

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR GOLF JANDIA, S.L. CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN POR PARTE DE RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PERMISO DE ACCESO Y CONEXIÓN PARA SU INSTALACION EÓLICA COSTA CALMA I DE 18MW.

(CFT/DE/145/24)

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 5 de julio de 2024.

Vista la solicitud de GOLF JANDIA, S.L., por la que se plantea conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., 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 DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

El 23 de mayo de 2024, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la representación legal de la sociedad GOLF JANDÍA, S.L. (en adelante, "GOLF JANDIA"), 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 fecha 24 de abril de 2024, en la que informa

de la caducidad automática de sus permisos de acceso y conexión, de conformidad con 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-L 23/2020), en concreto, por no haber aportado en tiempo y forma la Declaración de Impacto Ambiental favorable.

La representación de GOLF JANDIA expone los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

- Con fecha 23 de julio 2021, REE otorgó permiso de acceso a la Red de transporte para la instalación de generación Parque Eólico Costa Calma I de 18 MW, en la SET Matas Blancas 132 kV, municipio de Pájara.
- Que la solicitud de la Declaración de Impacto Ambiental es solicitada con su modificado el 15 de diciembre de 2021, esto es, con 26 meses de antelación a la fecha del cumplimiento del Hito 2º.
- Que ante el excesivo retraso en la resolución de la DIA, se ha solicitado hasta en tres ocasiones el impulso de Expediente Administrativo, solicitando, además, que la resolución se emitiera con carácter retroactivo.
- Que con fecha 5 de abril de 2024, se notifica por REE comunicación para que en el plazo de 15 días naturales se acredite el hito administrativo correspondiente a la obtención de la DIA favorable, dentro del plazo de 31 meses establecido en el RDL 23/2020. En este caso, como el permiso de acceso y conexión se obtuvo con fecha 23 de julio 2021 el cumplimiento del Hito 2º debería ser acreditado con anterioridad al 23 de febrero de 2024.
- Frente a dicha comunicación, se formula por GOLF JANDIA escrito de alegaciones en el que se manifiesta que, si bien es cierto que no se puede acreditar el cumplimiento del Hito 2º, no es menos cierto que la imposibilidad de cumplimiento es por causas ajenas a su voluntad, como consecuencia de un retraso en la Administración ya que la DIA se solicitó por su parte con 26 meses de antelación al cumplimiento del hito 2º.
- No obstante, el 24 de abril de 2024, REE procedió a comunicar la caducidad de los permisos de acceso y conexión de su instalación.

En atención a estos hechos, GOLF JANDIA alega los siguientes fundamentos jurídicos:

- Que Golf Jandía actuó con la diligencia debida, toda vez que se solicitó la resolución de la DIA con 26 meses de antelación, e igualmente, solicitó hasta en tres ocasiones el impulso del Expediente, llegando a interponerse un Recurso Contencioso Administrativo contra la inactividad

del Gobierno de Canarias con la pretensión que se obligue a la Administración a resolver de forma expresa; además, se solicitó igualmente que se realizara con efectos retroactivos, por lo que, si bien es cierto que por esta parte no se puede acreditar, a día de hoy, el cumplimiento del hito 2º, no es menos cierto que la imposibilidad del cumplimiento, por el momento, es por causas ajenas a su voluntad.

- Dicha actuación lesiona los principios de buena fe, eficacia y confianza legítima, según ha reconocido la CNMC en determinados supuestos en los que ha resuelto de manera favorable cuando se planteaban sobre resoluciones retroactivas, por lo que se concluye que el hito 2º no ha finalizado dado que pues las resoluciones posteriores si tuvieran efectos retroactivos serían plenamente válidas y eficaces.
- Sobre la adopción de medidas provisionales, se solicita se adopte medida cautelar consistente en la no caducidad del permiso y por tanto del afloramiento de potencia hasta que se resuelva de manera expresa por parte del Gobierno de Canarias la DIA, pues la misma ha sido solicitada con efecto retroactivo, y, en el presente caso, la declaración de la caducidad y el afloramiento de la potencia supondría la imposibilidad a posteriori de ejecutar la misma.
- Alega la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada en cuanto que, según jurisprudencia que cita al efecto, no puede ser la propia Administración, la que amparándose en su propia inactividad proceda a la caducidad de su permiso de acceso y conexión.
- Sobre la suspensión de la caducidad y de conformidad con los términos del artículo 117.1 de la Ley 39/2015, ha quedado acreditado que, de ejecutarse la resolución, se causarían a esta parte perjuicios de imposible o difícil reparación, así como que no se satisficiera el interés público, más bien al contrario, dichos perjuicios se identifican como la imposibilidad a posteriori, aun recibiendo la DIA con efectos retroactivos, de ejecutar el Parque Eólico proyectado. Además, existe causa de nulidad de pleno derecho invocada que justifica la suspensión de la resolución.

Por todo ello, concluye solicitando se acuerde conceder el permiso de acceso y conexión una vez se conceda la DIA con carácter retroactivo sin que se proceda a liberar la potencia por falta de cumplimiento del hito, y en consecuencia ser adjudicada a un tercero.

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

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

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 24 de abril de 2024, por la que se declara automáticamente la caducidad de los permisos de acceso y conexión, no pudiendo ser objeto de conflicto la actuación del órgano ambiental o sustantivo competente sobre la emisión de la declaración de impacto ambiental (DIA) o sobre su tramitación.

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.

Hay que indicar con carácter previo que el presente conflicto es similar a los ya resueltos por la Sala en relación con la comunicación de caducidad de permisos de acceso y conexión cuando no se ha emitido en tiempo el acto administrativo correspondiente, en este caso la DIA. En puridad lo que solicita GOLF JANDIA es que se suspenda la efectividad de la declaración de la caducidad hasta que la Administración competente emita la DIA por si la misma fuera favorable y retroactiva.

Esta solicitud no puede ser atendida.

Ha quedado acreditado que GOLF JANDIA disponía de permiso de acceso para su instalación eólica otorgado por REE desde el día 23 de julio de 2021.

Por ello era de aplicación el inciso del artículo 1.1 del RD-L 23/2020 que establece:

Aquellos titulares de permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica que sean otorgados desde la entrada en vigor de este real decreto-ley deberán cumplir los hitos administrativos previstos en el apartado b), computándose los plazos desde la fecha de obtención de los permisos de acceso

Siendo los plazos del apartado b) los siguientes:

- 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.

En consecuencia, debía contar a fecha 23 de febrero de 2024, con DIA favorable. Según declara la propia GOLF JANDIA, el órgano ambiental competente del Gobierno de Canarias no ha formulado declaración de impacto ambiental (DIA) dentro del plazo establecido en el artículo 1.1 del RD-I 23/2020. Es más, a la fecha de presentación del presente conflicto -23 de mayo de 2024 - aún no se había emitido tal declaración, es decir, tres meses después de cumplido el plazo.

Por tanto, la primera conclusión es que a día 23 de febrero de 2024, el hito no estaba cumplido, sin que tampoco lo esté en el momento de interponer el presente conflicto de acceso.

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 absolutamente claro y no requiere de ningún tipo de labor interpretativa. De conformidad con lo anterior, el promotor que incumple en tiempo y forma uno de los hitos administrativos, cuál es el caso como se acredita en la documentación aportada, ha 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

cumplimiento del hito 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 consistente en la suspensión de la ejecución de la resolución de REE hasta tanto el Gobierno de Canarias resuelva la DIA.

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 la misma línea, más recientemente, establece el Auto 01216/2023 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2023 (Roj AAN 8540/2023- ECLI:ES:AN:2023:8540A, CENDOJ 28079230042023201044), dictado en pieza separada de adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo 1095/2023, frente a la Resolución de 8 de junio de 2023 (expediente CFT/DE/074/23) lo siguiente:

“Por otro lado, en caso de que finalmente, después de cumplir con todos esos hitos, se mantuviera el permiso de acceso, se le otorgaría la capacidad correspondiente, y en caso de haberse adjudicado a terceros indebidamente podría acordarse la anulación de los permisos y actos ejecutados como consecuencia de esa adjudicación, de modo que el recurso no perdería su finalidad. Y, en todo caso, los posibles perjuicios siempre podrían ser objeto de reparación mediante la correspondiente indemnización económica o a través de alguna otra solución técnica que pueda arbitrarse (en este sentido, AAN, 4ª de 29 de julio de 2022 -rec. 1274/2022-).”

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 GOLF JANDIA, S.L. con motivo de la comunicación del gestor de red de la caducidad de los permisos de acceso y conexión de su instalación Parque Eólico Costa Calma I de 18 MW.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a GOLF JANDIA, S.L.

Comuníquese a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. 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.