

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PROPIEDAD DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., PLANTEADO POR AEROGENERACIÓN GALICIA, S.L., CON MOTIVO DE LA CADUCIDAD PARCIAL DEL PERMISO DE ACCESO PARA SU INSTALACIÓN DE VALDEPEREIRA

Expediente CFT/DE/103/21

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

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021

Vista la solicitud de conflicto de acceso a la red de distribución de energía eléctrica planteado por la sociedad AEROGENERACIÓN GALICIA, S.L, la Sala de Supervisión Regulatoria resuelve lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interposición del conflicto

Con fecha 23 de julio de 2021 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, "CNMC"), escrito en nombre y representación de AEROGENERACIÓN GALICIA, S.L. (en adelante, "AEROGENERACIÓN"), por el que plantea conflicto de acceso a red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo, "REE"), por la declaración de caducidad parcial del permiso de acceso de su instalación P.E. VALDEPEREIRA.

El representante de AEROGENERACIÓN exponía en su escrito de 23 de julio de 2021 los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- AEROGENERACIÓN es titular desde 2010 del parque eólico VALDEPEREIRA, en virtud de resolución de la Xunta de Galicia, en virtud de resolución de la Xunta de Galicia. La potencia solicitada era de 24MW.

- En febrero de 2019 constituyó garantía por 26.4 MW, solicitando y obteniendo el permiso de acceso el día 2 de julio de 2019 y el de conexión el 22 de mayo de 2020 para una potencia de conexión de 26.4 MW.
- Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante RD-I 23/2020 o RD-Ley 23/2020), resulta necesario cumplir con una serie de hitos administrativos, el primero de ellos solicitar la autorización administrativa previa y que dicha solicitud sea admitida a trámite en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del citado RD-I 23/2020.
- En cumplimiento de este hito se solicitó el día 7 de octubre de 2020 la correspondiente autorización administrativa que fue admitida el día 22 de octubre.
- El día 24 de junio de 2021, REE les comunicó la caducidad parcial de su permiso de acceso al entender que no se había cumplido con el citado hito.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

En cuanto a los fundamentos jurídicos AEROGENERACIÓN señala en primer término que la declaración de caducidad necesita en todo caso de audiencia del interesado.

En segundo lugar, considera que no tiene fundamento legal alguno, porque el artículo 1 del RD-I 23/2020 exige exclusivamente aportar un escrito de la Administración competente acreditando su presentación y admisión a trámite en el plazo legalmente fijado, lo que ha sucedido. En dicho documento no consta la potencia instalada porque no es necesaria según la normativa.

Así mismo, AEROGENERACIÓN entiende que ha solicitado autorización por el total de la potencia instalada, en tanto que, de conformidad con la legislación gallega no es precisa la tramitación de una nueva autorización administrativa en el caso de incrementos de potencia no superiores a un 10%, considerados modificaciones no sustanciales, y, por tanto, una solicitud de autorización administrativa de un parque eólico por 24 MW habilita para solicitar la autorización de explotación de la instalación con una potencia de 26.4 MW, posibilidad que viene avalada por la legislación del sector eléctrico y, de forma expresa en los artículos 37 y 38 de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental. Por ello es plenamente válido solicitar una autorización solo para 24MW que luego puede ser ampliada a 26.4MW mediante la tramitación de una modificación no sustancial sin necesidad de nueva autorización.

Concluye afirmando que:

“Los permisos de acceso y conexión que otorga REE se entienden limitados al alza en la potencia concedida, pero no puede reducirlos unilateralmente sin tener

en cuenta que la potencia del parque eólico puede ser incrementada con posterioridad, sin necesidad de cursar nueva autorización administrativa”

Por ello, AEROGENERACIÓN había solicitado y obtenido acceso por 26.4 MW, en la idea de incrementar posteriormente la potencia de 24MW sin necesidad de nueva autorización y entiende que, con ello, había cumplido plenamente con el hito exigido por el artículo 1 del RD-I 23/2020.

Por lo expuesto, solicita que se proceda a revocar la caducidad parcial notificada por REE, y a restituir los permisos de acceso y conexión del Parque Eólico de Valdepereira para una potencia de 26.4 MW.

SEGUNDO. – Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud de conflicto y la documentación que se acompaña, se procedió mediante escrito de 28 de julio de 2021 de la Directora de Energía de la CNMC a comunicar a AEROGENERACIÓN y REE 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 (en adelante, “Ley 39/2015”). Asimismo, se dio traslado a REE del escrito presentado por la solicitante, concediéndosele un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones y aportar los documentos que estimase convenientes en relación con el objeto del conflicto.

TERCERO. – Alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

Haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 73.1 de la Ley 39/2015, REE presentó escrito de fecha 27 de agosto de 2021, tras haber solicitado la correspondiente ampliación de plazo, en el que manifiesta que:

- El 8 de marzo de 2019 se recibió confirmación por parte de la administración competente sobre la correcta constitución de garantías para la instalación Valdepereira de 26,4 MW.
- El 2 de julio de 2019 se otorgó permiso de acceso para una potencia 26.4 MW (como consta en el folio 138 del expediente).
- Los días 8 y 22 de mayo de 2020 se remitió el correspondiente permiso de conexión de la instalación Valdepereira.
- El 28 de octubre de 2020 se recibe por parte de la solicitante comunicación de la Xunta de Galicia sobre el cumplimiento del primer hito de los exigidos por el RD-I 23/2020. En dicho documento no aparece reflejada la potencia de la instalación para la que se ha solicitado la correspondiente autorización.
- El día 24 de junio de 2021 se notifica a la solicitante la caducidad parcial de su permiso de acceso y conexión, concretamente en 2,4MW.
- El día 13 de julio de 2021, diez días antes del planteamiento del presente conflicto AEROGENERACIÓN ha solicitado ampliación del permiso de acceso hasta el límite del 5%, es decir, ha solicitado una ampliación hasta

- 25,2 MW. Esta solicitud ha sido inadmitida al no existir capacidad en Beariz 400kV tal y como aparece reflejado en la página web de REE.
- REE no discute que la solicitante disponía de seis meses para cumplir con el primer hito y que lo hizo en tiempo, pero solicitó autorización por un valor menor al reflejado en el permiso de acceso.
 - Aunque la comunicación presentada por AEROGENERACIÓN no lo indicaba, REE vía comunicación directa de la Xunta de Galicia tuvo conocimiento que solo se había solicitado autorización para una instalación de 24MW (folio 167 del expediente).
 - El resto de los hechos coinciden con el relato de AEROGENERACIÓN.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, REE señala que el incumplimiento de los hitos administrativos da lugar por virtud de lo dispuesto en el artículo 26.2 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (en adelante RD 1183/2020) a la caducidad de los permisos de acceso y conexión, en caso de incumplimiento de los hitos administrativos establecidos en el artículo 1 del RD-I 23/2020.

Seguidamente indica que la caducidad es automática, sin necesidad de un procedimiento específico ni de una resolución expresa.

Para REE el hecho de que solo se haya solicitado autorización para 24MW cuando se tienen otorgados 26.4MW es un incumplimiento de dicho hito en la parte que no se haya solicitado, no cumpliéndose los requisitos para la aplicación, como se pretende por AEROGENERACIÓN, de la normativa gallega.

Por lo anterior, solicita a la CNMC dicte resolución por la que se desestime en su integridad el conflicto planteado, confirmando las actuaciones de REE.

CUARTO. – Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 8 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.

En fecha 29 de septiembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la CNMC, escrito de AEROGENERACIÓN en el que se ratifica en los argumentos señalados en su escrito de planteamiento del presente conflicto.

En fecha 4 de octubre de 2021 tiene entrada en el Registro de la CNMC, escrito de REE ratificándose en su escrito de alegaciones de 27 de agosto de 2021.

QUINTO. – 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 conflicto de acceso a la red de transporte

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.

Asimismo, en toda la tramitación del presente procedimiento no ha habido debate alguno en relación con la naturaleza de conflicto de acceso del presente expediente.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

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

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

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

TERCERO. – Análisis de los hechos relevantes para la Resolución del presente conflicto

Los hechos sobre los que no existen discrepancias para ambas partes son los siguientes:

-AEROGENERACIÓN era titular desde 2010 del parque eólico VALDEPEREIRA, en virtud de resolución de la Xunta de Galicia. La potencia solicitada era de 24MW. Se trata, por tanto, de un permiso previo a la entrada en vigor de la Ley 24/2013 y susceptible de caducidad.

-AEROGENERACIÓN constituyó una nueva garantía que fue confirmada por la Administración competente el día 8 de marzo de 2019. La garantía se constituyó por 26.4 MW de potencia.

-Solicitado el acceso, el mismo fue otorgado por REE el día 2 de julio de 2019 por una potencia de 26.4MW.

-Los días 8 y 22 de mayo de 2020 se otorga el correspondiente permiso de conexión de la instalación Valdepereira por 26.4 MW.

-Con la entrada en vigor del RD-Ley 23/2020 es preciso acreditar, de conformidad con el artículo 1, una serie de hitos administrativos.

En lo que aquí interesa, y ambas partes están conformes, se debe presentar y debe ser admitida en el plazo de seis meses la correspondiente autorización administrativa para la instalación, en tanto que el permiso de acceso se obtuvo con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y antes de la entrada en vigor del RD-Ley.

