



Roj: **SAN 419/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:419**

Id Cendoj: **28079230042019100037**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **968/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000968 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05500/2016

Demandante: GAS NATURAL SUR SDG, S.A

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. **MARÍA** ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintitres de enero de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **968/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **GAS NATURAL SUR SDG, S.A**, representada por la Procuradora D^a **Pilar Iribarren Cavalle** y asistida de la Letrada D^a **María** Isabel González Alfaro, contra la Resolución de la Sala de supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los mercados y de la Competencia de fecha 14 de julio de 2016, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de energías renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio 2012; ha sido parte demandada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

I ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 19 de octubre de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante Decreto de fecha 23 de noviembre de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda mediante escrito presentada en fecha 7 de diciembre de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) tenga por formalizada la demanda contra la Resolución de 14 de julio de 2016 por la que la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión nacional de los Mercados y de la Competencia aprueba la Liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio 2012 y en su virtud: 1º Declare la nulidad del artículo 53, epígrafes 2,3 y 4 del Real Decreto 413/2014 por vulnerar el derecho constitucional a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, en relación con el principio de reserva de ley regulado en el art. 53 CE; 2º Declare la nulidad del artículo 53, epígrafes 2,3 y 4 del Real Decreto 413/2014 por establecer una obligación de servicio público en contravención con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, al infringir el principio de proporcionalidad; 3º Declare la obligación de la Administración a practicar una nueva liquidación en la que no se deduzca ninguna obligación de pago para GN SUR; 4º Acuerde el derecho de mi representada a ser resarcida de todos los daños y perjuicios derivados de la ilegalidad del art. 53.2, 3 y 4 RD 413/2014 >>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 29 de enero de 2018, en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Magistrada D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad GAS NATURAL SUR SDG, S.A (GN SUR) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución dictada por Sala de supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 14 de julio de 2016, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de energías renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio 2012.

En esta resolución se liquidan a GAS NATURAL SUR, SDG, S.A las cantidades correspondientes a la actividad de producción de la entidad GENSABON (instalación de cogeneración), en su calidad de representante de la misma.

GAS NATURAL SUR, SDG, S.A considera que esta obligación de pago que resulta de dicha liquidación, en su condición de representante indirecto de GENSABON, es contraria a la legalidad; e impugna indirectamente el art. 53 del RD 413/2014, al considerar que infringe el principio de libertad de empresa regulado en el art. 38 CE, en relación con el principio de reserva de ley establecido en el art. 53 CE, en cuanto le impone la obligación de ejercer una actividad económica, al margen de obligaciones y derechos establecidos en la LSE.

Fundamenta su pretensión en la consideración de que su designación como representante de referencia, en virtud del RD 216/2014, es contraria a la Ley del Sector Eléctrico y al principio de libertad de empresa regulado en el art. 38 CE. Sostiene que cualquier limitación en su derecho a la libertad de empresa debe ser establecida por una norma con rango de ley; no siendo suficiente- a su juicio- la habilitación al Gobierno para "desarrollar el procedimiento y requisitos para ser comercializador de referencia" contenida en el art. 6.f) LSE.

No obstante, aún admitiéndose la hipótesis de que la legalidad de esta habilitación, considera que la misma se circunscribe, en exclusiva, al ejercicio de la actividad de suministro (venta) de energía a clientes finales, y está vinculada a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE respecto de la capacidad que tienen los Estados Miembros de la UE para imponer obligaciones de servicio público. Pero no comprende la obligación impuesta en el artículo 53 RD 413/2016 de ejercer forzosamente la actividad de representación indirecta de las instalaciones de energías renovables que no hayan designado otro representante.

Razona que la representación que ejercen los comercializadores de referencia es siempre en la modalidad indirecta, con carácter indefinido, sin posibilidad de exigir garantías, y al precio máximo establecido en el art.



53 RD 413/2014 , esto es, 5 €7MWh cedido, sin que exista una metodología que permita determinar la forma en que la misma ha sido fijada ni mucho menos la suficiencia de dicha retribución.

