



Roj: **STS 3486/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3486**

Id Cendoj: **28079130032017100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **139/2016**

Nº de Resolución: **1517/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9527/2016,**
ATS 1296/2017,
STS 3486/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **139/2016** interpuesto por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla en representación de COBERTURA SOLAR MÁLAGA, S.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 644/2014. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 644/2014) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< FALLAMOS:

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo 644/14, interpuesto por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla en nombre y representación de COBERTURA SOLAR MÁLAGA S.L., contra la Resolución de 27-05-14 (expte. E 2012-00305- 06) del Ministerio De Industria, Energía y Turismo (Subsecretaría), que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la denegación de devolución de aval, acordada en fecha 26-12-11, en relación con la inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas de la instalación fotovoltaica denominada "CSM.GUADALHORCE" (expte. FTV-004121-2009-E), asociada a la convocatoria del tercer trimestre de 2010, actuación administrativa que en consecuencia se confirma por resultar ajustada a Derecho.

2.- Condenar a la parte actora en las costas del presente recurso, en los términos del Fº Jº 6º de esta sentencia>>.

SEGUNDO .- El debate planteado en el proceso de instancia lo sintetiza el antecedente tercero de la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

<< (...) TERCERO.- Signifiquemos ahora que la demanda actora, tras relatar con brevedad los antecedentes del caso y la situación previa a la Resolución recurrida, que motiva la solicitud de devolución del aval prestado, por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, sustenta su pretensión en tanto que por la propietaria del inmueble se le comunicó la no finalización y paralización de la obra nueva en el inmueble que iba a acoger la



instalación correspondiente, procediendo la actora forzosamente a la renuncia a la licencia de obras concedida al respecto.

Entiende, en resumen, que la renuncia, aceptada por la CA de Andalucía, como diferente al desistimiento, al que se refiere la normativa aplicable respecto de la devolución o ejecución del aval prestado, habilita su pretensión, siendo así que la renuncia no fue voluntaria, invocando en su favor el cambio de circunstancias en la contratación y la infracción de la doctrina de la fuerza mayor, así como de los principios de legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad y tutela judicial efectiva.

La Abogacía del Estado se opone a la demanda actora, solicitando la confirmación del acto impugnado, tras relatar el *iter* normativo y jurisprudencial en la materia, sustentando la completa adecuación de la resolución recurrida a la legalidad vigente, tanto procedimental como de fondo, no concurriendo las infracciones que sustenta la actora en su demanda, que refuta razonadamente en términos generales>>.

Planteado así el debate, y tras citar la Sala de instancia diversas sentencias de que se han resuelto litigios semejantes, las razones por las que se desestima el recurso contencioso-administrativo que ahora nos ocupa las expone el fundamento jurídico quinto de la sentencia, en el que, tras reproducir lo dispuesto en los artículos 8 y 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, la Sala de instancia señala:

<< (...) QUINTO.- [...].

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.

Cual venimos señalando en precedentes múltiples ya, se trata en todo caso de la operatividad de una condición resolutoria expresa *ex lege*, basada en un previo incumplimiento del interesado, aquí acontecido, dado lo expuesto.

Así pues, no se trata de un procedimiento sancionador, sino de la consecuencia anudada a un incumplimiento, tal como establece el Real Decreto de aplicación para este procedimiento.

Es decir, no se trata de una norma sancionadora, sino que la regulación prevé un régimen primado y si no se cumplen estrictamente los requisitos establecidos para obtener la ventaja que conlleva, se anudan unas consecuencias, que en este caso son las acordadas con arreglo al texto del Real Decreto. No se trata de las facultades de revisión a las que hace referencia en el art. 106 de la ley 30/1992, sino de un sistema de control de cumplimiento de requisitos para percibir una prima, por tanto una forma de ventaja o subvención.

No es pues, se reitera, una norma sancionadora que se aplique a un supuesto anterior a su vigencia, sino un procedimiento de control tramitado con arreglo a su normativa concreta.

Por lo demás, no se vulnera el principio de confianza legítima, como se suele aducir en recursos sobre esta materia. Cual venimos significando, la normativa sobre esta materia es cambiante y ha ido evolucionando sucesivamente a la vista de la situación real, tal como explican los diferentes Reales Decretos en sus Preámbulos a modo de Exposición de Motivos. Esta situación no afecta la confianza legítima puesto que las diferentes normas se han ido adaptando y por lo demás, se reconoce el régimen primado para periodos concretos, de modo que en un periodo puede no ser reconocido pero sí en otros, atendiendo a la situación concreta y a las diversas normativas de aplicación.

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.



En consecuencia con lo anterior, y sin necesidad de mayores consideraciones, no procede sino desestimar el presente recurso>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Cobertura Solar Málaga, S.L., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 20 de febrero de 2017 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 20 de febrero de 2017 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<<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. [...]>>

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, la parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 17 de abril de 2017 en el que solicita que se dicte sentencia casando y anulando la sentencia recurrida y dictando otra en su lugar estimando el recurso contencioso-administrativo, interpretando el artículo 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, declarando la posibilidad del desistimiento voluntario cuando el mismo es imputable a un tercero y dando lugar a la cancelación y devolución del aval prestado, con expresa condena en costas.

QUINTO.- Mediante providencia de esta Sala y Sección Tercera de 18 de abril de 2017 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito que presentó la Abogacía del Estado con fecha 7 de junio de 2017 en el que pide que esta Sala fije la siguiente doctrina:

<< 1.- Que el art. 8.4 del Real Decreto 1578/2008, en relación con los arts. 8.1 y 8.2 párrafos primero y segundo del mismo texto han de interpretarse en el sentido de que procede la ejecución del aval en caso de incumplimiento en plazo (inicialmente previsto o prorrogado) de las obligaciones previstas en el art. 8.1, a salvo la aplicación de las reglas generales del art. 1105 CC, de modo que sólo se excluiría si el incumplimiento fuera directamente causado por un suceso o sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, sin que tuvieran consideración de tales las causas inherentes al riesgo negocial u organizativo de la actividad. Ponderación circunstanciada que debería tener en cuenta, de modo muy determinante, si el sujeto pidió o no la prórroga, como manifestación de que había actuado con toda la diligencia que le era exigible.

2.- Que el art. 8.2 tercer párrafo y 9.2 del precitado RD, en relación también con el 8.1, deben interpretarse en relación con el desistimiento:

A) Entendiendo por tal la manifestación de voluntad en el sentido de no continuar con la tramitación del procedimiento realizada durante la tramitación del procedimiento, es decir, antes del transcurso del plazo reglamentario del 8.1 o del prorrogado, pues en caso contrario se aplica la regla general atinente al incumplimiento.

B) Que se considerará desistimiento "voluntario" a efectos de implicar la ejecución del aval aplicando el art. 1105 CC en los mismos términos antes reseñados, con la excepción de la existencia de "actos administrativos previos que puedan condicionar la viabilidad del proyecto", que, aunque pudieran considerarse "inherentes al riesgo negocial u organizativo de la actividad", podrían, si directamente causantes del desistimiento (apreciación circunstanciada conforme a las reglas de la sana crítica), determinar su calificación como desistimiento "involuntario", y exonerar de tal responsabilidad>>.

Y concluye la Abogacía del Estado señalado que esa doctrina, traslada al caso que nos ocupa, lleva a que el recurso de casación deba ser desestimado.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 14 de junio de 2017 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 26 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **139/2016** lo interpone la representación de Cobertura Solar Málaga, S.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 644/2014).

Como ha quedado señalado en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Cobertura Solar Málaga S.L. contra la resolución del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (Subsecretaría) de 27 de mayo de 2014 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Energía Eléctrica de 26 de diciembre de 2011 (expediente E 2012-00305-06) en la que se acuerda la denegación de devolución de aval prestado en relación con la inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas de la instalación fotovoltaica denominada "CSM.GUADALHORCE" (expediente FTV-004121-2009-E), asociada a la convocatoria del tercer trimestre de 2010.

SEGUNDO.- Procede, ante todo, reproducir aquí el tenor literal de los preceptos reglamentarios cuya interpretación interesa al presente recurso de casación, esto es, el artículo 9.2, puesto en relación con el artículo 8, ambos 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.

En los apartados que ahora interesan, el artículo 8 del Real Decreto 1578/2008 establece:

<<1. 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.

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 preasignación 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.

Igualmente será causa de cancelación por incumplimiento de un proyecto en el Registro de preasignación de retribución el desistimiento voluntario de la tramitación administrativa de la instalación o la falta de respuesta a los requerimientos de la Administración de información o actuación realizados en el plazo de tres meses. En estos casos, el órgano competente comunicará a la Dirección General de Política Energética la procedencia de dicha cancelación, para que ésta ejecute la cancelación por incumplimiento de la inscripción en el citado Registro.

3. [...]

4. La cancelación por incumplimiento de la inscripción de un proyecto en el Registro de preasignación supondrá la ejecución del aval depositado, de acuerdo con el art. 59 bis o 66 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, o del previsto en el art. 9 de este Real Decreto. Lo anterior, sin perjuicio de la no procedencia de ejecución del aval, de conformidad con lo establecido en los artículos citados. El órgano competente procederá a iniciar el procedimiento de ejecución o cancelación, según corresponda, de dicho aval en el plazo máximo de un mes a contar desde la cancelación de la inscripción, o en su caso desde la recepción de la comunicación de dicho hecho.

5. La inscripción definitiva de una instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas supondrá, la cancelación de oficio de su inscripción en el Registro de preasignación de retribución." [...]>>



Por su parte, el artículo 9.2 del mismo Real Decreto 1578/2008 dispone:

<<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. Entre otras, se considerará razón suficiente para la cancelación del aval, la no inclusión en el Registro de pre-asignación de retribución de un proyecto o instalación para la que se solicite su inclusión en dicho registro en todas las convocatorias que se celebren durante un periodo de doce meses, o la cancelación de la solicitud por parte del titular antes del cierre de la primera convocatoria en la que se presente>>.

Como ya hemos explicado en nuestra reciente sentencia 1199/2017, de 7 de julio de 2017 (recurso de casación 161/2016, FJ 2º), el artículo 8 del Real Decreto 1578/2008, bajo la rúbrica de "Cancelación de la inscripción en el Registro de preasignación de retribución", contempla dos formas de cancelación: de oficio y por incumplimiento, la primera (artículo 8.5) se producirá cuando, por cumplirse las condiciones del apartado 1 del precepto, la instalación 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; y la segunda (artículo 8.2), cuando se incumplan las condiciones del apartado 1 del precepto, así como en los supuestos de desistimiento voluntario de la tramitación administrativa de la instalación y de falta de respuesta a los requerimientos de la Administración de información o actuación realizados en el plazo de tres meses.

Las consecuencias de la cancelación por incumplimiento de la inscripción de un proyecto en el Registro de preasignación de retribución se describen en los apartados 3 y 4 del artículo 8, consistiendo en la pérdida de los derechos asociados a la inscripción, entre ellos el derecho a la retribución especial, y la ejecución del aval, en su caso.

TERCERO.- Como explica el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, del expediente administrativo resulta que la entidad recurrente solicitó en fecha 16 de septiembre de 2011 la devolución del aval alegando imposibilidad de ejecución de la instalación por causa no imputable a la actora sino a la empresa encargada de la construcción del inmueble sobre cuyo tejado se procedería a instalar la planta fotovoltaica. Tal solicitud de devolución del aval fue denegada por resolución de 26 de diciembre de 2011, luego confirmada en alzada por resolución de 27 de mayo de 2014, contra la que se dirigió el recurso contencioso-administrativo.

Ya hemos visto en el antecedente segundo las razones que expone la Sala de instancia, citando otros pronunciamientos anteriores, para sustentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo; y no vamos a reproducirlas ahora. Sólo interesa destacar que la Sala de instancia no niega ni cuestiona la veracidad de la causa alegada por la recurrente para explicar la inejecución de la instalación fotovoltaica, esto es, que no iba a construirse del inmueble en cuya cubierta estaba previsto que se asentase aquélla. Así, la argumentación de la sentencia recurrida (fundamento jurídico quinto) consiste en señalar que para poder beneficiarse de las ventajas del régimen primado es preciso cumplir en plazo los requisitos y que la consecuencia de su incumplimiento es la prevista en el artículo 8, esto es, la cancelación de la inscripción en el registro de preasignación y la pérdida de los derechos asociados a la inscripción en dicho registro, así como, en nuestro caso, la pérdida del aval; y ello, señala la sentencia, "...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".

No compartimos la interpretación de la Sala de instancia, en particular en lo que se refiere a este último inciso que hemos entrecorrido. Veamos.

CUARTO.- Por su estrecha relación con el caso que ahora nos ocupa, debe citarse aquí el auto de la Sección Primera de esta Sala de 7 de febrero de 2017 que admitió a trámite el recurso de casación 161/2016. Dicho auto señalaba que la cuestión planteada en aquel recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en determinar la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en el artículo 8, apartados 1 y 2, del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, respecto de las dos siguientes cuestiones:

- si la cancelación de la inscripción definitiva 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.

Pues bien, la respuesta a tales cuestiones vino dada por **sentencia de esta Sección Tercera nº 1999/2017, de 7 de julio de 2017 (recurso de casación 161/2016)**, cuyo fundamento jurídico quinto declara:

<< (...) QUINTO.- De acuerdo con lo hasta aquí razonado, el criterio de la Sala respecto de las dos cuestiones planteadas en el auto de admisión del presente recurso de casación, es el siguiente:

- En relación con la primera cuestión (...), la Sala estima que dicha cancelación no resulta procedente cuando, aun habiéndose superado objetivamente el plazo de 12 meses establecido para la inscripción, el retraso no se deba a circunstancias imputables al solicitante, que ha cumplido por su parte todas las obligaciones que le corresponden, determinadas por el artículo 8.1 del RD 1578/2008, esto es, ha solicitado la inscripción con carácter definitivo ante el órgano competente, acompañada de toda la documentación exigible y ha comenzado a vender energía eléctrica, en el plazo establecido por el precepto de 12 meses, sino que el retraso sea debido a la tardanza del órgano administrativo competente en resolver la citada solicitud de inscripción con carácter definitivo que el interesado presentó en plazo.

- En relación con la cuestión segunda, el criterio de la Sala es que la solicitud de prórroga no opera como una carga que pesa en todo caso sobre el solicitante ante la posibilidad de un retraso en la inscripción, cuyo incumplimiento determine la cancelación de la inscripción, en el caso de que tal retraso no dependa del interesado y no le sea imputable en los términos que se han indicado en el apartado anterior>>.

Fácilmente se comprende que la respuesta que demos ahora al interpretar el artículo 9.2 del Real Decreto 1578/2008, en relación con la procedencia de cancelación o devolución del aval, debe ir en consonancia con la que dimos en la citada sentencia de 7 de julio de 2017 al interpretar el artículo 8.2. En aquel caso esta Sala declaró que no procede la cancelación del registro por incumplimiento del plazo cuando el retraso no se debe a circunstancias imputables al solicitante; y, como consecuencia, anulábamos la resolución administrativa que había ordenado la cancelación y declarábamos el derecho de la entidad allí recurrente a la inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial.

En el caso que ahora nos ocupa no se cuestiona la cancelación de la inscripción, que ciertamente procede dado que no se va a llevar a cabo la instalación; lo que combate la recurrente es la consideración de que se trata de una cancelación "por incumplimiento", habida cuenta que viene determinada por una causa que no le es imputable.

Dicho de otro modo, los artículos 8.2 y 9.2 del Real Decreto Real Decreto 1578/2008 equiparan el "desistimiento voluntario" con el "incumplimiento" de las obligaciones del solicitante, estableciendo para ambos casos, en lo que ahora interesa, una doble consecuencia: la cancelación de la inscripción y la ejecución del aval. Pues bien, no cabe dar el mismo tratamiento al supuesto en que, como aquí sucede, no hay un desistimiento "voluntario" sino que la instalación prevista resulta inviable por causas ajenas a la voluntad del solicitante, como es el hecho de que, por decisión de un tercero, no vaya a construirse el inmueble en cuyo tejado habría de ubicarse la instalación fotovoltaica.

Solo impropiamente puede hablarse en este caso de "desistimiento"; y lo que no cabe, desde luego, es calificarlo de "voluntario". En consecuencia, aunque proceda la cancelación de la inscripción, porque la instalación ciertamente no se va a realizar, no resulta procedente la ejecución del aval sino su devolución, pues falta la nota de voluntariedad sin la cual no cabe equiparar el desistimiento a un incumplimiento.

QUINTO.- En virtud de lo que llevamos expuesto, la respuesta a la cuestión que en el auto de admisión del presente recurso se consideró que presenta interés casacional (véase antecedente tercero) ha de ser la siguiente:

El artículo 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, puesto en relación con el artículo 8.2 del mismo Real Decreto, ha de interpretarse en el sentido de que cuando la inejecución de la instalación fotovoltaica no sea debida al desistimiento voluntario del solicitante sino imputable a un tercero la cancelación de la inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial no ha de llevar aparejada la ejecución del aval sino que procede su devolución.

SEXTO.- De acuerdo con esa interpretación, debe declararse haber lugar al recurso de casación, debiendo ser casada y anulada la sentencia recurrida y en su lugar, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Cobertura Solar Málaga, S.L., procede anular las resoluciones administrativas impugnadas, en las que se acordaba la ejecución del aval prestado, y declarar el derecho de la entidad recurrente a la devolución del citado aval.



SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuestos en los artículos 93.4 , 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad; y tampoco la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **1.-** Ha lugar al recurso de casación nº **139/2016** interpuesto en representación de COBERTURA SOLAR MÁLAGA, S.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 644/2014), que ahora queda anulada y sin efecto. **2.-** Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Cobertura Solar Málaga S.L. contra la resolución del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (Subsecretaría) de 27 de mayo de 2014 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Energía Eléctrica 26 de diciembre de 2011 (expediente E 2012-00305-06) en la que se acuerda la denegación de devolución de aval prestado en relación con la inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas de la instalación fotovoltaica denominada "CSM.GUADALHORCE" (expediente FTV-004121-2009-E), asociada a la convocatoria del tercer trimestre de 2010; anulando las referidas resoluciones administrativas y declarando en su lugar el derecho de la entidad Cobertura Solar Málaga S.L. a la devolución del aval que tiene constituido. **3.-** No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.