

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR PARQUE ÉOLICO POUSADOIRO, S.L.U. CON MOTIVO DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD COMUNICADA POR RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN DE SU INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA.

(CFT/DE/337/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat
D. Carlos Aguilar Paredes

Secretaria

D^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 30 de abril de 2024

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por PARQUE ÉOLICO POUSADOIRO, 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

El 6 de noviembre de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de PARQUE ÉOLICO POUSADOIRO, S.L.U. (en adelante POUSADOIRO) por el

que se plantea 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 de la próxima caducidad del permiso del acceso de su instalación PE Pousadoiro de 17,33MW a conectar en la subestación de la red de transporte PESOZ 400kV.

POUSADOIRO expone los siguientes hechos:

-La instalación obtuvo el permiso de acceso el día 24 de febrero de 2021.

-Mediante resolución de 3 de octubre de 2023, la Consejería de Transición Ecológica, Industria y Desarrollo Económico del Gobierno de Asturias, formuló declaración de impacto ambiental para el proyecto eólico favorable, con eficacia retroactiva en fecha 28 de julio de 2023, coincidente con la fecha de la sesión de la Comisión para Asuntos Medioambientales del Gobierno de Asturias en que se adoptó el acuerdo sobre este expediente, al entenderse que en dicha fecha ya existían los supuestos de hecho necesarios y no se lesionan derechos o intereses legítimos de otras personas.

-El día 5 de octubre de 2023 REE informa de la anulación de la validación del hito administrativo que se había notificado en esa misma fecha por error, y se comunica que la DIA ha sido emitida fuera del plazo previsto en el 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-I 23/2020).

A estos hechos le son de aplicación los siguientes fundamentos jurídicos:

- El permiso de acceso y conexión fue emitido con fecha 24 de febrero de 2021, por lo tanto, el plazo de cumplimiento del segundo hito según el artículo 1, b) del RD-I 23/2020 es de 31 meses, por lo que vencía el 24 de septiembre de 2023. El artículo 39 de la LPAC regula los efectos del acto administrativo, y, en particular, permite el reconocimiento de eficacia retroactiva a estos actos en su apartado 3 si se dan tres condiciones: (i) que el acto produzca efectos favorables para el interesado; (ii) que los supuestos de hecho necesarios, es decir los requisitos para que el acto pueda dictarse, existiera en la fecha a la que se retrotraen los efectos del acto; (iii) que la retroacción de los efectos no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. El proyecto de POUSADOIRO cumple los tres requisitos, por lo que es posible otorgar efectos al 28 de julio de 2023.

- Se debería de aplicar a este caso la reciente resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 5 de octubre de 2023 del CFT/DE/139/23 que es una situación idéntica a la que nos ocupa.

Por todo ello, concluye solicitando:

- (i) Declare que debe conservarse la vigencia del permiso de acceso y conexión de energía eléctrica del Parque Eólico Pousadouro en el nudo PESOZ 400kV.
- (ii) Se tomen las medidas que sean necesarias para conservar la eficacia del permiso y conexión a la red.
- (iii) 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 del permiso de mi representada.

Expone que solicita la adopción de medidas provisionales, al amparo del artículo 56 de la LPAC, consistente en conservar la eficacia del permiso de acceso y conexión del Proyecto en tanto no dicte la resolución que ponga fin al procedimiento de conflicto.

SEGUNDO. Comunicación de inicio

Mediante escritos de 20 de noviembre de 2023, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, confiriéndole a REE un plazo de diez días para formular alegaciones y/o aportar los documentos que estimasen convenientes.

TERCERO. Solicitud de ampliación de plazo de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En fecha 4 de diciembre de 2023 REE solicita una ampliación de plazo a los efectos de poder recopilar toda la información necesaria y dar cumplimiento al traslado conferido, formulando en plazo las alegaciones correspondientes.

En fecha 5 de diciembre de 2023, la Directora de Energía, al amparo del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, confiere una ampliación del plazo de alegaciones en cinco días hábiles adicionales, hasta el 14 de diciembre de 2023.

