



Roj: **SAN 7067/2024 - ECLI:ES:AN:2024:7067**

Id Cendoj: **28079230042024100741**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/12/2024**

Nº de Recurso: **820/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000820/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 0006395/2020

Demandante: RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A

Procurador: ARTURO ROMERO BALLESTER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: EDP RENOVABLES ESPAÑA SLU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D.ª. CARMEN ALVAREZ THEURER

D.ª. ANA MARTÍN VALERO

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

Madrid, a once de diciembre de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) ha visto los autos del recurso contencioso-administrativo n.º **820/2020**, interpuesto por **Red Eléctrica de España, S.A.U. (REE)**, que interviene representada por D. Arturo Romero Ballester (en sustitución de D. Luis Fernando Granados Bravo) y defendida por D. Gervasio Martínez-Villaseñor Fernández y D. Gonzalo Rubio Hernández-Sampelayo, contra la Resolución dictada en 24 de abril de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el conflicto de acceso con referencia CFT/DE/042/19, motivado



por la denegación dada por Red Eléctrica de España, S.A.U. a la solicitud de acceso formulada por la entidad EDP Renovables España, S.L.U. (EDP) a la subestación Carmona 400 kV respecto de las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Ha sido parte codemandada EDP, representada por D.^a Cristina Deza García y defendida por D. Antonio Perales Pizarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 31 de julio de 2020, Red Eléctrica de España, S.A.U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución dictada en 24 de abril de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en el conflicto de acceso con referencia CFT/DE/042/19, motivado por la denegación dada por REE a la solicitud de acceso formulada por la entidad EDP a la subestación Carmona 400 kV respecto de las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II.

2. Por decreto de 26 de agosto de 2020 se admitió a trámite el recurso.

3. El 12 de noviembre de 2020, REE formuló demanda por la que solicitó que se dictara sentencia acordando:

"? Declarar la invalidez de la Decisión Impugnada (i.e., los apartados segundo a cuarto de la parte dispositiva de la Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., motivado por la denegación dada a la solicitud de acceso de EDP RENOVABLES ESPAÑA, S.L.U. a la Subestación de Carmona 400 kV respecto a las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II, de 24 de abril de 2020).

? Declarar la invalidez de la Manifestación Discutida (i.e., el antepenúltimo párrafo del Fundamento de Derecho noveno de la Resolución recién citada), y ello solo en el supuesto de que se considere que goza de algún género de potencial eficacia respecto de los derechos e intereses legítimos de REE y EDP".

4. El 4 de marzo de 2021, la Administración contestó a la demanda y solicitó la desestimación del recurso.

5. El 8 de abril de 2021, EDP contestó a la demanda y solicitó la desestimación del recurso.

6. Por providencia de 12 de abril de 2021 se resolvió sobre la prueba con el resultado que obra en autos.

7. Concluidas las actuaciones, por providencia de 2 de diciembre de 2024 se señaló el día 4 de diciembre de 2024 para la votación y fallo del recurso.

8. El 4 de diciembre de 2024 se votó y falló el recurso con el resultado que se expresará a continuación.

Ha sido Magistrado ponente D. Rafael Villafañez Gallego, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

1. Red Eléctrica de España, S.A.U. impugna la Resolución dictada en 24 de abril de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en el conflicto de acceso con referencia CFT/DE/042/19, motivado por la denegación dada por REE a la solicitud de acceso formulada por la entidad EDP a la subestación Carmona 400 kV respecto de las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II.

2. La parte actora solicita la anulación del acto impugnado.

3. La Administración y EDP interesan la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Posición de las partes.

4. La parte actora fundamenta la estimación del recurso en los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- La decisión impugnada es de contenido imposible

Segundo.- La decisión impugnada es incongruente con las pretensiones deducidas por EDP Renovables España, S.L.U. y ha socavado la legítima defensa de Red Eléctrica de España, S.A.U. en el seno del procedimiento de conflicto.

Tercero.- Subsidiariamente, la decisión impugnada es contraria al régimen jurídico que disciplina el acceso de terceros a la red de transporte.

