

Roj: **STS 7516/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7516**Id Cendoj: **28079130032009100405**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **30/11/2009**Nº de Recurso: **147/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil nueve

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo nº 401/2007 interpuesto por la mercantil "EolicCat-ASOCIACIÓ EÓLICA DE CATALUNYA" (EOLICCAT), representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, contra Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo de 2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado; IBERDROLA SA representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia; OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA, POLO ESPAÑOL SA (OMEL) representada por el Procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andujar; y ENDESA SA representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- EOLICCAT interpuso ante esta Sala, con fecha 26 de julio de 2007, el recurso contencioso-administrativo nº 401/2007 contra Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo de 2007, aprobado por el Consejo de Ministros, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En su escrito de demanda, de 19 de mayo de 2008, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó:

"a) se estime el presente recurso contencioso-administrativo, dictándose sentencia mediante la cual se declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en su integridad, por haberse incurrido durante su tramitación en vicios procedimentales de carácter insubsanable o,

b) Subsidiariamente, en el supuesto que no se estimase la nulidad de pleno derecho de la totalidad de la disposición de carácter general impugnada, se declare la nulidad de pleno derecho de la Disposición Final Segunda del RD 661/07, que introduce los artículos 59 bis y 66 bis al RD 1955/2000, así como la nulidad del artículo 5 del propio RD 661/07 sin perjuicio de que por sentencia se pueda establecer que su aplicación conforme a lo indicado en el fundamento jurídico-material tercero del presente escrito".

En otrosíes se solicitaba que la cuantía del procedimiento fuera considerada como indeterminada, y el trámite de conclusiones escritas, en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en representación de la "ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO", contestó a la demanda por escrito de 4 de septiembre de 2008, alegando los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicando a la Sala dictase sentencia " *por la que se declare la plena inadmisibilidad del recurso o, subsidiariamente, su desestimación* ". En escrito de contestación de 22 de octubre de 2008, IBERDROLA SA alegó los hechos y fundamentos que a su derecho convenía, suplicando " *se dicte sentencia desestimando íntegramente la misma con los demás pronunciamientos a que haya lugar en Derecho* ", solicitando en otrosí, el trámite de conclusiones escritas.



TERCERO.- Por Auto de 6 de noviembre de 2008 , se fijó la cuantía del presente recurso contencioso administrativo en Indeterminada y se dio traslado para el trámite de conclusiones. Siendo evacuado el mismo, por la sociedad demandante EOLICCAT, así como por las demandadas ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO e IBERDROLA SA.

CUARTO.- La sociedad demandante EOLICCAT, presentó escrito de fecha 25 de febrero de 2009, solicitando en el suplico " *tenga por desistida parcialmente a esta parte en lo que se refiere a la petición de nulidad de pleno derecho en la totalidad del Real Decreto 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, sin imposición de costas, continuándose la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo en cuanto a la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de la Disposición Final Segunda del Real Decreto 661/07, que introduce los artículos 59 bis y 66 bis al RD 1955/2000 y del artículo 5 de la misma disposición de carácter general* ".

QUINTO.- Dado traslado a las partes, y personada ENDESA SA, en su escrito de fecha 27 de febrero de 2009 realizó alegaciones en el sentido de oponerse a las pretensiones de la demandante respecto al desistimiento parcial solicitado; y formuló contestación a la demanda, exponiendo su adhesión a lo manifestado en la contestación a la demanda del Abogado del Estado, suplicando se " *dicte sentencia desestimando el recurso* ". La ADMINISTRACION DEL ESTADO manifestó que nada tenía que oponer al desistimiento parcial que se solicitó por la demandante.

SEXTO.- Por Auto de fecha 8 de mayo de 2009 , se acordó fijar la cuantía en Indeterminada, no recibir el procedimiento a prueba, continuando el procedimiento por el trámite de conclusiones, y por hechas las manifestaciones del escrito de desistimiento parcial del demandante, que se resolvería en el momento de dictar sentencia.

SEPTIMO.- Presentadas conclusiones por las representaciones de EOLICCAT, ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, IBERDROLA SA, y ENDESA SA, por Providencia de 10 de septiembre de 2009, se nombró Ponente a la Excm. Sra. D^a. **María Isabel Perelló Doménech** y se señaló para su votación y fallo el día 24 de noviembre de 2009, fecha en que ha tenido lugar el acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- "EolicCat-Associació Eolica de Catalunya" recurre ante esta Sala el Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

La pretensión inicial deducida por la entidad recurrente que en su demanda instaba la nulidad de pleno derecho de la totalidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo , se limita posteriormente en un escrito de desistimiento parcial en el que se redefine el alcance de la impugnación.