En dicha autorización, aunque no consta en la documentación originalmente aportada por AEROGENERACIÓN, pero sí por REE y que consta en el expediente debidamente foliada, se solicita autorización para una instalación de 24MW de potencia. REE considera, al tener conocimiento de ello, que no se ha cumplido con el indicado requisito y procede a declarar la caducidad parcial del permiso de acceso y conexión de AEROGENERACIÓN en aquella parte en que no se ha solicitado autorización, es decir, 2.4MW.

Tampoco hay debate sobre la consecuencia de la caducidad.

CUARTO. – Sobre los hitos administrativos del Real Decreto-Ley 23/2020 y la caducidad por incumplimiento de los mismos

Limitado así el debate jurídico a si AEROGENERACIÓN solicitando autorización para 24MW y no para 26,4 MW ha cumplido o no con el hito administrativo, es preciso resolver una cuestión previa.

Señala AEROGENERACIÓN que REE no dio trámite de audiencia previo a la declaración de caducidad, lo que conllevaría la nulidad de la misma. En este punto, basta remitirse a lo ya dicho por esta Sala en la Resolución de 6 de mayo de 2021 (CFT/DE/194/20) en relación con la caducidad prevista en la disposición transitoria octava de la Ley 24/2013, que es de plena aplicación en este caso:

Este automatismo en la caducidad es plenamente congruente con la naturaleza de los derechos de acceso, que son otorgados por el gestor y cuya vigencia, sin norma de rango legal que la delimite, es indefinida y que puede, en determinadas circunstancias, suponer un acaparamiento de la capacidad por parte de instalaciones con escaso grado de desarrollo

y madurez; una circunstancia derivada en buena medida de los escasos requisitos que la normativa ha venido exigiendo a la hora de la solicitud y otorgamiento de los derechos de acceso a las redes. Por ello, la presunta analogía con la caducidad de las licencias de obra que alega SORA no es de aplicación porque nada tiene que ver una licencia de obrar que es un acto de intervención administrativa para permitir la realización del derecho a edificar en terreno propio, con el otorgamiento de permisos de acceso que responden a un derecho al uso de la red de tercero para poder realizar una actividad económica que al depender de una capacidad limitada supone la exclusión de terceros en competencia.

Sin el establecimiento de una limitación temporal a la vigencia de los derechos sería inviable el cumplimiento de los objetivos fijados de puesta en marcha de instalaciones de generación renovable. Dicha delimitación temporal ha evolucionado desde la citada disposición transitoria octava de la Ley 24/2013 -primera norma en este sentido- donde solo se indicaba una fecha final y un único hito, a un sistema más acabado de varios hitos temporales, cuyo incumplimiento da lugar a la caducidad de los permisos, establecido para las instalaciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 24/2013 en el Real Decreto-Ley 23/2020. (...)

(...) Es, por tanto, la norma de rango legal la que determina la caducidad cuando concurre el supuesto de hecho definido y el gestor de red se limita a ponerlo de manifiesto tanto al promotor al que le han caducado los derechos como al resto de los solicitantes posibles, mediante la publicidad de la nueva capacidad, cumpliendo con ello, con los principios de objetividad y transparencia.

Por otra parte, tanto la Ley 24/2013, como el posterior RD-Ley 23/2020 no precisan de ninguna intervención de una Administración pública para determinar si se ha producido o no la caducidad. No es necesario, en tanto que el debate, como veremos en el siguiente fundamento jurídico es bastante limitado. De hecho, el argumento defendido por SORA conduciría justamente a un absurdo, ya que al no haber designado la norma legal autoridad competente para declarar dicha caducidad, la misma no podría aplicarse en ningún caso. Tal conclusión es lógicamente contraria a la voluntad del legislador.

Sentado lo anterior, decaen igualmente los argumentos de SORA en relación a que la actuación de REE ha desconocido el procedimiento adecuado o que no ha sido proporcional en su actuación.

En consecuencia, la comunicación de la caducidad por parte de REE es formalmente correcta y el debate queda reducido a si es posible la caducidad parcial de un permiso de acceso y conexión cuando, como es el caso, se ha solicitado en la autorización menos potencia que la obtenida en el permiso de

acceso y la garantizada con aval suficiente, en suma, si es necesaria la identidad de instalaciones en ambas fases.

Pues bien, analizando los hechos, y con independencia de que AEROGENERACIÓN contara con permisos para una instalación de 24MW denominada Valdepereira desde 2010, lo cierto es que AEROGENERACIÓN tanto en la constitución de la garantía como en la solicitud de permiso de acceso acreditó en todo momento que su voluntad era obtener acceso para una instalación de 26.4MW, es decir, 2.4 MW más de potencia de la que disponía. REE le otorgó el acceso y la conexión en atención a su solicitud para dicha instalación de 26.4MW, sin tener conocimiento que se trataba, en realidad, de una solicitud *ad cautelam*, es decir, que realmente AEROGENERACIÓN solo tenía intención de tramitar la instalación de Valdepereira en los términos originales -24MW- y que, no obstante, solicitaba 2.4MW más por si en el futuro quisiera ampliarlo.

Es por ello que, una vez realizadas estas actuaciones, en el momento de solicitar autorización y comprometerse en el cumplimiento de los hitos administrativos, se manifiesta que, en realidad, la instalación prevista es solo de 24MW, ampliables mediante una futura declaración de modificación no sustancial a 26.4 MW.

Esta falta de coherencia entre la instalación para la que solicita el acceso y para la que solicita la autorización obliga a REE a concluir que el primer hito administrativo ha sido cumplido de forma deficiente (no hay, en puridad, incumplimiento) al no solicitar autorización administrativa para una instalación de la misma capacidad para la que se ha otorgado acceso. En consecuencia, REE le comunica la caducidad del permiso en la parte no cubierta por la correspondiente solicitud de autorización.

La actuación de REE debe considerarse conforme a Derecho por los siguientes motivos.

El cumplimiento de los hitos administrativos respecto a una instalación no puede ser ajeno al permiso de acceso subyacente que caducaría en caso de incumplimiento y, por tanto, a la instalación para la que se ha obtenido dicho acceso. Es obvio que cada uno de los hitos se refiere a la instalación para la que se ha otorgado permiso de acceso, de forma que debe existir una evidente identidad entre la instalación para la que se constituyen las garantías, para la que solicita el acceso, para la que se obtiene el mismo y para la que, finalmente, se solicita autorización. Esta identidad no se produce en el presente caso. AEROGENERACIÓN constituye una garantía para una instalación de 26.4MW de potencia y obtiene acceso para ello, pero, en realidad, como pone de manifiesto la solicitud de autorización, solo pretende promover en una primera fase una instalación de 24MW de potencia. En puridad, AEROGENERACIÓN ha solicitado más capacidad de la necesaria, evitando que la misma pueda ser otorgada a otras instalaciones, lesionando así el derecho de acceso de terceros e impidiendo al hacerlo cuando ya dispone de acceso y conexión el afloramiento de la capacidad que, por ahora, no va a utilizar.

Esta necesidad de identidad entre la instalación en el procedimiento de acceso y en la fase posterior de cumplimiento de hitos administrativos es obvia, pues lo contrario, a saber, que se permitiera obtener más capacidad de acceso de la que se pretende realmente desarrollar sería un supuesto de acaparamiento de capacidad en evidente perjuicio de tercero y un fraude de Ley, en tanto que evitaría la aplicación de la disposición adicional decimocuarta en relación con el Anexo II del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, que exige, cuando se amplía la potencia de una instalación en más de un 5% la solicitud y otorgamiento de un nuevo permiso al entender que se está ante instalaciones distintas. Actuando como lo ha hecho AEROGENERACIÓN, cuando decidiera en un futuro ampliar su instalación en un 10% no hubiera necesitado nuevo permiso porque tenía otorgada la correspondiente capacidad.

El hecho de que la norma autonómica, que se señala por parte de AEROGENERACIÓN, permita que una instalación aumente su capacidad hasta en un 10% sin necesidad de una nueva autorización es una cuestión ajena al presente conflicto, en tanto que dicha norma no puede condicionar ni al régimen de acceso ni al régimen de caducidades, sino que su ámbito se limita al proceso de autorización de instalaciones en Galicia.

Hecho que reconoce la propia AEROGENERACIÓN cuando ha solicitado el pasado 13 de julio, diez días antes de presentar el presente conflicto, ampliación del permiso de acceso justo hasta el límite del 5%, es decir, ha solicitado una ampliación hasta 25,2 MW. Esta solicitud ha sido inadmitida por REE al no existir capacidad en Beariz 400kV tal y como aparece reflejado en la información publicada de capacidades en la página web de REE.

Dicho lo anterior y para concluir, la determinación por parte de REE de una simple caducidad parcial que no está contemplada en el artículo 1 del RD-Ley 23/2020 debe reputarse como válida en tanto que es una interpretación favorable a los intereses de AEROGENERACIÓN y le permite salvar aquella parte de potencia que sí puede entenderse cubierta.

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

RESUELVE

ÚNICO. – Desestimar el conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A. presentado por AEROGENERACIÓN GALICIA, S.L., contra la declaración de caducidad parcial del permiso de acceso de su instalación P.E. VALDEPEREIRA.

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

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.