Cuarto.- Subsidiariamente, la decisión impugnada es arbitraria, en tanto que carente de fundamento.

Quinto.- El antepenúltimo párrafo del fundamento de derecho noveno (FD 9) de la Resolución de la CNMC no es conforme a Derecho.

5. La Administración se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

Primero.- La resolución recurrida no tiene un contenido imposible.

Segundo.- Inexistencia de incongruencia.

Tercero.- Legalidad de la resolución recurrida: la estimación parcial del conflicto de acceso es conforme a Derecho.

Cuarto.- Inexistencia de arbitrariedad.

6. EDP se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

Primero.- La resolución recurrida no tiene un contenido imposible.

Segundo.- La resolución recurrida no es incongruente con las pretensiones deducidas por EDP ni ha socavado la legítima defensa de REE en el seno del procedimiento de conflicto.

Tercero.- La decisión impugnada se ajusta plenamente al régimen jurídico que disciplina el acceso de terceros a la red de transporte garantizando en todo momento la igualdad de todos los sujetos intervinientes.

Cuarto.- La decisión impugnada no es arbitraria, se encuentra totalmente motivada y se ajusta a derecho.

Quinto.- Conformidad a Derecho de la remisión de la CNMC a las responsabilidades de derecho privado para el caso de que no se libere o aflore capacidad en el nudo de Carmona 400 kV en el plazo de 12 meses desde la notificación de la resolución.

TERCERO.- Antecedentes de interés.

7. Para la decisión del recurso debemos tener en cuenta los siguientes antecedentes de interés:

i. Entre el 26 de junio de 2018 y el 16 de octubre de 2018, REE registró -si bien a título individual a falta de designación de Interlocutor Único de Nudo (IUN)- un conjunto de solicitudes individuales de acceso al nudo de Carmona 400 kV, cuya suma de potencias comportaba la saturación del nudo. Todas ellas en el marco de la inclusión de la ampliación de Carmona 400kV en la Modificación Puntual de la Planificación Energética 2015-2020 publicada el día 3 de agosto de 2018.

ii. REE se dirigió a la Junta de Andalucía (31 de julio, 17 de septiembre y 16 de octubre de 2018) a fin de solicitar información "para la definición de Interlocutor Único de Nudo (IUN) en Carmona 400 kV".

iii. El 30 de octubre de 2018, la Administración autonómica informó, en síntesis, que: a) "esta Dirección General no es competente en nudos de 400 kV, (...) en instalaciones de transporte primario peninsular y acometidas de tensión igual o superior a 380 kV el competente es la Administración General del Estado"; b) "ha de ser responsabilidad de los titulares de las centrales de generación la designación de un interlocutor por acuerdo entre ellos"; c) "se considera que, sobre instalaciones afectadas en nudos asociados que debieran tenerse en cuenta en la designación de la figura del interlocutor único de nudo el competente para conocer las posibles afecciones en dicha interlocución es Red Eléctrica de España, dado que es el receptor de las solicitudes de acceso, haya designación o no de interlocutor único de nudo"; y d) "con el objeto de que los titulares (...) no vean paralizados sus trámites (...), se comunica que, (...) casos en los que todas las instalaciones que se consideren afectadas por dicha figura de Interlocutor Único de posiciones en las que REE constatare que concurre un único titular, esta Dirección no realizará observaciones a que sea considerado como tal por parte de Red Eléctrica".

iv. Con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, que permitía la consideración como planificadas de nuevas posiciones en su disposición adicional cuarta, la sociedad EDP cursó dos solicitudes de acceso (Cantillana I el 12 de noviembre de 2019 y Cantillana II el día 21 de febrero de 2020) a una nueva posición en el nudo de Carmona 400 a REE -a falta de designación de IUN- con pleno cumplimiento de los requisitos normativos con anterioridad a que fuese recibida en REE la solicitud de acceso coordinado del IUN de Carmona.

v. Con anterioridad a la primera solicitud de acceso de EDP (Cantillana I) ya se habían registrado una serie de solicitudes individuales de acceso al nudo de Carmona 400 kV, en los términos planificados de conformidad con la Modificación de la planificación publicada el día 3 de agosto de 2018 que suponían la saturación de la capacidad prevista en dicha modificación para la ampliación de la subestación. Estas solicitudes quedaron "pendiente de tramitación coordinada por IUN".



vi. El 23 de abril de 2019, mediante comunicación informativa, REE resolvió las solicitudes de acceso manifestando: "Teniendo en cuenta la generación solar fotovoltaica que cuenta con permiso de acceso no existe margen admisible adicional para la generación de la Tabla 1 [Cantillana I y II]. En consecuencia, el acceso de las instalaciones de la Tabla 1, que aquí se contestan, no resulta viable por exceder de la máxima capacidad para generación no gestionable en Carmona 400 kV".

vii. El 23 de mayo de 2019, EDP interpuso conflicto de acceso ante la CNMC con motivo de la denegación a la pretensión de obtener permiso de acceso y conexión en el nudo de Carmona 400 Kv para las plantas fotovoltaicas denominadas «Cantillana I y II» de 100 y 150 MW de potencia cada una de ellas.

viii. La Resolución dictada en 24 de abril de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC puso fin al conflicto de acceso, acordando en su parte dispositiva lo siguiente:

"Primero. Declarar conforme a Derecho la comunicación de REE de 23 de abril de 2019 DDS.DAR.19_2173, en la que se deniega el acceso solicitado por EDP a sus instalaciones Cantillana I y II, así como la comunicación de 10 de abril de 2019 DDS.DAR.19_1942 en la que se otorga permiso de acceso a una serie de instalaciones que agotan la capacidad del nudo Carmona 400kV.

Segundo. Reconocer el derecho de acceso a la red de transporte - en el nudo de Carmona 400 Kv- a la sociedad EDP para sus instalaciones denominadas Cantillana I y II.

Tercero. Reconocer a EDP, a fin de materializar el referido derecho de acceso, una prioridad de acceso respecto a cualquier capacidad nueva o que aflore en el nudo de Carmona 400 kV hasta el límite de 250MW nominales, solicitado por Cantillana I y II (250 MW), durante un periodo de tiempo de doce meses a contar desde la notificación de la presente resolución.

Cuarto. Requerir a REE que proceda a publicar en su web en relación con el nudo de Carmona 400kV la existencia de una prioridad de acceso a favor de EDP".

ix. Según la CNMC, por una parte, los sujetos integrantes del contingente que resultó adjudicatario de la capacidad del nudo presentaron sus solicitudes individuales de forma preferente a las de EDP (FD 9). "No hay duda de que sus solicitudes son preferentes en relación con las de EDP" afirma la CNMC en el FD 9.

x. Por otra parte, la CNMC constató que, con anterioridad a la primera solicitud de acceso de EDP (Cantillana I), ya se habían registrado una serie de solicitudes individuales de acceso al nudo de Carmona 400 kV, en los términos planificados de conformidad con la Modificación de la planificación publicada el día 3 de agosto de 2018 que suponían la saturación de la capacidad prevista en dicha modificación para la ampliación de la subestación (FD 7). "Las solicitudes individuales ya registradas superaban considerablemente la capacidad máxima del nudo" afirma la CNMC en el FD 9.

xi. Sin embargo, la CNMC apreció que concurría en este caso una colisión de derechos imputable, en buena parte, a una gestión negligente por parte de REE en el procedimiento de acceso, que debía resolverse intentando salvaguardar los derechos de todos los solicitantes que se habían visto de una forma u otra lesionados por la actuación de REE (FD 9).

xii. Según la CNMC, la negligencia por parte de REE en el procedimiento de acceso consistió en que EDP fue requerido para el cumplimiento de pretensiones inviables en ese momento procedimental (tramitación a través de IUN que no fue comunicado por REE) y para incrementar su petición a un nudo ya por entonces saturado, en virtud de una errónea interpretación de lo que significaba la posibilidad de incluir en la planificación posiciones adicionales en los términos previstos en la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 15/2018. Adicionalmente, se le privó de una información que le hubiese permitido participar en la toma de una serie de decisiones que se materializó en la solicitud coordinada de acceso de 22 de febrero de 2019 (FD 9).

xiii. Por ello, y para evitar perjuicio a unos titulares ajenos a las decisiones de REE, la CNMC validó la asignación de capacidad efectuada a través de la comunicación informativa de fecha 10 de abril de 2019, pero al mismo tiempo reconoció el derecho de acceso de EDP al nudo de Carmona 400kV, al considerar que el solicitante había cumplido todos y cada uno de los requisitos exigibles por la normativa y que, al tiempo de la solicitud, hubiera podido acceder al reparto de capacidad que aún no estaba fijado (FD 9).

xiv. Ahora bien, teniendo en cuenta que en ese momento no existía capacidad en la que materializar el indicado derecho de acceso sin reducir los derechos de terceros, la CNMC acordó en el FD 9 de su resolución que el acceso reconocido a las instalaciones promovidas por EDP se tendría que materializar a través de los siguientes mecanismos, a saber:

a) Asignación a EDP de cualquier capacidad liberada en el nudo de Carmona 400 kV, por efecto de renunciaciones de los actuales adjudicatarios, así como cualquier otra circunstancia por la que aflorara capacidad, hasta el

límite de las capacidades solicitadas para las instalaciones denominadas Cantillana I y II de 100 y 150 Mw, respectivamente. Dicha prioridad de asignación de capacidad liberada se debería observar por parte de REE durante un periodo de doce meses a contar desde la fecha de notificación de la resolución.

b) Tratándose de sociedades mercantiles, en el supuesto de que la asignación, por efecto del transcurso del tiempo, deviniera imposible en su cumplimiento, el perjuicio causado a EDP debería resarcirse a través de instrumentos de derecho privado.

xv. Finalmente, la CNMC ordenó a REE que pub en su página web la situación del nudo Carmona 400kV derivada del presente conflicto (FD 9).

CUARTO.- Sobre la imposibilidad de la resolución recurrida.

8. Según REE, si el Punto de la Red de Transporte no cuenta con capacidad, no es fáctica, física y jurídicamente posible otorgar acceso en dicho punto. Y esta imposibilidad no se supera, en su opinión, por razón de que el derecho de acceso reconocido a EDP se reconozca pro futuro, pues tal reconocimiento, dada su ambigüedad, resulta incomprensible y basado en una predicción carente de soporte circunstancial.

9. Para la Administración y EDP, la resolución no tiene un contenido imposible. No lo tiene materialmente porque aunque reconoce que EDP no puede acceder de momento a la red de transporte (porque la capacidad está agotada), admite que podrá hacerlo en cuanto haya esa capacidad (en los términos en que se especifica en los apartados segundo a cuarto de la parte dispositiva de la resolución). Y no lo tiene jurídicamente porque se trata de una solución habitual en conflictos de acceso, que ya ha sido aplicada desde hace tiempo por la CNMC y que REE conoce perfectamente.

10. Según el art. 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los actos de las Administraciones Públicas que tengan un contenido imposible son nulos de pleno derecho.

11. Como ponen de relieve la Administración y EDP, la causa de nulidad alegada por REE ha sido apreciada restrictivamente por la jurisprudencia. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible, afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 (rec. 91/2016, FJ 8) ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

12. En el presente caso, el acto impugnado no tiene un contenido físicamente imposible, pues se limita a reconocer un derecho de acceso condicionado a la liberación o afloramiento de capacidad que en el momento de dictarse la resolución se encuentra agotada.

13. No concurre aquí, por tanto, ni la inadecuación total y originaria del acto a la realidad física sobre la que recae, ni una imposibilidad lógica, ni indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto, que son los supuestos de imposibilidad caracterizados por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017, rec. 91/2016, FJ 8).

