



Roj: **STS 615/2020 - ECLI:ES:TS:2020:615**

Id Cendoj: **28079130032020100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/02/2020**

Nº de Recurso: **177/2018**

Nº de Resolución: **269/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 269/2020

Fecha de sentencia: 25/02/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 177/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 177/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 269/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor



D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 25 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 177/2018, interpuesto por Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora doña Andrea de Dorremocha Guiot, con la asistencia del letrado don Juan Torres Zalba, contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, que determina el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico, los parámetros retributivos correspondientes, y demás aspectos que serán de aplicación para el cupo de 3.000 MW de potencia instalada, convocado al amparo del Real Decreto 650/2017, de 16 de junio.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, las mercantiles Planta Solar Puertollano 10 S.L., y Planta FV3 S.L., representadas por la procuradora de los tribunales doña Ana Rayón Castilla, la entidad X-Elio Energía, S.L., representada por la procuradora doña Adela Cano Lantero, bajo la dirección letrada de don Miguel Noriega García, la mercantil Cobra Concesiones, S.L., representada por la procuradora doña María del Carmen Giménez Cardona, bajo la dirección técnica de los letrados doña Marina Serrano González y don Jesús Tovar Horcajo, la mercantil Gas Natural Fenosa Renovables, S.L.U., representada por la procuradora de los tribunales doña Beatriz Prieto Cuevas, bajo la dirección letrada de don Javier Cepeda Morras, y la sociedad mercantil Iberdrola Renovables Energía, S.A., representada por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, bajo la dirección técnica de don Gerardo Codes Calatrava.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El representante legal de "Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito" interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital por la que se determina el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico, los parámetros retributivos correspondientes y demás aspectos que se serían de aplicación para el cupo de 3000 MW de potencia instalada, convocado al amparo del Real Decreto 659/2017, de 16 de junio.

La recurrente es una entidad de crédito constituida en su modalidad de Cooperativa de Crédito, tal como figura en el Registro Oficial de Entidades del Banco de España, regulada y sometida de forma general, al igual que el resto de entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y el Instituto de Crédito Oficial), a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero.

El objeto de la orden impugnada era, entre otros, establecer el procedimiento y reglas de la nueva subasta pública para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. En lo que hace referencia a las reglas de participación de la subasta, la Orden hacía suyas y traía a este nuevo procedimiento las recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen el procedimiento y las reglas de la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, convocada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo.

Pues bien, en lo que a este recurso interesa, debe señalarse que la citada Resolución de 10 de abril de 2017 exigía a los participantes de la subasta la constitución y presentación de una garantía (apartado 14) que debía constituirse de acuerdo a lo previsto en el apartado 5 del Apéndice III. El apartado 5.3 no permitía, incomprensiblemente, la presentación de avales por parte de Cooperativas de Crédito y que, a juicio de mi mandante, esta medida era indiscutiblemente contraria a Derecho y sumamente perjudicial para sus intereses.

El recurso se funda en los siguientes motivos de impugnación:

1º Nulidad de pleno derecho por vulneración del derecho de igualdad del artículo 14 de la constitución española. Interdicción de la arbitrariedad.

Se denuncia la notoria discriminación que sufren las cooperativas de crédito en la Orden ministerial impugnada al admitir únicamente la constitución de avales constituidos por bancos y cajas de ahorro, pero no por las cooperativas de crédito. Ello supone desconocer el legítimo derecho a avalar de las cooperativas de crédito.



Así se dispone en el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, en su artículo 15: "Características del aval. 1. Sólo se admitirán garantías en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca". De modo que este real decreto no establece distinción alguna entre las diferentes entidades de crédito.

En el sector eléctrico, el artículo 59 bis Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, en lo relativo a la garantía económica para tramitar la solicitud de acceso a la red de transporte de instalaciones de producción, dispone con toda claridad que "La garantía se constituirá en la modalidad de efectivo o aval prestado por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos". Y en iguales términos se expresa su artículo 66, relativo a la garantía económica para tramitar la solicitud de acceso a la red de distribución de instalaciones de producción, sin perjuicio de que, además, en los artículos 37, 71, 73, 79 y 124 se alude a la constitución de garantías sin distinción alguna según el tipo de entidad de crédito de que se trate.

Y existen otras muchas normas que no diferencian las entidades que pueden prestar aval, refiriéndose genéricamente a las entidades de crédito. Entre ellas: el artículo 108.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, relativo a las garantías admisibles; la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, respecto a las garantías del productor para la gestión de sus residuos, habla de "garantías financieras"; el artículo 26.b) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que permite a las sociedades cooperativas de crédito la prestación de avales; el art. 4.1.d) del Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero; art. 41.3 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, de Gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras; a lo largo de todo el articulado de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (arts. 26.6, 65.4, 81.6, 82.1, 155, 224.2.b), 233.2).