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

Con fecha 14 de diciembre de 2023 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE realizando alegaciones, que se resumen a continuación:

-El 5 de octubre de 2023, POUSADOIRO acredita la obtención de la DIA favorable. Aunque la DIA fue obtenida en fecha 3 de octubre la resolución acredita que *“la eficacia de la presente DIA se retrotrae al 28/7/2023”*. El mismo día en que POUSADOIRO acredita el cumplimiento del hito, el 5 de octubre, REE procede a validarlo por error, a las 14:19:45 horas. REE procede a revisar la validación y ese mismo día se le notifica la anulación de la validación emitida en

primer lugar, indicando que se trató de un error y que no procedía a dar por válida la acreditación del segundo hito administrativo por haber sido presentado fuera de plazo.

-El 13 de noviembre de 2023 REE remite a POUSADOIRO una comunicación relativa a la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte por incumplimiento del segundo hito administrativo del RD-L 23/2020. Entre el 24 de octubre y el 28 de noviembre de 2023, POUSADOIRO realizó a REE cuatro consultas; en las tres primeras insistía en la validez de la DIA y solicitaba validación del hito 2 con fecha de cumplimiento 28 de julio de 2023. En la última consulta, informa a REE de la interposición de varios conflictos de acceso ante la CNMC, entre ellos el que nos ocupa, motivados por el desacuerdo con la actuación de REE respecto con la validación de los hitos administrativos y las comunicaciones de potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión.

-REE considera que, al haberse cumplido el hito en fecha posterior a la establecida por la normativa aplicable, aunque con efectos retroactivos, ha procedido a comunicar a POUSADOIRO la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión encontrando su justificación en el RDL 23/2020 que, tal y como recoge el apartado 2 del artículo 1 *“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”*. En este caso, la obtención de la DIA antes del 24 de septiembre de 2023, circunstancia que no se ha dado en este caso, por lo que resulta conforme a derecho, puesto que la fecha de obtención de la DIA es el 3 de octubre de 2023.

-En cuanto a la eficacia retroactiva, REE entiende que el RDL 23/2020 debe interpretarse junto con lo dispuesto en la Ley 39/2015, norma general que aplica a todos los procesos administrativos, pero, en particular para el caso que nos ocupa, al existir una regulación específica, el artículo 1 del RDL 23/2020, que regula el cumplimiento de una serie de hitos administrativos que deben obtenerse en una determinada fecha para su acreditación ante REE, la misma debe prevalecer. A mayor abundamiento, advertimos que el artículo 39.3 de la Ley 39/2015 no establece un plazo límite para emitir actos administrativos con eficacia retroactiva, por tanto, si se aceptara sine die por parte de REE una comunicación con efectos retroactivos, significaría que REE no podría aplicar el RDL 23/2020 dado que siempre podría ser factible la obtención de un acto administrativo con efectos retroactivos.

-Adicionalmente, ante las posibles dudas interpretativas, REE solicitó a la DGPEM del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico su interpretación al respecto y la contestación coincide con la interpretación de REE.

-Sobre la medida provisional solicitada hay que estar en lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 39/2015 que dice *“en todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”*. Dado que no consta pronunciamiento del órgano competente en el acuerdo de iniciación del procedimiento de forma expresa, REE entiende que las medidas provisionales han quedado sin efecto.

Concluye solicitando la desestimación del presente conflicto.

QUINTO. Ampliación del conflicto de acceso

El 20 diciembre de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de POUSADOIRO por el que se plantea ampliación conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. planteado el 6 noviembre de 2023 con motivo de la próxima caducidad del permiso del acceso de su instalación PE Pousadoiro de 17,33MW a conectar en la subestación de la red de transporte PESOZ 400kV.

Con fecha 19 de diciembre de 2023, se ha comunicado a POUSADOIRO la caducidad del permiso de acceso y conexión del Proyecto, acto que motiva la obligación de ampliar el objeto del conflicto a la misma y solicita a la CNMC que requiera a REE a la mayor brevedad para que se abstenga de aflorar capacidad hasta la resolución firme del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica.

