marzo de 2023 (fecha de vencimiento del plazo de los 31 meses establecido en el RD-ley 23/2020).
- Sin embargo, y en lo que considera que constituye un incumplimiento de la obligación de resolver en plazo de la Administración competente, no fue hasta el 9 de junio de 2023 que la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental emitió la DIA favorable de sus proyectos.

- Alega que el hecho de que sus solicitudes fueran completas y cumplieran todos los requisitos para la emisión de DIA favorable lo ha confirmado también la Dirección General de Calidad de Evaluación Ambiental mediante Resolución de 27 de julio de 2023, por lo que, a su juicio, está justificada la emisión de una DIA con efectos retroactivos desde la fecha en que ya se había cumplido con la totalidad de los trámites (20 de marzo de 2023).
- Considera dichas comunicaciones de caducidad improcedentes y la interpretación que hace REE contraria a los propios objetivos del RD-ley 23/2020, así como a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad en caso de incumplimiento de hitos que no dependen del promotor y a la normativa estatal y europea sobre despliegue de renovables.
- Procede, a su juicio, la anulación de las Comunicaciones de Caducidad, en tanto que los Proyectos disponen de DIA favorable, habiendo cumplido con los requisitos para su obtención a la fecha del hito del Real Decreto-ley 23/2020. Es decir, el único motivo por el que no se dispuso de la DIA favorable el 21 de marzo de 2023 fue por el retraso de la Administración en la tramitación del expediente, lo que en ningún caso le puede resultar imputable.
- Las comunicaciones de REE conculcan igualmente, el principio de proporcionalidad.

Por todo ello, concluye solicitando:

- (i) Se deje sin efecto las comunicaciones de caducidad.
- (ii) Declare el cumplimiento del hito del DIA favorable para sus proyectos y, en consecuencia, se mantengan vigentes a todos los efectos los permisos de acceso y conexión concedidos.

Y subsiguientemente y mediante OTROSÍ, se ordene a REE que suspenda los procedimientos de acceso al nudo de referencia y se abstenga de otorgar derechos de acceso en dicho nudo.

SEGUNDO. Consideración del expediente acumulado completo e innecesariadad de actos de instrucción.

A la vista de los escritos de conflicto y de la documentación aportada por FORNAX, CAELUM y CEFE0 -que se da por reproducida e incorporada al expediente- se puede proceder a la resolución de este sin dar trámite de alegaciones a REE y, en consecuencia, al resolver teniendo en cuenta

exclusivamente hechos, alegaciones y pruebas aducidas por el interesado se prescinde del trámite de audiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015).

Igualmente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, procede acumular los tres conflictos interpuestos, atendiendo a su identidad sustancial e íntima conexión.

TERCERO. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013 y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe en este procedimiento.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica

Del relato fáctico que se ha realizado en los antecedentes de hecho, se deduce claramente del presente conflicto como de acceso a la red de transporte de energía eléctrica.

No obstante, ha de aclararse que el único objeto del conflicto son las respectivas comunicaciones de REE de 26 de mayo de 2023, por las que se informa a las sociedades de la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de sus proyectos, no pudiendo ser, en ningún caso, objeto de conflicto la actuación del órgano ambiental o sustantivo competente sobre la emisión de la declaración de impacto ambiental (DIA).

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución que se atribuye a la CNMC en el artículo 12.1.b) 1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante Ley 3/2013).

En sentido coincidente, el artículo 33.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico dispone que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la*

Competencia resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el permiso de acceso a las redes de transporte y distribución, así como con las denegaciones del mismo emitidas por el gestor de la red de transporte y el gestor de la red de distribución”.

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que *“El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones... de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar”.* En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013, previo informe de la Sala de Competencia (de acuerdo con el artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

TERCERO. Sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión por incumplimiento de los hitos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

Como se indica en los antecedentes de hecho, las sociedades FORNAX, CAELUM y CEFEO disponían de permisos de acceso y conexión para sus instalaciones fotovoltaicas “FV Torrejón de Velasco I”, “FV Torrejón de Velasco II”, FV Torrejón de Velasco III” y “FV Torrejón de Velasco IV” otorgados por REE el día 21 de agosto de 2020.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-L 23/2020 que establece:

“b) Si el permiso de acceso se obtuvo con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley:

1.º Solicitud presentada y admitida de la autorización administrativa previa: 6 meses.

2.º Obtención de la declaración de impacto ambiental favorable: 31 meses.

3.º Obtención de la autorización administrativa previa: 34 meses.

4.º Obtención de la autorización administrativa de construcción: 37 meses.

5.º Obtención de la autorización administrativa de explotación definitiva: 5 años.

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

En consecuencia, debían contar a fecha 21 de marzo de 2023, 31 meses después de la fecha de inicio del cómputo, con la correspondiente declaración de impacto ambiental favorable.

Según declaran las propias sociedades, y consta en el expediente no fue hasta el día 9 de junio de 2023, cuando se formuló la declaración de impacto ambiental, es decir, en fecha claramente posterior a la caducidad del permiso de acceso y conexión.

Por consiguiente, a día 21 de marzo de 2023, no puede entenderse cumplido el segundo hito del citado artículo 1.1.b).

En el apartado segundo del propio artículo 1 del RD-I 23/2020 se establece la consecuencia del incumplimiento de los citados hitos:

*2. La no acreditación ante el gestor de la red del cumplimiento de dichos hitos administrativos en tiempo y forma supondrá **la caducidad automática de los permisos de acceso y, en su caso, de acceso y conexión concedidos** (..)*

De conformidad con lo señalado en el artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Cuando las mismas, como resulta en el caso presente, no admiten duda interpretativa, se estará al citado sentido literal. Criterio ampliamente ratificado por los Tribunales y que conlleva que no se pueda hacer una interpretación contraria a la Ley cuando el sentido literal de la misma es claro (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional STC 189/2012, de 5 de julio).

El artículo 1 del RD-I 23/2020 tiene un sentido literal absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa como se sostiene por parte de los promotores.

De conformidad con lo anterior, los promotores titulares de permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica que hayan sido otorgados

con posterioridad a la entrada en vigor del RD-I 23/2020, y que pasados 31 meses desde la fecha de obtención de los permisos de acceso, en el caso concreto, 21 de marzo de 2023, no dispusieran de declaración de impacto ambiental favorable, cuál es el caso como se acredita en la documentación aportada, han visto caducar automática (“*ope legis*”) su permiso de acceso o de acceso y conexión, en el caso de haber obtenido también el mismo.

En consecuencia, la actuación de REE, como gestor de la red, en la que se limita a informar de la caducidad automática tras haber solicitado la acreditación del mismo por parte de los promotores y no haber sido convenientemente aportada es plenamente conforme a Derecho.

Además, la misma no vulnera el derecho de acceso desde el mismo momento en que la configuración legal del mismo incluye como elemento esencial la necesidad de cumplir con los citados hitos administrativos en tiempo y forma, con independencia de que no se haya obtenido por causas imputables al promotor o a la Administración Pública, cuestión ajena al presente conflicto.

La caducidad automática por no contar con declaración de impacto ambiental favorable a fecha 21 de marzo de 2023, no se ve tampoco afectada por el hecho de que se haya emitido con posterioridad a ese momento, y una vez ya caducados “*ope legis*” los permisos de acceso y conexión, una declaración de impacto ambiental favorable sin reconocimiento expreso ni motivado de efectos retroactivos a un momento anterior al de su emisión. Es decir, la administración competente autora del acto en que consiste la DIA, en ningún caso ha dotado al mismo de los efectos establecidos por el artículo 39.3 de la Ley 39/2015.

Artículo 39. Efectos.

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. (...)

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como 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 ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

En consecuencia, a fecha 21 de marzo de 2023, los proyectos de las sociedades no contaban con la declaración de impacto ambiental favorable y, por tanto, en dicha fecha tuvo lugar la caducidad automática de sus permisos de acceso y

conexión a la red de transporte por incumplimiento del segundo hito administrativo del RD-I 23/2020.

Finalmente, y en cuanto al resto de alegaciones formuladas, debe indicarse que, en ningún caso, la declaración de caducidad automática impide o lesiona el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto, nada obsta acudir a los tribunales respectivos, en su caso.

Así mismo, el planteamiento de un conflicto de acceso tampoco supone la suspensión de la caducidad automática. Las suspensiones preventivas realizadas por REE o que hayan podido ser reconocidas por esta Comisión, y que cita el promotor, se refieren siempre a conflictos de acceso en relación con solicitudes de permisos de acceso y conexión, nunca a declaraciones de caducidad automática porque la misma supondría la contravención de la norma legal por parte del gestor de red.

Por último, la caducidad de los permisos no puede estimarse incompatible con las exigencias del principio de proporcionalidad en cuanto dicho efecto está expresamente previsto en la propia configuración legal del precepto

CUARTO. Sobre la medida de suspensión cautelar solicitada.

Se plantea también que se adopte, por parte de esta Comisión, medida provisional consistente en ordenar a REE suspender la tramitación de los procedimientos de acceso al nudo de referencia, así como se abstenga de otorgar derechos de acceso alguno a dicho nudo (Fuenlabrada 220 kV).

Dicha medida no puede ser atendida al no concurrir ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Ley 39/2015, en particular, el perjuicio de imposible o difícil reparación.

En este sentido, el Auto 654/2022 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2022 (Roj AAN 7109/2022 - ECLI:ES:AN:2022:7109A, CENDOJ 28079230042022200539), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1274/2022, frente a la Resolución de 28 de abril de 2022 (expediente CFT/DE/118/22) que confirmaba la actuación de REE manteniendo la caducidad del permiso de acceso de un promotor, desestimó la solicitud de suspensión interesada por las entidades demandantes por la siguiente razón:

“Pues bien, en el presente supuesto la ejecución de la resolución impugnada en cuanto mantiene la caducidad de los permisos en su momento otorgados a las instalaciones aquí en liza, produce un perjuicio que puede ser reparado si la sentencia que en su día se dicte resulta favorable a las demandantes, bien a través de una indemnización, bien a través de alguna otra solución técnica que pueda arbitrarse (la Sala ha conocido ya de algún supuesto en los que así se ha hecho). Por el contrario, la suspensión del acuerdo impugnado supondría el mantenimiento de las autorizaciones con merma del interés público y el de terceros en optimizar los accesos a la red de transporte y el de los terceros que pudieran ser autorizados, siendo así que la Sala entiende que estos intereses son prevalentes a los de los recurrentes, ya afectados por una resolución desfavorable”.

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

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

En consecuencia, una vez constatada la caducidad automática de los correspondientes permisos de acceso y conexión, REE deberá evaluar la capacidad existente y disponible en aquellos nudos en los que se hayan producido caducidades, de conformidad con los criterios establecidos en la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica y las Especificaciones de Detalle aprobadas

mediante Resolución de 20 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las especificaciones de detalle para la determinación de la capacidad de acceso de generación a la red de transporte y a las redes de distribución y en el horizonte de planificación H2026.

Una vez evaluada, procederá a publicar en el mapa de capacidad que temporalmente corresponda, la nueva capacidad disponible que haya podido aflorar, tal y como establece en el artículo 12 de la Circular 1/2021, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y en el artículo 5.4 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar los conflictos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A planteados por FORNAX ONE SUN, S.L., CAELUM INVERSIONES EN ENERGÍA, S.L y CEFEO SIGLO XXI, S.L con motivo de las comunicaciones de caducidad de los permisos de acceso y conexión para sus instalaciones “FV Torrejón de Velasco I”, “FV Torrejón de Velasco II”, FV Torrejón de Velasco III” y “FV Torrejón de Velasco IV”.

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

- FORNAX ONE SUN, S.L.
- CAELUM INVERSIONES EN ENERGÍA, S.L
- CEFEO SIGLO XXI, S.L

Asimismo, comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. en su condición de operador del sistema.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.