



Roj: **ATS 1296/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1296A**

Id Cendoj: **28079130012017200155**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2017**

Nº de Recurso: **139/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 20 de febrero de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO-** El procurador de los tribunales, D. Enrique Hernández Tabernilla, en nombre y representación de Cobertura Solar Málaga SL, ha preparado recurso de casación contra la sentencia número 472/2016, de 13 de septiembre, dictada por la Sección Sexta la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario núm. 644/2014.

La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Cobertura Solar Málaga SL, contra la resolución de 26 de diciembre de 2011 (expte. E- 2012-00305-06) del Subdirector General de Energía Eléctrica, que confirmada en alzada mediante la resolución de 27 de mayo de 2014, denegó el procedimiento de devolución de aval, en relación con la inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas (PREFO), respecto de la instalación fotovoltaica de la actora denominada «CSM. Guadalhorce» (expte FTV-004121-2009-E), asociada a la convocatoria del tercer trimestre de 2010.

La resolución administrativa acordaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«[...] A tenor de lo expuesto, no cabe considerar como actos administrativos previos que hayan podido condicionar la viabilidad de la instalación, la paralización de la construcción del inmueble sobre cuyo tejado se procedería a ejecutar la instalación fotovoltaica, por lo que, a tenor de la normativa aplicable, el desistimiento voluntario por parte del recurrente de la tramitación administrativa de la instalación, lleva necesariamente aparejado la ejecución del aval depositado, debiendo así rechazarse las pretensiones deducidas en el presente recurso de alzada.

Por último, ha de recordarse que tampoco habría lugar a aceptar el desistimiento voluntario y devolución del aval de la instalación del recurrente, en aplicación de la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, en la medida en que dicha norma, -que estableció la posibilidad de que, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor (28 de marzo de 2012), las instalaciones de régimen especial inscritas en el Registro de preasignación de retribución pudieran renunciar a la inscripción en el citado Registro, con la devolución de los avales - entró en vigor con posterioridad a la solicitud realizada por COBERTURA SOLAR MÁLAGA S.L. y a la denegación por parte de la SGEE, por lo que no le resulta aplicable [...]».

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia desestimó el recurso, confirmando la denegación de la devolución del aval, sobre la base de que el desistimiento, aún ajeno al actuar del recurrente, se encuadra entre las causas inherentes al riesgo negocial, y no es constitutivo de fuerza mayor o semejante. Concretamente, concluye:

«[...] Así las cosas, y habida cuenta de que el interesado no continúa la tramitación del procedimiento, ya que por causas inherentes al riesgo negocial u organizativo de la actividad, aun ajenas al actuar del mismo, no ha llevado a cabo la correspondiente instalación, no procede sino confirmar asimismo en este aspecto el acto



administrativo recurrido en autos, siendo adecuada a Derecho la fundamentación de la Resolución de alzada en este particular, ya reproducida con anterioridad.

Repárese además en que la Administración competente expidió la correspondiente licencia de obras para la instalación y en que estamos ante procedimientos en competencia con terceros, sin que el hecho de la renuncia a la licencia de obras en el ámbito autonómico correspondiente, aun considerando la diferencia jurídica respecto del desistimiento (aquella atinente al derecho en sí mismo y ésta a la acción o procedimiento en curso, derivada de aquél), altere lo anterior, dadas las circunstancias del caso y el procedimiento administrativo en que nos encontramos y su específica regulación ya expuesta en términos generales.

[...]

Por tanto, ha de estarse a lo preceptuado en el Real Decreto de aplicación y para poder beneficiarse de las ventajas del régimen primado es preciso cumplir en plazo los requisitos, siendo la consecuencia de su incumplimiento la prevista en el art. 8, esto es, la cancelación de oficio de la inscripción en el registro de preasignación y la pérdida de los derechos asociados a la inscripción en dicho registro por el periodo concreto afectado, así como en nuestro caso la pérdida del aval, dada la actuación del interesado que no puede ampararse válidamente en hechos de terceros al respecto, no constitutivos desde luego de fuerza mayor o semejante [...].».

**TERCERO.**- La representación procesal de Cobertura Solar Málaga SL presentó escrito de preparación contra dicha sentencia, en el cual, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos en orden al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución que se impugna, identifica como jurisprudencia infringida, con cita, entre otras, de la STS, Sec 3ª, de 5 de enero de 2009, (rec.3601/2006), la atinente a la ruptura del equilibrio contractual por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, negando virtualidad a la jurisprudencia sobre cuya base se fundamenta la sentencia recurrida, por carecer de razón de identidad con el objeto litigioso, esto es, la cancelación de la inscripción por desistimiento debido a cambio imprevisible en las circunstancias con la consiguiente devolución del aval.

Añade el recurrente que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme al artículo 88, apartado 2 de la Ley Jurisdiccional, pues la sentencia impugnada fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido ( art. 88.2.a) LJCA), además, afirma que el caso afecta a un gran colectivo ( art. 88.2.c) LJCA), y, según expone, concurre una de las circunstancias que, según el art 88.3 LJCA, permite presumir que existe interés casacional objetivo, concretamente la del apartado a), esto es, «Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia».