SEXTO. Alegaciones complementarias de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En fecha 11 de enero de 2024, REE tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de REE en el que expone:

-Que, mediante escrito del 14 de diciembre, presentó alegaciones al conflicto de acceso del expediente de referencia.

-También informaba que estaba pendiente de emitirse por parte de REE comunicación sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión para dicha instalación y que, una vez emitida, sería puesta en conocimiento de esta Comisión en el marco del presente conflicto.

-El 19 de diciembre, REE remite a POUSADOIRO comunicación de caducidad automática de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte de la instalación PE Pousadoiro por incumplimiento del segundo hito administrativo establecido en el artículo 1 del RD-I 23/2020.

Solicita desestimar el presente conflicto de acceso.

SEPTIMO. Alegaciones complementarias de PARQUE EÓLICO POUSADOIRO, S.L.

En fecha 7 de febrero de 2024 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de PARQUE EÓLICO POUSADOIRO, S.L.

A fecha 7 de febrero de 2024 la Consejería de Transición Ecológica, Industria y Desarrollo Económico del Principado de Asturias ha emitido comunicación aclaratoria sobre las fechas en las que se otorgaron las Declaraciones de Impacto Ambiental a los proyectos objeto del conflicto y que acompaña al escrito de ampliación.

En dicho escrito la Consejería se reitera en la eficacia de la DIA que se retrotrae al 28 de julio, de acuerdo con cada Proyecto y considera que es una posibilidad perfectamente acorde con el vigente ordenamiento jurídico, pues se encuentra específicamente previsto en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, la obtención de las DIA favorables para el referido parque eólico ha de entenderse que se produjo en la fecha expresamente indicada, el 28 de julio de 2023, cuando se reunió la Comisión para Asuntos Medioambientales de Asturias (CAMA) en la que se adoptó el acuerdo sobre las DIA's en cuestión, y así ese carácter retroactivo está indicado de forma expresa, precisa y concreta las correspondientes DIA's.

Según argumenta PARQUE EÓLICO POUSADOIRO, S.L., en la referida fecha es cuando se evacúa el informe preceptivo y determinante del órgano ambiental que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el cese, el desmantelamiento o demolición del proyecto. Por tanto, debe considerarse a todos los efectos que se ha dado cumplimiento al hito del RD-I 23/2020 en debido tiempo y forma.

OCTAVO. Trámite de audiencia a los interesados

Mediante escritos de fecha de 23 de febrero de 2024, se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, pudieran examinar el mismo,

presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

En fecha 27 de febrero de 2024 tuvo entrada escrito de POUSSADOIRO en el que alega básicamente:

-Que de acuerdo con el artículo 39 de LPAC, es posible otorgar eficacia retroactiva al acto administrativo ya que se cumplen las condiciones que en él se establecen.

-Que la Resolución de fecha 3 de octubre de 2023 del Gobierno de Principado de Asturias formuló la DIA favorable con eficacia en fecha 28 de julio de 2023 y que la Comisión para Asuntos Medioambientales de Asturias había acordado adoptar la decisión favorable a la DIA del Proyecto en la misma fecha, faltando solamente el trasladar la decisión de la Comisión a la oportuna resolución administrativa, que fue realizado el 3 de octubre de 2023.

-Que la Consejería de Transición Ecológica, Industria y Desarrollo Económico del Principado de Asturias viendo que REE realiza una interpretación distinta de la DIA formulada, remite comunicación tanto a REE como a la CNMC (folios 311 a 316 del expediente administrativo) en la que indica la no procedencia de la declaración de caducidad de los permisos de acceso y conexión.