14. Por lo que se refiere a la imposibilidad jurídica, la jurisprudencia ha subrayado que la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley 39/2015 debe ser de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017, rec. 91/2016, FJ 8).

15. Por tanto, el ajuste del acto impugnado a la legalidad habrá de dilucidarse con ocasión del examen de los restantes motivos de impugnación, sin que resulte posible apreciar su nulidad a partir de las alegaciones de la demanda sobre la imposibilidad de carácter jurídico.

16. Se desestima el motivo de impugnación.

QUINTO.- Sobre la incongruencia de la resolución recurrida y sobre la indefensión originada a REE.

17. Según REE, la resolución impugnada es incongruente porque, al reconocer un derecho de acceso prioritario y *pro futuro* en el Punto de la Red de Transporte vinculado a un eventual incremento o liberación de capacidad, ha ido más allá de lo solicitado por EDP y de lo discutido en el procedimiento.

18. Además, sostiene que se le ha causado una situación de indefensión, porque la CNMC ha modificado las pretensiones de EDP y, además, lo ha hecho sin dar audiencia previa a REE a fin de garantizar su derecho de defensa.

19. Según la Administración y EDP no existe incongruencia ni indefensión porque la CNMC ha resuelto estimar en parte el conflicto de acceso planteado por EDP y lo ha hecho a partir de los mismos elementos sobre los que REE pudo evacuar sus alegaciones durante la tramitación del expediente administrativo.



20. Señala la Administración que estimar en parte una solicitud de acceso, respecto de la capacidad que pueda aparecer en el plazo de un año, no es incongruencia. Y según EDP, en ningún caso se le ha producido indefensión a REE puesto que a lo largo de todo el procedimiento administrativo ha podido ejercer su derecho de defensa y realizar las alegaciones oportunas.

21. El art. 88.2 de la Ley 39/2015 establece que, en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

22. En este caso, la resolución recurrida se ha pronunciado sobre una pretensión formulada por EDP, pues el conflicto planteado tenía por objeto que se le permitiera el acceso a la Subestación de Carmona 400 kV respecto a las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II, de 24 de abril de 2020) y la CNMC le ha reconocido dicho acceso, si bien de forma condicionada (como una prioridad de acceso respecto a cualquier capacidad nueva o que aflore en el nudo de Carmona 400 kV hasta el límite de 250MWnominales, solicitado por Cantillana I y II (250 MW) y temporal (doce meses a contar desde la notificación de la resolución).

23. Según el Tribunal Supremo, quien pide lo más también pide, al menos implícitamente, lo menos. Por eso, si la parte pide expresamente lo máximo, esto es, que resolvamos ahora directamente el tema litigioso en cuanto al fondo, puede entenderse que también pide, al menos de forma implícita y subsidiaria, lo mínimo (por ejemplo, en sentencia de 15 de diciembre de 2021, rec. 41/2020, FJ 2).

24. Por tanto, al aplicar el principio general de que quien pide lo más pide lo menos y estimar en parte el conflicto de acceso planteado por EDP en el sentido impuesto, la resolución impugnada no puede ser tachada de incongruente. Otra cosa distinta es que ese menos sea procedente, cuestión que será examinada en el siguiente fundamento jurídico.

25. Por otra parte, el art. 88.1, segundo párrafo, de la Ley 39/2015 establece que, cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

26. En este caso, la parte actora sostiene que el pronunciamiento de la CNMC debe calificarse de cuestión conexa, por lo que debió concederse el trámite de audiencia previsto en la Ley 39/2015. Al no haberse acordado en este sentido, se le ha causado una situación de indefensión.

27. No compartimos la premisa que sirve de fundamento a esta parte del motivo de impugnación. Coincidimos en este punto con EDP en que, al resolver sobre el conflicto de acceso en la forma en que lo hizo, estaba pronunciándose sobre su objeto principal y no sobre una cuestión colateral, accesoria o conexa al mismo.

