



# EY

Building a better  
working world

Septiembre 2020

**Alerta informativa**

## **Boletín de Derecho Público y Sectores Regulados**

### **Introducción**

A continuación, les ofrecemos un análisis sobre novedades normativas, jurisprudenciales y de doctrina administrativa que, desde un punto de vista de Derecho Público y de los Sectores Regulados, pueden resultar de interés.

## I. Comentario

### Energías renovables: permisos de acceso y conexión. Proyecto de RD

#### Introducción

El pasado 29 de julio finalizó el periodo de información pública del proyecto de Real Decreto que establecerá el nuevo proceso de concesión de los permisos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (“**Proyecto de régimen de permisos**”), paso previo y necesario para la instalación de nuevas instalaciones de energías renovables.

El Proyecto de régimen de permisos surge del mandato recogido en el 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 (“**Real Decreto-ley 23/2020**”). Este texto legal, que incluye un conjunto de medidas para impulsar la transición energética hacia un sistema eléctrico 100% renovable y favorecer la reactivación económica en línea con el Pacto Verde Europeo, fija un plazo de tres meses para que se apruebe la regulación sobre nuevos derechos de acceso y conexión.

A continuación, se abordarán las principales novedades que introduce.

#### Prelación temporal como criterio de acceso

De acuerdo con lo previsto en el Proyecto de régimen de permisos, el criterio general para el otorgamiento de los derechos de acceso y conexión será el de prelación temporal.

A tal efecto, la fecha que se tendrá en cuenta será la de admisión a trámite de la solicitud, esto es, la fecha de presentación de la solicitud de concesión del permiso de acceso y conexión ante el gestor de la red correspondiente.

Se prevé que, en caso de que la solicitud requiera subsanación, la fecha de admisión a trámite y, por ello, la que se tendrá en cuenta a efectos de prelación temporal, será la fecha en la que se haya presentado correctamente toda la documentación e información requerida.

El Proyecto de régimen de permisos establece además tres excepciones al criterio general de prelación temporal: (i) las instalaciones adjudicatarias en los posibles concursos de capacidad; (ii) la hibridación de las instalaciones con permisos de acceso y conexión solicitados; y (iii) las instalaciones con permisos caducados, o cuyos promotores hayan renunciado a los mismos, y que presenten una solicitud dentro del primer mes tras la aprobación del Real Decreto por el Gobierno y de la correspondiente Circular por parte de la CNMC.

#### Nuevos concursos de capacidad

El Proyecto de régimen de permisos contempla la posibilidad de que, de forma potestativa y mediante orden ministerial, se convoquen concursos de capacidad. Estas convocatorias únicamente se podrán aplicar en nuevos nudos que se introduzcan mediante un nuevo proceso de planificación o en aquellos en los que se libere la capacidad instalada.

Solo podrán participar en dichos concursos, instalaciones de generación renovable, que pueden incluir además almacenamiento. En este caso, para la concesión del derecho, se seguirán criterios de mérito que permitan maximizar el volumen de energía renovable y criterios temporales asociados a la inyección de energía.

#### Ventajas para la hibridación y el almacenamiento

En cuanto a la hibridación renovable, en el caso de las instalaciones existentes, solo será necesario actualizar el permiso de acceso y conexión, siempre que cumpla una serie de condiciones. De acuerdo con lo previsto en el Proyecto de régimen de permisos, los plazos para la tramitación de dicha actualización se reducen a la mitad y las garantías económicas para el módulo de generación que se incorpora se reducen también al 50%.

Respecto a las nuevas instalaciones, las garantías también se reducen a la mitad en el caso de la parte que aporta la menor potencia. Además, si la solicitud ya se había iniciado, a efectos de prelación temporal, se mantiene la fecha de la solicitud original siempre que la instalación híbrida pueda seguir siendo

considerada la misma de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 23/2020.

Adicionalmente, el Proyecto de régimen de permisos incluye los proyectos de almacenamiento estableciendo que las instalaciones de almacenamiento que puedan verter energía a la red serán tratadas como instalaciones de generación a efectos de la tramitación de los permisos de acceso y conexión.

