



Roj: **STS 4053/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4053**

Id Cendoj: **28079130032014100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **3589/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 384/2011,**
STS 4053/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil catorce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3.589/2.011, interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U., representada por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias** con sede en Las Palmas de Gran **Canaria** (Sección Segunda) en fecha 11 de febrero de 2.011 en el recurso contencioso-administrativo número 25/2.010, sobre el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas en **Canarias**.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE **CANARIAS**, representada por la Sra. Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias** con sede en Las Palmas de Gran **Canarias** (Sección Segunda) dictó sentencia de fecha 11 de febrero de 2.011, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra el Decreto 141/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas en **Canarias**. En la sentencia se declaraba la nulidad del artículo 13 de la norma impugnada, desestimándose el resto de pretensiones.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 18 de mayo de 2.011, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. ha comparecido en forma en fecha 1 de julio de 2.011, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 16.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico;
- 2º, por infracción del artículo 17.1 de la Ley 54/1997;
- 3º, por infracción del artículo 35 de la Ley 54/1997;



- 4º, por infracción del artículo 57.2, en relación con el artículo 58.1, 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;
- 5º, por infracción de los artículos 62.5 y 62.6, en relación con el artículo 66, del Real Decreto 1955/2000;
- 6º, por infracción del artículo 62.5 del Real Decreto 1955/2000;
- 7º, por infracción del artículo 1256 del Código Civil;
- 8º, por infracción del artículo 4.1 de la Ley 54/1997;
- 9º, por infracción del artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común;
- 10º, por infracción del artículo 38 de la Constitución, y
- 11º, también por infracción del artículo 38 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia estimatoria y, en consecuencia, se declare la nulidad de la resolución que es objeto del recurso contencioso-administrativo.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 10 de enero de 2.012.

CUARTO .- Personado la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias**, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se inadmita el mismo o, subsidiariamente, se desestime, confirmando la sentencia recurrida, con imposición a la otra parte de las costas procesales.

QUINTO .- Por providencia de fecha 6 de mayo de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 23 de septiembre de 2.014, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La mercantil Endesa Distribución Eléctrica S.A. recurre en casación la Sentencia de 11 de febrero de 2.011, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo que había entablado contra el Decreto del Gobierno de **Canarias** 141/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas en **Canarias**.

El recurso se formula mediante once motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, en los que se aduce que la Sala de instancia no ha anulado las infracciones legales y constitucionales en que incurre el Decreto impugnado y que se detallan en cada motivo. Los dos primeros motivos se basan respectivamente en la infracción de los artículos 16.3 (primer motivo) y 17.1 (segundo motivo) de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre), originada por preverse en diversos preceptos del Reglamento impugnado determinados costes e inversiones contrarios al sistema de retribución de la distribución.

En el tercer motivo se aduce la infracción del artículo 35 de la citada Ley del Sector Eléctrico, por admitir la Sentencia impugnada que, en aplicación del artículo 3 del Decreto impugnado, la Orden de 28 de septiembre de 2.005 de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías establezca qué instalaciones pertenecen a las redes de transporte y distribución.

Los motivos cuarto y quinto se refieren a la impugnación del artículo 27.3 del referido Decreto autonómico. En ellos se alega que dicho precepto infringe los artículos 57.2, en relación con el 58.1 (motivo cuarto), y el 62.5 y 6 (motivo quinto) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por admitir una especie de silencio positivo en relación con las solicitudes de conexión a las redes de distribución y transporte respectivamente.

Los motivos sexto y séptimo se refieren al artículo 27.4 del Decreto objeto de la litis. En el primero de ellos se aduce la infracción del artículo 62.5 del Real Decreto 1955/2000 por contemplar dicho precepto una prórroga de seis meses para la vigencia de la propuesta de la empresa sobre el punto y condiciones de la conexión. En el motivo séptimo se aduce que la vinculación de la empresa distribuidora a su propuesta en caso de que el solicitante haga uso del punto de conexión conculca el artículo 1.256 del Código Civil.



El motivo octavo se basa en la infracción del artículo 4.1 de la Ley del Sector Eléctrico por el artículo 8.1 del Decreto impugnado, al conceder a la planificación energética carácter vinculante.

En el motivo noveno se aduce la infracción del artículo 12 de la Ley 30/1992, al haberle atribuido indebidamente el artículo 29.5 del Decreto impugnado a la Administración **canaria** la competencia de invalidar u obligar a rectificar los acuerdos suscritos entre promotor y compañía distribuidora.

Finalmente, los motivos décimo e undécimo se basan en la supuesta infracción del artículo 38 de la Constitución. El décimo, por prohibir el artículo 51.5 del Decreto impugnado que en una misma instalación u obra el director de la misma coincida con el instalador o tenga vinculación laboral con él. El undécimo, por prohibir el artículo 53.4, *in fine*, a las empresas que se acogen al automantenimiento la posibilidad de subcontratar el mantenimiento de las instalaciones.

SEGUNDO .- Sobre los motivos primero y segundo, relativos al sistema de retribución de la actividad de distribución.

En los dos primeros motivos se aduce que los artículos 27.1.2.c) [sic] y 27.4, 29.4, 57.3 y el apartado 3.7 del anexo VII del Decreto impugnado vulneran los artículos 16.3 y 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico, ya que modifican la retribución de la actividad de distribución al prever nuevas actuaciones e inversiones que suponen sobrecostes no contemplados en los referidos preceptos legales.

La Sentencia recurrida rechazaba esta queja en los siguientes términos:

" **TERCERO** . En segundo lugar, postula la nulidad de determinados preceptos del Decreto, en concreto los artículos 29.4, 27.1.2 c), 27.4, 57.3 y Anexo VII.3.3, por imponer la regulación que contienen un sobre-coste a las empresas distribuidoras, sin que se hayan arbitrado mecanismo de repercusión del sobrecoste. Argumenta que "cuando la norma autonómica impone unilateralmente a la compañías transportistas y distribuidoras que operan en su zona sobrecostes suplementarios, hace que tales compañías dejen de desarrollar su actividad en igualdad de condiciones respecto al resto de operadores en el ámbito nacional y rompe el equilibrio que deriva del esquema básico de tarifa única."

El Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias** indica que todos estos preceptos estaban ya incluidos en el Decreto 161/2006, de 8 de noviembre, al que sustituye el impugnado, por lo que no pueda hablarse de nuevas imposiciones. Tras referirse a los preceptos cuestionados concluye que el Decreto no supone un sobrecoste para la empresa distribuidora ni afecta al sistema de tarifa única.

Cabría preguntarse qué es exactamente el sobrecoste al que se refiere la recurrente, o más bien si la denunciada situación de sobrecoste lo es con relación a la situación anterior a la entrada en vigor del Decreto impugnado -o del precedente Decreto 161/2006-, en relación a otras Comunidades Autónomas o, simplemente, con relación al incumplimiento puro y simple de las obligaciones impuestas por la norma.

Incuestionado el título competencial que ampara el Reglamento impugnado, la argumentación empleada por la parte recurrente parece más bien referirse al sistema de retribución de la distribución de energía eléctrica. Si la norma autonómica puede imponer obligaciones adicionales a las previstas en las bases estatales, el impedimento de que tales obligaciones supongan un sobrecoste dejaría vacía de contenido la potestad autonómica reconocida por el artículo 32.9 del Estatuto de Autonomía de **Canarias** en relación con el artículo 149.1.25 de la Constitución y el artículo 3.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Por ello, que las normas cuestionadas puedan suponer un coste adicional para las empresas que operan en **Canarias** es connatural a la existencia misma de tales normas y no supone vicio alguno. Cuestión distinta, y ajena a este proceso, es la cuestión del mecanismo para sufragar o compensar tales sobrecostes." (fundamento de derecho tercero)

Tiene razón la Sala de instancia y procede rechazar ambos motivos. En efecto, los preceptos invocados establecen los elementos que configuran la retribución de la actividad de distribución (art. 16.3) y determinan que los peajes, mediante los que ha de hacerse frente a la remuneración de las actividades reguladas, serán establecidos en base al criterio de los costes de dichas actividades y serán únicos en todo el territorio nacional (art. 17.1).

Pues bien, tal como se dice en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia impugnada, los preceptos impugnados pueden suponer costes añadidos a las empresas distribuidoras y tales costes pueden sin duda ser objetables, pero en ningún caso afectan al cálculo de los peajes o a la retribución de la actividad de distribución en cuanto tal, por lo que no afectan ni infringen los artículos invocados de la Ley del Sector Eléctrico. El examen de los preceptos impugnados no deja lugar a duda de que son totalmente ajenos a la determinación de los peajes y de la retribución de la actividad de distribución: proporcionar al usuario determinada información técnica (art. 27.1, párrafo 2), coste administrativo del control y eventual devolución de las fianzas prestadas



por los solicitantes por el mantenimiento de los puntos de conexión (art. 27.4), gastos correspondientes a la cesión de la titularidad de una instalación que suministra a terceros (art. 29.4), costes de las inspecciones periódicas de las instalaciones de media y alta tensión (art. 57.3) y coste de las verificaciones obligatorias contempladas en el anexo VII.3.7.

Tales razones conducen a la desestimación de ambos motivos.

CUARTO .- Sobre el motivo tercero, relativo a la determinación de las instalaciones de transporte.

En el tercer motivo se sostiene que el artículo 3 del Decreto recurrido resulta contrario al artículo 35 de la Ley del Sector Eléctrico . La Sala de instancia había rechazado dicha impugnación con los siguientes argumentos:

" **CUARTO** . Trataremos ahora de dar respuesta a los vicios de legalidad que se imputan a concretos preceptos.

Considera la recurrente que el artículo 3 del Decreto, al conceptuar los términos "instalación de transporte" e "instalación de distribución" contradice las bases estatales al remitirse a un acto administrativo y olvidar el criterio de voltaje establecido en el artículo 35 de la Ley 54/1997 .

Este artículo 3 contiene las "definiciones" y, por lo que interesa, señala lo siguiente:

"Instalación de transporte: es aquella instalación eléctrica que ha quedado definida como tal en la Orden de 28 de septiembre de 2005 de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías por al que se fijan los criterios de definición de la red de transporte de energía eléctrica de la Comunidad Autónoma de **Canarias** y se hace pública la relación de instalaciones que la constituyen, o norma que la sustituya, o figura incluida como instalación de transporte en la planificación eléctrica.

Instalación de distribución: instalación eléctrica cuyo objeto principal es la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones."

Como señala la Administración autonómica, el parámetro de contraste de esta norma (artículo 35 de la Ley del Sector Eléctrico) se completa por el artículo 12 del Real decreto 1747/2003, de 19 de diciembre , por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, dictando al amparo del artículo 12 de la propia Ley, según el cual "el transporte de energía eléctrica se regirá por las disposiciones que, con carácter general establece la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , con las particularidades que se fijan en los apartados siguientes:

a) En los SEIE, y de acuerdo con el art. 35 de la citada ley , para las instalaciones existentes se considerará que son de transporte las instalaciones de interconexión entre islas, las de tensión igual o superior a 220 kV y todas aquellas instalaciones de tensión inferior a 220 kV que determina la comunidad autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, a propuesta del operador del sistema, que puedan realizar funciones normalmente asignadas a la red de transporte."

Pues bien, la Orden de 28 de septiembre de 2005 de la consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías por la que se fijan los criterios de definición de la red de transporte de energía eléctrica de la Comunidad Autónoma de **Canarias** y se hace pública la relación de instalaciones que la constituyen, es la que, en la actualidad, materializa la previsión básica aludida, sin bien el propio precepto impugnado se cuida de aclarar "o norma que la sustituya". (fundamento de derecho cuarto)

La mercantil recurrente alega en el motivo que el citado artículo 35 de la Ley del Sector Eléctrico determina los elementos que integran la red de transporte, otorgando una relevancia decisiva al criterio de la tensión para distinguirlos de las instalaciones de distribución. Por debajo de una tensión nominal de 220 kV, sólo pueden ser considerados elementos de la red de transporte aquéllos "que cumplan funciones de transporte"; lo mismo disponen los Reales Decretos 1955/2000 (art. 5) y 1747 /2003, de 19 de diciembre. Sin embargo, afirma la recurrente, el reglamento impugnado establece que son redes de transportes las catalogadas como tales en una Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, lo que sería contrario al precepto legal invocado, de carácter básico.

El motivo no puede prosperar, ya que el artículo 3 del Decreto impugnado, que contiene las definiciones empleadas en el propio reglamento, no contraría lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley del Sector Eléctrico . En efecto, el párrafo del artículo 3 dedicado a las redes de transporte estipula:

"Instalación de transporte: es aquella instalación eléctrica que ha quedado definida como tal en la Orden de 28 de septiembre de 2005 de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías por la que se fijan los criterios de definición de la red de transporte de energía eléctrica de la Comunidad Autónoma de **Canarias** y se hace pública la relación de instalaciones que la constituyen, o norma que la sustituya, o figura incluida como instalación de transporte en la planificación eléctrica."



Como puede comprobarse, el párrafo transcrito no contiene definición alguna, sino que se limita a remitirse a la Orden de 28 de septiembre de 2.005, de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, que fija los criterios correspondientes y enumera las concretas instalaciones de la red de transporte en la Comunidad Autónoma. Sin embargo, esta remisión es conforme a derecho, por las razones expresadas en el fundamento transcrito de la Sentencia impugnada. En efecto, el artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico estipula en su primer apartado que "las actividades para el suministro de energía eléctrica que se desarrollen en los territorios insulares o extrapeninsulares serán objeto de una reglamentación singular que atenderá a las especificidades derivadas de su ubicación territorial, previo acuerdo con las Comunidades o Ciudades Autónomas afectadas". Y tal como indica la Sala de instancia, la reglamentación singular se aprobó con el Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, cuyo artículo 12.a) se repite en el fundamento jurídico reproducido *supra*; finalmente, este último precepto especifica algunas instalaciones de transporte (las de interconexión entre islas y las de tensión igual o superior a 220 kV) y se remite a la Comunidad Autónoma correspondiente para que determine las instalaciones de tensión inferior a 220 kV "que puedan realizar funciones normalmente asignadas a la red de transportes" y que, a propuesta del operador del sistema, vayan a ser consideradas efectivamente instalaciones de transporte.

De conformidad con estas habilitaciones y a propuesta de Red Eléctrica de España, como operador del sistema eléctrico, mediante la referida Orden de 28 de septiembre de 2.005, se definen los criterios de la red de transporte en **Canarias** (anexo I), determinando que lo son, además de las establecidas por el Real Decreto 1747/2003, diversos elementos de tensión igual o superior a 66 kV y, sea cual sea su tensión, aquellas que puedan cumplir funciones normalmente asignadas a la red de transporte, todas las cuales se relacionan individualizadamente en el anexo II.

Así pues, el precepto impugnado y su desarrollo ulterior por la referida Orden autonómica es conforme a los artículos 12 y 35 de la Ley del Sector Eléctrico, así como lo es también la enumeración por esta última disposición de los elementos que integran la red de transporte en la Comunidad Autónoma de **Canarias**, sin que tales determinaciones atenten contra el carácter básico de la regulación de la Ley del Sector Eléctrico. En todo caso, al margen ya de que la entidad recurrente pudo impugnar en su momento la referida Orden, al combatir ahora el artículo 3 del Reglamento litigioso hubiera tenido que acreditar de forma concreta que dicha Orden autonómica incluía instalaciones no contempladas en la Ley del Sector Eléctrico o el Real Decreto 1747/2003, o que no eran instalaciones que pudieran asumir funciones normalmente asignadas a la red de transporte.

QUINTO .- Sobre los motivos cuarto y quinto relativos al artículo 27.3 del Reglamento impugnado sobre la conexión a las redes de transporte y distribución.

En los motivos cuarto y quinto se aduce que el artículo 27.3 del reglamento impugnado vulnera los artículos 58.1 (cuarto motivo) y 62.5 y 6, en relación con el 66 (quinto motivo), del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre. En relación con estas quejas la Sala de instancia había argumentado lo siguiente:

" **SEXTO** . El artículo 27.3 establece que "si la empresa distribuidora no efectuase la notificación en el plazo a que hace referencia el punto 1 del presente artículo, se entenderá que no pone objeciones al punto de conexión propuesto, por lo que el solicitante podrá continuar el trámite de solicitud de autorización administrativa, todo ello sin perjuicio de su derecho de solicitar la intervención de la Administración, que podrá adoptar las medidas provisionales adecuadas y emprender las medidas sancionadoras que permite el marco legal vigente. En el supuesto de que la empresa distribuidora deseara cambiar el punto de conexión aceptado, deberá afrontar todos los gastos derivados de tal cambio."

Sostiene el recurrente que esta previsión infringe las bases establecidas en los artículos 53.4, 5 y 6, 57.2, 58.1, 59.5 y 62.5 y 6 del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

El precepto cuestionado establece un régimen de silencio positivo para el caso de falta de contestación en plazo por la empresa distribuidora sobre las solicitudes de conexión a la red de distribución, no resultado, por ello, de aplicación los 53.4, 5 y 6, 57.2, 58.1, 59.5 Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que se refieren al acceso y conexión a la red de transporte.

Tampoco resulta de aplicación el artículo 62 que regula el "acceso a la red de distribución" pues la norma cuestionada se refiere a la "conexión a la red de distribución". El propio artículo 27, apartado 6, señala que "en lo referente al acceso y las limitaciones o restricciones técnicas vinculadas a las redes de transporte y distribución, se estará a lo dispuesto en la normativa básica del Estado y normativa específica de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares."

La distinción entre acceso y conexión a la red de distribución está enunciada en el escrito de alegaciones de la propia entidad recurrente (folio 218 del expediente administrativo)." (fundamento de derecho sexto)

Por su parte, el artículo 27.3 del Decreto impugnado reza así:

" Artículo 27. Condiciones técnico-económicas de la conexión

[...]

3. Si la empresa distribuidora no efectuase la notificación en el plazo a que hace referencia el punto 1 del presente artículo, se entenderá que no pone objeciones al punto de conexión propuesto, por lo que el solicitante podrá continuar el trámite de solicitud de autorización administrativa, todo ello sin perjuicio de su derecho de solicitar la intervención de la Administración, que podrá adoptar las medidas provisionales adecuadas y emprender las medidas sancionadoras que permite el marco legal vigente. En el supuesto de que la empresa distribuidora deseara cambiar el punto de conexión aceptado, deberá afrontar todos los gastos derivados de tal cambio."

Sostiene la parte recurrente en el motivo cuarto que el precepto impugnado establece, tal como afirma la propia Sala juzgadora, una suerte de silencio positivo cara al establecimiento de las condiciones técnico económicas de la conexión; con ello, afirma la entidad recurrente, se habrían vulnerado los artículos 57.2 y 58.1 del citado Real Decreto, que establecen sendos plazos de un mes para la elaboración de los respectivos informes por parte de la empresa propietaria del punto de conexión y por el operador del sistema y gestor de la red de transporte (art. 57.2) y otorga otro mes para que el peticionario suscriba un contrato de acceso a la red (art. 58.1).

En relación con esta alegación, tiene razón la Sentencia impugnada en que los artículos 57 y 58 del Real Decreto se refieren al acceso y conexión a la red de transporte, mientras que el precepto impugnado, como todos el Título IV del Decreto canario en el que se encuentra, se refiere a la conexión a la red de distribución, por lo que en ningún caso puede producirse contradicción entre unos y otro preceptos.

En el motivo quinto, la mercantil recurrente sostiene que el efecto que el precepto otorga al silencio de la empresa distribuidora en relación con la conexión a la red de distribución contradice el mecanismo contemplado en los artículos 62.5 y 6 y 59 del Real Decreto 1955/2000 . Nada hay que comentar sobre el artículo 59 de dicho Real Decreto puesto que, como los preceptos invocados en el motivo cuarto, se refieren a la red de transporte (en particular, a los contratos económicos de acceso a la red de transporte). En cuanto al artículo 62 del citado Real Decreto -y tal como señala en el último párrafo del fundamento transcrito la Sala de instancia-, regula una cuestión distinta a la contemplada en el precepto impugnado. El primero de ellos contempla la solicitud de acceso a la red de distribución por parte de productores, autoproductores, distribuidores, comercializadores, agentes externos y consumidores cualificados (artículo 60), procedimiento de solicitud y otorgamiento por parte del gestor de la red de distribución que se regula en los artículos sucesivos. De ahí que el apartado 5 del artículo 62 que se invoca se refiera a la solicitud de acceso y punto de conexión al gestor de la red de distribución. En cambio, el Título IV del Decreto impugnado, en el que se inserta el artículo 27, se refiere específicamente a las solicitudes de enganche a la red de distribución por parte de los usuarios que menciona expresamente, los titulares de edificaciones o instalaciones (según el artículo 26.1); de tratarse de un usuario cualificado, procedería aplicar los artículos 60 y siguientes del Real Decreto 1955/2000 .

En cualquier caso, según el apartado 1 del propio artículo 27 del Decreto impugnado, la empresa distribuidora debe comunicar al solicitante de suministro eléctrico de la red de distribución el punto de conexión que considera adecuado y las condiciones técnico-económicas para realizar el suministro, comunicación que deberá hacer, señala el precepto "dentro de los plazos máximos establecidos en la normativa estatal"; y lo que prescribe el apartado 3 que se impugna es que si dentro de tales plazos la empresa distribuidora no ha efectuado tal comunicación, se entenderá que admite el punto de conexión que hubiera propuesto el solicitante. No se ve cual pueda ser la contradicción de dicha previsión con lo establecido en el procedimiento de solicitud de acceso en el artículo 62 para los sujetos enumerados en el artículo 60 y, por otra parte, la remisión a la normativa estatal respecto al plazo previsto para comunicación de la empresa distribuidora evita todo conflicto con dicha normativa básica.

Así pues, ambos motivos han de ser rechazados.

SEXTO .- Sobre los motivos sexto y séptimo, relativos al artículo 27.4 del Reglamento impugnado, en relación con la conexión a la red de distribución.

En los motivos sexto y séptimo se sostiene que el apartado 4 del artículo 27 conculca el artículo 62.5 del Real Decreto 1955/2000 (motivo sexto) y el artículo 4.1 de la Ley del Sector Eléctrico (motivo séptimo). Como hemos señalado en el anterior fundamento, el artículo 27 del Reglamento impugnado versa sobre las condiciones técnico-económicas de la conexión a la red de distribución, y en él se prevé el procedimiento de propuesta y fijación del punto de conexión para quien lo haya solicitado.

El citado apartado 27.4 establece que la vigencia de la propuesta formulada por la empresa distribuidora sobre el punto y condiciones de la conexión es de seis meses, con una prórroga de hasta seis meses más por causa



justificada; la mercantil recurrente objeta en el motivo sexto la previsión de dicha prórroga, pues considera que con ella se duplica el plazo previsto en el artículo 62.5 del Real Decreto 1955/2000 . El apartado también prevé que se considerará que el solicitante ha hecho uso del punto de conexión (aceptando por tanto la propuesta de la empresa distribuidora) si en el plazo de vigencia de la propuesta el solicitante ha obtenido la puesta en servicio de la instalación o ha solicitado la autorización administrativa correspondiente; en este caso, la recurrente sostiene en el motivo séptimo que dicha presunción atenta contra el principio de libre arbitrio de las partes en una relación contractual privada garantizado por el artículo 1256, en relación con el 1115, del Código Civil .

La Sentencia de instancia dedica a la impugnación de este apartado el fundamento jurídico siguiente:

" **SÉPTIMO** . Por la misma razón, entre otras, ha de rechazarse la impugnación del artículo 27.4. Dicho precepto establece: "La propuesta efectuada por la empresa distribuidora sobre el punto y condiciones de conexión, mantendrá una vigencia mínima de seis meses, prorrogables hasta un máximo de otros seis meses por causa justificada, todo ello contado a partir de la fecha de notificación al solicitante del suministro de la propuesta antes indicada. Si la propuesta es aceptada, el titular tendrá obligación de depositar, en el plazo de un mes, una cantidad anticipada de los derechos de acometida equivalente al 20% de los mismos, que le serán descontados de la posterior liquidación definitiva de tales derechos. Se entenderá que el solicitante hace uso del citado punto de conexión, si en dicho período ha obtenido la puesta en servicio de la instalación o ha solicitado la autorización administrativa correspondiente ante la Administración competente en materia de energía. Transcurrido el plazo de vigencia sin hacer uso de tal punto de conexión en los términos antes descritos, se perderán los derechos sobre el mismo y la empresa distribuidora podrá disponer de dicho punto para otro suministro. En tal caso se restituirán las cantidades anticipadas correspondientes, en el plazo de un mes."

La recurrente sostiene, en primer lugar, que esta previsión infringe el apartado 5 del artículo 62 del RD 1955/2000 .

Pus bien, el periodo de seis meses previsto en el artículo 62.5 del RD 1955/2000 se refiere a una cuestión distinta. Se enmarca en el acceso a la red y determina el periodo de vigencia del informe del gestor de la red de distribución sobre capacidad suficiente de la misma, a los efectos de solicitar la conexión. Lo que regula el precepto impugnado es el periodo de vigencia de la solución dada por la empresa distribuidora sobre el punto y condiciones de conexión.

Se critica también el inciso que señala que "se entenderá que el solicitante hace uso del citado punto de conexión, si en dicho período ha obtenido la puesta en servicio de la instalación o ha solicitado la autorización administrativa correspondiente ante la Administración competente en materia de energía". Considera la actora que esta disposición deja al arbitrio del solicitante la vigencia del punto de conexión.

Esta conclusión es errónea. Habría que aclarar que el solicitante es el primer interesado en obtener y poner en marcha la conexión. Pero es que la vigencia de la solución adoptada sobre el punto de conexión no queda al arbitrio del solicitante (ni de la Administración), pues se le exige que, al menos, haya solicitado la autorización. Una vez solicitada esta, rigen los plazos de resolución marcados en la propia norma, el régimen de silencio desestimatorio y de puesta en servicio (artículo 11, 12 y siguientes)." (fundamento de derecho séptimo)

El precepto en cuestión reza así:

" **Artículo 27.** Condiciones técnico-económicas de la conexión

[...]

4. La propuesta efectuada por la empresa distribuidora sobre el punto y condiciones de conexión, mantendrá una vigencia mínima de seis meses, prorrogables hasta un máximo de otros seis meses por causa justificada, todo ello contado a partir de la fecha de notificación al solicitante del suministro de la propuesta antes indicada. Si la propuesta es aceptada, el titular tendrá obligación de depositar, en el plazo de un mes, una cantidad anticipada de los derechos de acometida equivalente al 20% de los mismo, que le serán descontados de la posterior liquidación definitiva de tales derecho. Se entenderá que el solicitante hace uso del citado punto de conexión, si en dicho período ha obtenido la puesta en servicio de la instalación o ha solicitado la autorización administrativa correspondiente ante la Administración competente en materia de energía. Transcurrido el plazo de vigencia sin hacer uso de tal punto de conexión en los términos antes descritos, se perderán los derechos sobre el mismo y la empresa distribuidora podrá disponer de dicho punto para otro suministro. En tal caso se restituirán las cantidades anticipadas correspondientes, en el plazo de un mes."

Tiene razón la Sala de instancia y procede desestimar ambos motivos. En cuanto al sexto motivo, por la misma razón que condujo al fracaso del motivo quinto, y es que el artículo 62 del Real Decreto 1955 se refiere al acceso



a la red de distribución por los sujetos enumerados en el artículo 60.1, no a la conexión a la misma por parte de los sujetos a los que se refiere el artículo 26 y siguientes del Decreto impugnado, titulares de edificaciones o instalaciones que solicitan suministro de energía eléctrica y el correspondiente punto de conexión.

En lo que respecta al séptimo motivo, no puede admitirse que la presunción de uso de la conexión por haber adoptado decisiones claramente relevantes, como lo son la obtención de la puesta en servicio de la instalación o la solicitud de la pertinente autorización administrativa, suponga otorgar un poder decisorio unilateral sobre la relación contractual al solicitante del punto de conexión. Ha de tenerse en cuenta, que dicha presunción de uso lo es sobre la propuesta efectuada por la propia empresa distribuidora, consideración que por sí misma ya invalida la queja formulada por la parte recurrente.

Los dos motivos deben por tanto decaer.

SÉPTIMO .- Sobre el motivo octavo, relativo a la planificación energética.

El motivo octavo versa sobre la impugnación por la parte recurrente del artículo 8.1 del Decreto canario 141/2009. La mercantil recurrente alega que el precepto resulta contrario al apartado 1 del artículo 4 de la Ley del Sector Eléctrico, ya que otorga carácter vinculante a la planificación, en contra de lo establecido en dicho precepto legal. Invoca la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la Ley **canaria** 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del Sector Eléctrico Canario, que declaró inconstitucional el artículo 6.1 de la misma, que establecía el carácter vinculante de la planificación a largo plazo.

La Sentencia recurrida en casación rechaza la queja en los siguientes términos:

" **OCTAVO** . Dispone el Artículo 8. 1(Criterios para el otorgamiento de las autorizaciones):

"La documentación aportada justificará el cumplimiento de las siguientes prescripciones:

1. Desde el punto de vista de la política energética, según proceda, la instalación deberá ser compatible con la planificación energética aprobada, y tendrá en cuenta criterios de eficiencia energética, diversificación de las fuentes primarias de energía, incidencia en el sistema insular en el que se va a integrar, su contribución a la cobertura de la demanda, mejora de la calidad del servicio, utilización de la mejor tecnología, imputación de costes económicos reconocidos al sistema eléctrico, así como aquellos otros aspectos industriales, medioambientales que sean determinantes para el desarrollo energético canario."

Considera la recurrente que este precepto infringe el artículo 4.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico que establece que "la planificación eléctrica, que tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiere a instalaciones de transporte..."

La expresión "según proceda" contenida en el precepto impugnado elimina cualquier duda al respecto. Por un lado, porque la planificación eléctrica estatal tiene carácter vinculante en relación a las instalaciones de transporte, que también incluye el precepto y, en tales casos, hará de atenderse a la planificación, si existe. Por otro lado, Ley 11/1987, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, regula en el artículo 6 la planificación eléctrica que corresponde a la Comunidad Autónoma declarando su carácter vinculante al establecer en su número 1 que "la planificación eléctrica a largo plazo en relación con el régimen ordinario de generación eléctrica, transporte y distribución, corresponde a la Comunidad Autónoma de **Canarias** y tendrá carácter vinculante, sin perjuicio de la coordinación con la planificación general de la actividad económica que corresponda al Estado." (fundamento de derecho octavo)

Tiene razón la empresa recurrente en este motivo, que ha de ser estimado. En efecto, el artículo 4.1 de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997) dice así:

"Artículo 4. *Planificación eléctrica.*

1. La planificación eléctricas, que tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiere a instalaciones de transporte, será realizada por el Estado, con la participación de las Comunidades Autónomas."

Por su parte, el artículo 8.1 del Decreto impugnado dice lo siguiente:

" **Artículo 8.** Criterios para el otorgamiento de las autorizaciones.

La documentación aportada justificará el cumplimiento de las siguientes prescripciones:

1. Desde el punto de vista de la política energética, según proceda, la instalación deberá ser compatible con la planificación energética aprobada, y tendrá en cuenta criterios de eficiencia energética, diversificación de las fuentes primarias de energía, incidencia en el sistema insular en el que se va a integrar, su contribución a la cobertura de la demanda, mejora de la calidad del servicio, utilización de la mejor tecnología, imputación



de costes económicos reconocidos al sistema eléctrico, así como aquellos otros aspectos industriales, medioambientales que sean determinantes para el desarrollo energético canario."

Finalmente, el artículo 6.1 de la citada Ley **canaria** 11/1997, de 2 de diciembre, reguladora del sector eléctrico del archipiélago canario estipulaba:

" **Artículo 6.** Planificación a largo plazo.

1. La planificación eléctrica a largo plazo en relación con el régimen ordinario de generación eléctrica, transporte y distribución, corresponde a la Comunidad Autónoma de **Canarias** y tendrá carácter vinculante, sin perjuicio de la coordinación con la planificación general de la actividad económica que corresponda al Estado."

Pues bien, tal como aduce la mercantil recurrente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 6 de la citada Ley autonómica, por contravenir el carácter no vinculante de la planificación -excepto la relativa al transporte- fijado en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, de carácter básico. En la Sentencia 18/2011, de 3 de marzo, el Tribunal Constitucional dijo:

"19. Es asimismo objeto de impugnación el art. 6 de la Ley del sector eléctrico canario, regulador de la planificación eléctrica a largo plazo, precepto que dispone lo siguiente:

"1. La planificación eléctrica a largo plazo en relación con el régimen ordinario de generación eléctrica, transporte y distribución, corresponde a la Comunidad Autónoma de **Canarias** y tendrá carácter vinculante, sin perjuicio de la coordinación con la planificación general de la actividad económica que corresponda al Estado.

2. Los planes energéticos habrán de ser sometidos para su aprobación al Parlamento de **Canarias**, y habrán de ser actualizados periódicamente según se establezca reglamentariamente.

3. El contenido de la planificación eléctrica y su ámbito temporal se fijarán reglamentariamente, debiendo contener, referido al plazo a que corresponda, al menos:

a) Previsión de la demanda.

b) Estimación de la potencia a instalar para conseguir una oferta en condiciones adecuadas de seguridad y calidad.

c) Necesidades de ampliación y mejora de las redes de transporte y distribución para garantizar la universalidad del servicio.

d) Análisis de la oferta potencial adicional derivada del fomento de energías alternativas.

e) Criterios de potenciación de la autogeneración, en particular de la cogeneración de alto rendimiento energético.

f) Posibilidades de flexibilización de la oferta, utilizando nuevas tecnologías tales como las centrales de ciclo combinado.

g) Diversificación de las fuentes energéticas primarias y, en particular, análisis de la viabilidad e instauración, en su caso, de la alternativa de utilización del gas natural como fuente primaria de energía.

h) Análisis de los previsibles impactos ambientales de las nuevas instalaciones y medidas correctoras para su atenuación."

Lo discutido en este caso es el carácter vinculante de la planificación autonómica a largo plazo, que se entiende incompatible con el sistema de planificación indicativa (con la excepción de las instalaciones de transporte) previsto por la LSE. Como ya se ha expuesto, el Estado tiene competencia derivada de los títulos competenciales establecidos en el art. 149.1.13 y 25 CE tanto para decidir la liberalización del sector eléctrico y los términos materiales, espaciales y temporales en los que se va a proceder a hacer efectiva la libertad de iniciativa empresarial en materia eléctrica, como para proceder a una planificación energética acorde con dicha política liberalizadora. En este contexto, tanto la previsión relativa al reconocimiento de la libre iniciativa empresarial (art. 2 LSE), como la referida al establecimiento de una planificación eléctrica indicativa, salvo en materia de transporte (art. 4.1 LSE), tienen una indudable naturaleza básica en la medida en que constituyen un común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental en el sistema eléctrico nacional. De manera coherente con la liberalización eléctrica en las distintas actividades destinadas al suministro, se introduce la planificación indicativa, de suerte que la obligatoriedad queda circunscrita tan sólo a las instalaciones de transporte, lo que se justifica por su finalidad y por el carácter de monopolio natural de este tipo de redes. Este carácter no vinculante de la planificación se ratifica, para los sistemas insulares y extrapeninsulares, en la disposición adicional decimoquinta, apartado 1, de la LSE -introducida por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos-, estableciendo que la misma se realizará de acuerdo con

las Comunidades Autónomas de Illes Balears y **Canarias** y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Esta necesidad de acuerdo, así como su carácter indicativo -salvo para las instalaciones de transporte- se reitera en el art. 2.1 del Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre .

De lo anteriormente expuesto se colige que el establecimiento por el art. 6.1 de la Ley del sector eléctrico canario de una planificación eléctrica autonómica vinculante a largo plazo en relación con la generación, el transporte y la distribución eléctrica contradice la idea de planificación plasmada en la normativa básica estatal. Esta abierta contradicción de la legislación autonómica de desarrollo con las normas básicas estatales no puede salvarse considerando, como hace el Parlamento canario, que la planificación es vinculante únicamente para la Administración **canaria** ni tampoco con una interpretación como la propuesta por la representación del Gobierno canario, el cual entiende que la planificación autonómica tiene un contenido exclusivamente indicativo y descriptivo pero no imperativo. Y ello porque es clara la voluntad del legislador autonómico de establecer la obligatoriedad de los contenidos de la planificación. En consecuencia, a la vista de la contradicción del precepto autonómico con la base estatal, hemos de apreciar la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley del sector eléctrico canario." (fundamento jurídico 19)

La fundamentación transcrita, que tiene su corolario en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley **canaria**, es plenamente aplicable, por razones obvias, al precepto reglamentario sobre el que versa el motivo. En este precepto, sin embargo, no se afirma taxativamente la vinculatoriedad de la planificación a largo plazo, sino sólo que la instalaciones cuya autorización se solicita han de ser "compatibles" con "la planificación energética aprobada". De hecho, la Sala de instancia, aparte de invocar erróneamente un precepto que ya había sido declarado inconstitucional en el momento de dictar Sentencia, trata de justificar una interpretación del precepto reglamentario impugnado que resulte compatible con el carácter indicativo de la planificación (salvo la referida al transporte) estipulado en la Ley estatal del Sector Eléctrico; sostiene así que el inciso "según proceda" salva la compatibilidad del precepto impugnado, pues supone admitir que la planificación tendría los efectos previstos para cada actividad regulada, por lo que sería vinculante en el caso de la actividad de transporte y meramente indicativa en los demás casos. Sin embargo, semejante interpretación no es la que se deduce naturalmente del precepto impugnado y, en cambio, el tenor de la normativa estatal (artículo 4.1 de la Ley del Sector Eléctrico), de carácter básico, es suficientemente explícita como para poder admitir la ambigüedad de la fórmula empleada por dicho precepto, que establece una necesaria compatibilidad "según proceda" con "la planificación energética aprobada", tanto más cuanto que el precepto correlativo de la Ley autonómica sectorial ha sido declarado inconstitucional por las razones ya vistas.