Es más, la Orden ministerial objeto del presente recurso se remite también en cuanto al procedimiento a emplear en la nueva subasta a la Orden ETU 315/2017, de 6 de abril y ésta última, en su artículo 15, por lo que respecta a la inscripción en el registro del régimen retributivo específico en estado de preasignación deben acompañar una "garantía económica de conformidad con lo regulado en el artículo 44 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y del resguardo de la Caja General de Depósitos de haber depositado dicha garantía, a favor de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital [...]". En definitiva, la propia normativa que hace suya la Orden ministerial que nos ocupa admite la presentación de garantías por todas las entidades de crédito después de la subasta, pero, una vez más de forma incomprensible, no antes de la misma.

A lo largo de todo el expediente administrativo no existe una sola justificación ni referencia o explicación de que porqué se trata de forma distinta a las cooperativas de crédito, pese a que todas ellas están reguladas en la misma norma, la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, estableciendo para todas ellas un régimen conjunto. Sin que la normativa estatal incluya distinción alguna entre los diferentes tipos de entidades de crédito cuando contempla la aportación de avales.

2º Vulneración de los principios de buena regulación y de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

Considera que la Orden vulnera el principio de proporcionalidad una de cuyas manifestaciones es la adopción de las medidas menos restrictivas, especialmente en relación con la unidad de mercado. La Administración tanto en el ejercicio de su potestad reglamentaria como en la limitación o restricción de derechos y de la actividad económica de los operadores del mercado debe actuar con proporcionalidad, justificando en todo caso el motivo de dichas limitaciones.

3º Vulneración del principio de jerarquía normativa, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución y en el art. 128.3 de la Ley 39/2015. Por su parte, el artículo 24 de la Ley 50/1997 del 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, relativo a la forma y jerarquía de las disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Nación y de sus miembros, dispone que:

"2. Los reglamentos se ordenarán según la siguiente jerarquía: 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o acordado en el Consejo de Ministros.

2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial."

Considera que la Orden vulnera el artículo 15 del Real Decreto 161/1997, en el que se dispone que "Sólo se admitirán garantías en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca", al haber suprimido a las cooperativas de crédito como entidades que pueden avalar.

SEGUNDO. El Abogado del Estado se opone al recurso considerando que es inadmisibile y subsidiariamente debe ser desestimado.



Es inadmisibile por corresponder la competencia para su conocimiento a la Audiencia Nacional y por extemporáneo. Y ello, porque la omisión que se cuestiona aparece en la resolución de 10 de abril de 2017 de la Secretaria de Estado de Energía a la que el apartado 2 de la Orden impugnada se remite. La falta de mención, junto a los bancos y cajas de ahorro, de otras entidades de crédito procede del apartado 14 de la resolución de 2017 que exigía, a quienes quisieran participar en la subasta que convocaba, la constitución de una garantía que se debía constituir de acuerdo con la previsto en el punto 5 de su Apéndice III "aval de carácter solidario prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España [...]". De modo que la omisión combatida es imputable a la resolución de 10 de abril de 2017.

Subsidiariamente considera que el recurso debe ser desestimado por cuanto se pide la nulidad integral de la Orden cuando solo se cuestiona una de sus determinaciones y en la demanda no se alega infracción alguna que sea referible a la Orden en su integridad.

Y por lo que respecta a la falta de mención al resto de las entidades de crédito junto a bancos y Cajas de Ahorro, como entidades que pueden avalar a los partícipes en la subasta de un cupo de 3000 MW de potencia instalada de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica, considera que:

a) no se trata de una norma jurídica de general aplicación sino una norma específicamente aplicable a una determinada convocatoria, a una subasta ya celebrada, en la que ninguno de los partícipes ha presentado impugnación o queja por tal motivo;

b) la recurrente carece de legitimación *ad causam* para la pretensión que plantea pues no acredita tener un interés legítimo que podría vincularse con la pérdida de algún cliente por no haber podido avalarle.

c) la imposibilidad teórica de presentar un aval de dicha cooperativa de crédito no legitima a la recurrente para impugnar; finalmente la falta de mención a otras entidades de crédito (en este caso, cooperativa de crédito) no resulta contraria a ninguna norma jurídica que resulte de obligado cumplimiento, tal y como exige la construcción jurisprudencial sobre las omisiones reglamentarias.

d) No son equiparables las condiciones, naturaleza y circunstancias de los bancos y cajas de ahorros y las de las cooperativas de crédito. El hecho de que todas ellas sean entidades de crédito y coincidan en determinadas circunstancias, no impide que existan claras diferencias entre una y otras. Se trata de entidades diferenciadas con las que se las compara y que, por ej, no pueden realizar todo tipo de operaciones sino solamente las que la ley les permite y con los sujetos a los que se refiere. Existen diferencias operativas y de naturaleza entre ellas que priva de todo fundamento al presupuesto en que descansa la invocación del principio de igualdad.

e) la invocada infracción de la ley de unidad de mercado carece de desarrollo argumental suficiente para tener efectos invalidatorios.

f) Finalmente rechaza que se vulnere el principio de jerarquía normativa, pues la orden se dicta en desarrollo y con apoyo en normas entre las que no se encuentra el RD al que la cooperativa actora se refiere en su demanda, que en nada obliga a que deba admitirse en la subasta de que se trata la presentación como garantía por parte de los licitadores un aval emitido por una cooperativa de crédito.