### Exención al autoconsumo

Conforme al Proyecto de régimen de permisos, están exentas de la tramitación de los permisos de acceso y conexión las instalaciones de autoconsumo sin excedentes y aquellas que tengan excedentes inferiores a 15 kilovatios (kW).

Están exentas también las instalaciones de consumo de hasta 100 kW en baja tensión y de 250 kW en alta tensión, si están construidas en suelo urbanizado y si disponen de las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística.

### Eliminación de la figura del interlocutor único del nudo

El Proyecto de régimen de permisos elimina la figura del interlocutor único de nudo, que hasta ahora se encargaba de la tramitación de los permisos de acceso y conexión cuando existían múltiples solicitudes de conexión de diferentes actores para un mismo nudo.

No obstante, se establece un periodo transitorio en el que los interlocutores seguirán ejerciendo su función hasta que se agote la capacidad de la posición donde actúan.

Se prevé además que la CNMC actúe de órgano competente para la resolución de conflictos entre solicitante y el interlocutor.

### Conclusión

El Real Decreto proyectado completará el marco normativo para facilitar el despliegue de energías renovables en la próxima década. Se prevé la instalación de una potencia agregada de 60 gigavatios.

Ha sido valorado muy positivamente desde el punto de vista económico, en la medida en que generará

actividad y empleo y mejorará la competitividad de la economía española.

Asimismo, permitirá trasladar a los consumidores los ahorros que supone una mayor penetración de energías renovables en el sistema energético español, al constituir la forma de generación de energía más barata en la actualidad.

### Informe de la CNMC sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica

El pasado 30 de julio de 2020 la CNMC dictó el acuerdo por el que se aprueba el Informe al proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica (el "**Proyecto de régimen económico**").

El Proyecto de régimen económico crea un nuevo marco retributivo para instalaciones de energía renovable reconociendo un precio fijo a largo plazo para un volumen de energía a entregar en un plazo concreto. Este marco retributivo se asignará mediante procedimientos de subasta.

Conviene destacar que el Proyecto de régimen económico contiene una regulación general del nuevo régimen económico ("**REER**"), dejando para el momento de aprobación de la orden ministerial de los procedimientos que se convoquen la regulación del cupo de energía a adjudicar, el plazo de entrega de dicha energía y las reglas de cada una de las subastas a celebrar.

La CNMC, con carácter general, considera adecuado el desarrollo que del artículo 2 del Real Decreto-ley 23/2020, hace el Proyecto de régimen económico.

Por otro lado, se han de destacar del informe las principales consideraciones y recomendaciones que realiza la CNMC:

## En relación con la exposición al mercado de las instalaciones

La CNMC considera que el Proyecto de régimen económico plantea una liquidación conforme a la energía vendida en los mercados diario e intradiario, considerando que esto permitiría realizar arbitrajes entre la energía ofertada en estos mercados y la energía de desvío, incentivando a sobreestimar producción en horas de precios bajos e infravalorarla en horas de precios altos. Por este motivo, la CNMC propone liquidar sobre la energía medida y realmente generada por la instalación y que el precio tomado como referencia sea el precio del mercado diario, independientemente de dónde se realicen las ventas.

A su vez, se prevé en la propuesta un “*porcentaje de ajuste de mercado*” que representa la energía retribuida a precio de mercado, siendo su valor por defecto cero, por lo que se interpreta que este porcentaje está orientado a incentivar el desplazamiento de generación gestionable o con almacenamiento hacia horas de mayor escasez. Para evitar tal extremo, recomienda la CNMC limitar la utilización de un porcentaje de ajuste de mercado nulo exclusivamente a las convocatorias dirigidas a instalaciones de menor madurez tecnológica, y establecer un valor mínimo igual a 0,2 para las restantes convocatorias. Además, se considera que este nuevo REER no es el instrumento idóneo para el fomento de instalaciones de almacenamiento, el cual debería provenir de las propias señales derivadas del mercado, ante la existencia de un exceso de recurso renovable concentrado en determinados momentos.