28. Además, como señala la Administración, la CNMC resolvió el conflicto de acceso a partir de los elementos que obraban en las actuaciones, respecto de los que no se alega que no pudiera articular su defensa con plenas garantías.

29. Se desestima el motivo de impugnación.

SEXTO.- Sobre la conformidad de la decisión impugnada al régimen jurídico que disciplina el acceso de terceros a la red de transporte.

30. Sostiene REE que la resolución impugnada no resulta conforme al régimen jurídico que disciplina el acceso de terceros a la red de transporte.

31. En primer lugar, porque reconoce el acceso de los proyectos promovidos por EDP en un punto de la red de transporte en el que no hay capacidad, infringiendo así los artículos 38.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y 52.2 del 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 (Real Decreto 1955/2000).

32. En segundo lugar, porque no hay norma alguna que habilite a REE o a la CNMC a reconocer un acceso prioritario y *pro futuro* cuando la correspondiente solicitud ha sido denegada como consecuencia de la falta de capacidad en el punto solicitado. En su opinión, la denegación de las solicitudes de acceso determina el fin del procedimiento y su decaimiento, sin que de tal denegación surja ventaja alguna para el interesado.

33. En tercer lugar, porque la resolución impugnada se funda en el análisis de capacidad, sino en una simple especulación sobre qué habría ocurrido si el devenir de la solicitud de acceso de EDP hubiera sido diferente, y en una previsión de futuro, consistente en que se incremente o libere capacidad. Esta previsión de futuro, en



- su opinión, constituye una decisión arbitraria y ajena al régimen de acceso y, además, vulnera los principios de igualdad, objetividad y transparencia que disciplinan el acceso de terceros a la red.
34. Además, REE alega que la resolución impugnada rompe la igualdad entre los sujetos con derecho de acceso, situando a EDP en una posición de privilegio, a quien se garantiza una suerte de reserva virtual de capacidad. A pesar de que la solicitud de acceso de EDP se denegó debidamente, se posiciona a esta compañía en una situación de ventaja frente a sus eventuales competidores (incluyendo a los terceros solicitantes del Punto de la Red de Transporte). Por consiguiente, REE considera que la resolución es contraria a los artículos 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013) y 52.3 del Real Decreto 1955/2000.
35. Según la Administración, la resolución recurrida no incumple el régimen de acceso.
36. La decisión de la CNMC de conferir acceso sobre la capacidad aflorada en el futuro no se basa en un análisis de capacidad realizado por REE por el momento. En la medida en que se está hablando de capacidad que pueda aparecer en el futuro, es evidente que se está tratando de un análisis de capacidad que aún no está hecho, sino de un análisis que, en su caso, habrá de hacerse en el futuro. La CNMC no dice que ese análisis no deba hacerse ni tampoco limita las condiciones en que se llegue a hacer.
37. En su opinión, conferir acceso *pro futuroes* lo que hace, con un carácter general, la Ley 24/2013, en su artículo 8.2, párrafo segundo. El acceso a las redes de transporte y distribución es un derecho de los generadores y, según el art. 33.1 de la Ley 24/2013, en todo caso, el permiso de acceso solo podrá ser denegado por la falta de capacidad de acceso.
38. Lo que acuerda la CNMC con la resolución impugnada es perfectamente conforme con estas disposiciones: en la medida en que, por el momento, no hay capacidad, EDP no podrá acceder al nudo de Carmona 400kV (apartado primero del resuelve), y, en este sentido, su derecho de acceso a ese nudo podrá ser ejercido cuando se cumpla la circunstancia de que haya "cualquier capacidad nueva o que aflore" (apartado tercero del resuelve).
39. La resolución recurrida no reconoce una reserva de capacidad prohibida por el artículo 52.3 del Real Decreto 1955/2000, ni infringe el principio de igualdad (pues la CNMC se limita a reconocer prioridad al sujeto que tiene mejor derecho por haber realizado una solicitud antes que otros sujetos que no la habían hecho), ni el de transparencia (pues ordena a REE que proceda a publicar en su web en relación con el nudo de Carmona 400kV la existencia de una prioridad de acceso a favor de EDP).
40. Según EDP, no existe en el ordenamiento jurídico ninguna norma que prohíba que la CNMC reconozca *pro futuro* un derecho de acceso. Es más, el artículo 12.1.b).1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013), no establece un catálogo cerrado de soluciones a los conflictos, por lo que la concesión de este derecho de acceso *pro futuro* y conforme a una serie de circunstancias concurrentes es perfectamente posible, siendo esta solución utilizada frecuentemente por el citado organismo.
41. Coincide EDP con la Administración en que el derecho de acceso *pro futuro* constituye una reserva de capacidad prohibida por el artículo 52.3 del Real Decreto 1955/2000 ni infringe el principio de igualdad, pues a la CNMC reconoce el derecho de acceso a las mercantiles que presentaron antes su solicitud ante REE agotando la capacidad del nudo y no resultan afectados los derechos de otras mercantiles, al no existir otras solicitudes de acceso y, en caso de que aflorara capacidad, EDP tendría mejor derecho.
42. Pues bien, el artículo 33.3 de la Ley 24/2013 establece 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.
43. Y, asimismo, la Ley 3/2013, en su artículo 12.1.b) 1º, declara expresamente la competencia de la CNMC para conocer de los conflictos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica, en los siguientes términos:
- "1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos: (...)
- b) En los mercados de la electricidad y del gas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los siguientes conflictos:
- 1º Conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan".



44. Por otra parte, el artículo 38.2 de la Ley del Sector Eléctrico, aplicable al caso según lo previsto en las disposiciones transitorias séptima y undécima de la Ley 24/2013, establece que "el operador del sistema como gestor de la red de transporte sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente".

45. A su vez, el artículo 52.2 del Real Decreto 1955/2000 estipula, en desarrollo del citado precepto legal, que el derecho de acceso a la red de transporte reconocido en el apartado 1 sólo podrá ser restringido "por la falta de capacidad necesaria, cuya justificación se deberá exclusivamente a criterios de seguridad, regularidad o calidad de suministro".

46. Pues bien, situados en este contexto, comenzaremos señalando que no es objeto de impugnación la denegación de acceso (apartado primero de la resolución impugnada) y que las partes únicamente discrepan respecto a la legalidad del derecho de acceso reconocido a EDP, en forma de prioridad de acceso respecto a cualquier capacidad nueva o que aflore en el nudo de Carmona 400 kV en los doce meses siguientes a la notificación de la resolución (apartados segundo y tercero de la resolución impugnada) y su régimen de publicidad (apartado cuarto de la resolución impugnada).

47. No es objeto de controversia, por tanto, que las solicitudes de acceso de los sujetos integrantes del contingente que resultó adjudicatario de la capacidad del nudo eran preferentes a las de EDP ni que dichas solicitudes agotaban la capacidad del nudo Carmona 400kV. Lo que se debate en cambio es si, una vez alcanzada la conclusión anterior, cabe reconocer a EDP un derecho de acceso respecto a cualquier capacidad nueva o que aflore en el futuro en la forma en que se le reconoce en la resolución impugnada.

48. En nuestra opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

49. En anteriores pronunciamientos de esta Sala se ha declarado que no resulta procedente denegar el acceso con base en las previsiones futuras de incorporación a la red.

50. "Tal forma de proceder, por razonable que pueda ser, no está prevista en la normativa reguladora como causa de denegación de acceso. Lejos de ello, el acceso sólo puede denegarse cuando se carezca de la capacidad necesaria verificada en los términos indicados", se afirmó en la sentencia de 17 de julio de 2013 (rec.3279/2012, FJ 5).

51. Si la denegación de acceso con base en previsiones futuras no está prevista en la normativa de aplicación, tampoco lo está el reconocimiento secundario de un derecho de acceso *pro futuro* en un caso como el presente, por lo que concluimos que la solución debe ser la misma en ambos supuestos. Por tanto, siendo correcta la denegación de acceso por falta de capacidad necesaria, como sucede en este caso, el conflicto de acceso queda debidamente resuelto y cerrado con dicha declaración.

52. Por otra parte, si REE no puede reconocer un derecho de acceso *pro futuro* en los casos en que la denegación resulta justificada por falta de capacidad necesaria, tampoco puede hacerlo la CNMC al resolver el conflicto de acceso.

53. La falta de regulación no puede ser compensada con los precedentes administrativos invocados por la Administración, pues los mismos están subordinados al principio de legalidad, no siendo admisible en derecho que judicialmente se tomen en consideración precedentes ilegales (en este sentido, por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1999, rec. 11294/1991, FJ 3).

54. Tampoco desvirtúa la conclusión anterior el hecho de que REE haya podido informar de la liberación de capacidad como forma de resolver un conflicto de acceso pendiente ante la CNMC, pues no estamos ante el mismo supuesto litigioso. Así, en este caso, se reconoce un derecho de acceso *pro futuro*, disponiendo de una capacidad inexistente al tiempo de dictarse la resolución. En el caso que se invoca por la Administración, en cambio, REE pone de manifiesto la existencia de un hecho nuevo (la liberación o afloramiento de capacidad nueva), que puede ser relevante al resolver sobre un conflicto de acceso derivado de la falta de capacidad.

55. Para concluir, debemos señalar que lo anterior no implica negar los efectos que puedan derivarse de la solicitud de acceso de EDP y de la forma en que REE tramitó la misma, cualesquiera que sean, sino que los mismos no pueden materializarse en un derecho de acceso *pro futuro* como el que se reconoce en la resolución impugnada.

56. En consecuencia, se estima el motivo de impugnación y se anulan los apartados segundo a cuarto de la parte dispositiva de la resolución impugnada, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

SÉPTIMO.- Sobre el antepenúltimo párrafo del FD 9 de la resolución recurrida.



57. REE cuestiona también la legalidad del antepenúltimo párrafo del FD 9 de la resolución recurrida, que establece:

"Tratándose de sociedades mercantiles, en el supuesto de que la asignación, por efecto del transcurso del tiempo, deviniera imposible en su cumplimiento, el perjuicio causado a EDP deberá resarcirse a través de instrumentos de derecho privado que, obviamente, exceden del ámbito de la presente resolución y, respecto a los mismos, esta Administración no puede pronunciarse".

58. Como se desprende de su lectura, se trata de una declaración condicionada al derecho de acceso *pro futuro* que se reconoce en la resolución recurrida, por lo que en buena lógica también debe ser anulada.

59. En otras palabras, si el derecho de acceso *pro futuro* es conforme a Derecho y debe ser anulado, según lo expuesto en el fundamento anterior, también deben serlo las consecuencias accesorias que le anuda la resolución recurrida.

60. En consecuencia, se estima el motivo de impugnación y se anula el antepenúltimo párrafo del FD 9 de la resolución recurrida, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

OCTAVO.- Decisión del recurso.

61. Se estima el recurso.

62. En consecuencia, se anulan los apartados segundo a cuarto de la parte dispositiva y el FD 9 de la resolución impugnada, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

NOVENO.- Costas.

63. Se imponen las costas a las partes demandada y codemandada, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones (art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

En el recurso contencioso-administrativo n.º **820/2020**, interpuesto por Red Eléctrica de España, S.A.U. contra la Resolución dictada en 24 de abril de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el conflicto de acceso con referencia CFT/DE/042/19, motivado por la denegación dada por Red Eléctrica de España, S.A.U. a la solicitud de acceso formulada por la entidad EDP Renovables España, S.L.U. (EDP) a la subestación Carmona 400 kV respecto de las plantas fotovoltaicas Cantillana I y II, debemos:

1º.- Estimar el recurso.

2º.- En consecuencia, se anulan los apartados segundo a cuarto de la parte dispositiva y el FD 9 de la resolución impugnada, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

3º.- Se imponen las costas a las partes demandada y codemandada.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma es susceptible recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación, para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.