

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR FV LIRIO ENERGY S.L., FORMOSA ENERGY, S.L., COLIBRÍ ENERGY, S.L. y ATENEA ENERGY, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SUS INSTALACIONES FOTOVOLTAICAS RESPECTIVAMENTE LIRIO, FORMOSA, COLIBRÍ Y ATENEA

(CFT/DE/061/24)

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 18 de abril de 2024

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por FV LIRIO ENERGY S.L., FORMOSA ENERGY, S.L., COLIBRÍ ENERGY, S.L. y ATENEA ENERGY, 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

Los días 20 y 22 de febrero de 2024 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sendos escritos de la representación legal de las sociedades FV LIRIO ENERGY S.L.,

PÚBLICA

FORMOSA ENERGY, S.L., COLIBRÍ ENERGY, S.L. y ATENEA ENERGY, S.L., (en adelante las Sociedades) por los que se plantean conflictos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo, “REE”), con motivo de la comunicación del gestor de red de 7 de febrero de 2024 en la que informa de la potencial caducidad de su permiso de acceso y conexión, de conformidad con 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 (RD-L 23/2020).

La representación de las Sociedades expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Que REE le otorgó permiso de acceso el día 17 de febrero de 2021 para las instalaciones fotovoltaicas Lirio (50 MW), Formosa (50 MW), Colibrí (50 MW), Atenea (192 MW),
- Que el 7 de febrero de 2024, recibió comunicaciones de REE en la que se les informa, que si en la fecha de 22 de febrero de 2023 no se ha acreditado el cumplimiento del hito administrativo b.2, procederán a considerar que los permisos de acceso y conexión quedan automáticamente caducados.
- Que, a fecha del escrito, no ha sido emitida la autorización administrativa previa (AAP) de los referidos proyectos.

Con fecha de 27 de febrero de 2024 tienen entrada sendos escritos de las Sociedades por los que amplían el objeto del conflicto señalando que con fecha 23 de febrero de 2024, sin esperar a la resolución del conflicto ni a la adopción de las medidas provisionales solicitadas, se les ha comunicado la caducidad de los permisos de acceso de los parques de su propiedad, comunicación que, por tener íntima conexión con los motivos que originaron el Conflicto de Acceso, corrobora aquello que denunciaron al interponer el mismo, y motiva la ampliación del objeto del conflicto a la misma, al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), invocando los mismos argumentos y fundamentos jurídicos. En las referidas Comunicaciones de REE relativas respectivamente a los proyectos objeto del presente conflicto, se señala que tras la evaluación definitiva de la documentación, en aplicación de lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, les informan de que, al no haber acreditado ante el gestor de la red de transporte el cumplimiento del hito de la obtención de la autorización administrativa previa en tiempo y forma en 34 meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso y suponer este hecho la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión, se ha producido dicha caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de los referidos proyectos.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, las Sociedades alegan de forma resumida:

PÚBLICA

-La caducidad del permiso de acceso del Proyecto comunicada por REE es contraria al artículo 39.3 de la LPAC,
-La caducidad del permiso de acceso del Proyecto comunicada por REE es contraria al artículo 56 de la LPAC y lesiona de forma irreparable el derecho de defensa y de tutela efectiva de la Compañía

- Por todo ello, concluye solicitando para cada una de las instalaciones:

“Primero. Declare que debe conservarse la vigencia de los permisos de acceso (y, en su caso, conexión) a la red de transporte (y, en su caso, distribución) de energía eléctrica del Proyecto en tanto no se resuelvan las solicitudes formuladas por la Compañía para el otorgamiento de la AAP del Proyecto con efectos retroactivos, o cuando menos la solicitud de medidas provisionales formulada por la Compañía para conservar la eficacia de estos permisos.

Segundo. En consecuencia, con lo anterior, se tomen las medidas que sean necesarias para conservar la eficacia de los permisos de acceso (y, en su caso, conexión) a la red de transporte (y, en su caso, distribución) de energía eléctrica del Proyecto resulta contraria a Derecho.

Tercero. Requiera a REE para que se abstenga de aflorar capacidad hasta la resolución firme del trámite administrativo que sigue el Proyecto, y/o se le instruya para que tome las medidas pertinentes para garantizar la vigencia de los permisos de acceso (y, en su caso, conexión) a la red de transporte (y, en su caso, distribución) de energía eléctrica del Proyecto”.

Además, solicita que se adopte la medida provisional consistente en conservar la eficacia de los permisos de acceso (y conexión) de los Proyectos en tanto no dicte la resolución que ponga fin al procedimiento de conflicto.

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

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por las Sociedades, 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.

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

TERCERO. Informe de la Sala de Competencia

PÚBLICA

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 comunicaciones de REE de 7 de febrero de 2024 y 23 de febrero de 2024, por las que se informa a los promotores 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, las Sociedades disponían de permiso de acceso para sus instalaciones otorgados por REE el día 17 de febrero de 2021.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-I 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 17 de diciembre de 2023, 34 meses después de la fecha de inicio del cómputo, con la correspondiente autorización administrativa previa (AAP).

Según declaran las propias Sociedades, el órgano administrativo competente no ha formulado autorización administrativa previa dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 b) del RD-I 23/2020.

En consecuencia, a día 17 de diciembre de 2023, no puede entenderse cumplido el tercer hito del citado artículo 1.1.b).

PÚBLICA

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 absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa. De conformidad con lo anterior, el promotor que no dispone en plazo de autorización administrativa previa, cuál es el caso como se acredita en la documentación aportada, ha 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.

El artículo 39.1 de la Ley 39/2015 señala que:

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

Dichos efectos se predicán de todos los actos administrativos con independencia de su firmeza.

Tampoco impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que nada impide acudir a los tribunales respectivos, puesto que la resolución de

PÚBLICA

archivo del expediente, en su caso, es susceptible de posibles recursos administrativos o jurisdiccionales.

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 también que se adopte, por parte de esta Comisión, medida provisional consistente en conservar la eficacia de los permisos de acceso (y conexión) de los Proyectos en tanto no dicte la resolución que ponga fin al procedimiento de conflicto.

La misma 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 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

PÚBLICA

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

PÚBLICA

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteado por las sociedades FV LIRIO ENERGY S.L., FORMOSA ENERGY, S.L., COLIBRÍ ENERGY, S.L. y ATENEA ENERGY, S.L., con motivo de las comunicaciones del gestor de red por las que informa de la caducidad del permiso de acceso de sus instalaciones fotovoltaicas Lirio, Formosa, Colibrí y Atenea.

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

FV LIRIO ENERGY S.L., FORMOSA ENERGY, S.L., COLIBRÍ ENERGY, S.L. y ATENEA ENERGY, 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