La propuesta incluye un “*precio de exención de cobro*” –por debajo del cual las instalaciones cobrarían el precio de mercado, en lugar del precio de adjudicación– cuyo principal objetivo es evitar precios de mercado negativos. El valor por defecto es cero €/MWh, pero podría ser superior y originar comportamientos anómalos en determinadas circunstancias. Para prevenirlo, propone la CNMC que el precio de exención de cobro se mantenga estrictamente en cero €/MWh.

Por último, los titulares de instalaciones acogidas al REER no podrán declarar contratos bilaterales. A juicio de la CNMC, esto desincentiva la contratación en los

mercados a plazo, en contra de la necesidad manifestada en la propuesta de contar con mercados a plazo más líquidos y profundos. Por ello, se recomienda por parte de la CNMC flexibilizar la redacción propuesta de manera que parte de la producción de las instalaciones acogidas al REER pueda declarar contratos bilaterales.

## Respecto al diseño del mecanismo de subasta

La CNMC, en su informe, considera apropiado el mecanismo *pay-as-bid* (cada adjudicatario recibe el precio reflejado en su puja, frente al sistema marginalista en que todos los adjudicatarios reciben el mismo precio). Se resalta asimismo que las subastas específicas son más adecuadas si el objetivo de política energética es alcanzar una mayor diversificación tecnológica o fomentar tecnologías inmaduras, mientras que las subastas neutras tecnológicamente son eficientes para conseguir menores precios. Solo en estas últimas subastas neutras se considera conveniente el establecimiento de un precio mínimo o de riesgo. Recomienda la CNMC que se considere la inclusión en la propuesta, con rango reglamentario, de algunos requisitos generales mínimos para la calificación en la subasta, con independencia de que en las normas posteriores de desarrollo puedan recogerse otros requisitos con carácter más específico.

## Respecto a los efectos del REER en los mercados

Considera la CNMC que, en tanto se pueden acoger al REER instalaciones aparentemente competitivas, es recomendable respetar el cauce procedimental pertinente de notificación a la Comisión Europea para su valoración por las autoridades competentes como posible ayuda de Estado.

En relación con la señal de precio para la gestión de la demanda y el almacenamiento, se verá alterada al reducirse el diferencial de precios entre punta y valle para las unidades de adquisición. Para evitar que el almacenamiento pierda parte de las señales que pudiera aportarle la existencia de una elevada penetración de renovables en el mercado, se propone en el informe excluir al almacenamiento de la participación en el mecanismo de liquidación propuesto. De esta forma, la liquidación del excedente

o déficit recaería en el conjunto de la demanda nacional, excluyendo la asociada a instalaciones de almacenamiento

La predictibilidad de los costes de aprovisionamiento de energía de los comercializadores se verá reducida, dado que hasta que se realice la casación no conocerán el volumen de generación con derecho a REER y el signo de la liquidación resultante. En orden a realizar una mejora de dicha predictibilidad recomienda la CNMC realizar una previsión anual del recargo o ingreso derivado de la adjudicación de las subastas, repartirlo entre toda la demanda y regularizar a posteriori las diferencias con respecto a la producción real.

El precio spot o precio del mercado diario es el subyacente de los contratos negociados sobre la referencia de precio eléctrico español en los mercados a plazo y, por tanto, el precio sobre el que los agentes que participan en dichos mercados realizan sus coberturas. Del contenido del Proyecto de régimen económico se entiende que la señal de precio del mercado diario dejará de ser exactamente la misma para compradores y vendedores. Por lo tanto, como recoge la CNMC en el informe, los agentes que quieran realizar coberturas sobre compra en el mercado diario tendrán que considerar, junto con la evolución del precio del mercado diario, ese diferencial resultante de la liquidación de la energía subastada.

De acuerdo con el informe de la CNMC, el procedimiento de liquidación propuesto inducirá un aplanamiento de la curva de precios del mercado diario, lo cual incidirá negativamente sobre el incentivo de los agentes a cubrirse en los mercados a plazo sobre el riesgo de precio del spot y, por tanto, sobre la liquidez de los mismos.

