

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR FOTONES DEL ATLÁNTICO, 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 FOTOVOLTAICA "GRAN FREGACEDOS".

(CFT/DE/121/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xabier Ormaetxea Garai

Consejeros

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 20 de julio de 2023.

Visto el expediente relativo al conflicto presentados por FOTONES DEL ATLÁNTICO, 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 5 de abril 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 FOTONES DEL ATLÁNTICO, S.L. (en adelante, "FOTONES"), 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 del 15 de marzo, en la que informa de la caducidad de su permiso de acceso y conexión, al no haber acreditado el

cumplimiento 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 FOTONES expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Que REE le otorgó permiso de acceso el día 17 de junio de 2020 para su instalación fotovoltaica “Gran Fregacedos” de 133 MW (folio 21 del expediente)
- Que el 15 de marzo de 2023, recibió comunicación de REE sobre la caducidad por incumplimiento del segundo hito del RD-I 23/2020.
- Que **el órgano ambiental no ha formulado declaración de impacto ambiental (DIA) dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 b) del RD-I 23/2020.**
- A juicio de FOTONES, se ha superado el plazo para emitir declaración de impacto ambiental -de un mes- y además el silencio administrativo es, en este caso, positivo por aplicación directa de lo previsto en el artículo 4 del Reglamento (UE) 2022/2577, del Consejo de 22 de diciembre de 2022.
- Así, entiende la representación de FOTONES que sí disponía de declaración de impacto ambiental a tiempo y que REE no puede más que anular su propia declaración de caducidad.
- Seguidamente entiende que el *dies a quo* no es el establecido por REE, sino que debe aplicarse la doctrina de la CNMC en relación con la fecha de obtención de los permisos de acceso a la red de distribución.

Por todo ello, concluye solicitando:

- (i) Anule y deje sin efecto la caducidad acordada por Red Eléctrica de España en la tramitación del permiso de acceso del proyecto denominado Gran Fregacedos.
- (ii) Considere expresamente acreditado el cumplimiento del segundo hito previsto en el artículo 1 del Real Decreto 23/2020, esto es, la obtención de la Declaración de Impacto Ambiental favorable.
- (iii) Subsidiariamente, acuerde la aplicación de la tesis por la que se considera como *dies a quo* para el cómputo de los hitos previstos en el artículo 1 del Real Decreto 23/2020 el pago de los presupuestos asociados a las condiciones técnicas y económicas de acceso y conexión, esto es, haga extensiva la interpretación de la CNMC a los permisos de acceso y conexión obtenidos a la red de transporte.
- (iv) En cualquier caso, se le requiera a Red Eléctrica de España para que indemnice los daños y perjuicios causados y, en concreto, los costes en los que ha incurrido la entidad mercantil compareciente desde la errónea declaración de caducidad del permiso de acceso y conexión.

Por Otrosí tercero solicita, sin fundamentación jurídica alguna, medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la resolución.

SEGUNDO. Requerimiento de subsanación

Con fecha 10 de abril de 2023 se requirió la subsanación de la acreditación de la representación por parte de FOTONES. Con fecha 28 de abril de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de subsanación en el que se aporta la documentación requerida.

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

A la vista del escrito de conflicto y de la documentación aportada por FOTONES, 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.

CUARTO. 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 obstante lo anterior, es preciso señalar que la normativa europea citada por FOTONES no es de aplicación al presente caso. El artículo 4.3 del Reglamento (UE) 2022/2577, del Consejo de 22 de diciembre de 2022, citado por FOTONES establece:

3. Por lo que se refiere al proceso de concesión de autorizaciones para la instalación de equipos de energía solar, *entre otros para*

autoconsumidores de energías renovables, con una capacidad igual o inferior a 50 kW, la falta de respuesta por parte de las autoridades o entidades pertinentes en el plazo de un mes a partir de la solicitud dará lugar a que el permiso se considere concedido, siempre que la capacidad de los equipos de energía solar no supere la capacidad existente de conexión a la red de distribución.

Como se puede apreciar, el indicado plazo de un mes se aplica exclusivamente a instalaciones de autoconsumo de capacidad igual o inferior a 50kW. La instalación promovida por FOTONES ni es de autoconsumo y tiene una capacidad asignada de 133MW, es decir, más de dos mil veces la capacidad máxima de 50kW.

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, FOTONES disponía de permiso de acceso para su instalación fotovoltaica otorgado por REE el día 17 de junio de 2020.

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.

En este punto no hay debate alguno. En la red de transporte, REE siempre y en todo momento ha indicado con claridad cuál era el permiso de acceso porque la normativa vigente con anterioridad al Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, no se vio afectada ni modificada. En consecuencia, no ha lugar a la aplicación de la doctrina de la CNMC sobre *dies a quo* en la red de distribución. Así se ha indicado expresamente en el Fundamento Jurídico 4º de la Resolución de la CNMC de 23 de febrero de 2023 (expediente CFT/DE/173/22):

“Sin embargo, la situación descrita varió con la entrada en vigor el día 6 de julio de 2007 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (Ley 17/2007), por la que se modifica, entre otros, el artículo 42.2 de la Ley 54/1997, de forma que a partir de esa fecha “para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente”; produciéndose por tanto y a partir de ese momento, la inversión del orden de solicitud de los permisos de acceso y conexión en las redes de distribución, debiendo solicitarse en primer lugar la conexión y, con posterioridad, el acceso. **Esta modificación no afectó a la red de**

transporte, en la que se siguió manteniendo el orden original – primero, solicitud de acceso y, después, solicitud de conexión-“.

Según declara la propia FOTONES, el órgano ambiental competente (al que confunde en varias ocasiones) no ha formulado declaración de impacto ambiental (DIA) dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 b) del RD-I 23/2020.

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 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.

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

Se plantea también que se adopte, por parte de esta Comisión, medida provisional (erróneamente señalada como cautelar) consistente en conservar en suspender la ejecutividad de la resolución de REE.

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 ha evaluado 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, ha procedido a publicar 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 FOTONES DEL ATLÁNTICO, S.L., con motivo de la comunicación del gestor de red por la que informa la caducidad del permiso de acceso de su instalación fotovoltaica “Gran Fregacedos”.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada: FOTONES DEL ATLÁNTICO, 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.