

Roj: **ATS 954/2017 - ECLI: ES:TS:2017:954A**Id Cendoj: **28079130012017200109**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/02/2017**Nº de Recurso: **21/2017**

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 9 de febrero de 2017

HECHOS

PRIMERO.- Por la procuradora de los Tribunales D^a. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación "Parque Fotovoltaico de Taracena S.L.U", bajo la dirección letrada de D. Luis Pérez de Ayala y Juan Carlos Hernanz, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta) contra la desestimación presunta del previo recurso de alzada formulado contra la Resolución del Director General de Política Energética y Minas, de 14 de septiembre de 2015, que acordó la cancelación, por incumplimiento, de la inscripción en el Registro de régimen retributivo específico correspondiente a la instalación fotovoltaica de la parte actora denominada "CENTRAL SOLAR FOTOVOLTAICA DE 3MW" asociada a la convocatoria del segundo trimestre de 2010. En la citada resolución se acordaba, asimismo, la revocación del derecho a la percepción del régimen retributivo específico regulado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y del régimen económico primado otorgado al amparo del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, desde su concesión; disponiendo la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Tramitado el recurso con el nº 853/2015, el mismo fue desestimado por Sentencia nº 459 de 29 de julio de 2016. La Sala de instancia, tras descartar la caducidad del procedimiento alegada por la parte actora (FD 5º), considera que la cancelación de la inscripción registral resulta procedente al verificarse el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 8.1 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, (hoy derogado) según cuyo tenor <<Las instalaciones inscritas en el Registro de preasignación 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 art. 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo >>. Señala en este sentido que, si bien la inscripción definitiva en el RAIPRE se efectuó en plazo, el comienzo del vertido de energía a la red eléctrica se produjo extemporáneamente.

Sobre esta cuestión razona la Sala que se trata de <<un retraso que la parte atribuye a la actuación incumplidora de la compañía eléctrica correspondiente, pero ello, cual sustenta la demandada, no puede determinar que no proceda la cancelación acordada, al tratarse de acaecimientos en el ámbito de la organización de la actividad y del riesgo empresarial [...]>>. En el mismo sentido reproduce el Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia de la misma Sala, de 12 de mayo de 2016, en la que se pone de manifiesto que los retrasos de la distribuidora en sus obligaciones de revisión y supervisión de la línea de alta tensión no modifican la responsabilidad de la productora como solicitante (de la inscripción) pues ella es <<la obligada directa al cumplimiento de todos los requisitos, sin perjuicio de la posibilidad de repetición, más no en esta sede ni en este procedimiento>>. Las eventuales negligencias de la distribuidora ya están contempladas en la misma norma <<cuando establece el apartado 2 del artículo 8 del RD 1578/2008, de 26 de septiembre, la posibilidad de una prórroga de hasta cuatro



meses, que no es sino la prórroga concedida por la Administración en su extensión máxima precisamente por considerar como razones fundadas el surgimiento de 'posibles incidencias con el gestor de la red eléctrica a la que se conecta'. Si dichas incidencias no fueron resueltas en dicha prórroga difícilmente puede trasladarse la responsabilidad de las mismas a la Administración o, como pretende in extremis la recurrente, considerarlas (...) como caso fortuito de los previstos en el art. 1105 del Código Civil, al no ser sino continuación de los problemas que ya existían a tiempo de solicitud de la prórroga>>.

A lo anterior añade el Tribunal a *quo* que, de lo actuado, no cabe entender acreditado el incumplimiento culpable unilateral de la distribuidora que, en ningún caso, podría incardinarse en el art. 1105 del Código Civil. Tras esa declaración la Sala afirma, sin embargo, que estamos <<ante un retraso que la parte atribuye, y así puede entenderse resultaría de lo actuado, a la actuación de la compañía eléctrica correspondiente>> .