Concretamente, argumenta, en primer lugar, que la sentencia número 84/2016, de 17 de febrero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (rec.86/2015), resuelve en un procedimiento sustancialmente idéntico la devolución del aval, por considerar que a los efectos de lo previsto en el artículo 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología (BOE núm. 234, de 27 de septiembre de 2008), (en adelante, RD 1578/2008), no existía voluntariedad en el desistimiento al haberse acreditado la ejecución hipotecaria sobre el inmueble como elemento impeditivo de la ejecución del proyecto. Añade, entre otras, la cita de la sentencia número 41/2015, de 5 de febrero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (rec.86/2015), que, sobre la base del artículo 9.2 del RD 1578/2008, entiende que concurre un desistimiento motivado por la pérdida de viabilidad del proyecto derivado del cambio de condiciones del punto de conexión impuesto por Iberdrola con ocasión del cambio de titularidad solicitado por la recurrente, concluyendo el carácter no voluntario del desistimiento y la devolución del aval.

**CUARTO.**- Por escrito fechado el 1 de diciembre de 2016 se ha personado como parte recurrida el Abogado del Estado.

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.

La cuestión planteada en casación versa, en definitiva, sobre la interpretación del art. 9.2 del RD 1578/2008, en relación con el artículo 8 de dicha norma.

El artículo 8 dispone:

«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.

[...]

4. La cancelación por incumplimiento de la inscripción de un proyecto en el Registro de pre-asignación supondrá la ejecución del aval depositado, de acuerdo con el artículo 59 bis o 66 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, o del previsto en el artículo 9 de este real decreto [...].»

El art. 9.2 del RD 1578/2008, en lo concerniente a la devolución del aval establece:

«[...] 2. El aval a que hace referencia el apartado 1, será cancelado cuando el peticionario obtenga la inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas. Si a lo largo del procedimiento, el solicitante desiste voluntariamente de la tramitación administrativa de la instalación o no responde a los requerimientos de la Administración de información o actuación realizados en el plazo de tres meses, se procederá a la ejecución del aval. Se tendrá en cuenta a la hora de valorar el desistimiento del promotor, el resultado de los actos administrativos previos que puedan condicionar la viabilidad del proyecto [...].»

Puntualiza el art. 59.bis 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, (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2000), en su redacción dada por la disposición final 2.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, lo siguiente:

«[...] El aval será cancelado cuando el peticionario obtenga el acta de puesta en servicio de la instalación. Si a lo largo del procedimiento, el solicitante desiste voluntariamente de la tramitación administrativa de la instalación o no responde a los requerimientos de la Administración de información o actuación realizados en el plazo de tres meses, se procederá a la ejecución del aval. Se tendrá en cuenta a la hora de valorar el desistimiento del promotor, el resultado de los actos administrativos previos que puedan condicionar la viabilidad del proyecto».

**TERCERO.-** La sentencia impugnada, tal y como ha quedado reseñado en los antecedentes de esta resolución, considera que es procedente la ejecución del aval constituido y, en consecuencia, no procede acceder a su devolución, cuando la empresa solicitante desiste de la tramitación del procedimiento al no haber podido llevar a cabo la instalación por causas "aun ajenas al actuar del mismo" pero que considera inherentes al "riesgo negocial u organizativo de la actividad".

Frente a ello, el recurrente aporta varias sentencias del Tribunal de Justicia de Madrid, entre otras la de 17 de febrero de 2016 (rec. 86/2015), en las que se considera que "el desistimiento voluntario" solo se produce

en los casos en los que el apartamiento del procedimiento es debido a una decisión voluntaria de la empresa solicitante, excluyendo los supuestos en los que la imposibilidad de llevar a cabo la instalación es achacable a la actuación de la Administración o de terceros.

La cuestión reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque existen sentencias que, en supuestos sustancialmente iguales, efectúan una interpretación contradictoria de las normas de derecho estatal en las que se fundamenta el fallo.

Siendo el recurso de casación el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, como se hace constar en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, es notorio que cuando se dictó la sentencia aquí objeto de casación existían pronunciamientos de la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre esta cuestión, distintos y contradictorios, resultando indefectible un pronunciamiento al respecto por parte de esta Sala del Tribunal Supremo.

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, declaramos que el interés casacional objetivo consiste en determinar si en el concepto "desistimiento voluntario", utilizado en el art. 9.2 del Real Decreto 1578/2008, pueden incluirse supuestos ajenos a la voluntad de la empresa que no continua con la tramitación de la instalación por conductas achacables a terceros.

Todo ello, sin perjuicio de que «[...] la sentencia haya de extenderse a otras (normas) si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso».

**CUARTO.-** Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del poder judicial, en la sección correspondiente al 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 lo expuesto,

#### La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación preparado por el procurador D. Enrique Hernández Tabernilla, en nombre y representación de Cobertura Solar Málaga, S.L., contra la sentencia número 472/2016, de 13 de septiembre, dictada por la Sección Sexta la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario núm. 644/2015.

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. 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, cuando el desistimiento de la instalación es imputable a tercero.

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 Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas