

# RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE PLANTEADO POR SHELL DESARROLLO 3, S.L., CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACIÓN “FV BCN SOLAR 1”

(CFT/DE/007/24)

## CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

### Presidenta

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

### Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

### Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 18 de abril de 2024

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por SHELL DESARROLLO 3, S.L., en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013 y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

## I. ANTECEDENTES

### PRIMERO. Interposición del conflicto

El 15 de enero de 2024 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de la sociedad SHELL DESARROLLO 3, S.L., (en adelante SHELL DESARROLLO) por el que se planteaba conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, (en adelante REE) con motivo de la comunicación del gestor de red de 19 de diciembre de 2023 en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que

**PÚBLICA**

se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante, RD-I 23/2020).

SHELL DESARROLLO expone los siguientes hechos:

-Que REE le otorgó permiso de acceso el día 8 de abril de 2021 y permiso de conexión el día 12 de diciembre de 2022 para su instalación “FV BCN SOLAR 1” con una potencia de 115,12 MW, en el nudo LA ESPLUGA 400 kV

-Que, en cumplimiento del segundo hito previsto en el artículo 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, el Proyecto obtuvo Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) favorable con posterioridad al 8 de noviembre de 2023 —fecha límite para el cumplimiento del citado hito. En concreto, la DIA del Proyecto fue dictada con fecha 22 de noviembre de 2023.

-Considera que, si bien la DIA fue emitida con posterioridad al 8 de noviembre, a fecha de 2 de noviembre concurrían todas las condiciones para la emisión de la misma y, por tanto, desplegó plenos efectos desde dicha fecha. Según alega, así se confirmó expresamente, por el Área de Industria y Energía de la Delegación del Gobierno en Cataluña, que ha continuado con la tramitación sustantiva del Proyecto, y así fue debidamente comunicado por la Sociedad a Red Eléctrica de España, S.A.

-Que sin embargo el 19 de diciembre de 2023, recibió comunicación de REE sobre caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de la indicada instalación.

En relación con los fundamentos jurídicos:

- Un Oficio del Área de Industria y Energía de la Delegación del Gobierno en Cataluña, de 15 de diciembre de 2023, afirma que en fecha de 2 de noviembre se cumplían las condiciones para la emisión de la DIA, lo que a juicio de SHELL DESARROLLO solo puede entenderse hecho en coordinación con el órgano ambiental, y a su juicio no cabe duda de que la DIA goza de eficacia retroactiva con base en el art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y, conforme a la reciente doctrina de la propia CNMC, la retroactividad de la DIA es perfectamente válida, eficaz y ejecutable a los efectos de la acreditación del segundo hito que contempla el artículo 1. b) del RDL 23/2020.

-Señala la improcedente caducidad de los permisos de acceso y conexión con eficacia retroactiva. La eficacia retroactiva de los actos administrativos se regula en el artículo 39.3 de la LPAC conforme al cual “*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*

**PÚBLICA**

*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”.*

-La emisión de la DIA con posterioridad al 8 de noviembre se debió a una causa ajena a la Sociedad, por lo que en ningún caso debe ésta asumir las consecuencias derivadas de la extemporaneidad. En fecha de 2 de noviembre se cumplían todas las condiciones para la emisión de la DIA por lo que la DIA goza de un efecto retroactivo, y, por tanto, concurriendo los presupuestos previstos para ello. La DIA con efecto retroactivo, como acto administrativo válido, eficaz y ejecutable, no puede ser ignorada ni rechazada por REE.

-La retroactividad de la DIA respeta la *ratio legis* del RDL 23/2020

-Finalmente solicita la adopción de la medida cautelar, basada, primero, en que la presentación de un conflicto supone que no se pueda disponer de la capacidad objeto del mismo. De no adoptarse la misma se produciría un perjuicio de imposible reparación por lo que debe ordenarse a REE que la capacidad otorgada al proyecto que nos ocupa no podrá considerarse afluída o liberada por caducidad de los permisos de acceso y conexión de dicha instalación ni, por tanto, podrá reservarse o adherirse a concurso alguno de capacidad, convocado, o no, por los mismos motivos.

Por todo ello, concluye solicitando a la CNMC que:

- (i) Deje sin efecto la Caducidad automática de los Permisos de Acceso y Conexión en el nudo LA ESPLUGA 400 kV para el Proyecto, que fue comunicada por REE en fecha 19 de diciembre de 2023, y
- (ii) Se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de la Sociedad y asegurar que, en caso de obtener resolución favorable en lo que respecta al cumplimiento del segundo hito previsto en el artículo 1. b) del RDL 23/2020, el Proyecto pueda seguir siendo viable.

## **SEGUNDO. Consideración del expediente completo e innecesariedad de actos de instrucción.**

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por SHELL DESARROLLO, que se da por reproducida e incorporada al expediente, se puede proceder a la resolución del mismo sin dar trámite de alegaciones a REE y, en consecuencia, al resolver teniendo en cuenta exclusivamente hechos, alegaciones y pruebas aducidas por el interesado, se prescinde del trámite de audiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015.