-Que hubiese sido más conveniente que REE, si tuviese alguna duda sobre el presente caso, se hubiese puesto en contacto con la administración que formuló la DIA, para entender la voluntad de esta Administración y poder actuar en consecuencia. Hace referencia al conflicto CFT/DE/245/23 en el que REE reconoce en sus alegaciones que los actos administrativos que reconocen la retroactividad son muy diversos y no puede valorarlos de forma individual. En casos dudosos, debe requerirse aclaración por parte de la Administración autora del acto, bien por REE, bien en vía de conflicto.

-Por otra parte, entiende que REE no tiene en cuenta la doctrina de la CNMC expresada en el CFT/DE/100/21 por la que la caducidad automática de los permisos en el caso de la falta de acreditación del cumplimiento de dichos hitos administrativos “en tiempo y forma”, no se refiere a la acreditación del cumplimiento del mismo sino al hito administrativo en sí, así como el carácter restrictivo que ha de darse a la caducidad, en tanto que limita los derechos de los promotores.

En fecha 18 de marzo de 2024 ha tenido entrada escrito de REE en el que se ratifica en sus escritos anteriores.

NOVENO. Informe de la Sala de Competencia

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Al respecto no ha habido debate alguno entre las partes del presente conflicto.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

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

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

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

TERCERO. Sobre la posibilidad del reconocimiento de efecto retroactivo por parte de la Administración competente de los actos administrativos en relación con el cumplimiento de los hitos administrativos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

El presente conflicto se circunscribe a si es posible entender cumplido cualquiera de los hitos administrativos previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020 cuando la Administración competente dicta el mismo fuera del plazo previsto en dicha norma, pero reconociendo de forma expresa y motivada el carácter retroactivo del acto, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, al único objeto de que se pueda entender como cumplido el citado hito administrativo en tiempo y forma.

El artículo 1 del RD-I 23/2020 establece que los permisos de acceso y conexión caducarán automáticamente si en un determinado plazo no se han cumplido una serie de hitos. Dichos hitos se califican, por la propia norma, de administrativos porque, en efecto, todos ellos exigen que la Administración competente dicte un acto administrativo, aunque de distinta naturaleza, puesto que se incluyen actos de trámite -como la admisión de solicitudes- y actos de indudable naturaleza resolutoria como la autorización administrativa de explotación definitiva.

Por tanto, el requisito principal para que no se produzca la caducidad de los permisos es que la Administración competente dicte en tiempo y forma el acto administrativo favorable en que consiste el correspondiente hito.

No hay debate en cuanto a que el cumplimiento formal exige que el acto sea dictado por el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y que el acto debe ser favorable y expreso.

Así mismo la norma exige que se acredite el cumplimiento en tiempo, estableciendo un plazo a computar en meses, bien desde la entrada en vigor del propio RD-I 23/2020, bien desde la obtención del permiso de acceso para los posteriores al 25 de junio de 2020.

Expuesto el contenido del artículo 1 del RD-I 23/2020 y antes de entrar en la resolución del presente conflicto es preciso tener en cuenta algunas cuestiones previas.

En primer término, el cumplimiento de cualquier hito exige una actuación que no depende del promotor, sino de una Administración pública, de ámbito territorial estatal o 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-L 23/2020 no es otra que evitar que se retrase o paralice un elevado número de proyectos solventes por culpa de otros que no fueran firmes o viables y que no hubieran avanzado en su tramitación. Es decir, pretende remover aquellos permisos de acceso y conexión que corresponden a instalaciones no maduras, es decir, en las que el promotor no ha procedido de forma diligente para cumplir con sus obligaciones de desarrollo, circunstancia que se dio especialmente antes de la introducción de la caducidad de los permisos en la disposición transitoria octava de la LSE, cuando se podía entender que los permisos de acceso y conexión tenían una vigencia temporal indefinida.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas y centrándonos en el presente conflicto, los antecedentes de hecho relevantes y que no son objeto de debate son los siguientes.

