

Nota Ejecutiva sobre la posibilidad de otorgar eficacia retroactiva a las DIAs con el objeto de evitar la caducidad de los accesos a la red

El día 25 de enero de 2023 es una fecha clave para una gran cantidad de proyectos de energía renovable pendientes de la superación del trámite ambiental. Para entonces, los proyectos que no hayan conseguido una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”) favorable por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) o las Comunidades Autónomas decaerán definitivamente tal y como recoge el artículo primero del Real Decreto-ley 23/2020.

Una de las posibles soluciones para intentar evitar la caducidad de los permisos de acceso como consecuencia del previsible incumplimiento del hito de DIAs, consiste en que el órgano competente emita una DIA posterior al cumplimiento del hito otorgándole, sin embargo, efectos retroactivos a cualquier fecha anterior al hito.

Los efectos retroactivos son posibles en virtud del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que establece que:

Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas

Este artículo tiene un precedente en su uso durante el primer hito establecido en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, a saber la presentación de la solicitud y su admisión a trámite dentro del plazo que a tal efecto señalaba el artículo 1. Durante el primer hito hubo Administraciones que concedieron la admisión una vez superada la fecha tope del 24 de diciembre de 2020, dando eficacia retroactiva.

Por ello, a efectos prácticos, la emisión de una DIA con efectos retroactivos a un momento anterior al cumplimiento del hito puede ser una solución por las siguientes razones:

- a) La DIA que se emita surte todos los efectos jurídicos de un acto administrativo: ejecutividad y presunción de validez. Es decir, si se quieren discutir los efectos retroactivos, será necesario impugnar la DIA. Fuera de este caso, deben aceptarse tales efectos retroactivos.
- b) La DIA con efectos retroactivos está amparada en un precepto legal: el art 39.3 de la Ley 39/2015. Será necesario que a fecha de 25 de enero el expediente esté completo con los informes preceptivos de las partes implicadas y a falta de la redacción de la DIA por el órgano ambiental. En otras palabras, que sólo faltase la voluntad de los poderes públicos para dictar la resolución en un sentido positivo para el promotor. Si concurren estos requisitos la retroactividad es defendible.
- c) A efectos prácticos sería conveniente que la emisión de la DIA se haga dentro del plazo que tienen los promotores para acreditar cada uno de los hitos. Ello evitaría riesgos.

Ahora bien, aunque la solución apuntada, a efectos prácticos, puede ser adecuada, no podemos ignorar algunos obstáculos de índole jurídica que pudieran surgir:

- En primer lugar, aunque la DIA sea retroactiva, lo cierto es que la caducidad es automática por disposición expresa de la Ley y se podría discutir si, en el momento de la emisión de la DIA, ésta pudiera afectar a un efecto jurídico que ya se ha consumado: la caducidad.
- En segundo lugar, es posible que la capacidad de acceso que ha caducado hubiera aflorado en algún nudo de red y exista un tercero con interés legítimo o, incluso, con un derecho a la capacidad otorgado. En este caso, se puede entender que el efecto retroactivo perjudicaría al tercero, quien podría impugnar dicha DIA retroactiva, por su retroactividad¹.

En conclusión, consideramos que, a priori y a efectos prácticos, los efectos retroactivos de una DIA puede ser una solución adecuada y válida a los problemas de caducidad. No obstante, se debe ser consciente de que el planteamiento tiene ciertas debilidades que pueden ser aprovechadas por terceros para intentar evitar los efectos retroactivos. En todo caso, si se pretende negar o limitar los efectos retroactivos es al tercero que se considera perjudicado a quien le corresponderá impugnar dicha DIA.

Por todo lo anterior, parece posible la aplicación del artículo 39.3 de la Ley 39/2015 siempre que se tenga en cuenta que su aplicación no resultará automática y, sobre todo, que su empleo podrá generar un perjuicio para un tercero. En caso de que la aplicación del artículo 39.3 no termine por ser admitida, siempre cabrá la posibilidad de iniciar los trámites para la solicitud de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹ En este sentido resulta interesante traer la Resolución de 28 septiembre 2018 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid sobre los efectos de otras personas que puedan estar interesadas en que las personas que han solicitado la DIA decaigan en su derecho:

Ley 39/2015, en su art. 39.3, caracteriza a los efectos retroactivos de un acto administrativo como excepcionales condicionados a que se produzcan efectos favorables a su titular, y con independencia de que así sea en el caso que nos ocupa, en general, la extinción de autorizaciones no produce efectos favorables al interesado, luego la norma genérica que regula los efectos del silencio de este supuesto no puede recoger los efectos retroactivos que se demandan, máxime cuando la posibilidad de retrotraer efectos se condiciona también a que no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas, y la extinción de una autorización puede lesionar los derechos que se funden en la realidad de las mismas, como son los de la hacienda pública al cobro del canon.

De la redacción del precepto legal, así como del texto de la resolución se entiende que la retroacción de los efectos de una DIA sí pueden suponer efectos negativos que lesionen los derechos de otras personas. Concretamente, los afectados serían aquellos que se encuentra a la espera de que el proyecto de un promotor obtenga una DIA desfavorable y así poder ocupar su lugar.