

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. FRENTE A RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON SU COMUNICACIÓN DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2020, DICTADA EN EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO CFT/DE/032/19

Expediente CFT/DE/213/20

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 27 de enero de 2022

Vista la solicitud de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. por la que se plantea un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., 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 el siguiente Acuerdo:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

Con fecha 30 de diciembre de 2020 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la representación legal de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. (ENEL), por el que se plantea un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica frente a la comunicación de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE) de fecha 28 de noviembre de 2020 con su referencia DDS.DAR.20_4082 y asunto «*Tramitación de expedientes de acceso en Baza 400kV consecuencia de Resolución de conflicto de acceso a red CFT/DE/032/19*».

La interposición del conflicto de acceso por parte de ENEL se sustenta en los hechos y alegaciones que a continuación se resumen:

- Que «el 24 de septiembre de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó resolución de conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por GENERACIÓN FOTOVOLTAICA MERIDIONAL, S.L (en adelante GFM). para el vertido de la energía producida por tres parques fotovoltaicos denominados «Las Canteras», «Venta Angulo» y «Los Llanos», cada uno respectivamente de 49,98 MWp/46,2 MWn, con evacuación a la red de transporte en la subestación Baza 400 kV».
- Que «ha acatado esta Resolución de la CNMC, debiendo poner de manifiesto que el motivo del presente conflicto no parte de una situación de discrepancia con la misma, sino de la pretensión de que aquella sea aplicada en sus propios y adecuados términos».
- Que «la Resolución de la CNMC es clara en el sentido de que ha de darse un tratamiento coordinado a las solicitudes promovidas por ENEL y GFM, determinando igualmente la forma en la que ha de procederse en caso de inexistencia de acuerdo».
- Que «el problema, sin embargo, y la materia en la que tenemos que considerar gravemente erróneo el Acuerdo de REE, viene determinado cuando identifica las instalaciones entre las que va a llevar a cabo el reparto de la capacidad disponible en el nudo». Específicamente, alega que el «Acuerdo de REE perjudica grave e indebidamente a mi mandante en dos extremos concretos: o Excluye las instalaciones fotovoltaicas “Salomé” y “Carmen” por haberse cancelado las garantías previstas en el Artículo 59bis del Real Decreto 1955/2000 o incluye en la capacidad disponible los 105MW renunciados en favor de una solicitud de acceso única y coordinada entre los tres promotores en favor de mi representada a la que hace referencia expresa la propia Resolución de la CNMC».
- Que «lo que plantea mi representada no es una impugnación de los términos de la Resolución de la CNMC sino del Acuerdo de REE en tanto que del mismo resulta una incorrecta aplicación, en perjuicio de mi mandante, de los términos de la referida Resolución».
- Respecto de la exclusión de las instalaciones fotovoltaicas Salomé y Carmen, alega que «lo sucedido en este caso es algo muy evidente, por parte de REE se denegó el acceso a las dos instalaciones fotovoltaicas y mi representada procedió a cancelar las garantías como consecuencia de ello. Dicha denegación de acceso que no se expresa categóricamente como tal resulta de la comunicación de REE de fecha 26 de febrero de 2019 [...] en la que puede constatar que, de las siete instalaciones solicitadas, se concede acceso de los cinco parques eólicos promovidos por mi representada, no así de las dos instalaciones fotovoltaicas». Añade que «la eliminación de esas dos instalaciones quiebra los términos de la Resolución de la CNMC, altera el mandato de la misma, distorsiona el deber de retroacción de actuaciones derivado de la Resolución a noviembre de 2018, respecto de unos proyectos que ni han decaído, ni han sido objeto de acto de desistimiento alguno por parte de mi mandante, sino que simplemente han visto temporalmente retiradas sus garantías ante el absurdo de mantener los costes financieros inherentes a la constitución y sostenimiento de unos avales en una situación

de denegación de derecho de acceso», señalando que «la resolución denegatoria del derecho de acceso de dichas dos instalaciones ha sido dejada sin efecto por la propia Resolución de conflicto de acceso, de la que trae causa la decisión de la CNMC que ha de ser objeto de adecuada ejecución».

- *Sobre lo que ENEL denomina «error en la identificación de la capacidad disponible», alega que «lo que ha quedado sin efecto por no incluir las instalaciones de GFM no es el acuerdo privado [suscrito por ENEL en fecha 19 de diciembre de 2018] al que se hace referencia, sino la comunicación de 13 de noviembre de 2018 de REE», añadiendo que la Resolución del conflicto CFT/DE/032/19 «no está haciendo referencia a que la capacidad renunciada por GCA y por CAPITAL tenga que ser repartida entre las instalaciones de Enel y GFM y, desde luego, lo que resulte del mismo es el reconocimiento de la manifestación de voluntad realizada por dichas compañías, debiendo reconocerse los 105 MW a favor de mi representada y, una vez efectuada esa asignación, realizarse el reparto de la capacidad disponible entre las solicitudes de 27 de septiembre y 4 de octubre de 2018».*

ENEL concluye su escrito de interposición de conflicto «por la exclusión de las instalaciones FV Carmen y FV Salomé del acuerdo DDS.DAR.20_4082 de REE notificado a mi mandante por el IUN el 1 de diciembre de 2020 y por la inclusión como capacidad disponible susceptible de reparto la previamente renunciada en favor de mi mandante», solicitando «o la anulación del Acuerdo de REE DDS.DAR.20_4082 de REE notificado a mi mandante por el IUN el 1 de diciembre de 2020 u ordene a REE la inclusión en el mismo de las Instalaciones Fotovoltaicas FV Carmen y FV Salomé con 250 MW cada una a efectos de su cómputo en el reparto entre las solicitudes de 27 de septiembre y 4 de octubre de 2018. o Incluya los 105 MW renunciados en favor de mi mandante como capacidad ya reconocida a Enel, disponiendo el reparto de la restante capacidad disponible entre todas las solicitudes de 27 de septiembre y 4 de octubre de 2018, por tanto, con inclusión de las siete instalaciones promovidas por mi representada (cinco parques eólicos y dos instalaciones fotovoltaicas)».

En apoyo de sus alegaciones, ENEL aporta como anexo documental copia de los documentos acreditativos de los antecedentes puestos de manifiesto.

Así mismo y mediante sucesivos otrosí, solicita la apertura de periodo probatorio para la incorporación de la documental interesada y la suspensión de la ejecución de la comunicación de REE, poniendo de manifiesto «su plena disposición a constituir inmediatamente las garantías previstas en el Artículo 59 bis del Real Decreto 1955/2000, tan pronto le sea notificada la incorporación de las instalaciones fotovoltaicas “FV CARMEN” y “FV SALOMÉ” al debido acuerdo de REE que, en sustitución del que es objeto del presente conflicto de acceso, haya de adoptarse».

SEGUNDO. Comunicaciones de inicio del procedimiento

Una vez analizado por los Servicios de esta Comisión el contenido del escrito de interposición, en términos de objeto y admisibilidad a trámite, así como

examinada toda la documentación aportada, se concluyó con la existencia de un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica, para cuya instrucción y resolución resulta competente la CNMC.

En consecuencia, mediante sendos escritos de 30 de abril de 2021, la Directora de Energía de la CNMC comunicó a ENEL, REE y a CAPITAL ENERGY ANDALUCÍA, S.L. (CEA), en su condición de interlocutor único (IUN) del nudo Baza 400kV, el inicio del correspondiente procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), otorgando a los interesados un plazo de diez días para formular alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes.

TERCERO. Alegaciones de REE

Mediante documento de fecha 20 de mayo de 2021, con entrada en el Registro de la CNMC el mismo día, REE presentó escrito de alegaciones, con el contenido que a continuación se resume:

- Que «no puede compartir la argumentación de ENEL relativa a la indebida exclusión de sus instalaciones fotovoltaicas Salomé y Carmen del reparto del margen de capacidad indicado en comunicación de 28/11/2020, toda vez que las mismas cancelaron sus garantías constituidas conforme al artículo 59bis del RD 1955/2000». Al respecto añade que «de conformidad con lo establecido en el art. 59 bis del RD 1955/2000, la presentación de las garantías supone un requisito imprescindible para la iniciación de los procedimientos de conexión y acceso a la red de transporte por parte del gestor de la red de transporte. Es decir, RED ELÉCTRICA solo puede considerar a efectos de tramitación de los permisos de acceso y conexión a instalaciones con aval vigente, circunstancia no cumplida para las instalaciones indicadas de ENEL y por tanto, no susceptibles de tramitación actualmente», concluyendo que «si bien es cierto que ENEL no ha promovido el desistimiento de esas dos instalaciones, sí que puede afirmarse que en tanto en cuanto ha actuado proactivamente cancelando sus correspondientes garantías, ha ocasionado que, inevitablemente, no se puedan tener en cuenta para el acceso en el nudo Baza 400 kV».
- Que «en cuanto a la vigencia del acuerdo privado que suscribió [ENEL] junto con CEA y GREEN CAPITAL ENERGY en fecha 19 de diciembre de 2018», alega que «la Resolución es clara, retrotrayendo las actuaciones a la situación de 13 de noviembre de 2018, momento en el que el mencionado acuerdo no estaba suscrito». Al respecto añade que «en cumplimiento de la Resolución, RED ELÉCTRICA remitió al IUN CEA el 28/11/2020 el margen disponible en el nudo y la posibilidad de llegar a un acuerdo entre ENEL y GFM en el plazo de un mes, informándose sobre la no consecución del mismo posteriormente y procediendo por tanto RED ELÉCTRICA conforme a lo señalado en el Fundamento Jurídico Séptimo de la Resolución».

REE concluye su escrito de alegaciones solicitando a esta Comisión que *«dicte Resolución por la que confirme la actuación de RED ELÉCTRICA y cuanto más procedente sea conforme a derecho»*.

REE aporta, junto con su escrito de alegaciones, copia de los documentos enumerados en las mismas y relacionados con el objeto del procedimiento.

CUARTO. Condición de interesado y alegaciones de GFM

Una vez incorporadas al procedimiento las alegaciones presentadas por REE, mediante documento de fecha 27 de julio de 2021 se dio traslado a GENERACIÓN FOTOVOLTAICA MERIDIONAL, S.L. (GFM) de la documentación completa contenida en el expediente, en su condición de interesado, otorgando un plazo de diez días para formular las alegaciones y aportar los documentos que estimase convenientes en relación con el objeto del conflicto.

Mediante documento de fecha 24 de septiembre de 2021, con entrada en el Registro de la CNMC el mismo día, GFM presentó escrito de alegaciones, con el contenido que a continuación se resume:

- Que *«el conflicto debe ser inadmitido dado que la Comunicación frente a la que se interpone no es impugnabile. La Comunicación de 28 de noviembre de 2020 es un acto informativo de mero trámite por el que se impulsa el procedimiento de acceso y conexión tras la Resolución de la CNMC»*. Al respecto añade que *«ENEL no impugna ni el otorgamiento de un permiso, ni su denegación. Estos son los únicos actos susceptibles de impugnación de conformidad con el art. 33.3 LSE. La Comunicación de la CNMC es un mero acto informativo»*.
- Que *«“FV CÁRMEN” y “FV SALOMÉ” no pueden tomarse en consideración a la hora de otorgar la capacidad de acceso porque ENEL desistió de estos proyectos»*. Al respecto añade que *«el 13 de febrero de 2020, ENEL solicitó la cancelación del aval de ambas plantas fotovoltaicas (ff. 87 a 92) al Ministerio para la Transición Ecológica (“MITECO”), lo que se hizo efectivo el 28 de febrero de 2020 de acuerdo con la comunicación del MITECO a REE»*, señalando que *«la decisión de desistir de los proyectos “FV CÁRMEN” y “FV SALOMÉ” se adoptó casi un año después de haberse formulado conflicto por mi representada. Por tanto, la Resolución de la CNMC no puede afectar a la validez y eficacia de esta decisión que es posterior en el tiempo a la fecha de interposición del conflicto y fue adoptada por ENEL libremente»* y que *«la solicitud de cancelación de las garantías implica el desistimiento»*.
- Que *«los 105 MW no fueron reconocidos a favor de ENEL por un Acuerdo privado sino por una Comunicación de REE que ha sido anulada. El Acuerdo privado de 19 de diciembre de 2018 no es conocido pero hay un hecho indiscutible: un acuerdo privado no otorga permisos de accesos»*, añadiendo que *«el Acuerdo de 19 de diciembre de 2018 habría tenido por objeto, precisamente, la formulación de una solicitud de acceso coordinada. La solicitud de acceso coordinada parte de la situación reconocida en la Comunicación de 13 de noviembre de 2018 (que ha sido anulada) y se*

plasmó, posteriormente, en las comunicaciones de REE de 26 de febrero de 2019 y 13 de marzo de 2019 que también han sido anuladas. No es posible predicar efectos del referido acuerdo».

GFM concluye su escrito de alegaciones solicitando a la CNMC que «(i) inadmita el conflicto formulado por ENEL GREEN CAPITAL ya que la Comunicación de 28 de noviembre de 2020 no es recurrible; y (ii), subsidiariamente lo desestime, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este escrito».

GFM aporta varios documentos en apoyo de sus pretensiones, que constan incorporados al procedimiento.

QUINTO. Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante sendos escritos de fecha 27 de septiembre de 2021 se puso de manifiesto a las partes interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, pudieran examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

El 13 de octubre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones de ENEL, manifestando lo siguiente, de forma resumida:

- Que *«no ha desistido de ambos proyectos y la decisión de REE, no está haciendo otra cosa que apartarse de los términos de la Resolución de la CNMC, al alterar las bases de hecho y las propias indicaciones impartidas por la Resolución acerca de cómo debía verificarse la ejecución de aquélla».*
- Que *«las actuaciones están anuladas desde el 13 de noviembre de 2018 y eso afecta a la decisión de denegación de REE de 26 de febrero de 2019, causa única y exclusiva de la solicitud de devolución de los avales por parte de mi representada».*
- Que *«REE tiene que acatar lo resuelto por la CNMC y no establecer ya consecuencias de acuerdos alcanzados en base a unos presupuestos distintos y que la propia resolución reconoce que carecen de efecto alguno, cuando imparte al IUN las indicaciones acerca de cómo han de ejecutar los promotores de las instalaciones solicitantes, el reparto entre ellos de la capacidad del nudo».*

El 15 de octubre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones de REE, en el que manifiesta que *«ponemos en conocimiento de esa CNMC que el nudo de la red de transporte Baza 400 KV está incluido en la Resolución publicada en el BOE de 29 de junio de 2021 de la Secretaria de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico mediante la que se acuerda la celebración de un concurso de capacidad en los términos establecidos en el Capítulo V del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre»*, ratificándose en el contenido de su escrito de alegaciones de 20 de mayo de 2021.

SEXTO.- 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Analizado el escrito de planteamiento de conflicto y su documentación adjunta, así como las alegaciones presentadas por las otras partes interesadas durante la tramitación del procedimiento, se concluye con la existencia de un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica en relación con la comunicación de REE de 24 de noviembre de 2020, referida en los antecedentes de la presente propuesta.

No perjudica a tal conclusión la alegación presentada por GFM sobre la naturaleza de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, en el sentido de tratarse de un pretendido acto de trámite no susceptible de impugnación.

Al margen de que el régimen jurídico de impugnabilidad propio de los actos administrativos no es predicable en modo alguno de las comunicaciones emitidas por REE, resulta evidente que la comunicación de 28 de noviembre de 2020 implica las dos consecuencias objetadas por ENEL, relativas a la exclusión de sus instalaciones FV Carmen y FV Salomé, así como a la consideración de 105 MW a repartir como consecuencia de la Resolución del conflicto de referencia CFT/DE/032/19, tratándose ambos asuntos propios de un conflicto de acceso a red eléctrica, razones por las cuales debe decaer la alegación al respecto de GFM.

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. Análisis de las circunstancias concurrentes en el presente conflicto

El objeto del presente conflicto lo constituye la comunicación de REE de fecha 28 de noviembre de 2020 con su referencia DDS.DAR.20_4082 y asunto *«Tramitación de expedientes de acceso en Baza 400kV consecuencia de Resolución de conflicto de acceso a red CFT/DE/032/19»*.

En dicha comunicación, REE incluye una tabla de instalaciones que, a su criterio, son *«a las que se refiere la Resolución»* de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 24 de septiembre de 2020, relativa al conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica de referencia CFT/DE/032/19, planteado por GFM para el vertido de la energía producida por tres parques fotovoltaicos denominados «Las Canteras», «Venta Angulo» y «Los Llanos», con evacuación a la red de transporte en la subestación Baza 400kV.

En concreto, la Tabla 1 de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020 pone de manifiesto que se trata de las *«Instalaciones de generación renovable con solicitud de acceso coordinada de fecha 21 de septiembre de 2018 objeto de la presente comunicación sin permiso de acceso. No se incluyen dos instalaciones fotovoltaicas "Salomé" y "Carmen" promovidas por ENEL GREEN POWER, S.L. que formaban parte de dicha solicitud y que han cancelado las garantías correspondientes al art.59 bis del Real Decreto 1955/2000»*.

Es precisamente este último inciso sobre la exclusión de las instalaciones fotovoltaicas Salomé y Carmen de la Tabla 1 de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020 la que constituye el primer motivo de objeción de ENEL a la citada comunicación, que ha de resolverse en el marco del presente conflicto de acceso.

Adicionalmente y como segundo motivo de objeción de ENEL, esa promotora alega que la resolución del conflicto ahora planteado *«incluya los 105 MW renunciados en favor de mi mandante como capacidad ya reconocida a Enel, disponiendo el reparto de la restante capacidad disponible entre todas las solicitudes de 27 de septiembre y 4 de octubre de 2018»*, en referencia a las consecuencias de reparto de capacidad de un acuerdo privado suscrito por ENEL, CEA y GREEN CAPITAL POWER, S.L. en fecha 19 de diciembre de 2018 (folios 229 a 231 del expediente), en virtud del cual se procede al *«desistimiento*

de 105 MW de permiso de acceso otorgado previamente para parte de instalaciones que se detallan más adelante en la Tabla 1, quedando así la capacidad del nudo Baza 400kV completa».

