

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE PLANTEADO POR SAN MIGUEL DE ARONA FOTOVOLTAICA, S.L., CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACIÓN “PARQUE FOTOVOLTAICO FV ABONA”

(CFT/DE/087/23)

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D^a M^a Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 15 de junio de 2023

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

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Interposición del conflicto

El 22 de marzo de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la representación legal de la sociedad SAN MIGUEL DE ARONA FOTOVOLTAICA, S.L., (en adelante SMAF) por el que se planteaba conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U, (en adelante REE) con motivo de la comunicación del gestor de red del 15 de marzo de 2023 en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, de conformidad con lo previsto

en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (en adelante, RD-I)

SMAF expone los siguientes hechos:

-Que REE le otorgó permiso de acceso el día 26 de julio de 2019 para su instalación “Parque Fotovoltaico FV Abona” de 40 MW de potencia instalada, ubicado en el término municipal de Granadilla de Abona (Santa Cruz de Tenerife), con conexión al nudo Abona 220 kV

-Que el 15 de febrero de 2023, recibió comunicación de REE sobre posible caducidad por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020. Tras efectuar las oportunas alegaciones, ha recibido el día 15 de marzo comunicación en la que le informa de la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de la indicada instalación.

- Que la evaluación de impacto ambiental se solicitó en fecha 23 de diciembre de 2020, y transcurridos más de dos años desde que se iniciara dicha tramitación, el expediente administrativo se encuentra paralizado de forma injustificada y sin perjuicio de que se haya dado respuesta a todos y cada uno de los requerimientos de subsanación/aportación de documentación que nos han sido notificados a lo largo de la tramitación del expediente. Y que ha solicitado a la Administración competente, con fecha de 24 de noviembre de 2022, que se acuerde dar impuso al Proyecto para que los trámites pendientes sean resueltos con anterioridad a la caducidad de los proyectos de conformidad con el artículo del RDL 23/2020, y adicionalmente se solicitaba expresamente la emisión de declaración de impacto ambiental con efectos retroactivos de 25 de enero de 2023.

En relación con los fundamentos jurídicos:

-Tras citar distintos preceptos, se limita a señalar que se ha vulnerado su derecho de acceso.

-Seguidamente resume lo previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020, incidiendo en la ampliación de plazos efectuada por el RD-I 29/2021, justificada en el objetivo, dado el elevado volumen de solicitudes, de evitar la caducidad de los permisos por causas no imputables a los promotores. Este plazo, reconoce, no se ha ampliado más y conlleva, en caso de no acreditar el hito administrativo, la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión, lo que considera una penalización excesiva.

-Sostiene que ha de realizarse una interpretación finalista frente a la interpretación literal y rigorista de REE que es contraria a la finalidad del RD-I 23/2020, y no cabe tampoco en el supuesto que nos ocupa sostener “la

caducidad del permiso de acceso por incumplimiento del hito relativo a la obtención de DIA favorable, habida cuenta que ello equivaldría a imponer una suerte de sanción al administrado, el cual en todo momento ha actuado con la máxima diligencia, sometiéndose al procedimiento legalmente establecido, y considerando además que ello impediría de facto el otorgamiento de autorización administrativa previa, pese a que tanto la LSE como la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (“LEA”) y el 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 (“RD 1955/2000”) lo permiten”.

-Cita igualmente doctrina de la CNMC, según la cual, la caducidad no debe ser incondicionada (CFT/DE/118/21) o que ha de aplicarse el principio de interpretación más favorable para el interesado (CFT/DE/100/21). Todo ello, supone, en su opinión, que el hito no se ha incumplido.

-También vulneraría la interpretación de REE, según SMAF, los compromisos asumidos por España en materia de reducción de emisión de gases de efecto invernadero y de impulso de las energías renovables.

-La interpretación literal y rigorista de REE, según SMAF, también supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la declaración de caducidad y el posterior afloramiento de la misma supondrían *de facto* impedir el acceso a la vía jurisdiccional, vulnerando así el citado derecho a la tutela judicial efectiva.

-También señala que la caducidad automática por ausencia de DIA es contraria al carácter general de los informes como no vinculantes, sosteniendo que se podría otorgar la autorización administrativa previa, aun sin haberse obtenido la DIA. En suma, la interpretación de REE conduciría a una vulneración de las competencias al someter al órgano sustantivo a la opinión del órgano ambiental.

-Igualmente considera que se vulneraría el principio de buena regulación.

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

Por todo ello, concluye solicitando:

Con carácter preliminar:

- (i) La suspensión de la tramitación de permisos de acceso y conexión en el nudo ABONA 220 kV, hasta que finalice la sustanciación del presente conflicto de acceso.

Y subsiguientemente y previos los trámites oportunos:

- (ii) Declarar improcedente la caducidad del permiso de acceso y conexión correspondiente al proyecto titularidad de SMAF; y
- (iii) Ordenar a REE que restaure y mantenga la vigencia de los permisos de acceso y conexión del proyecto durante la tramitación de los procedimientos administrativos y judiciales que pudieran afectar a la DIA, a fin de que se tenga por cumplido el hito correspondiente a la obtención de DIA favorable, computándose el resto de los hitos a partir de dicha acreditación.

SEGUNDO. Solicitud complementaria.

El 12 de abril de 2023 se ha recibido nuevo escrito de SMAF, en el que insiste en la procedencia de que la CNMC adopte una medida cautelar, en los siguientes términos: *“...acuerde comunicar de inmediato a REE que se ha planteado el citado Conflicto de Acceso en el nudo Abona 220kV y se le requiera para que, mientras se resuelve la solicitud de medida cautelar o preliminar planteada en el citado Conflicto, consistente en la suspensión de la tramitación de permisos de acceso y conexión en el nudo hasta que finalice la sustanciación del presente Conflicto de Acceso, se abstenga de disponer o/y considerar liberada o aflorada la capacidad de acceso, y suspenda la evaluación de cualquier solicitud hasta la fecha en que finalmente pueda calcular la capacidad existente en el nudo tras la resolución del Conflicto de Acceso planteado.”*

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

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

TERCERO. Informe de la Sala de Competencia

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

No obstante, ha de aclararse que el único objeto del conflicto es la comunicación de REE de 15 de marzo de 2023, por la que se informa al promotor de la caducidad automática de sus permisos de acceso y conexión.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

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

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

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

TERCERO. Sobre la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión por incumplimiento de los hitos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

Como se indica en los antecedentes de hecho, SMAF disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 26 de julio de 2019.

Por tanto, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-I 23/2020 que establece:

b) Si el permiso de acceso se obtuvo con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley:

1.º Solicitud presentada y admitida de la autorización administrativa previa: 6 meses.

2.º Obtención de la declaración de impacto ambiental favorable: 31 meses.

3.º Obtención de la autorización administrativa previa: 34 meses.

4.º Obtención de la autorización administrativa de construcción: 37 meses.

5.º Obtención de la autorización administrativa de explotación definitiva: 5 años.

Todos los plazos señalados en los apartados a) y b) serán computados desde el 25 de junio de 2020.

En consecuencia, debía contar a fecha 25 de enero de 2023, 31 meses después de la fecha de inicio del cómputo, con la correspondiente declaración de impacto ambiental favorable, pero tal y como se desprende de los Antecedentes de Hecho, no se ha emitido todavía la referida DIA.

En consecuencia, a día 25 de enero de 2023, no puede entenderse cumplido el segundo hito del citado artículo 1.1.b).

En el apartado segundo del propio artículo 1 del RD-I 23/2020 se establece la consecuencia del incumplimiento de los citados hitos:

*2. La no acreditación ante el gestor de la red del cumplimiento de dichos hitos administrativos en tiempo y forma supondrá **la caducidad automática de los permisos de acceso y, en su caso, de acceso y conexión concedidos** (..)*

De conformidad con lo señalado en el artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Cuando las mismas, como resulta en el caso presente, no admiten duda interpretativa, se estará al citado sentido literal. Criterio ampliamente ratificado por los Tribunales y que conlleva que no se pueda hacer una interpretación contraria a la Ley cuando el sentido literal de la misma es claro (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional STC 189/2012, de 5 de julio).

El artículo 1 del RD-I 23/2020 es un sentido literal absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa como se sostiene por parte del promotor.

De conformidad con lo anterior, los promotores que a 25 de enero de 2023 no dispusieran de declaración de impacto ambiental favorable, cual es el caso como se acredita en la documentación aportada, han visto caducar automáticamente (*ope legis*) su permiso de acceso o de acceso y conexión, en el caso de haber obtenido también este último.

En consecuencia, la actuación de REE, como gestor de la red, en la que se limita a informar de la caducidad automática tras haber solicitado la acreditación del mismo por parte de los promotores y no haber sido convenientemente aportada, es plenamente conforme a Derecho.

Además la misma no vulnera el derecho de acceso, desde el mismo momento en que la configuración legal del mismo, incluye como elemento esencial la necesidad de cumplir con los citados hitos administrativos en tiempo y forma, con independencia de que no se haya obtenido por causas imputables al promotor o a la Administración Pública, cuestión ajena al presente conflicto.

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

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

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

Se plantea también que se adopte por parte de esta Comisión, medida provisional consistente en ordenar a REE que suspenda la tramitación de permisos de acceso y conexión en el nudo ABONA 220 KV, hasta que finalice la sustanciación del presente conflicto de acceso.

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

En este sentido, el Auto 654/2022 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2022 (Roj AAN 7109/2022 - ECLI:ES:AN:2022:7109A, CENDOJ 28079230042022200539), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1274/2022, frente a la Resolución de 28 de abril de 2022 (expediente CFT/DE/118/22) que confirmaba la actuación de REE manteniendo la caducidad del permiso de acceso de un promotor, desestimó la solicitud de suspensión interesada por las entidades demandantes por la siguiente razón:

“Pues bien, en el presente supuesto la ejecución de la resolución impugnada en cuanto mantiene la caducidad de los permisos en su momento otorgados a las instalaciones aquí en liza, produce un perjuicio que puede ser reparado si la sentencia que en su día se dicte resulta favorable a las demandantes, bien a través de una indemnización, bien a través de alguna otra solución técnica que pueda arbitrarse (la Sala ha conocido ya de algún supuesto en los que así se ha hecho). Por el contrario, la suspensión del acuerdo impugnado supondría el mantenimiento de las autorizaciones con merma del interés público y el de terceros en optimizar los accesos a la red de transporte y el de los terceros que pudieran ser autorizados, siendo así que la Sala entiende que estos intereses son prevalentes a los de los recurrentes, ya afectados por una resolución desfavorable”.

En consecuencia, una vez constatada la caducidad automática de los correspondientes permisos de acceso y conexión, REE deberá evaluar la capacidad existente y disponible en aquellos nudos en los que se hayan producido caducidades, de conformidad con los criterios establecidos en la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica y las Especificaciones de Detalle aprobadas mediante Resolución de 20 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las especificaciones de detalle para la determinación de la capacidad de acceso de generación a la red de transporte y a las redes de distribución y en el horizonte de planificación H2026.

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

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de acceso a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. planteado por SAN MIGUEL DE ARONA FOTOVOLTAICA, S.L. con motivo de la comunicación del gestor de red por la que comunica la caducidad del permiso de acceso de su instalación “Parque Fotovoltaico FV Abona”.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía, notifíquese en su condición de interesado

SAN MIGUEL DE ARONA FOTOVOLTAICA, S.L.

Comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. en su condición de operador del sistema.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.