

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065808

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 1315/2021, de 4 de noviembre de 2021**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 4751/2020***SUMARIO:****Renovables. Energía eólica. Incautación de garantía depositada para la inscripción en el Registro de preasignación. Incumplimiento de plazo. Desistimiento voluntario. Incumplimiento imputable a la Administración o a terceros.**

La cuestión sobre la que se entiende existe **interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia** consiste en determinar los efectos sobre el incumplimiento del plazo máximo de treinta y seis meses establecido por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; esto es, si dicho incumplimiento supone únicamente el que sea revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de preasignación de retribución, o si lleva aparejada, también, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada en virtud del número 3 del citado artículo 8 y, en caso de respuesta afirmativa, en qué supuestos. En segundo lugar, **también reviste interés casacional** la cuestión relativa a si la obligación impuesta por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley es exigible únicamente respecto de la propia instalación con independencia del promotor que la ejecute.

Si bien el Real Decreto-ley 6/2009 no contempla las consecuencias de un incumplimiento o desistimiento por causas imputables a la actuación de un tercero y ajenas a la voluntad del solicitante, la aplicación de la jurisprudencia se basa en una singular aplicación del **principio general de responsabilidad individual** por el cual si la garantía respalda el cumplimiento de una obligación, no se puede penalizar con su pérdida a la parte que no es responsable de dicho incumplimiento, principio que también resulta aplicable al supuesto que nos ocupa. Por ello, la caución o garantía depositada debe ser devuelta cuando el incumplimiento no es imputable al solicitante, sino a un tercero o a la conducta de la Administración. Dichas circunstancias particulares -responsabilidad de la Administración o de un tercero- no concurren en este caso: la propia recurrente, sin desistir formalmente, presentó escrito haciendo clara referencia a que no iba a cumplir los trámites exigidos con base en una serie de problemas que le impedirán cumplir los trámites en plazo, y así cita el cambio normativo y el plan de I+D+i plurianual que ya no tenía vigencia. El incumplimiento de la empresa que inicialmente era la titular no es imputable aquí a la intervención o conducta de un tercero o de la Administración. Y si no se ha producido esa intervención ajena como causa del incumplimiento, no procede la aplicación del principio de responsabilidad individual para atemperar las consecuencias y, por tanto, el incumplimiento comporta la incautación de la garantía. Así puede entenderse que ha habido un desistimiento voluntario (aunque no formal), lo que, además, se refuerza por el hecho de la transmisión de la titularidad a otra empresa.

La incertidumbre regulatoria derivada del recorte de los incentivos de las energías renovables, forma parte del riesgo regulatorio propio de esta actividad, que supone la admisión de que los parámetros retributivos de las instalaciones de energías renovables no son inamovibles, sino que pueden ser modificados en atención a las circunstancias concurrentes. La concepción de la seguridad jurídica como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad.

Dando **respuesta a las cuestiones planteadas** debe afirmarse que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, en el plazo marcado por la norma, lleva aparejada también, como regla general, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada por el solicitante al inscribirse en el Registro de preasignación. Ahora bien, la caución o garantía depositada debe ser devuelta cuando el incumplimiento no sea imputable al solicitante sino a la conducta de un tercero o de la Administración que resulta determinante para poder ejecutar en plazo el proyecto pretendido. Lo que, como se ha expuesto, no es aquí el caso. En segundo lugar, en este caso, se han incumplido todos los plazos, sin justificación exonerante alguna. Lo cierto es que no se puso en marcha la instalación dentro del plazo legalmente establecido, sino que tuvo lugar, por un tercero, cuando ya se había consumado el incumplimiento, por lo que, en consecuencia, resulta irrelevante que la obligación impuesta por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley pueda ser exigible respecto de la propia instalación, con independencia del promotor que la ejecute.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 9.3.

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 90 y 91.

Ley 21/2003 (Seguridad aérea), art. 48.4.

RD-Ley 6/2009 (medidas en el sector energético y se aprueba el bono social), art. 4.

RD-Ley 9/2013 (medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sector eléctrico), disp. derog. única 2.c).

RD 161/1997 (Rgto. de la Caja General de Depósitos), art. 4.

RD 1578/2008 (retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007 para dicha tecnología), arts. 8 y 9.

RD 413/2014 (producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos), arts. 44 y 46

PONENTE:

Don Ángel Ramón Arozamena Laso.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.315/2021

Fecha de sentencia: 04/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4751/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4751/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1315/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 4 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 4751/2020, interpuesto por la entidad Siemens Gamesa Renewable Energy Wind Farms, S.A. Unipersonal, representada por el procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de D.ª Mariela Yvanca Fernández Fernández y D. David Arias Guedón, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de junio de 2020, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 85/2019, a instancia del mismo recurrente, sobre resolución que resolvía el procedimiento de incautación de garantías depositadas para la inscripción en el extinto Registro de preasignación.

Ha sido parte recurrida, el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo núm. 85/2019 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 18 de junio de 2020, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Deleito García en representación de SIEMENS GAMESA RENEWABLE ENERGY WIND FARMS S.A. UNIPERSONAL, contra Resolución de la Subsecretaría para la Transición Ecológica del Ministerio para la Transición Ecológica de 19 de noviembre de 2018, que desestima recurso de alzada contra Resolución de 13 de marzo de 2017 de la Dirección General de Política Energética y Minas debemos declarar y declaramos que las citadas resoluciones son conformes con el ordenamiento jurídico. Se imponen las costas a la recurrente con el límite de 3.000 euros".

Segundo.

El procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de la entidad Siemens Gamesa Renewable Energy Wind Farms, S.A. Unipersonal, presentó en fecha 31 de julio de 2020 escrito de preparación del recurso de casación.

Tercero.

Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 7 de septiembre de 2020, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 15 de septiembre de 2020.

Cuarto.

El Abogado del Estado, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 15 de octubre de 2020, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.

Quinto.

La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 26 de febrero de 2021:

" 1.º) Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de Siemens Gamesa Renewable Energy Wind Farms, S.A. Unipersonal contra la sentencia n.º 269/2020, de 18 de junio, dictada por la Sección Sexta la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario n.º 85/2019.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar -en el ámbito ahora de la energía eólica- los efectos sobre el incumplimiento del plazo máximo de treinta y seis meses establecido por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; esto es, si dicho incumplimiento supone únicamente el que sea revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de preasignación de retribución, o si lleva aparejada, también, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada en virtud del número 3 del citado artículo 8 y, en caso de respuesta afirmativa, en qué supuestos.

En segundo lugar, también reviste interés casacional la cuestión relativa a si la obligación impuesta por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley es exigible únicamente respecto de la propia instalación con independencia del promotor que la ejecute.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. (...)".

Sexto.

Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 5 de marzo de 2021 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 20 de abril de 2021 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"acuerde revocar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 6ª), de 18 de junio de 2020, anulando la Resolución de la Subsecretaría para la Transición Ecológica del Ministerio para la Transición Ecológica, de 19 de noviembre de 2018, y, en su lugar, declare la procedencia de la devolución de la cantidad de 90.000 euros, incautados a mi representada".

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de fecha 23 de abril de 2021, se concedió el plazo de treinta días al Abogado del Estado, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante escrito presentado en fecha 21 de mayo de 2021, en el que se opone al recurso formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, solicitando a la Sala que "declare no haber lugar al recurso de casación formulado con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Octavo.

Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 24 de mayo de 2021 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 26 de octubre de 2021, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

El presente recurso de casación núm. 4751/2020 lo interpone la representación procesal de la entidad Siemens Gamesa Renewable Energy Wind Farms, S.A. Unipersonal contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de junio de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 85/2019.

La sentencia recurrida desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Subsecretaría para la Transición Ecológica del Ministerio para la Transición Ecológica, de 19 de noviembre de 2018, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, 13 de marzo de 2017, que resolvía el procedimiento de incautación de garantía depositada -por importe de 90.000 €- para la inscripción en el extinto Registro de preasignación que regulaba el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, correspondiente a la instalación denominada Parque Eólico I+D El Boyal III.

La Sala de instancia fundamenta la desestimación, en resumen, en que la garantía que en su momento se prestó por el interesado le era exigible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.3. del Real Decreto-ley 6/2009, respondiendo la garantía de las obligaciones asumidas por la solicitud de inscripción en el Registro de preasignación, es decir, por el cumplimiento de la inscripción definitiva y venta de energía en los plazos fijados; y que lo cierto es que se canceló la inscripción en el registro de régimen retributivo por no constar la inscripción definitiva en plazo ni el vertido de energía en red.

Frente a la alegación de la recurrente de que no hubo un desistimiento voluntario, la sentencia razona que ciertamente el aval prestado solo podría ejecutarse en caso de desistimiento voluntario, y que la propia recurrente, sin desistir formalmente, presentó escrito en fecha 10 de julio de 2014 haciendo clara referencia a que no iba a cumplir los trámites exigidos con base en una serie de aspectos, entre ellos las modificaciones legislativas. Añade que el tema del desistimiento debe examinarse con base en la situación específica que se ha producido y a la normativa de aplicación, y, con cita de la STS de 5 de octubre de 2017 (RCA 139/2016), considera que las alegaciones en su día formuladas por la actora para solicitar que se dejara sin efecto la inscripción no se motivaron ni justificaron, siendo lo cierto que se canceló el régimen retributivo por no cumplir los requisitos. Y tras referirse la sentencia a la doctrina de esta Sala sobre la incertidumbre regulatoria, concluye que "El desistimiento concretamente se produce por actos del interesado de los que indiscutiblemente se deduce tal decisión, no solo porque formalmente desista o formalmente "no desista". Para apreciar una imposibilidad de ejecutar en su momento la instalación proyectada, aunque no fuera en el estricto plazo previsto, debería haberse acreditado suficientemente por la interesada y no consta así. Se ha explicado la situación producida y los datos acreditados, y de todo ello no se deduce la imposibilidad de ejecución alguna. Y de hecho, la posterior ejecución es ajena a la actuación de la ahora recurrente".

Por último, la sentencia razona que "La actora alega que no existe normativa específica sobre el desistimiento para las instalaciones de energía eólica, pero a su vez cita Sentencias sobre las instalaciones fotovoltaicas. Ambas tienen una normativa similar en cuanto al régimen retributivo específico. Y de uno y otro modo, analizando los datos aportados, no se observa que la actora tuviera voluntad de llevar adelante la ejecución, por el contrario, manifestó que no tenía tiempo para ello y que, por tanto, no quería continuar con el régimen retributivo, se produjo la cancelación de las inscripciones al respecto y, posteriormente se inicia el procedimiento para incautación de la garantía, no constando que estuviera funcionando en absoluto la instalación". Añade que consta que en 2017 se produjo la transmisión de la titularidad de la instalación y ya en 2018, con posterioridad a la resolución de incautación de la fianza, se obtienen las autorizaciones de explotación e inscripción dictadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma por un tercero. La ejecución de la instalación es, por tanto, ajena a la actuación de la actora.

Segundo.

La preparación y admisión del recurso de casación y la cuestión que presenta interés casacional objetivo.

Conforme recoge el auto de admisión del presente recurso, dictado el pasado 26 de febrero de 2021, la mercantil recurrente ha preparado recurso de casación denunciando, en primer lugar, la infracción del artículo 4.8 del Real Decreto- ley 6/2009, de 30 de abril, por entender la sentencia que de la falta de puesta en marcha de las instalaciones en plazo se deriva la ejecución de la garantía depositada al amparo del apartado tercero del dicho

precepto, cuando la consecuencia directa de la falta de cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 4.8 de la norma dentro del referido plazo no es otra que la revocación del derecho económico asociado a la entrada en el Registro de preasignación, con la consiguiente cancelación, sin que del citado precepto ni del contenido de la garantía pueda inferirse que asiste a la Administración un derecho a incautar la meritada garantía. Añade que manifestó la imposibilidad de poner en marcha las instalaciones dentro de plazo, renunciando con ello a su derecho a percibir el régimen económico primado, pero sin desistir de la propia tramitación administrativa del Parque Eólico.

La infracción de este precepto también se habría producido por entender la Sala que, para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la inscripción en preasignación, ha de ser el promotor quien finalmente las ejecute; cuando en realidad, lo relevante es que la instalación fue ejecutada y no quien la ejecutó.

En segundo lugar, denuncia la infracción de los artículos 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al considerar dicha normativa aplicable al caso ante la falta de una regulación específica -al contrario de lo que ocurre con los procedimientos de incautación de estas garantías en la energía fotovoltaica, donde sí existe una regulación específica-. Alega que, para que pueda apreciarse la concurrencia de un desistimiento, éste ha de ser inequívoco, debiendo el interesado comunicar expresamente a la Administración su voluntad de desistir del procedimiento, algo que no ha tenido lugar en este caso. La interpretación realizada por la Sala contradice la doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal que considera que el desistimiento consiste en una declaración de voluntad del interesado expresando que desea abandonar la pretensión por la que se inició el procedimiento.

Como dice el auto de 26 de febrero de 2021, la cuestión suscitada en este recurso de casación es idéntica, y formulada por la misma recurrente, a la que hemos admitido en el auto de esta Sección Primera, de 22 de enero de 2021 (RCA 7234/2020); por lo que procede, también en esta ocasión, la admisión del recurso.

Como pusimos de manifiesto en el citado auto, no existe jurisprudencia de esta Sala respecto de la cuestión referida a la incautación de la garantía constituida a los efectos de lo previsto en el artículo 4.3.i) del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, por incumplimiento de la inscripción definitiva en el registro de preasignación retributiva en el plazo de treinta y seis meses establecido en el artículo 4.8 de la citada norma. En efecto, tal como añadimos en el citado auto, si bien es cierto que existen pronunciamientos de esta Sala sobre la procedencia de cancelación o devolución del aval como consecuencia de la cancelación por incumplimiento de la inscripción de un proyecto en el Registro de preasignación -por todas, STS de 14 de diciembre de 2018 (RCA 393/2018)-, lo cierto es que dicha jurisprudencia se refiere a la energía fotovoltaica, que cuenta con un régimen específico sobre constitución, cancelación y ejecución de avales contenido en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. Y el caso que nos ocupa se refiere a energía eólica.

Y por todo lo anterior constatamos entonces, y también ahora, que la cuestión suscitada, a la que se añade en este recurso la de determinar si la obligación de inscripción recae sobre las instalaciones con independencia del su promotor, no carece manifiestamente de interés casacional.

En consecuencia, la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar los efectos sobre el incumplimiento del plazo máximo de treinta y seis meses establecido por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; esto es, si dicho incumplimiento supone únicamente el que sea revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de preasignación de retribución, o si lleva aparejada, también, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada en virtud del número 3 del citado artículo 8 y, en caso de respuesta afirmativa, en qué supuestos.

En segundo lugar, también reviste interés casacional la cuestión relativa a si la obligación impuesta por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley es exigible únicamente respecto de la propia instalación con independencia del promotor que la ejecute.

Tercero.

El examen del recurso: consideraciones previas.

El recurso es análogo al núm. 7234/2020, resuelto por sentencia de 19 de julio de 2021, al que hacíamos mención en el auto de admisión y en el fundamento de derecho anterior y las partes son las mismas, pero con una cuestión específicamente relevante que impide alcanzar la misma conclusión.

Como ya dijimos en esa sentencia, la Sala de instancia fundamenta la desestimación en que la garantía que en su momento se prestó por el interesado le era exigible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009, respondiendo de las obligaciones asumidas por la solicitud de inscripción en el Registro de preasignación, es decir, por el cumplimiento de la inscripción definitiva y venta de energía en los plazos fijados; y que lo cierto es que se canceló el régimen retributivo, puesto que las instalaciones no fueron ejecutadas ni comenzaron a vender energía en plazo.

Frente a la alegación de la recurrente de que no hubo un desistimiento voluntario, la sentencia recurrida razona que ciertamente el aval prestado solo podría ejecutarse en caso de desistimiento voluntario, y que la propia recurrente, sin desistir formalmente, presentó escrito en fecha 10 de julio de 2014 haciendo clara referencia a que no iba a cumplir los trámites exigidos. Considera así que lo alegado por la actora no se justificó y que se canceló el régimen retributivo por no ejecutarse las instalaciones, argumentando que:

"CUARTO.- (...) La garantía que en su momento prestó el interesado le era exigible con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.3 del RD-ley 612009. El precepto se refería al procedimiento para inscribir instalaciones en el registro de régimen retributivo específico, de modo que las interesadas concurrían en un procedimiento en que debían acreditar una serie de requisitos. y una vez inscritas en el registro de Preasignación disponían de un plazo determinado para cumplir las condiciones de inscripción definitiva y vertido de energía en red.

La recurrente no había cumplido dicho plazo. En el escrito presentado en 2014 no desiste, sino que alude a una serie de problemas que le impedirán cumplir los trámites en plazo, y así cita el cambio normativo y el plan de I+D+i plurianual que ya no tenía vigencia. En fin, este escrito implica que no desiste formalmente, pero expone que no puede cumplir los requisitos para poner en marcha la instalación. DE hecho, se inicia un procedimiento de cancelación de la inscripción que finaliza con el acuerdo de cancelación por incumplimiento, según consta en el expediente.

La garantía prestada respondía de las obligaciones asumidas por la solicitud de inscripción en el registro de preasignación, es decir, por el cumplimiento de la inscripción definitiva y venta de energía en los plazos fijados.

La tesis que expone en su demanda el recurrente es que no se dan las condiciones para la incautación, puesto que la Administración parte de que la instalación no ha sido ejecutada, sin embargo sí lo ha sido y está en funcionamiento.

Consta en el procedimiento, como se ha reiterado, que la instalación ha sido autorizada por el órgano competente de la Comunidad Autónoma en 2018 y para otra titular, a la que transmitió la interesada la titularidad, pues por Resolución de 22 de mayo de 2017 del Director General de Energía y Minas del Gobierno de Aragón se autoriza dicha transmisión de titularidad de la sociedad GAMESA ENERGÍA SA a la sociedad SISTEMAS ENERGÉTICO BOYAL, en concreto del expediente asociado a la instalación de proyecto de ejecución PARQUE EÓLICO I+D EL BOYAL III Por tanto, con los datos disponibles, la aquí recurrente no cumplió las condiciones impuestas en su momento, y se procedía a la cancelación del régimen retributivo y de las autorizaciones al respecto, puesto que en los plazos establecidos no realizó la inscripción definitiva ni empezó a vender energía.

El hecho de que posteriormente transmitiera la titularidad a otra entidad, y que ésta pusiera en marcha la instalación, ya en 2018, en nada afecta al tema que ahora se examina. El aval o garantía se había prestado para una finalidad específica que no se ha cumplido y que la propia actora reconoce en su escrito de 2014, aduciendo una serie de cuestiones, pero en definitiva exponiendo que no va a cumplir los trámites concretos para poner en marcha la instalación en este momento. El que otra empresa muy posteriormente haya acometido dicha tarea y puesto en marcha la instalación no guarda relación con el tema concreto que ahora se examina".

Cuarto.

La doctrina general fijada en la STS de 19 de julio de 2021 (RCA 7234/2020).

Como dijimos en aquella STS, ante la misma cuestión ahora suscitada y análogos argumentos a los ahora desplegados por las partes:

<<SEGUNDO.- La presente controversia plantea, en realidad, dos problemas distintos:

El primero consiste en establecer los efectos del incumplimiento de la inscripción definitiva y el vertido de energía eléctrica a tenor de lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril y el resto de las normas aplicables a las instalaciones eólicas, en concreto, se trata de esclarecer si dicho incumplimiento o el desistimiento del solicitante en llevar a cabo la puesta en funcionamiento de la instalación tiene como consecuencia la pérdida de la garantía prestada.

En segundo lugar, se trata de aclarar si, aun en los casos de incumplimiento o renuncia a continuar con el proyecto, es posible recuperar la caución prestada cuando ello sea primordialmente imputable a la actuación de una Administración o de un tercero.

Por lo que respecta a la primera de las dudas planteadas, se constata que tanto la Administración como la Sala de instancia han interpretado que el mero incumplimiento del plazo máximo para ejecutar las instalaciones (previsto en el art. 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009) debe lugar a la ejecución de las garantías depositadas, de manera similar a lo que ocurre con la tecnología fotovoltaica en los términos previstos en el Real Decreto 1578/2008.

Pues bien, tiene razón la parte recurrente cuando afirma que las previsiones contenidas en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, son aplicables a las instalaciones de tecnología fotovoltaica y no a la eólica, a la que se le aplica las previsiones del Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril.

Y partiendo de esta afirmación, su argumentación destinada a sostener que el incumplimiento del plazo para obtener la inscripción definitiva y poner en funcionamiento la instalación eólica no implica la pérdida de la caución constituida se basa en la literalidad de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril. Dicho precepto en su primitiva redacción- antes de que fuese derogado por la disposición derogatoria única 2.c) del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio-, disponía que "Las instalaciones inscritas en el Registro de pre asignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de treinta y seis meses a contar desde la fecha de su notificación, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzar la venta de energía. En caso contrario les será revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de preasignación de retribución".

La empresa recurrente acudiendo al tenor literal de este precepto considera que el incumplimiento del plazo fijado para que las instalaciones preinscritas sean inscritas con carácter definitivo en el Registro y comiencen con la venta de energía tan solo conlleva la revocación del derecho económico asociado a la entrada en el Registro de pre-asignación, sin que del citado precepto pueda inferirse el derecho de la Administración a incautar dicha garantía.

El tenor literal de dicha norma puede inducir a pensar que el legislador no quiso anudar al incumplimiento o desistimiento la pérdida de la garantía o caución constituida. Pero una interpretación sistemática y conjunta de este precepto con otras disposiciones de esa misma norma y de otras normas aplicables a supuestos similares permiten alcanzar una conclusión distinta.

A tal efecto, debe empezar por señalarse que el propio artículo 4.2 del Real Decreto Ley 6/2009 dispone que:

"[...] La inscripción en el Registro de pre-asignación de retribución será condición necesaria para el otorgamiento del derecho al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

3. Para inscribirse en el Registro de pre-asignación de retribución será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...] i) Haber depositado un aval en la Caja General de Depósitos de la Administración General del Estado, a favor de la Dirección General de Política Energética y Minas, por una cuantía de 20 €/kW. Para la tecnología solar termoeléctrica la cuantía anterior será de 100 €/kW".

La propia entidad recurrente afirma que la finalidad del establecimiento de este tipo de garantías no es otra que la de evitar la proliferación de solicitudes ficticias. Finalidad que con ser cierta es incompleta pues también persigue el cumplimiento por el solicitante de los compromisos asumidos.

Forma parte de la lógica del sistema y del conjunto normativo aplicable, que las garantías que se constituyen tratan de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que motivan su instauración. Así lo dispone, con carácter general, el art. 4 del Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, luego sustituido por el Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, al establecer que "la garantía responderá del cumplimiento de las obligaciones que establezcan las normas en cuya virtud aquella se constituyó, en los términos que las mismas dispongan".

En el caso que nos ocupa, la garantía constituida en la Caja General de Depósitos, como requisito necesario para inscribirse en el Registro de pre-asignación de retribución, aseguraban el cumplimiento de la inscripción definitiva y la venta de energía a la red en el plazo fijado (art. 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril).

A mayor abundamiento, también resulta relevante recordar que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (norma que entró en vigor el 10 de junio de 2014) establece en su artículo 44 respecto a las "garantías " que : "Para la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de preasignación será necesaria la presentación, ante la Dirección General de Política Energética y Minas, del resguardo de la Caja General de Depósitos acreditativo de haber depositado una garantía económica por la cuantía que se especifique por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo" añadiendo más adelante, por lo que ahora nos interesa, que "El objeto de la garantía será la inscripción de la instalación en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación cumpliendo, en todo caso, los requisitos establecidos en el artículo 46". Y el artículo 46 dispone que para que una instalación pueda ser inscrita en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación deberá estar totalmente finalizada en la fecha límite, especificándose que "A los efectos previstos en este real decreto, se considerará que una instalación está totalmente finalizada si cuenta con todos los elementos, equipos e infraestructuras que son necesarios para producir energía y verterla al sistema eléctrico, incluyendo, cuando corresponda, los sistemas de almacenamiento, ha obtenido la inscripción con carácter definitivo en el registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica dependiente del órgano competente y ha comenzado a verter energía eléctrica".

Conclusión ésta que, además, resulta conforme con las previsiones normativas aplicables para las instalaciones productoras de energía eléctrica con tecnología fotovoltaica. Ya que los artículos 8 y 9 del Real Decreto 1578/2008 disponían la ejecución del aval prestado al preinscribirse en los casos de incumplimiento de su inscripción

en el registro definitivo y del vertido de energía a la red en el plazo establecido o en los casos de desistimiento voluntario.

Por todo ello, y en respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, debe concluirse que el incumplimiento, en el plazo marcado por la norma, de las obligaciones previstas en el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, lleva aparejada no solo la revocación del derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de preasignación de retribución, sino también, como regla general, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada por el solicitante>>.

Las consideraciones anteriores y la interpretación del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, son de plena aplicación a este caso.

Quinto.

En particular, sobre el incumplimiento imputable a la Administración o a terceros.
Dijimos en aquella sentencia de 19 de julio de 2021 (RCA 7234/2020):

"TERCERO. Sobre el incumplimiento imputable a la Administración.

La conclusión alcanzada permite abordar la segunda de las cuestiones planteadas, consistente en determinar si pese al incumplimiento de las obligaciones asumidas existen supuestos en los que es posible recuperar la garantía prestada y, más concretamente, si la devolución de la caución se produce en los casos en los que se concluya que el incumplimiento fue imputable al comportamiento de una Administración o de un tercero y por causas ajenas a la conducta desplegada por el interesado.

Este Tribunal, ha dado respuesta a esta misma duda, si bien en aquellos casos en los que las instalaciones de producción de energía eléctrica se basaban en tecnología fotovoltaica y, por ende, les era de aplicación del Real Decreto 1578/2008. Interpreto, a tal fin, lo dispuesto en el artículo 9 de esta última norma en la que se disponía que "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".

La conclusión alcanzada por este Tribunal afirma que existen supuestos en los que no procede la ejecución del aval por cuanto el incumplimiento de las obligaciones asumidas con la preinscripción no le era imputable al solicitante. A tal efecto, la STS nº 1999/2017, de 7 de julio de 2017 (recurso de casación 161/2016), ya declaró que la cancelación de la inscripción no resultaba procedente cuando, aun habiéndose superado objetivamente el plazo máximo establecido para la inscripción, el retraso no se deba a circunstancias imputables al solicitante, que ha cumplido por su parte todas las obligaciones que le corresponden, determinadas por el artículo 8.1 del RD 1578/2008.

Y en sentencias posteriores - SSTS nº 2026/2017, de 19 de diciembre de 2017 (rec. 1198/2017) y nº 1777/2018, de 14 de diciembre de 2018 (RCA 393/2018)- se consideró que "el artículo 9.2 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, puesto en relación con el artículo 8.2 del mismo Real Decreto, ha de interpretarse en el sentido de que cuando la inejecución de la instalación fotovoltaica no sea debida al desistimiento voluntario del solicitante sino imputable a un tercero la cancelación de la inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial no ha de llevar aparejada la ejecución del aval sino que procede su devolución". En dicha sentencia ya sostuvimos que no cabe equiparar incumplimiento con desistimiento voluntario respecto a la ejecución del aval argumentando que "[...] no cabe dar el mismo tratamiento al supuesto en que, como aquí sucede, no hay un desistimiento "voluntario" sino que la instalación prevista resulta inviable por causas ajenas a la voluntad del solicitante, como es el hecho de que, por decisión de un tercero, que altera de forma sustancial las condiciones técnicas no vaya a ejecutarse la instalación.

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

En la sentencia STS 2026/2017, de 19 de diciembre de 2017 (rec. 1198/2017) se consideraron circunstancias ajenas a la voluntad del solicitante que debían de ser tomadas en consideración para la devolución del aval, el supuesto en el que después de haber obtenido la conformidad de los afectados por las servidumbres y las licencias urbanísticas correspondientes se produjo el cambio de criterio de uno de los afectados por las servidumbres y la posterior denegación de la licencia urbanística por parte del Ayuntamiento para el nuevo trazado.

Igual criterio mantuvimos en otro supuesto en el que un tercero incurrió en retrasos en las obras de conexión necesarias para la instalación (RCA 21/2017) o en aquéllas en que el retraso en la inscripción que hubiese determinado la pérdida del aval fue imputable a la tramitación administrativa de la solicitud.

La referencia a esta jurisprudencia resulta relevante para el supuesto que nos ocupa, pues si bien el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril no contempla las consecuencias de un incumplimiento o desistimiento por causas imputables a la actuación de un tercero y ajenas a la voluntad del solicitante, la aplicación de dicha jurisprudencia se basa en una singular aplicación del principio general de responsabilidad individual por el cual si la garantía

respalda el cumplimiento de una obligación, no se puede penalizar con su pérdida a la parte que no es responsable de dicho incumplimiento, principio que también resulta aplicable al supuesto que nos ocupa.

La sentencia impugnada considera que la no finalización de la instalación proyectada y su imposibilidad de verter energía eléctrica a la red en el plazo establecido es achacable a su falta de diligencia y su voluntad de desistir en la ejecución de la misma, ya que ni el cambio normativo en el régimen retributivo ni el retraso en obtener la licencia correspondiente de la Agencia Española de Seguridad Aérea pueden exonerar a la parte de ejecutar el proyecto en el plazo establecido, y por lo tanto de soportar la pérdida de la caución en caso de incumplimiento.

Pues bien, a diferencia de lo sostenido en la sentencia de instancia, no apreciamos imprevisión o falta de diligencia en la conducta del solicitante. Es un hecho no debatido que la empresa solicitó las autorizaciones necesarias para proceder a la construcción de estas instalaciones eólicas a la Agencia Española de Seguridad Aérea con suficiente antelación. De hecho, pidió la autorización el 31 de mayo de 2010, por lo que su solicitud es incluso anterior a su petición de inscripción en el registro de preasignación (solicitud efectuada el 15 de junio de 2011). No obtuvo la autorización correspondiente hasta el 8 de mayo de 2014, esto es cuatro años después y cuando tan solo restaban 6 meses para que finalizase el plazo máximo concedido. Y este retraso en la obtención de la autorización fue debida a que inicialmente se consideró por dicho organismo que la instalación comprometía y era incompatible con el tráfico aéreo por su cercanía con el aeropuerto Madrid/Barajas, y después de varios años se estimó el recurso y se obtuvo la autorización.

Fue la denegación inicial y la tardanza en resolver los recursos administrativos interpuestos (más de dos años) lo que motivó que no contase con la aquiescencia del organismo correspondiente hasta el 8 de mayo de 2014 cuando el plazo que restaba (6 meses) para encargar la maquinaria, ejecutar el proyecto y la puesta en funcionamiento de la instalación con las autorizaciones necesaria era claramente insuficiente.

No compartimos la idea de que un actuar diligente hubiese exigido del solicitante actuaciones concretas para poner en marcha el proyecto antes de obtener la autorización de la Agencia Española de Seguridad Aérea ni que le fuera exigible seguir con la ejecución del proyecto una vez obtenida dicha autorización.

Lo primero, porque no es exigible a una empresa diligente que adquiere la tecnología necesaria antes de saber si cuenta con las autorizaciones administrativas necesarias para llevar a efecto el proyecto; y sin que tampoco la ejecución material de las instalaciones proyectadas fuese posible antes de obtener las autorizaciones de seguridad aérea correspondientes, pues había incurrido una infracción grave contra la seguridad aérea (art. 48 .4 de la Ley 21/2003 de Seguridad aérea).

Lo segundo porque el reproche consistente en no haber continuado con la ejecución del proyecto una vez obtenida la autorización parece minimizar que tan solo restaban unos pocos meses para que finalizase el plazo concedido cuando se obtuvo el permiso administrativo. No era exigible al recurrente que asumiera el riesgo de continuar con la ejecución de los parques proyectados asumiendo el riesgo de culminar una instalación que muy probablemente no estaría operativa al finalizar el plazo concedido con la consecuencia legal de perder el régimen retributivo específico al que aspiraba, y ello con independencia de la incidencia negativa que también pudo tener en su decisión de continuar el cambio normativo en el régimen retributivo establecido.

Por todo ello, se considera que la pérdida de la caución o garantía depositada debe ser devuelta cuando el incumplimiento no es imputable al solicitante sino a un tercero o a la conducta de la Administración.

En el supuesto que nos ocupa, se aprecia que la negativa inicial de la Agencia Española de Seguridad Aérea y su tardanza en resolver los recursos administrativos fueron la causa determinante de que el solicitante no dispusiera de tiempo suficiente para llevar a efecto los proyectos previstos y tuviera que renunciar a su ejecución, por lo que tiene derecho a que se le devuelva la caución en su día constituida".

Es evidente que dichas circunstancias particulares -responsabilidad de la Administración o de un tercero- no concurren en este caso. En el precedente transcrito no se apreciaba la falta de diligencia de la actora.

En cambio, en el caso ahora examinado, la propia recurrente, sin desistir formalmente, presentó escrito en fecha 10 de julio de 2014 haciendo clara referencia a que no iba a cumplir los trámites exigidos con base en una serie de problemas que le impedirán cumplir los trámites en plazo, y así cita el cambio normativo y el plan de I+D+i plurianual que ya no tenía vigencia.

Así manifestó la imposibilidad de poner en marcha la instalación dentro de plazo, expone que no puede cumplir los requisitos para ello y, en definitiva, la Sala "a quo" entiende que no se observa voluntad de ejecutar la instalación.

En conclusión, el incumplimiento de la empresa que inicialmente era la titular no es imputable aquí a la intervención o conducta de un tercero o de la Administración. Y si no se ha producido esa intervención ajena como causa del incumplimiento, no procede la aplicación del principio de responsabilidad individual para atemperar las consecuencias y, por tanto, el incumplimiento comporta la incautación de la garantía. Así puede entenderse que ha habido un desistimiento voluntario (aunque no formal), lo que, además, se refuerza por el hecho de la transmisión de la titularidad a otra empresa, como luego insistiremos.

Sexto.

Sobre las concretas circunstancias del presente recurso: la incertidumbre regulatoria.

En realidad, la razón que da la interesada para no cumplir en plazo los trámites exigibles y su imposibilidad para poner en marcha las instalaciones, son, como se acaba de recoger y como alegó en la instancia, los cambios normativos y la incertidumbre regulatoria, y la sentencia recurrida dice:

<<(…) sobre la incertidumbre regulatoria, que se alegó por la interesada en su escrito de 10 de julio de 2014, se ha pronunciado reiteradamente el TS entendiendo por ejemplo en Sentencia de 23 de octubre de 2017 (rec. 1611/2015) que:

"La Sala considera que la incertidumbre regulatoria a que se refiere la demanda, derivada según se acaba de exponer de noticias relacionadas con un recorte de los incentivos de las energías renovables, forma parte del riesgo regulatorio propio de esta actividad, sobre el que se ha pronunciado con reiteración esta Sala, que supone la admisión de que los parámetros retributivos de las instalaciones de energías renovables no son inamovibles, sino que pueden ser modificados en atención a las circunstancias concurrentes, y al respecto la sentencia de la Sala de 25 de octubre de 2016 (recurso 12/2005), señalaba que "Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los "riesgos regulatorios" a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera -en el sentido antes dicho- pero no excluye...".

En igual sentido, la sentencia de 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) recuerda que es criterio jurisprudencial mantenido por esta Sala que el valor de seguridad jurídica no puede oponerse sin más, como argumento invalidante de una modificación reglamentaria, "por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho." Y de la misma forma que dicho valor de seguridad jurídica no es argumento suficiente para invalidar una modificación de los parámetros retributivos de una instalación de energía renovables, tampoco puede serlo para dejar sin efecto el compromiso adquirido por un promotor para llevar a cabo una determinada inversión en dicho sector.

Añade la sentencia de esta Sala citada en último lugar que "La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad."

En fin, con esta doctrina, tales argumentos no pueden acogerse como motivo para justificar el incumplimiento, y además, como se ha expuesto, en su momento se había acordado la cancelación por incumplimiento. Por lo demás, la actora se ha limitado a alegar los temas normativos y la evolución de los mismos, y por su parte, no se ha cumplido trámite alguno. Consta, se insiste, la cancelación de la inscripción y la instalación se ha puesto en marcha muy posteriormente con otro titular.

El desistimiento se produce por actos del interesado de los que indiscutiblemente se deduce tal decisión, no solo porque formalmente desista, o formalmente "no desista". Para apreciar una imposibilidad de ejecutar en su momento la instalación proyectada, aunque no fuera en el estricto plazo previsto, debería haberse acreditado suficientemente por la interesada y no consta así. Sólo ha explicado la situación producida y los datos acreditados, y de todo ello no se deduce imposibilidad de ejecución alguna. Y de hecho, la posterior ejecución es ajena a la actuación de la ahora recurrente>>.

Lo cierto es que sobre la incertidumbre regulatoria ya nos hemos pronunciado en supuestos precedentes, como el invocado por la Sala "a quo" -STS de 23 de octubre de 2017 (recurso núm. 1611/2015)- y los allí citados. Con carácter general, STS de 19 de julio de 2016 (recurso núm. 548/2014), entre otras muchas, considerando allí la STC 270/2015, de 17 de diciembre.

En definitiva, la invocada incertidumbre o riesgo regulatorio no exime de responsabilidad en un caso como el aquí examinado.

Séptimo.

Sobre la ejecución de la instalación.

Como ya anticipamos en el fundamento de derecho primero, la Sala de instancia destaca que consta, en 2017, la transmisión de la titularidad de la instalación, y en 2018 las autorizaciones de explotación e inscripción dictadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma en que radica la misma, en fechas posteriores al procedimiento y

a la resolución de incautación de fianza de 13 de marzo de 2017. Por tanto, la ejecución de la instalación es ajena a la actuación de la actora, que de hecho, no había puesto en marcha la misma anteriormente. No consta dato alguno que evidencie que la actora había intentado siquiera poner en marcha la instalación que solo muy posteriormente y por un tercero se ha ejecutado. La ejecución de la instalación es ajena a la actuación de la recurrente y ello al margen de los vínculos empresariales que puedan existir entre la empresa solicitante de la instalación y avalista de la misma y la empresa que ha llevado a cabo, fuera de plazo, la instalación y ejecución de la misma. El requisito de poner en marcha la empresa dentro de plazo, en conexión con el aval presentado, es exigible a la inicial empresa, solicitante y titular de la instalación. Sin que, en un supuesto como éste, deba examinarse el papel que juega en definitiva la nueva empresa, una vez vencido el plazo legalmente exigible, en los términos del artículo 4.8, en conexión con el 4.3, del Real Decreto-ley 6/2009.

Octavo.

Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

La doctrina general es la misma que se ha fijado en aquella sentencia de 19 de julio de 2021 (RCA 7234/2020).

Así dando respuesta a las cuestiones planteadas debe afirmarse que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 4.8 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, en el plazo marcado por la norma, lleva aparejada también, como regla general, la incautación por parte de la Administración de la garantía aportada por el solicitante al inscribirse en el Registro de preasignación.

Ahora bien, la caución o garantía depositada debe ser devuelta cuando el incumplimiento no sea imputable al solicitante sino a la conducta de un tercero o de la Administración que resulta determinante para poder ejecutar en plazo el proyecto pretendido. Lo que, como se ha expuesto, no es aquí el caso.

En segundo lugar, en este caso, se han incumplido todos los plazos, sin justificación exonerante alguna. Lo cierto es que no se puso en marcha la instalación dentro del plazo legalmente establecido, sino que tuvo lugar, por un tercero, cuando ya se había consumado el incumplimiento, por lo que, en consecuencia, resulta irrelevante que la obligación impuesta por el artículo 4.8 del Real Decreto-ley pueda ser exigible respecto de la propia instalación, con independencia del promotor que la ejecute.

Noveno.

Sobre la desestimación del recurso y las costas.

En consecuencia, procede declarar no haber lugar al recurso de casación y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico octavo de esta sentencia:

Primero.

Declarar no haber lugar al recurso de casación núm. 4751/2020, interpuesto por la entidad Siemens Gamesa Renewable Energy Wind Farms, S.A. Unipersonal, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de junio de 2020 dictada en el recurso núm. 85/2019, que se confirma.

Segundo.

No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada, en referencia a las costas de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.