En consecuencia, procede examinar a continuación las dos objeciones de ENEL a la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, considerando las alegaciones presentadas por los interesados y la prueba documental aportada, que consta incorporada al procedimiento.

1. Consideraciones sobre la exclusión de las instalaciones FV Carmen y FV Salomé

Según ya queda recogido, el motivo esgrimido por REE para excluir las instalaciones fotovoltaicas Carmen y Salomé del reparto de capacidad realizado en la Tabla 1 de su comunicación de 28 de noviembre de 2020 es que *«han cancelado las garantías correspondientes al art.59 bis del Real Decreto 1955/2000»*.

Al respecto, ENEL ha alegado que *«por parte de REE se denegó el acceso a las dos instalaciones fotovoltaicas y mi representada procedió a cancelar las garantías como consecuencia de ello»*, añadiendo que esos proyectos *«ni han decaído, ni han sido objeto de acto de desistimiento alguno por parte de mi mandante, sino que simplemente han visto temporalmente retiradas sus garantías ante el absurdo de mantener los costes financieros inherentes a la constitución y sostenimiento de unos avales en una situación de denegación de derecho de acceso»*.

Por su parte, REE plantea que *«la presentación de las garantías supone un requisito imprescindible para la iniciación de los procedimientos de conexión y acceso a la red de transporte por parte del gestor de la red de transporte»*, añadiendo que *«si bien es cierto que ENEL no ha promovido el desistimiento de esas dos instalaciones, sí que puede afirmarse que en tanto en cuanto ha actuado proactivamente cancelando sus correspondientes garantías, ha ocasionado que, inevitablemente, no se puedan tener en cuenta para el acceso en el nudo Baza 400 kV»*.

A su vez, GFM ha alegado al respecto que *«el 13 de febrero de 2020, ENEL solicitó la cancelación del aval de ambas plantas fotovoltaicas (ff. 87 a 92) al Ministerio para la Transición Ecológica (“MITECO”), lo que se hizo efectivo el 28 de febrero de 2020 de acuerdo con la comunicación del MITECO a REE»*, señalando que *«la decisión de desistir de los proyectos “FV CARMEN” y “FV SALOMÉ” se adoptó casi un año después de haberse formulado conflicto por mi representada [...] “FV CÁRMEN” y “FV SALOMÉ” no pueden tomarse en consideración a la hora de otorgar la capacidad de acceso porque ENEL desistió de estos proyectos»*.

En relación con este motivo de impugnación de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, cumple considerar la secuencia cronológica de hechos que constan probados en el procedimiento, a los efectos de determinar las

consecuencias derivadas de la cancelación de las garantías de las instalaciones fotovoltaicas Carmen y Salomé:

- El 3 de agosto de 2018, ENEL solicitó acceso al nudo Baza 400kV a través del IUN CEA para siete instalaciones de producción, entre las que se encontraban cinco parques eólicos (considerados en la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020) y las dos instalaciones FV Carmen y FV Salomé, incluyendo las correspondientes garantías.
- En fecha 26 de febrero de 2019, REE emitió la denominada «*Actualización de contestación de acceso coordinado a la Red de Transporte en la subestación Baza 400 kV para varios parques eólicos y una planta fotovoltaica en las provincias de Granada y Almería*», de su referencia DDS.DAR.19_1133, en la que se excluyen las dos instalaciones FV Carmen y FV Salomé.
- El 17 de abril de 2019, GFM planteó un conflicto de acceso a la red de transporte de REE sobre tres instalaciones fotovoltaicas, también consideradas en la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020.
- El 3 de febrero de 2020, ENEL solicitó la cancelación de las garantías relativas a las instalaciones FV Carmen y FV Salomé.
- El 24 de septiembre de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por GFM, estimándolo parcialmente y dejando sin efecto, entre otras, la comunicación de REE de 26 de febrero de 2019 con su referencia DDS.DAR.19_1133.
- En fecha 28 de noviembre de 2020, REE emitió la comunicación objeto del presente conflicto, recibida por ENEL el 1 de diciembre de 2020.
- El 30 de diciembre de 2020, ENEL interpuso conflicto de acceso frente a la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, por haber excluido las instalaciones FV Carmen y FV Salomé por haber «*cancelado las garantías correspondientes al art.59 bis del Real Decreto 1955/2000*».

Considerando las circunstancias concurrentes que se han puesto de manifiesto, cumple concluir con la procedencia de estimar las alegaciones de ENEL en relación con la cancelación de las garantías otorgadas para las instalaciones fotovoltaicas Carmen y Salomé y sus consecuencias sobre la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020.

En primer término, el sentido de la Resolución de 24 de septiembre de 2020 no era otro que la necesidad de que las solicitudes de ENEL por una parte y la de GFM por otro debían integrarse en una única solicitud conjunta y coordinada de acceso, lo que significa que cada una de estas sociedades debían repartirse la capacidad en atención a lo solicitado respectivamente los días 27 de septiembre y el día 2 de octubre, la de GFM.

En dicha solicitud, como bien apunta ENEL constaba cinco parques eólicos y dos instalaciones fotovoltaicas.

Pues bien, consta probado que la solicitud de cancelación de las garantías de fecha 3 de febrero de 2020 es muy posterior a la solicitud de acceso válida de

dichas instalaciones (3 de agosto de 2018) y a la consiguiente denegación de acceso de REE de 26 de febrero de 2019; concurriendo además que dicha denegación fue objeto de un conflicto de acceso interpuesto por GFM en fecha también anterior (17 de abril de 2019) a la solicitud de cancelación de garantías, resuelto posteriormente en fecha 24 de septiembre de 2020. Es decir, se produjo ya en el marco de una situación conflictual.

Atendiendo a las fechas citadas y considerando las alegaciones de las empresas interesadas ENEL, REE y GFM, no puede acogerse la pretensión de las dos últimas sobre la procedencia de excluir las instalaciones FV Carmen y FV Salomé del reparto de capacidad planteado por la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, como pretendida consecuencia de la cancelación muy posterior de las garantías constituidas para solicitar el acceso de las instalaciones en cuestión.

En este sentido y para el presente caso, debe entenderse que no era exigible a ENEL seguir soportando la carga financiera derivada del mantenimiento de las garantías constituidas, en el muy dilatado tiempo comprendido entre su solicitud de acceso (3 de agosto de 2018), la denegación de acceso de REE (26 de febrero de 2019) y las circunstancias posteriores concurrentes que se han puesto de manifiesto, que desembocan finalmente en la Resolución de 24 de septiembre de 2020 y posterior comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, más de veintisiete meses después de constituidas esas garantías.

De lo contrario, como sostiene REE, el propio mantenimiento de una garantía para sostener una pretensión en el marco de un conflicto de acceso deviene una evidente traba procedimental, puesto que solo quiénes estén dispuestos o tengan capacidad financiera podrán mantener la garantía constituida asumiendo el riesgo del resultado del conflicto de acceso. Teniendo en cuenta el retraso en la resolución de los conflictos derivado del elevado número, no es posible dejar sin efecto una solicitud que, en su momento, cumplía todos los requisitos, porque, con posterioridad, se haya cancelado la garantía para evitar un coste económico. En suma, el derecho de acceso prima siempre sobre el mantenimiento de las garantías durante el entero proceso administrativo, cuando se disponía al tiempo de la solicitud de acceso que dio lugar a la comunicación de REE objeto de debate, como es el caso.

Sentada la anterior consideración, no cabe deducir de la cancelación de garantías solicitada por ENEL un desistimiento del acceso solicitado para ambas instalaciones fotovoltaicas, según pone de manifiesto esa promotora en sus alegaciones y reconoce REE en las suyas propias, al expresar que *«es cierto que ENEL no ha promovido el desistimiento de esas dos instalaciones»*, siendo una mera solución de naturaleza económica.

En consecuencia, procede estimar, en este punto, el conflicto interpuesto por ENEL e interesar de REE que deje sin efecto su comunicación de 28 de noviembre de 2020, en el sentido de que debe incluir a las instalaciones FV Carmen y FV Salomé en su Tabla 1, por los motivos que han quedado expuestos.

No obstante, ello se hace sin dejar de señalar que ENEL deberá restituir de inmediato las garantías canceladas para ambas instalaciones y presentar ante la Administración los correspondientes resguardos acreditativos, comunicándolo a continuación a esta Comisión y a REE, todo ello en el plazo máximo de diez días hábiles que a tal fin se considera ajustado desde la notificación de la resolución del presente conflicto y como condición suspensiva de las consecuencias de su estimación en este aspecto.

Al respecto, ENEL ha manifestado *«su plena disposición a constituir inmediatamente las garantías previstas en el Artículo 59 bis del Real Decreto 1955/2000, tan pronto le sea notificada la incorporación de las instalaciones fotovoltaicas “FV CARMEN” y “FV SALOMÉ” al debido acuerdo de REE que, en sustitución del que es objeto del presente conflicto de acceso, haya de adoptarse»*.

2. Consideraciones sobre la exclusión de 105 MW de la capacidad disponible en el nudo Baza 400kV y su asignación a ENEL

Como segundo motivo de impugnación de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020 objeto del presente conflicto, ENEL plantea que se *«incluya los 105 MW renunciados en favor de mi mandante como capacidad ya reconocida a Enel, disponiendo el reparto de la restante capacidad disponible entre todas las solicitudes de 27 de septiembre y 4 de octubre de 2018»*.

La citada pretensión de ENEL resulta improcedente, considerando las circunstancias que concurren al respecto, en especial la relativa a la fecha de retroacción de 13 de noviembre de 2018, ordenada por la Resolución de esta Comisión de 24 de septiembre de 2020.

En efecto, el fundamento jurídico séptimo de la Resolución de 24 de septiembre de 2020 pone de manifiesto lo siguiente, en lo que aquí interesa:

«En primer lugar, la contestación informativa de REE de fecha 13 de marzo de 2019, con referencia DDS.DAR.19_1297 (folios 365 a 371 del expediente), objeto del conflicto de acceso interpuesto por GFM, debe dejarse sin efecto, pero exclusivamente en lo que se refiere a las tres instalaciones promovidas por GFM. El resto de promotores a los que se refiere la comunicación englobadas en el concepto «IGRE con solicitud de acceso en la posición planificada en Baza 400 kV a las que la presente no otorga permiso de acceso», quedan al margen del presente conflicto al no haber planteado conflicto alguno frente a la indicada comunicación como ya se ha indicado en el anterior Fundamento Jurídico.

En segundo lugar, procede dejar sin efecto en su totalidad la actualización de contestación de acceso coordinado de fecha 26 de febrero de 2019 y referencia DDS.DAR.19_1133 (folios 242 a 245 del expediente), en la que se considera las modificaciones de potencia de instalaciones comunicadas por el IUN el 19 de diciembre de 2018 en relación con las inicialmente comunicadas y que concluye con el otorgamiento de permiso de acceso para cinco parques eólicos promovidos por ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., junto con otros ocho parques eólicos y una instalación fotovoltaica de CEA y GREEN CAPITAL POWER, considerándose que la

evacuación del contingente «resulta técnicamente viable considerando la limitación normativa, aplicable en el procedimiento de acceso, impuesta por el límite de potencia de cortocircuito para la generación no gestionable». La potencia nominal total contemplada en esta actualización es de 628 MW_{nom}, con la que queda cubierto el citado límite.

Esta actualización de acceso es consecuencia directa de la comunicación del IUN de 19 de diciembre de 2018 en la que se trasladaba a REE el acuerdo al que habían llegado los tres promotores involucrados, por una parte, CEA y GREEN CAPITAL ENERGY, S.L., que disponían de permiso de acceso desde el día 18 de septiembre de 2018 y ENEL GREEN POWER, S.L, cuyo acceso estaba condicionado a la adaptación de sus instalaciones a la capacidad existente en el nudo. Esta comunicación refleja un acuerdo entre particulares, ajeno al presente conflicto, aunque tiene consecuencias para determinar la capacidad restante en el nudo.

En tercer lugar, ha de dejarse sin efecto también la contestación de acceso coordinado de fecha 13 de noviembre de 2018 y referencia DD.DAR.18_2974 (folios 232 a 238 del expediente), que incorporaba los cinco nuevos parques eólicos y las dos nuevas plantas fotovoltaicas objeto de la solicitud de ENEL GREEN POWER, S.L. recibida en REE el 27 de septiembre de 2018 y en el que se requería al IUN a proceder a la actualización de solicitud de acceso coordinada ajustada a dicha capacidad a la mayor brevedad y en todo caso en plazo de un mes».

En este caso, lo sucedido es que ENEL, mediante acuerdo privado posterior, se vio beneficiado por la cesión por parte de otros promotores, que tenían mejor derecho, de una parte de la capacidad de la que disponían. Esta cesión, mediante acuerdo privado, se realizó en el marco de un presupuesto -la comunicación de 13 de noviembre de 2018- que ya no tiene efecto. Dicho de otra manera, el acuerdo alcanzado se realiza en el marco de una situación en la que no se tiene en cuenta el derecho de GFM que no pudo participar en el mismo por la simple y sencilla razón de que había sido indebidamente preterido.

