

Roj: **ATS 720/2017 - ECLI: ES:TS:2017:720A**Id Cendoj: **28079130012017200099**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/02/2017**Nº de Recurso: **161/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 7 de febrero de 2017

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los Tribunales D. Luis Pidal Allendesalazar, en nombre y representación de La mercantil "Hondo Excavaciones y Obras S.L.", bajo la dirección letrada de D. José Gabriel Carrillo Fernández, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra la resolución de 2 de octubre de 2015 (expte. E- 2014-00123-03) que desestimó el recurso de alzada promovido contra la Resolución de 17 de marzo de 2014, por la que se resolvió el procedimiento de cancelación por incumplimiento de la inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas (PREFO), respecto de la instalación fotovoltaica de la recurrente denominada "INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA 100KWN EN TEJADO" (expte FTV-002724-2009-E), asociada a la convocatoria del cuarto trimestre de 2009.

Dicha resolución acordó cancelar, por incumplimiento, la inscripción en el registro de preasignación de retribución de instalaciones fotovoltaicas correspondiente a la citada instalación por ser la fecha de obtención de la inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial (RAIPRE) posterior a la fecha límite establecida de acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto 1578/2008.

Tramitado el recurso con el nº 594/2015, el mismo fue desestimado por la sentencia nº 462 de 28 de julio de 2016.

La Sala de instancia recoge en su fundamento de Derecho 2º los datos fácticos relevantes para el enjuiciamiento del caso, apuntando que una vez inscrito el proyecto de la actora en el PREFO, el plazo límite para la inscripción definitiva en el RAIPRE y comienzo de la venta de energía eléctrica finaba en principio en fecha 7 de diciembre de 2010, al año de la publicación de la convocatoria en la página web del Ministerio competente; pero el proyecto resultó inscrito definitivamente en el RAIPRE en fecha 13 de enero de 2011, posterior pues a la fecha límite. Sobre la base de estos datos, se enfrenta la Sala, entre otras, a la principal alegación impugnatoria deducida por la recurrente, consistente en que ella había verificado con diligencia todos los trámites legales oportunos, siendo sólo imputable a la Administración autonómica el retraso en la realización de la inscripción definitiva (FJ 3º). Sobre este particular, señala la sentencia (FJ 6º) que <<De otra parte, estaríamos aquí, conforme a la tesis actora, ante un retraso que la parte atribuye, y así puede entenderse incluso que resultaría de lo actuado, a la actuación no diligente de la Administración autonómica; ahora bien, cierto resulta también que la recurrente, que había instado la inscripción en fecha 22.09.10, venciendo el plazo en principio a 7.12.10, bien pudo y debió solicitar la prórroga correspondiente, prevista legalmente al respecto, lo que no verificó, coadyuvando también con ello indudablemente al incumplimiento del plazo de inscripción>>; para añadir más adelante que <<No se trata en efecto, en definitiva y en cualquier caso de una circunstancia ajena por completo al círculo de actuación y organización de la actividad del empresario, con el riesgo inherente



a ello, ni de algo imprevisible o imponderable, no pudiendo imputarse tampoco el no cumplimiento de los plazos únicamente a la falta de diligencia de la Administración actuante>>.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a la parte recurrente, ha preparado contra la misma recurso de casación, apuntando en el escrito de preparación (elaborado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 -LJCA- en su redacción aplicable, dada por la L.O. 7/2015 de 21 de julio) que la sentencia impugnada infringe la doctrina jurisprudencial sobre el principio de protección de la confianza legítima en relación con los principios de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares; todos ellos, a su vez, en relación con la interpretación del artículo 8 del Real Decreto 1578/2008.

Justifica la recurrente el "interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia" de su impugnación casacional aduciendo que concurre en este caso el supuesto contemplado en el artículo 88.2.a) LJCA, toda vez que la sentencia impugnada expresa -dice- una doctrina contraria e incompatible con la expuesta por la misma Sala de instancia (Sección 8ª) en su sentencia nº 487/2014 de 17 de septiembre de 2014, dictada en el recurso nº 1636/2012.

Apunta, en este sentido, la recurrente que la sentencia que invoca a efectos de contraste razona que <<la demora en resolver por la Administración Autonómica, que no ha dictado resolución hasta el 15/4/2010, no puede causar el efecto desfavorable para el administrado, en el sentido de anudar a dicha resolución, que efectivamente es tardía [...] los efectos de cancelación de la preinscripción>>; para añadir a continuación la propia sentencia que <<la administración autonómica, que debe ser concedora del plazo preclusivo de un año que establece el RD 1678/2008, tiene el deber de impulsar el procedimiento, con objeto de resolver en plazo legal, y para ello contaba con un periodo de un mes y medio, incumpliendo al no hacerse así, el artículo 103 de la CE en el que se establece que la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia. Igualmente se ha incumplido lo que establece la Ley 30/92 en su artículo 3 que reitera el principio de eficacia y servicio a los intereses generales con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho, debiendo respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima, y eficiencia en el servicio a los ciudadanos [...] en este caso se vulnera el principio de confianza legítima, contemplado en el artículo 3 de la Ley 30/92, como consecuencia del actuar de la Generalitat Valenciana... la parte recurrente al haber presentado toda la documentación necesaria a los efectos de la inscripción definitiva el 5/1/2010, y, por ende, se ha incumplido dicho principio, como consecuencia de la demora en resolver por parte de la administración autonómica, por lo que el motivo y la pretensión deben tener favorable acogida, sin que resulte necesario el análisis del resto de los motivos aducidos en la demanda>>.

Se expresa, de este modo -sostiene la recurrente- en la sentencia de contraste un criterio hermenéutico y aplicativo contradictorio con el seguido en la sentencia aquí impugnada en cuanto concierne a los efectos del retraso en la inscripción definitiva en el RAIPRE, concretamente en cuanto se refiere a la cancelación de dicha inscripción, cuando tal retraso no es imputable a la entidad promotora de la solicitud sino a la Administración actuante.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto teniendo por debidamente preparado el recurso de casación con fecha 25 de noviembre de 2016, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma.

Se ha personado asimismo ante este Tribunal Supremo, en calidad de parte recurrida, el sr. abogado del Estado, en la representación que le es propia y por Ley ostenta.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El escrito de preparación cumple, desde el punto de vista formal, con las exigencias del artículo 89 LJCA:

1º) se ha articulado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido;

2º) se razona en dicho escrito tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo;

3º) se identifica con la debida concreción la normativa y jurisprudencia cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, y se ha cumplido con la carga procesal de justificar, *primero*, su incardinación en el Derecho



estatal; *segundo*, su alegación en el proceso de instancia y/o su toma en consideración por la sentencia impugnada; y *tercero*, su relevancia en el sentido del "fallo".

4º) finalmente, se ha razonado la concurrencia del supuesto de interés casacional del artículo 88.2.a) LJCA cuya concurrencia determina -a juicio de la parte recurrente- la admisibilidad del recurso, pues la parte recurrente cita una sentencia que expresa un criterio contrario al sentado en la sentencia impugnada y explica la incompatibilidad entre lo dicho en una y otra resolución (puntualicemos que la sentencia de contraste es ya firme al haberse desestimado el recurso de casación promovido contra ella por sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2017, dictada en el recurso de casación nº 3468/2014).

Nada puede oponerse, por tanto, a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 89.4 LJCA.

SEGUNDO.- Despejados los obstáculos formales para la admisibilidad del recurso de casación, hemos de determinar si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia.

El debate procesal suscitado, primero en la instancia y ahora en casación, gira en torno a la interpretación y aplicación de los apartados 1º y 2º del artículo 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre:

<<1. Las instalaciones inscritas en el Registro de pre-asignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de doce meses a contar desde la fecha de publicación del resultado en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzar a vender energía eléctrica de acuerdo con cualquiera de las opciones del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

2. En caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 anterior, se procederá, por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas, a la cancelación por incumplimiento de la inscripción en el Registro de pre-asignación de retribución.

No obstante, no se producirá esta cancelación en el caso de que a juicio de la Dirección General de Política Energética y Minas, existan razones fundadas para que esta inscripción permanezca en el registro. A modo enunciativo y no limitativo, podrían considerarse razones fundadas a estos efectos, entre otros, retraso injustificado en la inscripción definitiva en el registro o en la firma del acta de puesta en servicio, por parte del órgano competente, y las posibles incidencias con el gestor de la red eléctrica a la que se conecta. A estos efectos, el promotor deberá remitir antes de que finalice el plazo establecido en el apartado 1, a esa Dirección General, una solicitud acompañada de la documentación que estime oportuno para justificar dichas razones. La Dirección General resolverá la solicitud, en el plazo máximo de 30 días a contar desde la fecha de finalización del plazo establecido, fijando una prórroga de una duración máxima de cuatro meses a contar desde la comunicación de la misma al interesado [...]>>.

La controversia se centra en dilucidar si la cancelación de la inscripción definitiva en el RAIPRE, por causa del transcurso del año sin haber realizado la inscripción, opera de forma automática y objetiva, esto es, al margen de la imputabilidad de tal retraso al solicitante, o bien sí, por el contrario, la cancelación no resulta procedente cuando aun habiéndose superado objetivamente el plazo establecido para la inscripción, el retraso se debe a circunstancias no imputables al solicitante que por su parte ha cumplido las obligaciones que le corresponden. En estrecha relación con cuanto se acaba de indicar, se cuestiona si la solicitud de prórroga a la que se hace referencia en el apartado 2º del artículo 8 tan citado opera como una carga que pesa en todo caso sobre el solicitante ante la posibilidad de un retraso en la inscripción, si quiere evitar la cancelación de su solicitud, y eso incluso en el caso de que tal retraso no dependa de él y no le sea imputable.

Desde esta perspectiva no le falta razón a la parte recurrente cuando asevera que la sentencia aquí impugnada y la que invoca a efectos de contraste sostienen un criterio hermenéutico y aplicativo del artículo 8 diferente e inconciliable, pues:

- la sentencia ahora impugnada en el presente recurso sostiene que las consecuencias derivadas del incumplimiento operan de forma objetiva, aun cuando el retraso en la inscripción no fuera imputable a la empresa solicitante, y que la misma, previendo la superación del plazo establecido para tal inscripción sin que la misma se pudiera verificar, debió haber pedido una prórroga, justamente para evitar los efectos asociados al vencimiento de dicho plazo, y si no lo hizo ha de cargar con la consecuencia anudada a tal vencimiento, consistente en la cancelación de la inscripción;

- en cambio, la sentencia de contraste (dictada por la sección octava de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de septiembre de 2014, rec. 1636/2012) argumenta que la empresa solicitante no ha de cargar con las consecuencias negativas del vencimiento del plazo sin haberse realizado la inscripción, cuando ella ha formalizado diligentemente su solicitud y ha cumplido



con cuanto le incumbe, siendo así que el incumplimiento de la obligación de inscripción en plazo no le es imputable a ella sino a un tercero (a la Administración pública actuante).

La cuestión planteada en casación versa, en definitiva, sobre cuál de las dos interpretaciones del art. 8 del Real Decreto RD 1578/2008, resulta ajustada a derecho.

Así planteada, consideramos que tal cuestión reviste un interés casacional justificativo de la admisión del recurso por cuanto que:

1º) ante todo, esta cuestión se sitúa en el escenario contemplado en el artículo 88.2.a) LJCA, que configura como posible supuesto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia el hecho de que la sentencia impugnada haya fijado, <<ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido>>; y

2º) en todo caso se trata de una cuestión que reviste indudable interés objetivo para la formación de la jurisprudencia (art. 88.1 LJCA), pues la contradicción que surge del contraste de la fundamentación jurídica de las dos sentencias en liza exterioriza un problema interpretativo del Ordenamiento jurídico que necesita ser clarificado y resuelto por el Tribunal Supremo, a fin de reconducir la anotada disparidad hermenéutica del tan citado artículo 8 y, así, garantizar la certeza y la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho.

TERCERO.- Maticemos, en este sentido, que el artículo 88.2.a) LJCA no opera sólo en presencia de una rigurosa identidad de hechos, sino también cuando se aprecia la existencia de disparidades o contradicciones insalvables entre las sentencias sometidas a contraste, en cuanto concierne a la interpretación de las mismas normas y en relación con un problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente.

Por eso, cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el artículo 88.2.a), le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f] LJCA).

En este caso, la parte recurrente no se ha limitado a denunciar la contradicción existente entre la sentencia aquí recurrida y la invocada a efectos de contraste, sino que ha razonado tal contradicción, en términos que, como hemos dicho, evidencian un interés casacional que justifica la admisión del recurso.

CUARTO.- Sentado, pues, que la resolución judicial de instancia es recurrible a través de este cauce `procesal extraordinario, que el escrito de preparación cumple todos los presupuestos y requisitos exigibles, y que apreciamos la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA, a cuyo tenor <<los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso>> .

En cumplimiento de esta norma, declaramos que la norma jurídica que *en principio* debe ser objeto de interpretación es el artículo 8, apartados 1º y 2º, del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, entendiendo que la cuestión que reviste interés casacional objetivo consiste en dilucidar si la cancelación de la inscripción definitiva en el RAIPRE, por causa del transcurso del año sin haber realizado la inscripción, opera de forma objetiva y al margen de la imputabilidad de tal retraso al solicitante, o bien si, por el contrario, la cancelación no resulta procedente cuando aun habiéndose superado objetivamente el plazo establecido para la inscripción, el retraso se debe a circunstancias no imputables al solicitante que, por su parte, ha cumplido las obligaciones que le corresponden.

En relación con esta cuestión, declaramos que asimismo reviste interés casacional objetivo la cuestión consistente en determinar si la solicitud de prórroga a la que se hace referencia en el apartado 2º del artículo 8 tan citado opera como una carga que pesa en todo caso sobre el solicitante ante la posibilidad de un retraso en la inscripción, si quiere evitar la cancelación de su solicitud, aun en el caso de que tal retraso no dependa de él y no le sea imputable.



QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este Auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

SEXTO. Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este Auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación nº 161/2016 interpuesto por la representación procesal de La mercantil "Hondo Excavaciones y Obras S.L." contra la Sentencia de 28 de julio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 6ª), dictada en el recurso nº 594/2015.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en el art. 8, apartados 1º y 2º, del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, respecto de las dos siguientes cuestiones:

- si la cancelación de la inscripción definitiva en el RAIPRE, por causa del transcurso del año sin haber realizado la inscripción, opera de forma objetiva y al margen de la imputabilidad de tal retraso al solicitante, o bien si, por el contrario, la cancelación no resulta procedente cuando, aun habiéndose superado objetivamente el plazo establecido para la inscripción, el retraso se debe a circunstancias no imputables al solicitante que, por su parte, ha cumplido las obligaciones que le corresponden; y

- si la solicitud de prórroga a la que se hace referencia en el apartado 2º del artículo 8 tan citado opera como una carga que pesa en todo caso sobre el solicitante ante la posibilidad de un retraso en la inscripción, si quiere evitar la cancelación de su solicitud, aun en el caso de que tal retraso no dependa de él y no le sea imputable.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D. Jesús Cudero Blas