Finalmente, con el objeto de evitar el efecto que el mecanismo de liquidación propuesto tendría sobre la señal de precio del mercado mayorista, el almacenamiento, la gestión de la demanda, el aprovisionamiento de los comercializadores o la contratación a plazo cabría plantear que la liquidación del REER se realizara por la diferencia entre el precio de adjudicación y el precio del mercado a plazo, minimizando así su afcción sobre la relación temporal de precios

## II. Jurisprudencia relevante

### Sobre la procedencia de compensar a un adjudicatario por la prórroga de un contrato sin mediar acuerdo de la Administración en materia de servicios públicos de transporte (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020)

La Sentencia analizada resuelve un recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Álava frente a la sentencia 228/2018, de 28 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimándolo. La sentencia recurrida estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Autocares Discrecionales del Norte, S.L.U frente al acuerdo de fecha 14 de marzo de 2017, del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Álava, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de las reclamaciones sobre los gastos asumidos por la prestación del servicio de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Durango/Vitoria/Gasteiz (P-28), en el periodo comprendido entre el 7 de junio de 2012 y el 15 de abril de 2016.

En concreto, la resolución impugnada denegaba la reclamación de los gastos correspondientes a los daños ocasionados durante el periodo de 2012-2014, en el que se continuó la prestación de los servicios sin mediar acuerdo de la Administración y sin que el prestador del servicio impugnase esta prórroga.

Se plantea la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, basándose en si la prórroga forzosa de un contrato de gestión de servicio público (habiéndose cumplido el plazo máximo del mismo), debido a la interrupción del servicio de transporte regular de viajeros de uso general, aceptada por el operador del servicio sin oposición, da lugar a una compensación económica en aplicación del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007. Al respecto, la posición de la Diputación Foral de Álava

consistía en que, al no haber formulado el concesionario ninguna oposición a la prórroga impuesta, la misma no puede ser calificada de obligación de servicio público del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, sino que se trata de una concesión común de servicios en materia de transporte público de viajeros, que no da derecho a una compensación de los déficits de explotación que no están previstos.

En cambio, el Tribunal Supremo considera que la prórroga forzosa da lugar al derecho a la indemnización, sobre la base de los siguientes argumentos:

- ▶ La asunción de la adjudicación directa, al igual que la prórroga son inmediatamente ejecutivas y su cumplimiento resulta obligatorio para el contratista. El hecho de recurrir o no la decisión no incide en los efectos que la prórroga o la adjudicación directa deban producir en cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, pero tampoco constituyen elemento determinante del derecho al nacimiento de las consecuencias para el adjudicatario o concesionario que vea prorrogado el contrato de gestión del servicio público. Por consiguiente, el hecho de que el concesionario no recurriera el acuerdo de imposición de la primera prórroga por el periodo de 16 de abril de 2014 a 15 de abril de 2016 no altera su naturaleza jurídica de imposición de una obligación de servicio público al amparo del artículo 85 de la LOTT.
- ▶ Con base en la interpretación de una previsión análoga del anterior Reglamento CEE 1169/1991, en la redacción introducida por el Reglamento CEE 1893/1991, que hace la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2014, este Tribunal determina que la exigencia de una solicitud de compensación como elemento previo obligatorio para hacer nacer el derecho a la compensación por la imposición de una obligación de servicio público no es exigible, ya que la misma nace con la propia imposición de tal obligación.

Con base en los referidos argumentos, este Tribunal sienta doctrina jurisprudencial y declara que el

derecho a la compensación económica, en aplicación del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la imposición de obligaciones de servicio público como puede ser una prórroga impuesta forzosamente por la Administración ante una situación de interrupción del servicio, no requiere que el adjudicatario del contrato de gestión del servicio público al que se impone la prórroga impugne la decisión de imposición de la prórroga.

### **Imposición de costas a los codemandados (Auto, de 9 de julio de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)**

El Auto analizado rechaza la pretensión de la parte recurrente que solicita aclaración y complemento de la sentencia 756/2020, de fecha 11 de junio de 2020 (RJ 2020,1779), en lo relativo a la condena en costas "*hasta un máximo de 1.500 € por todos los conceptos, más IVA si procede, con respecto a cada una de las partes demandadas*".

La parte recurrente sostiene como argumento que los codemandados no pueden ser considerados "parte demandada" y, por consiguiente, no pueden ser considerados acreedores de las costas impuestas.

El Auto señala que el codemandado es parte del proceso (con independencia de la posición que éste tenga en el procedimiento) y, por tanto, tiene derecho a las costas impuestas al recurrente.

### **III. Contratación pública. Doctrina administrativa**

#### **Rectificación de pliegos y retroacción de actuaciones. Resolución n.º 787/2020, de 10 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

El recurso analiza la procedencia de rectificar los pliegos sin retrotraer las actuaciones aun cuando la rectificación va más allá de una mera rectificación de errores materiales.

El recurrente considera que la modificación del pliego excede de los límites de la rectificación de errores

materiales del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, por ello, la modificación no puede ampararse en dicho precepto. Sin embargo, el Tribunal administrativo contractual pone de manifiesto que el órgano de contratación no ha invocado este precepto, sino que se ha basado en los artículos 136.2, 122.1 y 124 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”).

El Tribunal administrativo contractual acoge la interpretación conjunta de dichos preceptos en el sentido de que la rectificación, en principio, solo es posible cuando se trata de corregir errores materiales, aritméticos o de hecho, debiendo en esos casos ampliarse el plazo de presentación de ofertas cuando se produzca una “*modificación significativa*”. Sin embargo, cuando la modificación de los pliegos vaya más allá, es necesario retrotraer las actuaciones.

No obstante, considera el Tribunal que, en virtud del principio de economía procedimental, en determinados supuestos, es admisible una rectificación de los pliegos que vaya más allá del mero error material ampliando el plazo de presentación de ofertas, pero sin retroacción.

En el presente supuesto se trata de corregir una contradicción entre dos previsiones, lo que implica la aplicación de un juicio valorativo y la calificación jurídica para determinar si existe o no esa contradicción y en qué sentido debe resolverse.

Sin embargo, considera el Tribunal que ello no debe implicar la consecuencia anulatoria pretendida por el recurrente, en la medida en que la rectificación se acuerda en un momento muy inicial, cuando solo se habían publicado los anuncios y aún estaba corriendo el plazo de presentación de ofertas.

En definitiva, el Tribunal declara que, como se hizo, procede la rectificación del pliego ampliando el plazo de presentación de ofertas, alcanzándose de esa forma los mismos resultados que la retroacción de actuaciones sin merma alguna en la protección de los derechos de los licitadores.

Por otro lado, se cumple con el requisito previsto también en la doctrina del citado Tribunal administrativo contractual, con fundamento en la LCSP, otorgándose una ampliación del plazo de presentación de ofertas. Asimismo, en caso de que, cuando se produjera la rectificación, ya se hubiera presentado una oferta, el Tribunal administrativo contractual mantiene que el licitador podría presentar una nueva en sustitución de la anterior.

### Ámbito objetivo del recurso especial: prórrogas contractuales. Resolución n.º 610/2020 de 14 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

La Resolución comentada versa sobre una cuestión clave que afecta a la admisibilidad del recurso: si el acuerdo de prórroga de un contrato de servicios es susceptible de recurso especial.

Considera el Tribunal que dicho acto no se encuentra entre los actos impugnables en esta vía que se recogen en el artículo 44.2 de la LCSP. Por su parte, el recurrente defiende que dicho artículo no recoge una lista cerrada por lo que sería admisible el recurso frente al acuerdo de prorrogar el contrato, con fundamento, según indica, en su analogía con el acuerdo de adjudicación del contrato, que sí que es un acto claramente impugnabile.

Para dar respuesta a esta cuestión, el Tribunal administrativo contractual subraya que la prórroga del contrato se había acordado al amparo de la previsión establecida en el pliego y en el documento de formalización del contrato. Por lo tanto, el acuerdo de prórroga cuestionado se enmarca en la fase de ejecución contractual, que no afecta al procedimiento de preparación y adjudicación del contrato, y que no puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación, como ha declarado el Tribunal en otras ocasiones, salvo que encubra una nueva adjudicación.

Para cualquier información adicional con respecto a esta alerta, contacte con:

### **Ernst & Young Abogados, S.L.P.**

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Puede consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

#### **Acerca de EY**

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (company limited by guarantee) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en [ey.com](#).

© 2020 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

[ey.com/es](#)

Twitter: [@EY\\_Spain](#)

LinkedIn: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)