TERCERO. El representante legal de la entidad "Cobra Concesiones SL" (en adelante Cobra) contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

Considera que la previsión impugnada y que motiva la petición de nulidad de pleno derecho de la Orden no se contiene en la misma sino una resolución anterior a las que se remite y que no fue impugnada por la entidad recurrente, por lo que entiende que la actuación impugnada es reproducción de una anterior, consentida y firme y que el recurso sería extemporáneo.

También se aduce la falta de legitimación activa, por cuanto la Caja Rural no ha acreditado en ningún momento en qué medida la Orden recurrida le supone un perjuicio, daño o frustración económica y ningún licitador ha sido excluido o perjudicado por esta previsión. Caja Rural no ha especificado que efectos positivos o negativos se derivarían de la anulación de la Orden recurrida más allá de una potencial expectativa teórica de haber podido participar como avalista de los licitadores de la subasta. Es más, los destinatarios de la Ordenanza no son las entidades avalistas sino los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada y ninguno de los licitadores de la subasta ha entendido que se produjese un perjuicio antijurídico por el hecho de que la Administración haya acotado las entidades que pueden ser avalistas en el procedimiento.

En todo caso considera que la Orden recurrida no es conforme a derecho.

Ni la Orden recurrida ni la resolución de 10 de abril de 2017 contienen ninguna disposición discriminatoria, sino que se enmarcan dentro de la discrecionalidad de la Administración para definir un procedimiento de subasta tan complejo como el que nos ocupa. La obligación del Gobierno es fomentar la producción de



energía renovable instrumentando un procedimiento de concurrencia competitiva, el resto de las condiciones que regulan la subasta, entre ellas que entidades pueden o no avalar a los participantes, entran dentro de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Toda su argumentación es que en diferentes preceptos se afirma que los avalistas de las Administraciones públicas deben ser entidades de crédito, como las sociedades cooperativas, pero no existe ningún deber de que todas las entidades de crédito, sin excepción, deban poder avalar todos los procesos de licitación públicos. La pretensión de imponer a la Administración General del Estado el deber de abrir a todo tipo de entidades de crédito la posibilidad de avalar sus proyectos no tiene lógica, puesto que, para diferentes supuestos y cuantías a garantizar, serán exigibles diferentes tipos de garantías. Es más, la resolución de 10 de abril de 2017 no solo excluye a las sociedades cooperativas, sino que cuando se refiere a los Bancos y Cajas de Ahorro les impone ciertos requisitos, como haber obtenido una determinada calificación crediticia en algunas de las compañías de rating. La Administración a la hora de enfrentarse a una subasta de esta magnitud, por las que se pretenden conseguir los objetivos de energía renovable fijados por la Unión Europea, es capaz de fijar los medios de garantía que más fiabilidad le reporten, sin que sea realista asumir que en estos casos toda entidad de crédito puede avalar a los licitadores de tan cuantiosas subastas.

Por lo que respecta a la invocada infracción de los principios de buena regulación y la normativa de unidad de mercado, no es posible sostener la vulneración del principio de proporcionalidad sin tomar en consideración los destinatarios de la medida. En este caso, la Caja Rural no es destinataria de la regulación de los procedimientos de adjudicación de la potencia instalada en base a fuentes renovables de energía eléctrica, sus destinatarios son los licitadores-productores de energía. Y ningún destinatario ha puesto en duda la proporcionalidad de la medida, siendo estos los únicos legitimados para enjuiciar la necesidad y adecuación de las normas que regulan la presentación de garantías.

Las referencias a la ley de Unidad de Mercado, como normativa infringida, resulta de todo punto improcedente pues la no discriminación entre operadores se refiere a "una discriminación geográfica por razón del lugar de residencia o establecimiento de los mismos" (art. 3.1 de la Ley 20/2013). Y la mención al art. 5 sobre la proporcionalidad de las autoridades públicas evita decir que dicho precepto se refiere la exigencia de autorizaciones y demás títulos habilitantes para ejercer una actividad, en conexión con el artículo 17.

Y por lo que respecta al principio de jerarquía normativa la Orden no contradice el Real Decreto 161/1997, pues lo que el artículo 15 de dicha norma establece que la garantía en la modalidad de aval debe ser presentado por una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca, por lo que no existe ninguna contradicción por el hecho de que la Orden establezca que el aval habrá de ser prestado por un Banco o una Caja de ahorros, por ser entidades de crédito. Lo que la parte denuncia es que no se incluya a su entidad como adecuada para prestar aval, pese a tener la condición de entidad de crédito.

Finalmente aduce que en ningún caso podría accederse a la pretendida nulidad de la Orden ni de la subasta celebrada. La entidad "Cobra" es adjudicataria de la subasta celebrada en el 2017 y junto a otros 39 operadores se encuentran realizado los proyectos comprometidos con el Gobierno para la producción de energía objeto de la subasta. Es evidente la improcedencia de anular totalmente el resultado de esta subasta como consecuencia de la habilitación o no de unas entidades de crédito para prestar avales, pues ello jamás podrá llegar a modificar el resultado de la puntuación obtenido por los postores ni a los criterios de puntuación y asignación de potencia instalada.

CUARTO. Las mercantiles Planta Solar Puertollano 10 S.L., y Planta FV3 S.L., representadas por la procuradora de los tribunales doña Ana Rayón Castilla, la entidad X-Elio Energía, S.L., representada por la procuradora doña Adela Cano Lantero, la mercantil Gas Natural Fenosa Renovables, S.L.U., representada por la procuradora de los tribunales doña Beatriz Prieto Cuevas y la sociedad mercantil Iberdrola Renovables Energía, S.A., representada por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, se personaron en el presente recurso a fin de sostener la conformidad a Derecho de la Orden recurrida.

QUINTO. La entidad "Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito" presenta su escrito de conclusiones.

En primer lugar defiende su legitimación activa en este caso, afirmando que Caja Rural es una entidad de crédito que puede prestar avales y la Orden recurrida solo admite que sean los bancos y las cajas de ahorros quienes concedan avales para la subasta destinadas a la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica., por lo que las cooperativas de crédito, entre ellas la recurrente, han sido excluidas del proceso por una norma, lo que supone tanto como prohibir su actividad y participación en el procedimiento de asignación. El daño es directo y manifiesto y nunca potencial o hipotético y no es lógico que se le exija presentar a un cliente que por presentar un aval de dicha entidad ha sido excluido, no es el operador el que sufre el daño sino las cooperativas de crédito. La anulación de la



norma impugnada le reportaría un efecto positivo incontestable que se traduce en el respeto a su libertad de empresa y su participación competitiva en el mercado eléctrico en términos de igualdad. Una norma que no recogiese dicha limitación le habría permitido prestar avales a sus clientes y que estos pudieran solicitárselos, cosa que no ha sido posible. Para que exista un interés legítimo el daño o la ventaja no tiene que revestir necesariamente carácter patrimonial y debe potenciarse una interpretación *pro actione* a la admisión, evitando que su inadmisión vulnere la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, afirma que el recurso es temporáneo y el Tribunal Supremo es competente para conocer del mismo por entender que la Orden ETU/615/2017 es una disposición general que inició un nuevo y distinto procedimiento de subasta y que incorpora, por motivos de agilidad y síntesis, la regulación de un proceso anterior haciéndola suya, y así se razona expresamente en la exposición de motivos de la Orden impugnada. Se trata de una norma con autonomía y sustantividad propia.

Y finalmente insiste en la vulneración del principio de igualdad y de proporcionalidad al haberse establecido una limitación carente de justificación estableciendo un trato diferente ante una misma situación y desproporcionada. Se vulnera también la ley de garantías de unidad de mercado en la que se recoge la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica y el principio de jerarquía normativa.

Por todo ello solicita la nulidad de la orden por entender que la imposibilidad de participación de las cooperativas de crédito en la formalización de avales es un vicio que afecta a la convocatoria en su totalidad y desde el origen.

SEXTO. El Abogado del Estado presentó su escrito de conclusiones considera que el recurso ha perdido su objeto desde el momento en que la disposición cuestionada era aplicable a una subasta ya celebrada en la que ninguno de los partícipes ha presentado impugnación o queja por el motivo que determina el recurso.

Insiste en que la entidad recurrente carece de legitimación *ad causam* para solicitar lo que pide en el recurso porque no acredita un interés legítimo que podría vincularse a la concreta subasta. La mera posibilidad, más bien imposibilidad teórica de haber podido prestar un aval que no acredita que la haya solicitado ningún interesado en la subasta- no legitima a la recurrente para impugnar lo que recurre en el proceso.

Así mismo, el hecho de que la Orden impugnada no haga mención a las "entidades de crédito" en un sentido amplio como susceptibles de ser avalistas en este procedimiento, no resulta contraria a ninguna norma jurídica conocida que resulte de obligado cumplimiento, reiterando la doctrina sobre omisiones reglamentarias.

Descarta también la vulneración del principio de igualdad, puesto que la infracción de este principio requiere la existencia de un término válido de comparación, sin que en este caso resulten equiparables las condiciones, naturaleza y circunstancia de los bancos y cajas de ahorro y las cooperativas de crédito. Y finalmente también descarta que la vulneración de las normas de unidad de mercado y del principio de jerarquía normativa.

SÉPTIMO. La entidad "Cobra" presentó su escrito de conclusiones solicitando la inadmisión del recurso y, en su defecto, la desestimación del mismo.

Insiste en que la Orden recurrida ni siquiera contiene la palabra "aval" o "entidad de crédito" sino una mera remisión, en cuanto al procedimiento y las reglas de la subasta, a lo establecido en la resolución de 10 de abril de 2017, resolución esta última que es una actuación consentida y firme. Reitera la falta de legitimación activa de la entidad recurrente.