Pone de manifiesto que, en el caso de la liquidación que se recurre, se incluye un agente, GENSABON, que no tiene actividad en la actualidad al encontrarse en situación de liquidación, lo que conlleva no sólo a falta absoluta de retribución por los servicios del representante, sino la asunción de una deuda contraída por un sujeto del sistema de liquidaciones en el año 2012, que no es liquidada hasta más de 4 años después por la CNMC, y donde las posibilidades de repercusión son inexistentes dada esa situación de liquidación desde el 2013. Riesgo que habría podido ser mitigado con la posibilidad de elegir la modalidad de representación que ejercer en cada caso y negociar los honorarios correspondientes.

En definitiva, considera que esta obligación de servicio público que se atribuye a los COR relacionada con el deber de ejercer la representación de determinados sujetos del sistema de liquidaciones ante el mercado de producción, no respeta los principios básicos establecidos en el derecho comunitario, por lo que el artículo 53.2, 3 y 4 RD 413/2014 , es nulo por infringir el artículo 3.2 Directiva 2009/72/CE , y en consecuencia, también lo es la liquidación impugnada, que le afecta en su condición de representante de referencia (indirecta) forzoso.

SEGUNDO.- Expuestos los términos en que se presenta el litigio, hemos de partir de que en el expediente administrativo sólo consta que, en relación con la actividad de producción a partir de cogeneración de la entidad GENSABON en el ejercicio 2012, tanto las liquidaciones provisionales, como la liquidación definitiva le fueron giradas a GN SUR, en su calidad de representante.

Ésta manifiesta en la demanda que esa representación la ejerce manera obligatoria, en su condición de comercializador de referencia (antes de último recurso) de aquellos agentes que no hubieran designado otro representante, tratándose, por tanto, de una representación indirecta por disposición legal. En concreto, respecto de la entidad GENSABON, señala que asumió la representación el 1 de noviembre de 2009 y hasta la fecha.

Partiendo de esta afirmación, comenzaremos por hacer una breve referencia normativa a la representación de los sujetos que intervienen en el mercado ibérico de la electricidad, que estaba regulada en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, que fue añadida por la Ley 17/2007, de 4 de julio, uno de cuyos objetivos era adaptar "las posibilidades de contratación y de actuación de los agentes en el mercado".

El apartado 3º establecía al respecto que los agentes que actúen por cuenta de otros sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica, de acuerdo con la normativa que les resulte de aplicación, tendrán la consideración de representantes a los efectos de su actuación en los mercados de energía eléctrica que integran el citado mercado ibérico, y, en consecuencia, tendrán la condición de sujetos a los efectos del artículo 9.

La actuación de los representantes, a los efectos de su actuación en el mercado de producción de energía eléctrica, venía, a su vez, regulada por el Real Decreto 2019/1997, de 26 diciembre 1997, que organiza dicho mercado. Y en lo que concierne a las instalaciones acogidas al régimen especial, por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

La Disposición Transitoria Sexta de este RD 661/2007 estableció ya que:

"1. A partir de la entrada en vigor del presente real decreto y hasta que entre en vigor la figura del comercializador de último recurso, prevista para el 1 de enero de 2009, las instalaciones que hayan elegido la opción a) del artículo 24.1 del presente real decreto , que no estén conectadas a una distribuidora de las contempladas en la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , deberán vender su energía en el sistema de ofertas gestionado por el operador del mercado mediante la realización de ofertas de venta de energía a precio cero en el mercado diario, y en su caso, ofertas en el mercado intradiario, de acuerdo con las Reglas del Mercado vigentes, a través de un representante en nombre propio.

A estos efectos, y hasta la entrada en vigor de la figura del comercializador de último recurso, el distribuidor al que esté cediendo su energía actuará como representante de último recurso en tanto en cuanto el titular de la instalación no comunique su deseo de operar a través de otro representante. La elección de un representante deberá ser comunicada al distribuidor con una antelación mínima de un mes a la fecha de comienzo de operación con otro representante.

2. La empresa distribuidora percibirá, desde el 1 de julio de 2008, del generador en régimen especial que haya elegido la opción a) del artículo 24.1, cuando actúe como su representante, un precio de 0,5 c€/kWh cedido, en concepto de representación en el mercado".



El RD 485/2009, de 3 de abril, vino a regular la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, y en cuanto a la representación de determinadas instalaciones del régimen especial, estableció en su Disposición Adicional Séptima que:

"1. Se prorroga la aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, hasta el 30 de junio de 2009.

2. A partir del 1 de noviembre de 2010 las instalaciones que hubieran elegido la opción a) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo citado y estuvieran vendiendo su energía en el sistema de ofertas gestionado por el Operador del Mercado mediante la realización de ofertas a través de una empresa distribuidora que actúa como representante de último recurso, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta del citado real decreto, en tanto en cuanto los titulares de las instalaciones no comuniquen su intención de operar a través de otro representante, pasaran a ser representados, en nombre propio y por cuenta ajena, por el comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de la red de la zona de distribución a la que estén conectados.

En el caso de que el generador pertenezca a una zona de distribución donde no exista comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de la red, el comercializador de último recurso será el perteneciente al grupo empresarial propietario de la red al que esté conectada su zona de distribución.

Asimismo, también será de aplicación lo establecido en los párrafos anteriores para las instalaciones que hayan elegido la opción b) del citado artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, desde el primer día del mes siguiente al de la fecha del acta de puesta en servicio hasta la fecha en que inicie su participación efectiva en el mercado de producción.

La representación en el mercado gestionado por el Operador del Mercado de las instalaciones que hubieran elegido la opción a) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, será siempre en nombre propio y por cuenta ajena.

3. La empresa comercializadora de último recurso percibirá, desde el 1 de julio de 2009, del generador en régimen especial que haya elegido la opción a) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, cuando actúe como su representante, un precio máximo de 5 €/MWh cedido, en concepto de representación en el mercado.

Si el comercializador de último recurso estuviera declarado como operador dominante del sector eléctrico por la Comisión Nacional de la Energía o fuera una persona jurídica que pertenezca a una empresa o grupo empresarial que tuviera esta condición, este precio, será fijo de 10 €/MWh cedido".

Hay que tener en cuenta, también, las previsiones contenidas en la Circular 3/2011, de 10 de noviembre emitida por la Comisión Nacional de la Energía, sobre la figura del representante, que se define, por remisión al apartado 3 de la disposición adicional decimonovena de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como "los agentes que actúen por cuenta de otros sujetos del mercado Ibérico de la energía, teniendo "la condición de sujetos a los efectos del artículo 9". Previsión que se completa, más adelante, añadiendo que se admite la representación por cuenta ajena, tanto directa como indirecta, definiendo la primera en los siguientes términos: "Representación directa: cuando el representante actúe en nombre ajeno y por cuenta ajena. En este caso, el sujeto representado será el único obligado al pago del importe de la factura de la liquidación y, en su caso con derecho al cobro de la misma" y la "Representación indirecta: cuando el representante actúe en nombre propio, pero por cuenta ajena. En este caso, el sujeto representante será el sujeto obligado al pago del importe de la factura de la liquidación y, en su caso con derecho al cobro de la misma". A ello hay que añadir la definición de sujeto de liquidación contenido en dicha Circular, en la que se afirma que "el sujeto de liquidación de cada una de las instalaciones de producción incluidas en el ámbito de aplicación de esta Circular, corresponderá a la persona física o jurídica que responderá financieramente de cada una de sus instalaciones. Los titulares de las instalaciones que opten por vender su energía directamente en el mercado, o los que elijan una representación directa a efectos de las liquidaciones de la Comisión nacional de la Energía, serán sujetos de liquidación. En el resto de los casos, el sujeto de liquidación será el representante".

La STS de 2 de noviembre de 2016 (rec. 3926/2015) declaró que "(...) de las previsiones contenidas en esta Circular se desprende que el representante indirecto asume por mandato de su representado frente a la Comisión Nacional de Energía la condición de sujeto obligado al pago del importe de la liquidación, por lo que ostenta un interés legítimo para la impugnación del cambio normativo operado en los mecanismos de liquidación establecidos por la norma impugnada. Aunque el obligado, en último término, al pago de las liquidaciones resultantes sean las empresas titulares de instalaciones productoras de energía eléctrica (Disposición transitoria octava del RD 413/2014 apartado tercero), las entidades que ostentan la representación indirecta asumen la condición de sujetos obligados al pago de forma inmediata (...)". Y añade que como tal representante indirecto:

"(...) tiene reconocida la condición de "sujeto de liquidación" en todo lo relativo al pago del importe de la factura de la liquidación y, en su caso con derecho al cobro de la misma..."

Asimismo, la Resolución de 23 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Estado de la Energía por la que se aprueban las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica, en su regla 4.º1 considera como agentes del mercado diario a los " *Representantes de régimen especial a tarifa regulada: Se consideran como tales a las comercializadoras de último recurso cuando actúen como representantes según la disposición adicional séptima del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril , o a los representantes a los que se refiere el artículo 30.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, por la energía eléctrica procedente de instalaciones en régimen especial a que se refiere el artículo 27 de la Ley del Sector Eléctrico , que pudiera ser vertida a la red de transporte o distribución "* . Y prevé en la regla 9.3 que " *El Operador del Mercado comunicará el hecho de una baja sobrevenida de un Agente Vendedor tan pronto sea conocido, tanto a la CNE como al comercializador de último recurso correspondiente, a efectos de que comience a ejercer su función de representación de las instalaciones de producción afectadas. Si el titular de las instalaciones de régimen especial representadas no hubiese comunicado las comercializadoras de último recurso que deben actuar como representante de sus instalaciones en caso de baja del representante de dicho titular, el Operador del Mercado comunicará la baja de representación a todas las comercializadoras de último recurso del sistema eléctrico en el que están dadas de alta las unidades de oferta de representación de sus instalaciones "* .

Posteriormente, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (que deroga la Ley 54/1997) regula el régimen de representación de los sujetos titulares de las instalaciones de generación, entre otros, estableciendo en su artículo 6, apartado 2º que:

"Los agentes que actúen por cuenta de cualquier sujeto a los efectos de su participación en el mercado de producción y de los cobros y pagos de los peajes, cargos, precios y retribuciones reguladas tendrán la consideración de representantes. Los agentes que actúen como representantes no podrán actuar simultáneamente por cuenta propia y por cuenta ajena. Se entenderá que un representante actúa por cuenta propia cuando participe de forma directa o indirecta en más de un 50 por ciento del capital de la sociedad que representa.

La representación por cuenta ajena podrá ser indirecta, cuando el representante actúa en nombre propio, o directa, cuando el representante actúa en nombre del representado " .

Por lo que se refiere a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de energías renovables, la actuación de los representantes se recoge en el RD 413/2014, de 6 de junio, cuyo artículo 53 dispone:

"1. Los titulares de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos podrán operar directamente o a través de representante a los efectos de su participación en el mercado de producción y de los cobros y pagos de los peajes, del régimen retributivo específico y, en su caso, de los cargos. En cualquier caso, el representante elegido deberá ser el mismo a todos los efectos citados.

2. Los titulares de las instalaciones, en tanto en cuanto no comuniquen su intención de operar directamente o a través de otro representante, serán representados, en nombre propio y por cuenta ajena, por el comercializador de referencia perteneciente al grupo empresarial propietario de la red de la zona de distribución a la que estén conectados.

En el caso de que la instalación pertenezca a una zona de distribución donde no exista comercializador de referencia perteneciente al grupo empresarial propietario de la red, el comercializador de referencia será el perteneciente al grupo empresarial propietario de la red al que esté conectada su zona de distribución.

3. Lo establecido en el apartado 2 será de aplicación asimismo a aquellas instalaciones que transitoriamente carezcan de representante por baja sobrevenida del mismo y a las nuevas instalaciones, en el periodo comprendido entre el primer día del mes siguiente al de la fecha de autorización de explotación y la fecha en que inicie su participación efectiva en el mercado de producción, todo ello salvo que el titular de la instalación comunique su intención de operar directamente o a través de otro representante.

4. Cuando la empresa comercializadora de referencia actúe como representante, percibirá del generador un precio máximo de 5 €/MWh cedido en concepto de representación."

TERCERO.- La parte actora incide en su demanda en que el acto objeto de recurso es la Resolución dictada por Sala de supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 14 de julio de 2016, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de energías renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio 2012.



Señala, a continuación, que en virtud de esta resolución se le atribuye, en su condición de representante de referencia, es decir de representante indirecto obligatorio de diversos sujetos del sistema de liquidaciones, la obligación de atender, en su propio nombre, y por cuenta de sus representados, unos determinados conceptos económicos vinculados a dichos agentes para luego recuperarlos directamente de aquellos.

Y considera que esta obligación de pago es contraria a la legalidad, por lo que impugna directamente dicha liquidación, y por vía indirecta el artículo 53 del RD 413/2014, por considerarlo contrario a la libertad de empresa regulado en el artículo 38 CE, en relación con el principio de reserva de ley establecido en el artículo 53 Ce, en cuanto le impone la obligación de ejercer una actividad económica al margen del régimen de obligaciones y derechos establecidos en la UE.

Precisa, así, que la cuestión que se somete a enjuiciamiento de la Sala, al hilo de la liquidación definitiva de 2012, girada en su condición de representante de último recurso de diversas instalaciones de generación renovable que no han designado otro representante, está relacionada con la función de representación obligatoria que la regulación, en concreto el artículo 53.2 del RD 413/2014, en clara infracción del derecho a la libertad de empresa, en relación con el principio de reserva de ley, atribuye a las comercializadoras de referencia. En concreto, si la obligación impuesta a GN SUR de ejercer obligatoriamente la actividad de representación de instalaciones renovables, en unas condiciones determinadas (representación indirecta) y a un precio determinado, tiene o no amparo en el régimen de obligaciones y derechos establecidos en la LSE.

CUARTO. - Como antes se ha señalado, en el presente caso, lo único que consta en el expediente administrativo es que GN SUR era el representante de la entidad GENSABON a efectos de la liquidación correspondiente al ejercicio 2012, y en tal condición le fueron giradas las liquidaciones provisionales, sin objeción alguna por su parte, como la liquidación definitiva, a cuya propuesta no formuló alegaciones en el trámite conferido al efecto.

GN SUR manifiesta en su demanda que asumió la representación indirecta de la entidad GENSABON desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha, si bien esta entidad cesó en su actividad en enero de 2012.

Ello nos permite afirmar que su condición de representante obligatorio de dicha entidad - según sus propias manifestaciones-, no se habría producido *ex novo* como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 RD 413/2014, pues ya la venía ejerciendo anteriormente de acuerdo con la normativa entonces vigente, (ha de suponerse - y siempre según lo que se deduce de sus afirmaciones-, en su condición de comercializador de último recurso), sin que haya cuestionado esta representación en ningún momento, hasta que se dicta la liquidación definitiva de 2012 y resulta una cantidad a pagar que considera no va a poder repercutir a su representado, por estar en situación de liquidación.

QUINTO. - El artículo 26 LJCA dispone que: "*Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho*".

El recurso indirecto regulado en el artículo 26 de la Ley Jurisdiccional presupone la impugnación directa de un acto administrativo con fundamento en que la norma que le sirve de cobertura no es conforme a derecho. Esto es, la esencia del recurso indirecto es que el vicio del que adolece el acto o la disposición recurrida directamente tiene su origen, su raíz, su fundamento jurídico, en la ilegalidad de la norma reglamentaria que le presta cobertura (STS de 6 de noviembre de 2009 (recurso 4543/2005) y 26 de diciembre de 2011 (recurso 2124/2008), entre otras muchas).

En el recurso indirecto, que no es propiamente un recurso contra la norma, sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como pretensión autónoma, sino solo como motivo de impugnación del acto. Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Por esa razón no es procedente ampliar el recurso contencioso-administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición (STS de 17 de diciembre de 2002 (recurso 34458/20019)).

Ahora bien, lo que no cabe es la impugnación directa de una disposición general al tiempo de la impugnación del acto administrativo que se dice aplica aquélla, pues sería convertir la impugnación indirecta, de facto, sólo válida con ocasión de la impugnación de actos de aplicación, en una especie de impugnación directa que mantendría siempre abierto el plazo de recurso en favor de quienes no hubieran reaccionado frente a sus previsiones en su momento (SSTS, Sala Contencioso, Sección 5, de 1 de junio de 2016, FJ 9 (recurso 1186/2015) y de 25 de mayo de 2016, FJ 5 (recurso 25/2015)).



A ello hay que añadir que, constituye Jurisprudencia consolidada, no obstante, que solo pueden cuestionarse preceptos de la disposición general que han servido de base para dictar el acto recurrido, sin que sea admisible una impugnación general de la disposición general ni de preceptos que ninguna relación guarden con el acto que se recurre. Como indica la STS de 25/02/2002 (Rec. 7960/1997) no cabe con la excusa del recurso indirecto atacar aspectos que no tengan relación directa o inmediata con el acto o norma impugnados directamente pretendiendo una desconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación (e n el mismo sentido, SSTS de 21/12/2011 Rec. 2124/2008 y 4/07/2013 Rec. 2706/2010). Impugnaciones de ilegalidad en abstracto que, como asimismo establecen las SSTS de 19/04/2012, Rec. 4328/2009 , y de 3/02/2014, Rec. 4025/2011 , deben ser inadmitidas desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma

SEXTO.- Pues bien, en este caso, la resolución impugnada simplemente le notifica a GN SUR, en su condición de representante de GENSABON en el ejercicio 2012, el resultado de la liquidación definitiva correspondiente a esta entidad. Representación que no había sido cuestionada en ningún momento, según se ha puesto de manifiesto.

Y que pretende la parte actora, al hilo de la impugnación de la liquidación definitiva, es cuestionar la obligación que se impone a los comercializadores de referencia en el artículo 53 RD 413/2014 , de asumir la representación de aquellos titulares de las instalaciones, en tanto en cuanto no comuniquen su intención de operar directamente o a través de otro representante, así como el carácter indirecto de dicha representación y la retribución fijada por su ejercicio, como si un recurso directo se tratara.

Dice la recurrente que esa representación la ejerce en su condición de comercializador de referencia (antes de último recurso), y, además, manifiesta que la asumió el 1 de noviembre de 2009, por tanto, mucho antes de que se aprobara el RD 413/2014. Como hemos visto, en el caso de que las instalaciones de producción no comuniquen otro representante (o su intención de operar directamente) el Operador del Mercado comunica al comercializador de último recurso (actualmente comercializador de referencia). Así, pues, si GN SUR ostenta la condición de representante de GENSABON en tales condiciones, le debió ser comunicada tal designación por el Operador del Mercado, sin que conste que la hubiera impugnado o cuestionado, ni cuando la asumió- suponemos- en calidad de comercializador de último recurso en análogas condiciones, ni tras la aprobación del RD 413/2014.

Ello nos lleva a concluir que la liquidación definitiva del ejercicio 2012, no es realmente un acto de aplicación directa del artículo 53 RD 413/2014 , en cuanto se limita a comunicarle el resultado de la liquidación correspondiente a GENSABON, en su condición de representante, que habría sido asumida, en todo caso, por actos previos no impugnados por GN SUR, y anteriores incluso a la entrada en vigor de dicho Real Decreto, de contenido normativo análogo.

Por tanto, no cabe, con ocasión de esa impugnación, examinar la legalidad del artículo 53 Real Decreto 413/2014 , y menos aún en relación con aspectos completamente ajenas a la liquidación como es si la determinación de retribución establecida en el mismo para el representante de referencia está o no motivada, o si es proporcionada.

SÉPTIMO.- Si esa representación la ejerce como comercializador de referencia, por no haber no comunicado la instalación de producción su intención de operar directamente o a través de otro representante, será GN SUR quien asuma frente a la CNMC la condición de sujeto obligado al pago del importe de la liquidación, de forma inmediata. Pero el obligado, en último término, al pago de la liquidación resultante será la empresa titular de la instalación de producción de energía eléctrica, en este caso GENSABON.

Ello no implica responsabilizar a los representantes de las obligaciones de pago de los incumplimientos de los productores, sino que constituye la propia esencia de la representación indirecta en cuyo ámbito es el representante el que responde frente a terceros, en este caso, la CNMC, que no podría dirigirse al representado, sin perjuicio de las acciones entre representante y representado.

Así se desprende del artículo 1.717 del Código Civil , según el cual:

" Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario "

Y el hecho de que, en este supuesto, la entidad GENSABON se encuentre en situación concursal no implica necesariamente que GN SUR no pueda repercutir a la misma el importe resultante de la liquidación que hubiera



abonado en su nombre, pues siempre podría acudir a dicho concurso en su condición de acreedor de la entidad para reclamar su derecho de crédito.

OCTAVO.- Debe desestimarse, pues, el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, al haber sido desestimadas todas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **968/2016** interpuesto por la representación procesal de **GAS NATURAL SUR SDG, S.A** contra la Resolución de la Sala de supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 14 de julio de 2016, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de energías renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio 2012

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.