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, la parte recurrente ha preparado contra la misma recurso de casación, apuntando en su escrito (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 lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, así como lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil. Se argumenta en este sentido que no procede la aplicación automática de las consecuencias previstas en la norma para el incumplimiento de las obligaciones (cancelación del registro y revocación del régimen primado) cuando, como en este caso, concurre una imposibilidad material y técnica de realizar el vertido en red que es competencia de la empresa distribuidora. No se trata, por tanto, de una inobservancia imputable a la empresa titular de la instalación, resultando de aplicación el art. 1105 del Código Civil que implica la exoneración de responsabilidad ante sucesos que, aun siendo previsibles, resultan inevitables.

En su escrito de preparación del recurso de casación, argumenta ampliamente la parte recurrente sobre la relevancia y el carácter determinante del sentido del "fallo" de las normas cuya infracción denuncia, resaltando su carácter de normas integrantes del Ordenamiento estatal.

Por lo que concierne a la justificación, con singular referencia al caso, de la concurrencia del interés objetivo casacional con arreglo a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, que exige el art. 89.2 f) LJCA, se sostiene por la entidad recurrente la existencia, en primer lugar, del supuesto de interés casacional previsto en el art. 88. 2 c) LCJA y, en segundo lugar, del supuesto contemplado en el art. 88. 3 a) LJCA.

En lo relativo al primero de ellos se expone, en resumen, que la resolución judicial impugnada afecta a un gran número de situaciones y trasciende del fallo del caso concreto, pues son numerosas las instalaciones a las que se les aplica ese régimen especial y muy elevado el índice de litigiosidad ante el Tribunal Superior de Justicia sobre esta cuestión, con resoluciones contradictorias. Se pone además de relieve el impacto económico que supone la ejecución de una sentencia como la impugnada ya que la cancelación de la inscripción no comporta únicamente la privación del régimen de retribución primado, sino también la devolución de las cantidades ya percibidas en concepto de prima.

Por lo que atañe al supuesto previsto en el art. 88.3 a) LJCA se mantiene en el escrito de preparación que el presente recurso goza de presunción de interés casacional objetivo al haber aplicado la Sentencia impugnada normas en las que sustenta su razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia. Y razona en este sentido que, si bien el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la aplicación del art. 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, la aludida doctrina no resulta extensible a este caso pues se refiere, exclusivamente, a la determinación del momento inicial del cómputo del plazo máximo para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el citado precepto. Esto es, no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo que guarde relación con la cuestión sometida a debate en el proceso.

TERCERO.- Mediante auto de 16 de noviembre de 2016, y verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 LJCA, el Tribunal de instancia tuvo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, sin considerar oportuna la emisión de opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia. En fecha de 7 diciembre de 2016 la Sala de instancia dictó auto de aclaración, ex art. 267 LOPJ, suprimiendo la referencia errónea a la interposición del recurso de casación en el término del emplazamiento que se acuerda.

La parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 4 de enero de 2016. Se ha personado asimismo ante este Tribunal Supremo, en calidad de parte recurrida, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por Ley ostenta, quien en su escrito de personación no ha formulado la oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.



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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado en el mismo tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose 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".

Finalmente, esa Sección considera que se ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia de los distintos supuestos o escenarios de interés casacional comprendidos en los apartados 2º y 3º del artículo 88 LJCA que se invocan.

SEGUNDO.- Comprobada, pues, la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora cuál es la cuestión litigiosa y si ésta tiene interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia que justifique un pronunciamiento de esta Sala.

Como se ha apuntado ya en los antecedentes de hecho de esta resolución, la empresa productora de energía, hoy recurrente, cuestiona la confirmación de las resoluciones administrativas que acuerdan la cancelación de su inscripción en el Registro de preasignación de retribución con la consiguiente revocación del derecho a la percepción del régimen económico primado (desde su concesión) y la obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de prima.

No discute la recurrente el carácter extemporáneo del vertido de la energía en la red para su venta, ni el consecuente incumplimiento de una de las dos obligaciones establecidas en el art. 8.1 RD 1578/2008. La cuestión controvertida se circunscribe, adelantamos, a interpretar el art. 8 del Real Decreto 1578/2008 en aquellos casos en los que el incumplimiento de las obligaciones previstas en dicho precepto, incluso en los supuestos en que se haya concedido prórroga, viene motivado por la actuación de un tercero.

A efectos ilustrativos conviene recordar que el apartado segundo del art. 8 del Real Decreto citado dispone que <<En caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 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 preasignación de distribución", añadiéndose a continuación que "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, el retraso injustificado de 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 [...]>> .

Consta en este caso que la empresa productora de energía recurrente obtuvo una prórroga de un mes y medio para solventar las incidencias con el gestor de la red; prórroga a cuyo término había formalizado la inscripción definitiva en el registro pero no el vertido en red que exige la normativa. Incoado el procedimiento de cancelación de la inscripción, la recurrente alegó la imposibilidad de realizar el vertido eléctrico por incumplimiento de la entidad gestora de la red (falta de habilitación de la conexión oportuna) y la improcedencia de padecer las consecuencias de una infracción que no le es imputable y que, además, le resultaba, si no imprevisible, sí inevitable (art. 1105 Cc).

La sentencia impugnada parece entender, en cambio -o así se desprende de sus *razonamientos jurídicos* (en ocasiones algo confusos, por sostener una cosa y la contraria en párrafos contiguos)-, que con independencia de si el incumplimiento de la concreta obligación del vertido de energía en red es imputable a un tercero procede la cancelación de la inscripción anudada al mismo. Y ello porque, a juicio del Tribunal *a quo*, una vez transcurrida la prórroga otorgada en su día para solventar este tipo de incidencias, no puede considerarse esa nueva incidencia o falta de conexión como un hecho imprevisible, sino en todo caso como un acontecimiento propio del ámbito de organización de la actividad y del riesgo empresarial, con nula repercusión en la modulación de la responsabilidad de la titular de la instalación que es la única obligada por el art. 8. 2 del Real Decreto 1578/2008.



TERCERO.- La cuestión planteada en casación versa, en definitiva, sobre si una interpretación de los dos apartados del art. 8 RD 1578/2008, de 26 de septiembre, como la apuntada *supra* resulta ajustada a derecho. Se trata de discernir si el incumplimiento de la obligación de vertido de energía en red en el plazo previsto por el art. 8.1 del Real Decreto ha de llevar aparejado en todo caso la cancelación de la inscripción y consecuente pérdida del régimen primado con independencia de la intervención o responsabilidad que, en dicho incumplimiento, haya podido tener la omisión o actuación de un tercero (el gestor de la red) cuya intervención, además, resulta imprescindible para efectuar tal vertido. O si, por el contrario, la intervención u omisión de ese tercero, cuando es el factor determinante de la imposibilidad de dar cumplimiento a esa obligación, ha de tener, indefectiblemente, una proyección sobre las consecuencias anudadas al incumplimiento, en el sentido de modular la responsabilidad de la empresa productora de energía y titular de la instalación.

Así planteada, la cuestión reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la resolución judicial aplica normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial en el sentido y perspectiva que aquí interesa que permita dar respuesta al problema jurídico planteado.

Apreciada en la cuestión planteada la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 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>>, declaramos que el interés casacional objetivo consiste en determinar la interpretación que haya de darse a lo previsto en el apartado segundo del art. 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, cuando el incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado primero del precepto no son imputables a la empresa titular de la instalación de energía, solicitante de la inscripción en el Registro de preasignación retributiva.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- 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 21/2017 interpuesto por la representación procesal de Parque Fotovoltaico de Taracena S.L.U. contra la Sentencia de 29 de julio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta), dictada en el procedimiento ordinario núm. 853/2015.

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. 8.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, cuando el incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado primero del precepto no son imputables a la empresa titular de la instalación de energía, solicitante de la inscripción en el Registro de preasignación retributiva.

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