Una instalación de POUSADOIRO obtuvo la declaración de impacto favorable en fecha 3 de octubre de 2023 por parte del órgano ambiental competente del Principado de Asturias. En los antecedentes de dicha declaración se indica de forma expresa lo siguiente:

Cuarto: Por resolución de 24 de noviembre de 2022 de esta Consejería, se formuló el Informe Ambiental Estratégico del Plan Especial para la implantación del parque eólico Pousadoiro (PE-178) (Castropol y Boal). Expediente: IA-PP-0127/2021//AUTO/2022/8953, determinando la necesidad de someterlo al trámite de evaluación ambiental estratégica ordinaria (BOPA de 15/12/2022).

Quinto: La Comisión de Asuntos Medioambientales de Asturias en su sesión de 28 de julio de 2023 adoptó acuerdo favorablemente sobre el expediente, según los términos que más abajo se transcriben.

Para incluir en el Resuelvo primero la siguiente declaración:

A los efectos de cumplimiento del hito fijado para esta instalación por el 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 (BOE DE 24/06/2020) , para el 24/09/2023, la eficacia de la presente DIA se retrotrae al 28/07/2023, coincidente con la fecha de la sesión de la Comisión para Asuntos Medioambientales de Asturias en que se adoptó el acuerdo sobre este expediente, al entenderse que en dicha fecha ya existían los supuestos de hecho necesarios y no se lesionan derechos o intereses legítimos de otras personas.

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 3 de octubre de 2023, produce efectos desde el día 28 de julio 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 en un primer momento, 5 de octubre de 2023, a las 14:19:45 horas, a través de la plataforma telemática de REE -como consta en el expediente en el folio 216- reconoció que el hito se había cumplido, para cambiar de criterio en el mismo día, a las 16:11:04 también a través de la plataforma telemática de REE, indicando que se trató de un error y que se procedía a no dar por válida la acreditación del segundo hito administrativo por haber sido realizada fuera del plazo que la normativa establece a tal efecto.

Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones previas indicadas no se pueden compartir los argumentos esgrimidos por REE al respecto de la falta de cumplimiento del hito administrativo cuando existe, como en el presente caso, una declaración de impacto ambiental expresa y favorable a la que el órgano competente otorga efectos retroactivos a los efectos de dar por cumplido el correspondiente hito administrativo.

En concreto, la interpretación de REE no tiene en cuenta que, como se ha indicado, el RD-I 23/2020 desde el mismo momento en que hace depender el mantenimiento de los permisos de acceso y caducidad del hecho de que se produzca una determinada actuación administrativa y no de la actuación del promotor traslada, con todas sus consecuencias, al ámbito propio de la competencia de cada Administración la resolución correspondiente, bien sea la admisión de una solicitud o la declaración de impacto ambiental o las autorizaciones sectoriales. Ello conlleva que dicha Administración dispone en el ejercicio de las mismas de todas sus potestades y prerrogativas, entre ellas, la de la autotutela declarativa que despliega, como veremos, sus efectos tanto en el plano de la validez de su actuación como en la modulación de los efectos de sus actos, sin que la fijación de un plazo para su actuación conlleve el desapoderamiento de dichas potestades que son intrínsecas a su naturaleza de Administración territorial.

En efecto, la interpretación de REE niega validez a la actuación administrativa fuera del plazo.

Tal interpretación no se puede compartir por dos motivos, uno de índole formal, al dotar a una sociedad mercantil como es REE, de la posibilidad de considerar inválido un acto administrativo que goza de presunción de validez, realizando una valoración que es justamente la que no puede desarrollar en el procedimiento de confirmación del incumplimiento del hito administrativo. Ni siquiera esta Comisión puede juzgar o establecer si el acto administrativo posterior es válido o no. Dicha actuación corresponde a los jueces y tribunales,

y en su caso a la propia Administración que dictó el acto en el ejercicio de su potestad de revisión de oficio.