En la demanda se solicitaba a la Sala que declarara, en su integridad, la nulidad del Real Decreto examinado y, de forma subsidiaria, se interesaba la declaración de nulidad de pleno derecho de la Disposición Final Segunda que introduce los artículos 59 bis y 66 bis al Real Decreto 1955/2000, de 1 de Diciembre y del artículo 5 del propio Real Decreto 661/2007 . Una vez evacuado el trámite de conclusiones, la asociación recurrente presenta un escrito de desistimiento parcial del recurso contencioso administrativo, únicamente en lo que afecta a la petición de nulidad de pleno derecho, en su totalidad, del Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo , alegando los perjuicios que pudiera causarse al sector eléctrico la declaración de nulidad de la disposición de carácter general en su totalidad, interesando, no obstante, la continuación del recurso contencioso administrativo exclusivamente en lo concerniente a la petición de nulidad de su Disposición Final Segunda y de su artículo 5º .

Delimitado de esta manera el objeto del recurso, nuestro análisis debe ceñirse, coherentemente, al enjuiciamiento de las dos únicas disposiciones antes citadas cuestionadas por la entidad demandante, decayendo en consecuencia los motivos impugnatorios que amparaban la solicitud inicial de nulidad de pleno derecho del Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo , en su conjunto por razones formales. De manera que las alegaciones vertidas en la demanda sobre la omisión de la Memoria Económica, del informe de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos Económicos, de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda , del Ministerio de Medio Ambiente, y la introducción de modificaciones después de la emisión de los dictámenes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado, son motivos o razones formales esgrimidas para sustentar la pretensión de nulidad del Real Decreto recurrido pero que no resultan viables, como pretende con posterioridad, para sostener, en exclusiva, la nulidad de la Disposición Final y del artículo 5 indicado, ya que se refieren a infracciones de naturaleza formal que en , su caso, afectarían a la totalidad de la norma cuestionada, y no parcial y limitadamente a la Disposición Final y al precepto que finalmente se impugnan.



Realizada la anterior precisión, interesa abordar, con carácter preferente, la causa de inadmisión opuesta por las Administración recurrida, relativa a que la recurrente no habría acompañado documento alguno que acreditara el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones con arreglo a sus Estatutos, ex artículo 45.2 d) de la LJCA .

Óbice procesal que debemos rechazar por cuanto la entidad actora ha aportado al proceso el acuerdo adoptado en Asamblea General Extraordinaria de fecha 25 de julio de 2007 por la Asociación recurrente la interposición del recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto que ahora examinamos que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, de manera que la alegación formal esgrimida por la Abogacía del Estado carece de viabilidad.

SEGUNDO.- Ceñido el objeto del debate procesal conforme lo anteriormente expresado, se hace preciso, siguiendo una lógica procesal elemental, abordar el primer motivo de impugnación invocado en el que se alega la nulidad de la Disposición Final Segunda del Real Decreto impugnado.

Esta Disposición Final Segunda del Real Decreto citado, se titula " *Modificación 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 .* "

En esta Disposición Final se modifica el contenido del artículo 59 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre , cuya redacción resulta del siguiente tenor:

"Para las nuevas instalaciones de producción en régimen especial, el solicitante, antes de realizar la solicitud de acceso a la red de transporte deberá presentar ante la Dirección General de Política Energética y Minas resguardo de la Caja General de Depósitos de haber presentado un aval por una cuantía equivalente a 500 €/kW instalado para las instalaciones fotovoltaicas a 20 €/kW para el resto de instalaciones. La presentación de este resguardo será requisito imprescindible para la iniciación de los procedimientos de acceso y conexión a la red de transporte por parte del operador del sistema.

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.. "

De igual modo se introduce un nuevo artículo 66 bis con la siguiente redacción:

"Avales para tramitar la solicitud de acceso a la red de distribución de nuevas instalaciones de producción en régimen especial .

Para las nuevas instalaciones de producción en régimen especial, el solicitante, antes de realizar la solicitud de acceso a la red de distribución deberá haber presentado un aval por una cuantía equivalente a 50 €/kW para el resto de instalaciones. La presentación de este resguardo será requisito imprescindible para la iniciación de los procedimientos de acceso y conexión a la red de distribución por parte del gestor de la red de distribución.

Quedarán excluidas de la presentación de este aval las instalaciones fotovoltaicas colocadas sobre cubiertas o paramentos de edificaciones destinadas a vivienda, oficinas o locales comerciales o industriales.

El aval será cancelado cuando el peticionario obtenga el acta de puesta en servicio de la instalación. En el caso de las instalaciones en las que no sea necesaria la obtención de una autorización administrativa, la cancelación será realizada cuando se realice la inscripción definitiva 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 valorar el desistimiento del promotor, el resultado de los actos administrativos previos que puedan condicionar la viabilidad del proyecto.

Las instalaciones de producción en régimen especial que a la fecha de entrada en vigor de este real decreto no hayan obtenido la correspondiente autorización de acceso y conexión a la red de distribución, deberán presentar el resguardo mencionado en el artículo 66 (bis) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre , en un plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha del presente real decreto. Transcurrido dicho plazo sin que el solicitante hubiera presentado el mismo, el órgano competente iniciará el procedimiento de cancelación de la solicitud."

Como hemos expuesto, a juicio de la sociedad demandante, la introducción de la exigencia del aval resulta contraria al principio de reserva de ley, para lo cual parte de la premisa de que nos encontramos ante una "prestación patrimonial de carácter público" a las que se refiere el artículo 31.3 CE . Tal planteamiento,



sin embargo, no puede ser acogido en cuanto no cabe equiparar la prestación del aval para la iniciación de los procedimientos de acceso y conexión a la red de transporte por parte del operador del sistema como una verdadera prestación de carácter público que exija su respaldo a través de una norma con rango de Ley. La consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público se caracterizan por el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público, y su imposición coactiva. Se trata de obligaciones de pago de carácter general que se imponen a quienes se encuentran en determinadas situaciones legales. La reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987). Como señala la STC 185/1995, en el Estado social y democrático de derecho la reserva de ley cumple otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continua siendo la de asegurar que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos, cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes. El artículo 31.3 de la Constitución exige que sea la Ley formal la que determine los elementos esenciales de las prestaciones personales y patrimoniales de carácter público, de manera que la discusión acerca de la verdadera naturaleza del aval resulta innecesaria pues, aun partiendo de que pueda conllevar un coste económico, lo cierto es que se configura como una mera garantía, una forma de asegurar el cumplimiento de una obligación asumida por un solicitante de forma voluntaria ante la Administración, que no implica la transferencia coactiva de bienes y para su establecimiento no es imprescindible el cumplimiento del principio de reserva material de Ley.

En la Disposición cuestionada se introduce la exigencia de prestación de dicha garantía o cautela con la finalidad de evitar la proliferación de solicitudes de acceso y conexión a la red eléctrica y el desistimiento voluntario por parte de los interesados, o falta de colaboración con la Administración y, dado que no se trata más que de la mera prestación de un aval para optar al acceso a la red de transporte su establecimiento con la finalidad expuesta de asegurar el no desistimiento voluntario de la tramitación administrativa o de no responder a los requerimientos de información o actuación que pudiera realizar la administración, no precisa del amparo de una previsión legal previa, según sugiere la recurrente.

Tampoco apreciamos que la redacción del Real Decreto 1955/2000, de 1 de Diciembre, introducida por el mencionado Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo que ahora examinamos infrinja el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, en la medida que se contempla la prestación del aval para aquellas solicitudes que encontrándose en trámite todavía no han sido autorizadas, y no cabe encajar este supuesto en un supuesto de una disposición que implique la restricción de derechos pues consiste exclusivamente, como hemos indicado, en la inclusión de dicha garantía para las solicitudes en trámite aun no autorizadas que aun cuando pueda tener un coste económico no puede encuadrarse en la previsión del artículo 9.3 CE.

Sobre la infracción del principio de gratuidad del procedimiento administrativo y la quiebra de las normas de ordenación versan los siguientes argumentos referidos a la exigencia del aval. No se trata ya del que el procedimiento deba ser gratuito sino que se rechaza la prestación de cualquier tipo de garantía o aval que tenga un significado económico para el solicitante. Tal planteamiento no puede ser acogido por cuanto no se opone al indicado criterio de la gratuidad la prestación de un aval como el examinado, pues, recordemos, se trata de una simple garantía condicionada al no desistimiento y al eventual incumplimiento por parte del solicitante.

Finalmente, no puede ser acogida la infracción del principio de igualdad ante la Ley de los objetivos del Plan de Energías Renovables 2005-2010 y de los de la Directiva 2001/77 /CE. Esta alegación se basa en el distinto trato dispensado a los promotores de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial y, en particular, a los de energías renovables, respecto al otorgado a los productores en régimen ordinario. Pero tal alegación no es asumible en la medida que parte de la comparación de dos situaciones obviamente diferentes, en función del régimen de producción de energía, ordinario o especial, y como indica reiteradamente el Tribunal Constitucional, al no tratarse de situaciones idénticas o similares no cabe articular el oportuno juicio de igualdad que pudiera vulnerar el artículo 14 CE.

TERCERO- La asociación recurrente impugna de igual modo el artículo 5º del Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo, que considera nulo de pleno derecho. El párrafo segundo de este precepto, que es ciertamente el combatido por la asociación recurrente, dispone:

"para la obtención de la autorización de la instalación, será un requisito previo indispensable la obtención de derechos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución correspondientes."

El argumento que esgrime la demandante en sustento de su pretensión consiste en que sin modificar previamente el Real Decreto 1955/2000, de 1 de Diciembre, el propio artículo 5º directamente contempla, con carácter singular, la autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que,



hasta ese momento, se contemplaban con carácter general en los artículos 111 a 132 del citado Real Decreto 1955/2000, de 1 de Diciembre, en desarrollo del artículo 21 de la Ley 54/1997, de 27 de Noviembre, del Sector Eléctrico, con las especialidades del artículo 28 de la misma Ley para el régimen especial.

Respecto a este concreto precepto cabe poner de manifiesto que poco después de la publicación del Real Decreto ahora impugnado, de fecha 26 de Mayo de 2007, que entró en vigor el 1 de Junio siguiente, se promulga la Ley 17/2007, de 4 de julio, de reforma de la Ley del Sector Eléctrico, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de Noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54 /CE.

La mencionada Ley 17/2007, de 4 de Julio, introduce un nuevo párrafo tercero al artículo 28 de la Ley 54/1997, de 27 de Noviembre, del Sector Eléctrico en un sentido similar a la incluida en el artículo 5 del Real Decreto 661/2007 que ahora examinamos.

En efecto, dispone el nuevo artículo 28, en su párrafo 3º lo siguiente:

" Estas autorizaciones no podrán ser otorgadas si su titular no obtenido previamente la autorización del punto de conexión a las redes de transporte y distribución correspondientes. A estos efectos, el sector de la red de transporte, atendiendo a criterios de seguridad de suministro, podrá establecer límites por zonas territoriales a la capacidad de conexión, previa comunicación a la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio".

Como se desprende de la anterior redacción, y sin necesidad de esfuerzo interpretativo, el Real Decreto impugnado introduce la exigencia de obtención de los derechos de acceso y conexión a la redes como condición o requisito de carácter previo a la autorización de la instalación, exigencia o condición que poco después se reproduce y reitera en una norma de rango de Ley, la mencionada Ley 17/2007, de 4 de Julio, de Reforma del Sector Eléctrico. De este modo el objeto de la impugnación se desvanece por cuanto se estaría discutiendo y enjuiciando la validez de un precepto del Real Decreto 661/2007, de 25 de Mayo, ratificado y asumido íntegramente en una Ley posterior, de manera que en esta peculiar y singular situación, entendemos que la denuncia sobre la insuficiencia de rango del artículo 5º del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en la perspectiva actual, carece de trascendencia y virtualidad alguna.

CUARTO.- Procede, pues, la desestimación del recurso sin que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, exista temeridad o mala fe que determinen la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

NO HA LUGAR y por tanto DESESTIMAMOS al recurso contencioso-administrativo número 401/2007 interpuesto por la representación procesal de la mercantil "EolicCat- ASOCIACIÓN EÓLICA DE CATALUNYA" (EOLICCAT), contra el Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo de 2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando. lo pronunciamos, mandamos y firmamos. -Ramon Trillo Torres.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico