

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR CEFEO SIGLO XXI, S.L. Y FORNAX ONE SUN, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DE SUS PERMISOS DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SUS INSTALACIONES VALDEMORO V Y VALDEMORO VI.

(CFT/DE/102/23)

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 los expedientes relativos a los conflictos presentados por CEFEO SIGLO XXI, S.L. y FORNAX ONE SUN, 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 29 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 CEFEO SIGLO XXI, S.L, (en adelante, “CEFEO”), 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 CEFEO expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Que disponía de permiso de acceso desde el día 18 de marzo de 2020 para su instalación fotovoltaica “Valdemoro V” de 49,95 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, a pesar de haber realizado todo lo necesario para obtener declaración de impacto ambiental en tiempo y forma, pero a la fecha del 25 de enero de 2023 la Administración competente **no ha emitido la misma** por razones que no son imputables al promotor.
- A juicio de CEFEO, la interpretación mantenida por REE es contraria tanto a una interpretación teleológica como sistemática del RD-I 23/2020. Considera que se trata de una penalización excesiva por retrasos imputables a la falta de actuación de la Administración competente.
- Al mismo tiempo la interpretación sistemática del RD-I 23/2020 con las correspondientes normas europeas de desarrollo de las renovables conduce a idéntica conclusión.
- En segundo lugar, considera que la caducidad del permiso de acceso es inválida porque 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 como así ha solicitado a la Administración autonómica competente, citando Resoluciones en este sentido de distintas Comunidades Autónomas y de la propia CNMC.
- Igualmente considera que la caducidad es inválida por vulnerar el principio de proporcionalidad.
- Considera también que el planteamiento del presente de conflicto ha de conllevar la suspensión de la caducidad hasta la resolución del mismo.

Por todo ello, concluye solicitando que se:

- (i) deje sin efecto la comunicación de caducidad.
- (ii) declare y mantenga vigente, a todos los efectos, los permisos de acceso y conexión concedidos inicialmente al proyecto hasta que no recaiga resolución en el expediente de evaluación de impacto ambiental del Proyecto.

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) ordenar a Red Eléctrica suspender la tramitación de los procedimientos de acceso al nudo, (ii) ordene a Red Eléctrica a abstenerse de otorgar en el nudo de referencia derecho de acces alguno susceptible de menoscabar, disminuir o afectar los derechos de acceso al punto de la red de transporte otorgados en virtud del permiso de acceso del proyecto y (iii) se ordene a Red Eléctrica que, si se dieran las circunstancias para que el nudo sea reservado para concurso de conformidad con el artículo 18 del Real Decreto 1183/2020, no realice la comunicación prevista en el artículo 20.3 del Real Decreto 1183/2020 a la Secretaría de Estado indicando que el nudo reúne los requisitos para ser reservado para concurso.

SEGUNDO. Interposición del conflicto por parte de FORNAX ONE SUN, S.L.

El mismo 29 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 FORNAX ONE SUN, S.L, (en adelante, "FORNAX"), 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 FORNAX expone idénticos hechos y fundamentos jurídicos, en relación con la instalación fotovoltaica Valdemoro VI.

TERCERO. Acumulación de los conflictos.

A la vista de que ambos solicitantes (CEFEO y FORNAX) comparten domicilio y administrador, que ambas instalaciones pretenden conectarse en el mismo nudo de Valdemoro 220kV y que los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos son idénticos, se procede a la acumulación de oficio de los expedientes, ya que guardan íntima conexión exigida por el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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

A la vista de los escritos de conflicto y de la documentación aportada por CEFEO y FORNAX, 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.

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.

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 falta de emisión de una declaración de impacto ambiental (DIA), con independencia de la eficacia temporal que tenga dicho acto administrativo y, en particular, con independencia de la posible eficacia retroactiva de una declaración de impacto ambiental favorable.

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, CEFEO y FORNAX disponían de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 18 de marzo de 2020.

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 declaran CEFEO y FORNAX en la indicada fecha el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid no había emitido declaración de impacto ambiental para ninguna de las dos instalaciones. Alegan las promotoras que ha sido por falta de diligencia de la Administración autonómica. La presente vía de conflicto no puede entrar a valorar dicha circunstancia.

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).

El sentido literal del artículo 1.2 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 dispusieron de declaración de impacto ambiental favorable, cuál 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 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 conforme a Derecho.

Además, la misma no vulnera el derecho de acceso, desde el mismo momento en que la configuración legal del indicado derecho, 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. 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, en su condición de gestor de la red, se limita a constatar, de forma correcta, si se ha producido la declaración de impacto ambiental y si la misma es favorable e informar por razones de seguridad jurídica al promotor que los permisos de acceso y conexión están caducados automáticamente, sin margen alguno de índole jurídica para evitar tal conclusión.

Si tal consecuencia, claramente establecida por la norma con rango de Ley, es o no contraria al principio de proporcionalidad no es cuestión que se pueda solventar en vía de conflicto.

Finalmente ha de indicarse que la doctrina citada por CEFEO y FORNAX recaída en otros conflictos no es aplicable al presente puesto que, como se ha indicado, el sentido literal de la norma aplicable es tan claro que no es necesario realizar ninguna labor interpretativa lo que conlleva que no tiene sentido debatir sobre si dicha interpretación es más o menos restrictiva del derecho de acceso. Como se ha señalado, la configuración legal del derecho de acceso incluye como elemento esencial del mismo la caducidad automática cuando se incumple cualquiera de los hitos establecidos, con independencia de las causas que hayan generado tal incumplimiento. Se trata de una caducidad automática y objetiva, al ser independiente de la actuación del promotor.

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 2807923004202200539), 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”.

A la anterior conclusión ha de añadirse que en el presente conflicto lo que CEFEO y FORNAX solicitan como medida provisional es que esta Comisión inaplique el entero régimen jurídico del derecho de acceso, al solicitar, incluso, que se ordene a REE no remitir al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico el informe previsto en el artículo 20.3 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica. Lógicamente tal pretensión excede del ámbito propio de un conflicto de acceso.

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 los conflictos de acceso acumulados a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteados por CEFEO SIGLO XXI, S.L. y FORNAX ONE SUN, S.L. con motivo de las comunicaciones del gestor de red por la que informa de la caducidad del permiso de acceso y conexión de sus instalaciones “Valdemoro V” y “Valdemoro VI”.

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

CEFEO SIGLO XXI, S.L.

FORNAX ONE SUN, S.L.

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.