En conclusión, ha de estimarse el motivo y en cuanto a este punto, también el contencioso administrativo *a quo* , declarando la nulidad del inciso "[...] deberá ser compatible con la planificación energética aprobada [...]". El resto del apartado, que simplemente prescribe que las instalaciones habrán de tener en cuenta diversos criterios de eficiencia y calidad, no resulta contrario a la normativa básica, pues no suponen ninguna vinculación *sensu stricto* , sino tan sólo invoca principios que deben tenerse presentes a la hora de valorar la solicitud de una instalación eléctrica y que, por lo demás, son principios que pueden deducirse de la propia normativa estatal.

OCTAVO .- Sobre el motivo noveno, relativo al artículo 29.5 del reglamento impugnado, respecto a convenios de uso de instalaciones eléctricas por terceros.

En el motivo noveno la mercantil recurrente sostiene que el artículo 29.5 del Decreto impugnado es contrario al artículo 12 de la Ley 30/1992 , puesto que atribuye a la Administración autonómica la capacidad de invalidar u obligar a rectificar los convenios para uso por terceros de las instalaciones eléctricas de distribución por supuestos incumplimientos de la normativa de aplicación, lo que estaría fuera de las competencias de la Administración; se invocan tanto el artículo 3 de la Ley del Sector Eléctrico como el 5 de la Ley autonómica correspondiente (la Ley 11/1997), que enumeran respectivamente las competencias en la materia de las Administraciones estatal y autonómica.

La Sala de instancia había rechazado esta impugnación con las siguientes razones:

" **DÉCIMO** . El artículo 29.5, también dentro de los "convenios para uso por terceros de las instalaciones eléctricas de distribución", dispone que "los referidos convenios serán puestos en conocimiento del Centro Directivo competente en materia de energía, que actuará como garante de los derechos de terceros, pudiendo invalidar u obligar a rectificar dicho documento si detectase el incumplimiento de los establecido en la normativa de aplicación".

Según la entidad recurrente, la Administración no tiene potestades para interferir en los acuerdos concertados entre particulares ni para pronunciarse sobre su validez o invalidez.



La Sala no comparte esta afirmación. La potestad atribuida en este precepto al Centro Directivo competente en materia de energía está en perfecta armonía con el carácter imperativo de las normas que disciplinan los citados convenios, en el marco general de intervención administrativa en el sector eléctrico." (fundamento de derecho décimo)

El precepto impugnado estipula lo siguiente:

" **Artículo 29.** Convenios para uso por terceros de las instalaciones eléctricas de distribución.

[...]

5. Los referidos convenios serán puestos en conocimiento del Centro Directivo competente en materia de energía, que actuará como garante de los derechos de terceros, pudiendo invalidar u obligar a rectificar dicho documento si detectase el incumplimiento de lo establecido en a normativa de aplicación."

Tiene razón la empresa recurrente, en que la facultad que el precepto atribuye a la Administración autonómica de invalidar u obligar a rectificar los convenios regulados por el artículo 29 del Decreto impugnado resulta exorbitante para las facultades reguladoras de la Administración. Ciertamente la Administración, en este caso la autonómica, tiene facultad inspectora y sancionadora en materia de regulación eléctrica, debiendo velar por la correcta y efectiva aplicación de la normativa vigente. Pero ello no quiere decir que su facultad reguladora pueda imponerse directamente a la libre voluntad contractual de las partes en los supuestos en que la propia regulación permite el ejercicio de tal ejercicio de la autonomía privada.

En efecto, en el supuesto de autos no cabe duda de que la Administración autonómica puede -y debe- vigilar, dentro de sus competencias, por la adecuada aplicación de la normativa eléctrica, y a tal efecto dispone de la correspondiente competencia sancionadora (Título III de la Ley del Sector Eléctrico Canario -Ley 11/1997, de 2 de diciembre-), puesto que, en definitiva, se trata de una actividad en la que coexisten la iniciativa privada con una fuerte regulación. Pero ello no quiere decir que pueda invalidar (u obligar a corregir) directamente un acuerdo privado entre empresas, como dispone el precepto impugnado, aunque se justifique en la garantía de los derechos de terceros. Tiene razón la Sala de instancia al sostener que existe regulación imperativa sobre los convenios que puedan celebrarse entre los titulares de instalaciones eléctricas terceros para el uso por éstos de dichas instalaciones, regulación que se recoge precisamente en los apartados 1 a 4 del propio artículo 29 del Decreto litigioso. Pero la existencia de tal regulación no le habilita para dicha intervención, sino para advertir a los titulares de la instalación eléctrica de la posible infracción de la normativa eléctrica y, en su caso, iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

Por otra parte, puede incluso entenderse que el precepto resulta innecesario a la vista de la regulación contenida en el propio precepto. En efecto, el apartado 2 establece que el titular de la instalación debe acogerse al derecho a celebrar estos convenios con terceros en la fase inicial del proyecto, mientras que el apartado 6 prevé que el convenio será presentado con la documentación necesaria para la puesta en servicio de la instalación. Así pues, en los casos en que la puesta en servicio requiere la previa autorización administrativa (artículo 12 del propio Decreto impugnado), la Administración tiene en dicho procedimiento de autorización la posibilidad de velar por el adecuado respeto a la normativa vigente, pues siempre podrá denegar dicha autorización o condicionarla al debido cumplimiento de la normativa aplicable. En los supuestos en que la puesta en servicio no precisa de autorización administrativa (art. 15), el titular de la instalación está obligado a una comunicación previa aportando la documentación correspondiente, lo que permite a la Administración ejercer adecuadamente su función inspectora.

Procede pues declarar la nulidad del inciso que atribuye semejante facultad a la Administración autonómica.

NOVENO .- Sobre los motivos décimo y undécimo, relativos a la libertad de empresa.

En los dos últimos motivos (décimo y undécimo) la entidad recurrente objeta dos limitaciones contenidas respectivamente en los artículos 51.5 y 53.4 del Decreto impugnado, la prohibición de que el director de obra pueda coincidir con el instalador o tener vinculación con la empresa instaladora (motivo décimo) y la exclusión de la subcontratación para el mantenimiento en casos de automantenimiento (motivo undécimo). En ambos casos la parte recurrente entiende que se trata de limitaciones sin cobertura legal y que atentan contra la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 de la Constitución .

La Sentencia objeto del recurso de casación rechazaba ambas quejas en los siguientes fundamentos:

" **DECIMOTERCERO** . El Artículo 51.5 dispone: "En una instalación u obra el Director de Obra no podrá coincidir con el instalador ni tener vinculación laboral con la empresa instaladora que está ejecutando la obra."