Finalmente sostiene la conformidad a derecho de la Orden recurrida razonando sobre la no concurrencia de ninguna de las infracciones invocadas y la improcedencia de anular la subasta celebrada por entender desproporcionado y antijurídico deshacer los efectos de la subasta celebrada, máxime cuando los motivos que esgrime la demandante no afectan en nada a los criterios técnicos de puntuación y asignación de potencia instalada.

OCTAVO. Evacuado dicho trámite, se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 11 de febrero de 2020, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital y solicita la nulidad de pleno derecho de la misma.



El objeto de la orden impugnada es establecer el procedimiento y reglas de la nueva subasta pública para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

En lo que referente a las reglas de participación de la subasta, la Orden hacía suyas y traía a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen el procedimiento y las reglas de la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, convocada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo.

La Resolución de 10 de abril de 2017 exigía a los participantes de la subasta la constitución y presentación de una garantía (apartado 14) que debía constituirse de acuerdo a lo previsto en el apartado 5 del Apéndice III. El apartado 5.3, relativo a la formalización de las garantías, establecía que los participantes de la subasta deberían garantizar garantías financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, Aval de carácter solidario, por el certificado de Seguro de Caución solidario.

Y por lo que respecta al aval solidario establece que debe ser "prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada".

SEGUNDO. Sobre la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, falta de competencia del tribunal, acto consentido y firme y extemporaneidad del recurso.

Tanto el Abogado del Estado como la entidad codemandada plantean varias causas de inadmisión: a) pérdida del objeto de este recurso; b) extemporaneidad, falta de competencia del Tribunal Supremo y acto consentido y firme.

a) Se aduce, en primer lugar, la pérdida de objeto del presente recurso por entender que la impugnación de la previsión relativa a las características de los avales y las entidades que pueden prestarlos, carece de sentido en este momento, dado que la subasta ya se ha celebrado sin que ninguno de los partícipes en la subasta lo haya impugnado.

Esta objeción ha de ser rechazada porque la impugnación de una de las condiciones o requisitos necesarios para poder participar en una subasta no pierde su objeto por el hecho de que dicha subasta ya se haya celebrado, dado que la parte pretende la nulidad de la convocatoria por lo que una eventual sentencia estimatoria podría tener incidencia en la misma o, desde una perspectiva más amplia, el pronunciamiento podría incluso tener consecuencias respecto a futuras convocatorias.

b) Un segundo bloque de causas de inadmisibilidad vendría constituido por la extemporaneidad del recurso, falta de competencia del Tribunal Supremo para conocer del mismo y la inimpugnabilidad de la Orden por entender que nos encontramos ante un acto consentido y firme. Estas causas de inadmisibilidad tienen un fundamento común. Así, aunque el suplico de su demanda solicita la nulidad de la Orden impugnada, la demanda tan solo cuestiona un aspecto muy concreto de la misma: que los avales requeridos a los licitadores para participar en la subasta solo pueden otorgarlos los Bancos y Cajas de Ahorros. Y esta previsión no se recoge de forma expresa en la orden impugnada, sino que se aplica a esta subasta por la remisión que el punto 2 del artículo único de dicha Orden realiza, en lo relativo al procedimiento y las reglas de la subasta, a lo establecido en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía.

Los demandados consideran que la competencia, los plazos y la impugnabilidad de la Orden debemos referirla a la resolución dictada en el 2017 por ser a dicha resolución a la que se remite en el extremo impugnado. Así, la competencia para enjuiciar la resolución de 10 de abril de 2017, dictada por el Secretario de Estado de la Energía, correspondería a la Audiencia Nacional, el plazo de impugnación de aquella resolución se habría sobrepasado, y el recurso contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, en cuanto se limita a reproducir unas bases fijadas en un acuerdo anterior, estarían atacando un acto consentido y firme por no haber sido impugnado en su día.

Rechazamos también estas causas de inadmisibilidad.

La Orden ETU/615/2017 fija las bases de un procedimiento destinado a la asignación del régimen retributivo específico de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables. Se establecen, por tanto, las condiciones de un nuevo procedimiento de asignación, distinto y separado de anteriores procesos selectivos. El hecho de que dicha Orden, por lo que respecta a las reglas de la subasta, se remita a lo establecido en una resolución de 10 de abril de 2017, dictada por el Secretario de Estado de la Energía, que reguló una anterior subasta, no desvirtúa la circunstancia de que nos encontramos ante un nuevo proceso de selección y que las reglas por las que se rige, aun tomadas de anteriores procesos,



han sido incorporadas a este y quedan integradas en la nueva Orden que se dicta, por lo que pueden ser objeto de una impugnación autónoma.

El hecho de que la entidad recurrente no impugnase estas condiciones cuando se publicó la resolución de abril de 2017 no impide que pueda hacerlo en posteriores subastas que vuelvan a reproducir estas mismas previsiones, sin que por ello podamos entender que nos encontramos ante un acto consentido y firme.

