

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR MARCIAGA SOLAR, S.L.U. 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 FOTOVOLTAICA “FV MARCIAGA”.

(CFT/DE/091/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

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 MARCIAGA SOLAR, 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

PRIMERO. Interposición del conflicto

El 24 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 MARCIAGA SOLAR, S.L.U, (en adelante, “MARCIAGA”), por el que se plantea conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica propiedad

de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, “REE”), con motivo de la comunicación del gestor de red de 15 de marzo, en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, por incumplimiento del segundo hito administrativo 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 (RD-I 23/2020).

La representación de MARCIAGA expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Que disponía de permiso de acceso desde el día 12 de septiembre de 2019 para su instalación fotovoltaica “FV Marciaga Solar” de 62,5 MW.
- Que el 15 de marzo de 2023 ha recibido comunicación de REE por la que le informa de la caducidad por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020 del permiso de acceso y conexión.
- Que, mediante Resolución de 20 de enero de 2023, publicada el día 13 de febrero de 2023, **el órgano ambiental competente emitió DIA desfavorable.**
- Que el 28 de febrero de 2023 ha presentado recurso de alzada contra la anterior decisión, solicitando medidas cautelares.
- Ese mismo día presentó escrito ante REE que fue contestado de forma negativa el día 1 de marzo de 2023.
- A juicio de MARCIAGA, la caducidad del permiso de acceso es inválida porque la DIA desfavorable también es inválida y el promotor tiene derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 39.3 a la emisión de una declaración de impacto ambiental favorable con efectos retroactivos, exponiendo las razones en las que funda tal consideración.
- Igualmente considera que la caducidad es inválida por ser desproporcionada y contraria al justo equilibrio, además de no ser conforme con una interpretación sistemática y teleológica del precepto aplicado, indicando que no se puede apreciar carácter especulativo en su actuación, que tal interpretación literal sería contraria al principio de interpretación de los ordenamientos nacionales de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, en concreto al derecho fundamental a la propiedad privada, generando, de no estimarse el conflicto, perjuicios irreparables al promotor

Por todo ello, concluye solicitando que se:

- (i) dicte resolución por la que, estimando el presente conflicto, declare que la mencionada desestimación de REE y caducidad de los permisos de acceso y conexión, así como cualquier actuación ulterior de REE que traiga causa de aquéllas, no son conformes a Derecho y las anule.

Mediante otrosí se solicita la adopción de medidas provisionales al amparo de lo previsto en el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), consistente en (i) acordar la suspensión cautelar de la caducidad de los permisos de acceso y conexión, hasta que se dicte resolución que ponga fin al presente conflicto de acceso, y, en consecuencia, (ii) requerir a REE para que se abstenga de tomar cualquier medida de cualquier índole que traiga causa de la caducidad de los permisos de acceso y conexión cautelarmente suspendida.

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

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por MARCIAGA, 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, no pudiendo ser objeto de conflicto la actuación del órgano ambiental o sustantivo competente sobre la emisión de una declaración de impacto ambiental desfavorable (DIA), cuya conformidad a Derecho o no, no puede determinarse por esta vía de 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 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, MARCIAGA disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 12 de septiembre de 2019 según consta en folio 55 del expediente. Esta información no es objeto de contradicción en el escrito de conflicto por parte de MARCIAGA por lo que se entiende como ajustada a los hechos.

En consecuencia, le era de aplicación el apartado b) del artículo 1.1 del RD-L 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.

De lo anterior se deduce que 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.

Según declara la propia MARCIAGA y aporta como documentación, el órgano ambiental competente- Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico- mediante resolución de 20 de enero de 2023, publicada en el Boletín oficial del Estado del día 13 de febrero de 2023 declaración de impacto ambiental (DIA) desfavorable.

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

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).

En contra de lo sostenido por MARCIAGA, El sentido literal del artículo 1 del RD-I 23/2020 no requiere de ningún tipo de labor interpretativa. De conformidad con lo anterior, los promotores que a 25 de enero de 2023 no dispusieran de declaración de impacto ambiental favorable, cuál es el caso, como se acredita en la documentación aportada, han visto caducar automática (*ope legis*) su permiso de acceso o de acceso y conexión, en el caso de haber obtenido también el mismo.

En consecuencia, la actuación de REE, como gestor de la red, en la que se limita a informar de la caducidad automática tras haber solicitado la acreditación del

mismo por parte de los promotores y no haber sido convenientemente aportada es plenamente conforme a Derecho.

Además, la misma no vulnera el derecho de acceso, desde el mismo momento en que la configuración legal del mismo, incluye como elemento esencial la necesidad de cumplir con los citados hitos administrativos en tiempo y forma, con independencia de que no se haya obtenido por causas imputables al promotor o a la Administración Pública, cuestión ajena al presente conflicto. Es importante subrayar que esta configuración legal del derecho de acceso es plenamente constitucional y conforme con el ordenamiento europeo sin que conste pronunciamiento judicial alguno en sentido contrario.

Por tanto, la actuación de REE se limita a constatar, de forma correcta, e informar por razones de seguridad jurídica que el promotor no ha acreditado disponer a 25 de enero de 2023 de una declaración de impacto favorable por lo que los permisos de acceso y conexión están caducados automáticamente.

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

Se plantea también que se adopte, por parte de esta Comisión, medida provisional consistente en conservar la eficacia del permiso de acceso y conexión de la instalación en tanto no se dicte resolución que ponga fin a este procedimiento, con la finalidad de garantizar una futura resolución que deje sin efecto la caducidad de los permisos, ya que en tal caso, si no se adoptase la medida provisional, podría dar lugar a que la capacidad de acceso a la que se refiere el permiso fuera objeto de asignación a otro promotor.

La misma no puede ser atendida formalmente en tanto que el presente conflicto ha sido resuelto en un tiempo breve dejando sin objeto la adopción de cualquier medida provisional durante su tramitación, y tampoco 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 de la CNMC

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de acceso a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteado por MARCIAGA SOLAR, S.L.U., con motivo de la comunicación del gestor de red por la que informa la caducidad del permiso de acceso de su instalación fotovoltaica “FV Marciaga Solar”.

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

MARCIAGA SOLAR, S.L.U.

Asimismo, comuníquese a **RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.**, en calidad de operador del sistema eléctrico.

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.