Junto a esta cuestión de índole formal existe una razón de orden material. La interpretación que sostiene REE no tiene en cuenta la propia estructura del artículo 1 del RD-I 23/2020. Dicho precepto establece como supuesto de hecho sustantivo la realización de una concreta actuación administrativa de naturaleza favorable para el interesado en un determinado plazo. El transcurso del plazo desplegará efectos exclusivamente para el promotor titular del permiso de acceso y conexión, pero no para la Administración. En ningún caso, el transcurso del plazo puede suponer que la Administración competente quede 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 o, como en este caso, de evaluación de impacto ambiental, pues será la legislación autonómica pertinente y, en su caso, el órgano autonómico competente en cumplimiento de esa normativa los que determinen las consecuencias de la caducidad de los permisos para los correspondientes procedimientos administrativos¹.

Por tanto, el acto posterior al plazo dictado por la Administración competente no puede ser considerado inválido ni por parte de REE ni por parte de esta Comisión.

Es, por tanto, en el plano de la eficacia y no de la validez donde radica realmente el problema. Las consideraciones previas efectuadas permiten entender que el acto con efectos retroactivos es posible.

En efecto, la modulación de los efectos de una resolución administrativa válida forma parte del ejercicio de la autotutela declarativa, siempre que se haga en el marco de la previsión del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, es decir, que sea excepcional, que sea un acto favorable, que los supuestos de hecho existan al tiempo de dictar el acto administrativo y que no haya perjuicio de terceros, cuestiones todas ellas que corresponde valorar a la Administración competente -no a REE ni a esta Comisión- y que ha de indicarlo, como sucede en el presente caso, de forma clara.

La posibilidad de modular la eficacia del acto administrativo en este caso concreto está plenamente justificada a la vista de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de cancelaciones de inscripciones en el registro de

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

preasignación de retribución por causa no imputable al promotor. Si la Administración competente considera que ya concurrían las condiciones para dictar la declaración de impacto ambiental antes del vencimiento del plazo fijado en el RD-I 23/2020 el día 24 de septiembre 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.

En estas circunstancias, si el órgano competente ante la situación descrita se encuentra con un expediente al que solo le faltaba para finalizar, cumpliendo el plazo del RD-I 23/2020 el dictado del mismo cabe el ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, dotando excepcionalmente al acto de eficacia retroactiva para evitar un perjuicio al promotor. Esto es lo que ha sucedido en el presente conflicto.

Dicho acto con efecto retroactivo no tiene otro objeto que desplegar los efectos de la decisión administrativa a un tiempo ya pasado en beneficio del interesado y sin perjudicar a terceros, puesto que la capacidad que liberaría la caducidad aún no ha aflorado. El acto no modifica situaciones ya consolidadas, sino que anticipa la creación de la situación -la evaluación ambiental favorable para no generar una situación jurídica desfavorable -y de esta forma cumplir con los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima, evitando la caducidad de un permiso que iba a caducar porque no se emitió antes del 24 de septiembre 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 declaración de impacto ambiental sea favorable y que pudiera haberse adoptado a partir del 28 de julio 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.

Finalmente ha de indicarse que el nudo Pesoz 400kV está actualmente reservado a concurso por lo que la presente resolución no afecta a posibles terceros solicitantes de acceso en dicho nudo.

Todas las consideraciones anteriores llevan a la estimación del presente conflicto de acceso y a dejar sin efecto la declaración de caducidad comunicada por REE el día 19 de diciembre de 2023.

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.U. planteado por PARQUE ÉOLICO POUSADOIRO, S.L.U. con motivo de la comunicación de la declaración de caducidad del permiso de acceso de su instalación PE Pousadoiro de 17,33MW a conectar en la subestación de la red de transporte PESOZ 400kV.

SEGUNDO- Dejar sin efecto la declaración de caducidad de fecha 19 de diciembre de 2023 por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

TERCERO- Declarar que, a los efectos del cumplimiento de los hitos administrativos 3º a 5º indicados en el artículo 1.1 b) del Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, la fecha para el cómputo de los plazos se cuenta desde la notificación de la presente resolución a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.

CUARTO- Proceder por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. a informar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que la capacidad disponible para el concurso en el nudo PESOZ 400kV se ve reducida en 17,33MW, correspondientes a la instalación objeto del presente conflicto.

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

PARQUE ÉOLICO POUSADOIRO, 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.