Por otra parte, el plazo de impugnación de la Orden es el de dos meses que comienza a computarse desde que se publica la nueva orden (art. 26.1 de la LJ), y no desde que se publicó la resolución de 10 de abril de 2017, como pretenden los demandados.

Y por lo que respecta a la competencia, debe destacarse que la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, fue dictada por el Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por lo que el recurso debe ser conocido por el Tribunal Supremo, tal y como hemos señalado en el ATS de 20 de julio de 2012 (rec. 857/2011) y en la STS nº 1785/2016, de 14 de julio de 2016. En efecto, el artículo 24.1.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece que las disposiciones y el acuerdo de las Comisiones Delegadas del Gobierno revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros. A su vez, el artículo 12.1.a) de la Ley de la Jurisdicción estipula que es competencia de esta Sala del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

Pues bien, en aplicación de los citados preceptos esta Sala ha admitido su propia competencia respecto de los recursos contencioso-administrativos dirigidos contra órdenes ministeriales que se adoptan previo acuerdo de una Comisión Delegada del Gobierno, puesto que se ha entendido que pese a la competencia del ministro correspondiente para dictar tales órdenes, la Comisión Delegada adoptaba un acuerdo o resolución aprobatorio de la disposición que quedaba comprendido en la competencia de esta Sala determinada por el citado artículo 12.1.a) de la Ley jurisdiccional. Tal y como se declaró en el Auto de 4 de abril de 2018 de la Sección Primera.

TERCERO. Sobre la falta de legitimación activa.

Se opone también la falta de legitimación activa de la entidad recurrente para impugnar la Orden ETU/615/2017.

Tal y como hemos señalado la Orden impugnada establece las reglas de una subasta pública para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. Y como parte del proceso de participación en la subasta, los participantes precalificados deben constituir garantías, estableciéndose diferentes medios. Uno de ellos consiste en la presentación de un aval de carácter solidario prestado por "Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente".

La entidad recurrente impugna esta previsión por entender que en su condición de "Sociedad Cooperativa de Crédito" queda excluida de la posibilidad de avalar a los participantes en la subasta, ya que tan solo se permite que el aval se preste por Bancos o Cajas de Ahorros y no por las restantes entidades de crédito. Esta exclusión le genera un perjuicio al excluir su participación el procedimiento de asignación del régimen retributivo, impidiendo que pueda avalar a sus clientes y estos tengan que acudir a otra entidad bancaria. Argumenta que la anulación de la norma impugnada le reportaría un efecto positivo que se traduce en el respeto a su libertad de empresa y su participación competitiva en el mercado eléctrico en términos de igualdad. Una norma que no recogiese dicha limitación le habría permitido prestar avales a sus clientes y que estos pudieran solicitárselos, cosa que no ha sido posible. Y finalmente aduce que para que exista un interés legítimo el daño o la ventaja no tiene que revestir necesariamente carácter patrimonial.

Por el contrario, los demandados sostienen su falta de legitimación por entender que la recurrente no acredita tener un interés legítimo al no haber justificado en qué medida la Orden recurrida le supone un perjuicio, daño o frustración económica. Los destinatarios de la Ordenanza no son las entidades avalistas sino los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada y ninguno de los licitadores de la subasta ha entendido que se produjese un perjuicio antijurídico por el hecho de que la Administración haya acotado las entidades que pueden ser avalistas en el procedimiento. Y tampoco ha resultado acreditado que ningún licitador haya sido excluido o perjudicado por esta previsión, sin que la imposibilidad teórica de presentar un aval de dicha cooperativa de crédito legitime a la recurrente para impugnar el proceso selectivo. Por ello, entienden que la Caja Rural no ha especificado que efectos positivos o negativos se derivarían de la anulación de la Orden recurrida más allá de una potencial expectativa teórica de haber podido participar como avalista de los licitadores de la subasta.



Una reiterada jurisprudencia define la legitimación activa como una titularidad que deriva de la posición peculiar que ostenta una persona física o jurídica en un recurso determinado, más concretamente, cuando ostenta un interés legítimo, conceptualizado éste como el nexo que une a una persona con el proceso de que se trata y que se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnado), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético); y que en consecuencia la comprobación de que exista legitimación *ad causam* exige tener en cuenta la interrelación que existe entre el interés legítimo que se invoca y el objetivo de la pretensión (sentencia del Pleno de la Sala de 5 de julio de 2013 -recurso de casación 357/2011- y las de 16 de mayo de 2017 -recurso de casación 4152/2016-, 8 de marzo de 2017 -recurso de casación 4451/2016-, 13 de julio de 2015 -recursos de casación 2487 y 1617/2013-, y 8 de junio de 2013 -recurso de casación 39/2014-).

Es cierto que la Orden no trata de regular la actividad de las entidades de crédito y que el principal destinatario de la misma son los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada, pero ello no excluye que la Orden pueda afectar a la entidad recurrente que, en su condición de entidad de crédito, se ve excluida de poder avalar a quienes deseen participar en la subasta convocada. Esta exclusión limita su actividad comercial e impide prestar un servicio que puede ser requerido por sus clientes, de modo que una eventual sentencia estimatoria, que le reconociese el derecho a poder avalar en las mismas condiciones que los Bancos y Cajas de Ahorro en las subastas que se convoquen, le genera un beneficio real y no meramente hipotético.

Por otra parte, para acreditar la existencia de un perjuicio, no es preciso aportar el testimonio de un cliente que, por estar avalado por la Caja Rural, fuese excluido de la subasta, ni siquiera la existencia de un participante que hubiese preferido ser avalado por dicha entidad y que tuvo que acudir a otra diferente. El perjuicio real para dicha entidad, que no necesariamente ha tenido que traducirse en una pérdida patrimonial demostrable, se produce desde el momento en que las bases de la subasta le impiden poder avalar a los partícipes, pues estos, conocedores de esta circunstancia, acudirán a otros Bancos o Cajas de Ahorro, evitando así el riesgo de poder ser excluidos del proceso. De hecho, la inicial imposibilidad de ofrecer este servicio al público en general la sitúa en una posición de inicial desventaja respecto de otras entidades de crédito que puedan prestarlo.

Por todo ello, procede rechazar la falta de legitimación activa opuesta por las partes demandadas.

CUARTO. Sobre la exclusión de la Caja Rural como avalista en las subastas para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

La recurrente es una entidad de crédito, constituida en la modalidad de Cooperativa de Crédito, tal como figura en el Registro Oficial de Entidades del Banco de España, regulada y sometida, al igual que el resto de entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y el Instituto de Crédito Oficial), a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Es un hecho no controvertido que las cooperativas de crédito están autorizadas para avalar.

El fondo de la controversia se centra en la imposibilidad de que las entidades de crédito, distintas de los bancos y cajas de ahorro, puedan avalar a los participantes en la subasta convocada por la Orden impugnada.

Ya hemos destacado que la Orden impugnada hacía suyas e incorporaba a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía. Una de estas reglas establecía que los participantes de la subasta deberían prestar garantías financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante alguno de los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, aval de carácter solidario, o certificado de seguro de caución solidario. Más específicamente, y por lo que respecta al aval solidario, se establecía que debía ser "prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada". Y en el caso de que las garantías se formalicen mediante aval bancario o seguro de caución, se exigía la entidad avalista o aseguradora del participante deberá alcanzar una calificación crediticia (rating) mínima de "Investment Grade" otorgada por al menos una de las entidades siguientes; S&P, Moody's o Fitch. El rating mínimo exigible será BBB- si es otorgado por S&P o Fitch, y Baa3 si lo es por Moody's.

La entidad recurrente considera que la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades autorizadas para avalar a los partícipes de esta subasta vulnera el principio de igualdad, la normativa de Unidad de mercado, y el principio de jerarquía normativa.



Comenzando por esta última, la recurrente sostiene que la Orden, en el extremo que nos ocupa, resulta contraria al Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos. En dicha norma se regulan, de forma general, las modalidades de garantías y depósitos que han de presentarse ante dicho órgano, constituyéndose como un marco general de referencia en la regulación de la gestión y de los requisitos de las garantías que hayan de otorgarse a favor de la Administración del Estado y otras Administraciones públicas.

Las previsiones contenidas en dicha norma constituyen el punto de referencia para el resto de las normas en las que se prevea la necesidad de garantizar alguna de las obligaciones que se establezcan. Es en este contexto en el que el artículo 3, al establecer las modalidades de garantías que deben constituirse en la Caja enumera, entre otras, "los avales prestados por las entidades de crédito" y el artículo 15, relativo a las características del aval, afirma que "Sólo se admitirán garantías en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca", regulándose, a continuación, las características del aval y las circunstancias excluyentes que impiden tener la condición de avalista (art. 16), tales como: no encontrarse en situación de mora como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales, hallarse en situación de suspensión de pagos, con la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad suspendida o revocada, no superar el límite de los importes avalados.

Desde una vertiente positiva, el art. 15 establece la regla general de que puedan actuar como avalista a favor de la Administración del Estado las entidades que tenga la consideración de "entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca" y no incurran en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. Y desde una vertiente negativa, dicho precepto excluye que puedan hacerlo los que no tengan la consideración de entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.

Conviene precisar que en este precepto no se contiene un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas por el que se las imponga incondicionalmente la obligación de admitir como avalistas a todas las entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca en cualquier proceso público, ni puede deducirse que la exclusión de algunas de dichas entidades resultaría contrario a esta precepto o que una norma de rango inferior que limitase la participación a algunas entidades vulneraría el principio de jerarquía normativa.

En definitiva, el hecho de que la Orden impugnada disponga que el aval podrá ser otorgado por "Bancos o Cajas de Ahorro", sin mencionar a otras entidades de crédito (como es el caso de las cooperativas de crédito), no determina por sí mismo una violación del principio de jerarquía normativa, pues al establecer que los avales de este proceso pueden ser prestados por un tipo de entidades (Bancos y Cajas de Ahorros), que ostentan la condición de entidades de crédito, no entra en contradicción con la previsión contenida en el art. 15 del Real Decreto 161/1997, sino que, por el contrario, se ajusta a lo previsto en dicha norma.

Cuestión distinta, que enlaza con las restantes infracciones denunciadas, es si la exclusión de esta subasta de las cooperativas de crédito, en cuanto entidades habilitadas para avalar, es contraria al principio de igualdad.

A tal efecto, debe partirse de que no toda desigualdad de trato supone una discriminación ni vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello.

Es cierto que los bancos y cajas de ahorros y las cooperativas de crédito no son entidades idénticas, pero, desde la perspectiva que nos ocupa, se encuentran en una situación jurídicamente asimilable, ya que, a tenor de lo previsto en los artículos 3 y 15 del Real Decreto 161/1997, todas ellas, en cuanto entidades de crédito, puedan actuar como avalistas, y prestar esta modalidad de garantía, cuando así sea exigida en las actuaciones o procesos públicos ante la Administración del Estado.

Por ello, la exclusión de las cooperativas de crédito como posible avalista de los participantes de la subasta implica una diferencia de trato respecto de los bancos y cajas de ahorro, que se encuentran en la misma posición.

También es cierto que todas las entidades de crédito no poseen un derecho absoluto a participar como avalista en todos y cada uno de los procedimientos que emprenda cualquier poder público, ya que la Administración podrá establecer condiciones y requisitos en atención a las características del proceso, la finalidad que persigue y la garantía que considere necesaria. Por ello, en cada proceso, al tiempo de modular las características de la garantía y de la entidad que puede actuar como avalista, puede establecer exigencias de carácter objetivo que impidan o limiten la intervención de aquellas entidades de crédito que no cumplan con esas condiciones.

Ahora bien, estos límites o condiciones deben estar justificados por razones objetivas. Sin embargo, la Administración no motiva las razones que le llevan a establecer esta exclusión, ni en la Orden impugnada ni



en la resolución de 10 de abril de 2017 a la que se remite, por lo no que no queda acreditado una justificación objetiva y razonable que avale la diferencia de trato dispensada a la entidad recurrente respecto de los Bancos y Cajas de Ahorros.

La Administración no goza de una absoluta discrecionalidad que le permita decidir las entidades de crédito que podrán participar o no como avalistas en los procesos públicos iniciados a instancia de la Administración del Estado, pues, en principio, tal y como se establece en el artículo 15 del Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, lo serán "las entidades de crédito o una sociedad de garantía recíproca". Podrá establecer límites o condiciones, pero estos deben responder a una justificación objetiva y razonable, que, además, sea proporcionada con la finalidad que se persigue.

De hecho, en el proceso que nos ocupa se establece como condición que bancos o cajas de ahorros alcancen la calificación crediticia (el rating) mínima otorgada por las agencias de calificación que se mencionan. Y esta condición, tomando en consideración que se trata de una aval solidario, que es irrevocable y ejecutable a primera demanda, se aprecia como una limitación objetiva y razonable exigida por razones de solvencia mínima de la entidad para poder actuar como avalista de los intervinientes en la subasta, pero que podrán cumplir no solo los bancos y cajas de ahorro sino también otras entidades de crédito como las sociedades cooperativas.

Por todo ello, se considera que la exclusión de las cooperativas de crédito, como la recurrente, como entidades capaces de actuar como avalistas en el proceso convocado por la Orden impugnada incurre en un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable.

QUINTO. Sobre el alcance de nuestro pronunciamiento.

La previsión a la que nos venimos refiriendo es, por tanto, contraria a derecho, no por permitir que los bancos y cajas de ahorro puedan actuar como avalistas en esta subasta, sino por excluir, sin justificación objetiva, a otras entidades de crédito, como la recurrente, que cumplieren con los requisitos de solvencia establecidos en la convocatoria.

Ello, no obstante, el alcance de la vulneración apreciada no permite declarar la nulidad de la Orden impugnada ni siquiera la de la convocatoria y la subasta, ya celebrada, en la que se adjudicó unas cuotas de potencia en favor de 40 operadores de sector para la producción de energía. La falta de intervención de la entidad recurrente no conlleva que los avales emitidos por bancos o Cajas de Ahorros deban ser invalidados, ni su ausencia ha condicionado la validez del proceso celebrado ni los criterios de puntuación y asignación de potencia instalada, nada habría cambiado en virtud de quienes hubiesen sido sus avalistas.

El perjuicio invocado por la entidad recurrente, centrado en la imposibilidad de avalar, no se remedia acordando la nulidad de la Orden impugnada sino posibilitando que puedan hacerlo en futuras subastas y, eventualmente pueda reclamar los daños y perjuicios derivados de la exclusión, cuestión ajena a este procedimiento.

SEXTO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación parcial del recurso, sin hacer imposición de las costas causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que debemos Estimar parcialmente el recurso interpuesto por "Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito" contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, con el alcance previsto en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Córdoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.