## **TERCERO. Informe de la Sala de Competencia**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013 y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto

**PÚBLICA**

657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe en este procedimiento.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

No obstante, ha de aclararse que el único objeto del conflicto es la comunicación de REE de 19 de diciembre de 2023, por la que se informa al promotor de la caducidad automática de sus permisos de acceso y conexión.

### **SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.**

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

En sentido coincidente, el artículo 33.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico dispone que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el permiso de acceso a las redes de transporte y distribución, así como con las denegaciones del mismo emitidas por el gestor de la red de transporte y el gestor de la red de distribución”*.

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

**PÚBLICA**

**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, SHELL DESARROLLO disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 8 de abril de 2021.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-L 23/2020 que recoge el régimen de cumplimiento de hitos aplicable a los permisos de acceso obtenidos tras la entrada en vigor del mismo, a contar desde la fecha de obtención de ese permiso, según se señala en el último párrafo:

*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, debía contar a fecha 8 de noviembre de 2023, 31 meses después de la fecha de inicio del cómputo, el 8 de abril de 2021, con la correspondiente declaración de impacto ambiental favorable.

Según declara el propio SHELL DESARROLLO, obtiene la DIA favorable el día 22 de noviembre de 2023, es decir, con posterioridad a la fecha límite del 8 de noviembre de 2023.

SHELL DESARROLLO entiende que la DIA tiene validez con carácter retroactivo a la vista del oficio emitido en fecha 15 de diciembre, por el Área de Industria y Energía de la Delegación del Gobierno en Cataluña, en el que señala que en fecha 2 de noviembre se cumplían las condiciones necesarias para la emisión de la DIA”.

**PÚBLICA**

Sin embargo, lo anterior no significa en modo alguno que el acto administrativo de la DIA haya sido emitida por la Administración competente en materia de medio ambiente con la intención de dotar a dicho acto de eficacia retroactiva, pues no ha sido acordado así por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que emitió la DIA el 22 de noviembre de 2023, sino que dicha pretendida retroactividad se interpretaría a posteriori por el Área de Industria y Energía de la Delegación del Gobierno en Cataluña (o se entendería aplicable a partir de lo que dicha Área expresa a posteriori), pero sin que dicha interpretación dote por sí misma de eficacia retroactiva a la DIA que emite la Dirección General, como órgano competente para dicha actuación.

En consecuencia, a día 8 de noviembre 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 es un sentido literal absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa como se sostiene por parte del promotor.

De conformidad con lo anterior, los promotores que a los 31 meses desde la obtención del permiso de acceso no dispusieran de declaración de impacto ambiental favorable, cual es el caso como se acredita en la documentación aportada, han visto caducar automáticamente (*ope legis*) su permiso de acceso o de acceso y conexión, en el caso de haber obtenido también este último.

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.

**PÚBLICA**

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.

Además, como señala el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).

*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*

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

#### **CUARTO. Sobre el afloramiento de capacidad y la medida provisional solicitada.**

Se plantea igualmente la adopción de la medida cautelar, basada, primero, en que la presentación de un conflicto supone que no se pueda disponer de la capacidad objeto del mismo. De no adoptarse la misma se produciría a juicio de SHELL DESARROLLO un perjuicio de imposible reparación por lo que solicita que se ordene a REE que la capacidad otorgada al proyecto que nos ocupa no podrá considerarse afluída o liberada por caducidad de los permisos de acceso y conexión de dicha instalación ni, por tanto, podrá reservarse o adherirse a concurso alguno de capacidad, convocado, o no, por los mismos motivos.

La medida cautelar solicitada no puede ser atendida por el hecho de que el presente conflicto ha sido resuelto en un tiempo breve dejando sin objeto la adopción de cualquier medida provisional durante su tramitación, y porque la misma tampoco debe admitirse en cuanto al fondo, al no concurrir ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Ley 39/2015, en particular, el perjuicio de imposible o difícil reparación.

En este sentido, el Auto 654/2022 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2022 (Roj AAN 7109/2022 - ECLI:ES:AN:2022:7109A, CENDOJ 28079230042022200539), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1274/2022, frente a la Resolución de 28 de abril de 2022 (expediente CFT/DE/118/22) que confirmaba la actuación

**PÚBLICA**

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

#### PÚBLICA

Mercados y la Competencia, por la que se establecen las especificaciones de detalle para la determinación de la capacidad de acceso de generación a la red de transporte y a las redes de distribución y en el horizonte de planificación H2026.

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

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

## **RESUELVE**

**ÚNICO.** Desestimar el conflicto de acceso a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. planteado por SHELL DESARROLLO 3, S.L. con motivo de la comunicación del gestor de red por la que comunica la caducidad del permiso de acceso de su instalación FV BCN SOLAR 1.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a SHELL DESARROLLO 3, S.L.

Comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. 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.

**PÚBLICA**