Es evidente que la Resolución de la CNMC de 24 de septiembre de 2020 no podía dejar sin efecto el acuerdo privado, pero no es lo menos que mantener los 105MW de capacidad cedidos a ENEL, sin haber podido participar en dicho acuerdo GFM supone una evidente discriminación que permitiría dejar vacío de contenido o, muy limitado, el derecho de acceso de GFM que es, en última instancia, el que fue avalado en la Resolución de la CNMC de 24 de septiembre de 2020.

ENEL se vería así beneficiado por haber podido llegar a un acuerdo en el que obtiene más capacidad y en el que GFM nunca pudo participar.

A la vista de esta situación, evidentemente discriminatoria, solo existen dos soluciones jurídicas. La primera, de imposible realización en el marco de un conflicto de acceso, sería anular el acuerdo privado e imponer que todos los promotores, incluido ahora GFM lleguen a un acuerdo de cesión de capacidad. Esta solución es jurídicamente inviable.

Por ello, la segunda solución es entender que la cesión realizada a favor de ENEL por CEA y GREEN CAPITAL es válida y que la parte cedida a ENEL debe

ahora repartirse con quien debería haberle acompañado en una solicitud de acceso conjunta y coordinada que es lo que señala la Resolución de 24 de septiembre de 2020.

Además, con ello se evita una situación paradójica, a saber, que ENEL dispusiera de acceso para 105MW para alguna de las instalaciones solicitadas el día 27 de septiembre de 2018 y además participara con todas esas instalaciones (cinco parques eólicos y dos fotovoltaicas) en el reparto de la capacidad restante con GFM. Lo que pretende ENEL, en suma, es contar a la hora de repartir con GFM solicitud de instalaciones que, siguiendo su argumentación, ya disponen, en parte, de permiso de acceso. Tal pretensión es insostenible.

Por tanto, habiendo sido dejada sin efecto la comunicación de REE fecha 26 de febrero de 2019 y su referencia DDS.DAR.19_1133, -lo que supone dejar sin efecto la valoración realizada por REE de todas las instalaciones solicitadas por ENEL en dicha fecha- la capacidad de 105 MW consecuencia del citado acuerdo debe tomarse en consideración como disponible para efectuar el reparto de capacidad entre las instalaciones contempladas en la Tabla 1 de la comunicación de REE de 28 de noviembre de 2020, que ahora también incluye las dos instalaciones fotovoltaicas Carmen y Salomé; pero no puede adjudicarse en exclusiva y con carácter previo a ENEL, como pretende esa promotora en sus alegaciones.

Finalmente, en cuanto a la alegación final de REE respecto la inclusión del nudo Baza 400kV en la Resolución de la Secretaría de Estado de Energía mediante la que se acuerda la celebración de un concurso de capacidad en los términos establecidos en el Capítulo V del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, no se alcanza a entender la misma, en tanto que la presente Resolución se limita a redistribuir la capacidad previamente otorgada por REE, si bien cambia el orden de reparto entre las instalaciones y las condiciones que ahora se deben contemplar, sin afectar a la capacidad aflorada por aplicación de los nuevos criterios que son claramente posteriores y que son los que justifican la inclusión del nudo de Baza 400kV en la citada Resolución de la Secretaría de Estado de Energía.

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

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el presente conflicto, emplazando a ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. para que, si pretende hacer efectivo su derecho de acceso, lleve a cabo las siguientes actuaciones: (i) la restitución de las garantías económicas constituidas en relación con las instalaciones FV Carmen y FV Salomé, (ii) la presentación ante la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de los correspondientes resguardos acreditativos del depósito de las garantías

económicas y (iii) la comunicación fehaciente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. acreditando documentalmente dicha presentación; todo ello en el plazo de diez días hábiles contados desde la notificación de la presente Resolución. Transcurrido dicho plazo sin que ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. hubiese llevado a cabo las actuaciones requeridas, se considerará decaído el derecho de acceso de las instalaciones FV Carmen y FV Salomé.

SEGUNDO. En el caso de que ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. llevara a cabo las actuaciones enunciadas anteriormente, , dejar sin efecto parcialmente la comunicación de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. de fecha 28 de noviembre de 2020 con su referencia DDS.DAR.20_4082 y asunto «*Tramitación de expedientes de acceso en Baza 400kV consecuencia de Resolución de conflicto de acceso a red CFT/DE/032/19*», que deberá sustituirse por una nueva comunicación que incluya en su Tabla 1 a las instalaciones fotovoltaicas Carmen y Salomé, promovidas por ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., confirmándose en su contenido restante. La nueva comunicación deberá ser emitida en el plazo máximo de quince días hábiles, una vez se haya cumplido la indicada condición suspensiva.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

El presente Acuerdo agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrido, 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.