La recurrente reprocha a este precepto el ser contrario a la libertad de empresa proclamada por el artículo 38 de la Constitución .



No parece necesario insistir en la legalidad de la intervención administrativa en el sector eléctrico. Como aduce la Administración autonómica, la separación entre las funciones del Director de Obras, encargado de emitir el "Certificado de Dirección y Finalización de la Obra", y el instalador, obedece al interés de alcanzar mayores niveles de seguridad y calidad en las instalaciones eléctricas. Parece de todo punto razonable que supervisor y supervisado no puedan ser el mismo ni tener vínculo laboral entre ellos.

DECIMOCUARTO . El Artículo 53.4 establece: "No obstante, cuando el titular acredite que dispone de medios técnicos y humanos suficientes para efectuar el correcto mantenimiento de sus instalaciones podrá adquirir la condición de mantenedor de las mismas. En este supuesto, el cumplimiento de la exigencia reglamentaria de mantenimiento quedará justificado mediante la presentación de un Certificado de automantenimiento que identifique al responsable del mismo. No se permitirá la subcontratación del mantenimiento a través de una tercera empresa intermediaria."

Sostiene la recurrente que la prohibición de subcontratar infringe la autonomía organizativa del empresario e infringe la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

El ámbito objetivo de la Ley 32/2006 descarta su aplicación. Aunque la redacción del precepto no es del todo afortunada -por el empleo de las expresiones "subcontratación del servicio de mantenimiento con una empresa mantenedora en supuestos de automantenimiento, lo que no es sino una consecuencia lógica del propio concepto de automantenimiento que supone que el titular dispone de medios técnicos y humanos suficientes para efectuar el correcto mantenimiento de sus instalaciones, adquiere la condición de mantenedor y presenta un certificado al respecto." (fundamentos de derecho decimotercero y decimocuarto)

Ambos motivos están fundados y han de ser estimados. En efecto, se trata en los dos supuestos de medidas restrictivas de la libertad de contratación que no tienen respaldo legal, por lo que no pueden prevalecer.

Así, respecto a la incompatibilidad de que el director de obra no pueda coincidir con el instalador ni tener vinculación laboral con la empresa instaladora establecida en el artículo 51.5 del Decreto impugnado, no se ve cual puede ser el fundamento para dicha limitación. La empresa instaladora es la responsable de las obras y no parece suficiente la invocación de la seguridad y la calidad en las mismas para vedar que el certificado final de obra pueda ser emitido por un profesional de dicha empresa que, a la postre, será la responsable de la obra en cuestión. En su caso, habría de ser el legislador el que estipulase que dicha prohibición resulta imprescindible para asegurar la calidad y seguridad de la obra.

Y, en cuanto a la prohibición de subcontratación en caso de que la empresa titular haya adquirido la condición de mantenedor de sus instalaciones prevista en el artículo 53.4, *in fine* , tampoco se percibe cuál puede ser la razón o el interés público en prohibir que, pese a dicha condición, en determinados casos y por razones estrictamente empresariales una empresa decida subcontratar el mantenimiento de una o varias de sus instalaciones -o, porqué no, de todas ellas-. La condición de automantenedor parece una posibilidad que la normativa abre a las empresas titulares de instalaciones eléctricas, pero no existe justificación para que tal condición deba ser de ejercicio obligado en todo caso, esto es, que el reconocimiento de la capacidad de automantenimiento deba transformarse en una obligación de automantenimiento directo.

El artículo 38 de la Constitución no excluye la regulación de una actividad económica determinada ni que dicha regulación se efectúe, existiendo habilitación legal, mediante norma de rango reglamentario. Esto quiere decir, precisamente, que el titular de la potestad reglamentaria no puede regular las actividades económicas a su libre arbitrio sin cobertura legal. En el caso de autos, se trata de dos limitaciones que, de ser contemplados por el legislador, habría que determinar si las mismas afectan al núcleo esencial de la garantía constitucional de la libertad de empresa. Sin embargo, sin necesidad de efectuar un pronunciamiento sobre tal cuestión, lo que resulta claro es que son restricciones que afectan a dicha libertad y que no puede ser adoptadas sin más por el titular de la potestad reglamentaria. Debemos pues estimar ambos motivos y anular el apartado 5 del artículo 51 y el inciso final del apartado 53.4 "no se permitirá la subcontratación del mantenimiento a través de una tercera empresa intermediaria".

DÉCIMO .- Conclusión y costas.

En razón de los fundamentos anteriores, hemos de casar la sentencia en lo que respecta a los motivos que han sido estimados, esto es, en relación con los pronunciamientos de la Sentencia contenidos en los fundamentos octavo, décimo, decimotercero y decimocuarto de la misma. Y procede asimismo estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas de **Canarias** -aprobado por Decreto 141/2009, de 10 de noviembre-, declarando la nulidad de los siguientes incisos y preceptos, que se suma a la declarada por la Sala de instancia respecto del artículo 13 :



- inciso "deberá ser compatible con la planificación energética aprobada", del apartado 1 del artículo 8;
- inciso "pudiendo invalidar u obligar a rectificar dicho documento si detectase el incumplimiento de lo establecido en la normativa de aplicación", del apartado 5 del artículo 29;
- apartado 5 del artículo 51;
- inciso "no se permitirá la subcontratación del mantenimiento a través de una tercera empresa intermediaria", del apartado 4 del artículo 53.

Se desestima el recurso contencioso administrativo en todo lo demás.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 y 2, no procede imponer las costas ni en la instancia ni en la casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR, ESTIMANDO EN PARTE el recurso de casación interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra la sentencia de 11 de febrero de 2.011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias** con sede en Las Palmas de Gran **Canaria** en el recurso contencioso-administrativo 25/2.010 , sentencia que casamos y anulamos en los términos recogidos en el fundamento de derecho décimo de esta resolución.

2. Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo antes referido, interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra el Decreto 141/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas en **Canarias**, del que declaramos nulos los siguientes preceptos: inciso "deberá ser compatible con la planificación energética aprobada", del apartado 1 del artículo 8; inciso "pudiendo invalidar u obligar a rectificar dicho documento si detectase el incumplimiento de lo establecido en la normativa de aplicación", del apartado 5 del artículo 29; apartado 5 del artículo 51; e inciso "no se permitirá la subcontratación del mantenimiento a través de una tercera empresa intermediaria", del apartado 4 del artículo 53.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

4. Procédase a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial de **Canarias**, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción .

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 .-Pedro Jose Yague Gil.-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 el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-