



Roj: **SAN 161/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:161**

Id Cendoj: **28079230042017100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **356/2015**

Nº de Resolución: **64/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000356 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03897/2015

Demandante: ECOWARM DE GALICIA, S.L

Procurador: DOÑA CARMEN CATALINA REY VILLAVERDE

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil diecisiete.

Se ha visto ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 356/15, el recurso contencioso- administrativo formulado a instancia de la entidad ECOWARM DE GALICIA, S.L., representada por la procuradora doña Carmen Catalina Rey Villaverde, contra la resolución de 20 de abril de 2015, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se acordaba la inadmisión del recurso de alzada, interpuesto contra el requerimiento de pago por las regularizaciones de los pagos a cuenta de las liquidaciones provisionales efectuadas al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio .

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha de 21 de julio de 2015, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 11 de mayo de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO .- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito datado el fecha 11 de febrero de 2016, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: « [*d*]eclare la nulidad del acto impugnado, la Resolución adoptada en la sesión de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 16/04/2015, dejándola sin efecto. »

TERCERO .- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó la inadmisión por la falta de inclusión del documento acreditativo del órgano competente sobre la decisión de interponer el recurso; y, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

CUARTO .- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos.

QUINTO .- La actora, mediante escrito presentado el 6 de junio de 2016, presentó escrito aportando certificación del Secretario del Consejo de Administración con el acuerdo del órgano de representación de la sociedad para la interposición del presente recurso contencioso.

SEXTO .- Mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2017, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. Don SANTOS GANDARILLAS MARTOS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso la resolución de 20 de abril de 2015, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en lo sucesivo CNMC), por la que se acordaba la inadmisión del recurso de alzada interpuesto contra el requerimiento de pago por las regularizaciones de los pagos a cuenta, de las liquidaciones provisionales efectuadas al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio .

La CNMC, recalificó como alzada el escrito de alegaciones que la entidad ECOWARM DE GALICIA, S.L. (en adelante Ecowarm) había formulado contra el requerimiento de pago de 24 de febrero de 2015, dictado en ejecución de la liquidación provisional NUM000 . Este último acuerdo liquidatorio, cuya notificación fue negada por la actora, fue practicado al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE de 13 de julio).

Dice la resolución impugnada que el 16 de septiembre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la liquidación provisional NUM000 , correspondiente a la retribución de las instalaciones de producción de energías renovables, cogeneración y residuos, en virtud de la competencia liquidatoria atribuida en virtud de la Ley 3/2013 de 4 de junio y el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio.

La liquidación contenía la regularización de un saldo deudor y fue puesta en conocimiento de la recurrente a través del procedimiento de liquidaciones regulado por la Circular 3/2011, de 10 de noviembre, de la CNMC, por la que se regula la solicitud de información y los procedimientos del sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. El requerimiento practicado el 24 de febrero de 2015, se limitaba a poner de manifiesto el saldo deudor aprobado anteriormente por la Sala de Supervisión Regulatoria, y cuyo importe ascendía a 213.441,04 euros, IVA incluido.

La CNMC, al amparo de lo establecido en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 de noviembre), calificó el escrito de alegaciones presentado por la compañía, como recurso de alzada.

Tramitado como un recurso de alzada, lo consideró inadmisibile, y para ello acudió a las STS de 7 de diciembre de 1989, Sección 5^a (sin más referencias), y a la SAN de 9 de abril de 2014 (también sin referencias). Llegó a la conclusión de que la liquidación provisional era un acto de trámite y no susceptible de recurso; también descartó la aplicación del mecanismo de cobro previsto en la disposición transitoria octava 1 del 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 (BOE de 10 de junio), en la medida que la instalación no había producido energía eléctrica con posterioridad al periodo transitorio previsto por la propia disposición. Aun así,



existía un saldo deudor que debía ser oportunamente liquidado, y cuyo acto de ejecución era el que se estaba cuestionando.

SEGUNDO .- Antes de entrar a examinar los motivos de fondo invocados en el escrito de demanda, es necesario que nos centremos en la causa de inadmisibilidad invocada por el abogado del Estado en su contestación. Afirma que no consta la debida autorización del órgano de gobierno de Ecowarm para interponer el presente recurso contencioso-administrativo, por lo que incurre en el supuesto de rechazo *a limine* contemplado en el artículo 69.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio).

Como dijo el Tribunal Supremo, desde su sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008 (casación 4755/05) tras la Ley de 29/1998, cuando la demandante sea persona jurídica « *[d]ebe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.[...]* ».

En el presente caso, invocada esta causa de inadmisibilidad, la actora aportó el 6 de junio de 2016, escrito con la certificación del Secretario del Consejo de Administración y el acuerdo del órgano de representación de la sociedad para la interposición del recurso contencioso-administrativo. En consecuencia, acreditada la voluntad de litigar, la competencia, la legitimación y la representación de quien la exhibe, el motivo debe ser rechazado, lo que implica entrar a conocer sobre los motivos de fondo invocados por la actora.

El escrito de demanda comienza con una exposición de los antecedentes legislativos que afectaban a la planta de cogeneración de la que es titular la recurrente. En cuanto al fondo y en síntesis, (i) afirma que no es posible identificar la naturaleza del requerimiento impugnado, sin acto de trámite o definitivo; en todo caso, se trata de un acto que pone fin al procedimiento. Si se trata de una liquidación provisional debería haberse conferido el trámite de alegaciones, y si fuera definitiva debería ser susceptible de recurso, lo que determina que en uno u otro caso sea nulo de pleno derecho. (ii) Niega que la liquidación provisional le fuera notificada, lo que supone una infracción de lo prevenido en el artículo 58 de la Ley 30/1992 . No se procedió de conformidad con lo dispuesto en la Circular 3/2011 de 10 de noviembre, puesto que no se ha notificado individualmente a cada una de las instalaciones registradas, lo que impidió hacer alegaciones o corregir errores.(iii) Parece olvidar, la CNMC, que la recurrente había renunciado, el 1 de octubre de 2010, al régimen retributivo específico correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2014, y por ese motivo no se daba el presupuesto de hecho de la disposición transitoria octava 1 del Real Decreto 413/2014 . La renuncia debió ser aceptada por la CNMC, como lo hizo con otras instalaciones. Atribuye retroactividad a la nueva normativa regulatoria de la producción de energía a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos. (iv) En el penúltimo apartado del escrito de demanda, vuelve a reiterar los argumentos invocados sobre la nulidad de pleno derecho de la liquidación de 16 de abril de 2015, y el requerimiento de pago de la que trae causa.

TERCERO.- Con carácter previo al examen de cada uno de los motivos de fondo invocados por la actora en su escrito de demanda, es necesario valorar si la inadmisibilidad acordada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, del recurso de alzada interpuesto contra el requerimiento de pago por las regularizaciones de los pagos a cuenta de las liquidaciones provisionales efectuadas al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , fue o no ajustada a derecho.

El que fuera calificado como recurso de alzada, a juicio de la actora, era un escrito de alegaciones. Carece de efectiva relevancia a los efectos del presente recurso ya que, en todo caso, no superaría la barrera de una formal indefensión.

Es preciso destacar dos cuestiones, en primer lugar lo inicialmente impugnado era un requerimiento de pago directamente derivado de la liquidación provisional NUM000 , que fue practicada al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013 . En segundo lugar y consecuencia de lo anterior, el resultado de este requerimiento de pago no puede desconectarse del acto del que trae causa y del que es mera ejecución o materialización.

Dicho esto y a pesar de que la liquidación, se dictó bajo la transitoriedad del régimen jurídico introducido por el Real Decreto Ley 9/2013, por el que derogó el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , el cambio legal, no ha modificado la naturaleza provisional o a cuenta de la liquidación NUM000 cuyo acuerdo de ejecución es objeto de este recurso.

Partiendo del carácter o naturaleza de acto a cuenta o provisional, hemos de tener presente que la STS de del 14 de marzo de 2014 (casación2074/13), reitera el criterio fijado por el Pleno de 18 de noviembre de 2013 (casaciones 843 y 848/13) donde se resolvían autos de esta Sala, en los que se inadmitía la liquidación NUM001 , dictados al amparo del Real Decreto-legislativo 29/2012, de 28 de diciembre. Se cuestionaba si se



estaba ante un acto susceptible de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley reguladora de esta jurisdicción . Se dijo que « [...] Por ello, las cantidades determinadas en la liquidación de la financiación del déficit de tarifa podrán ser compensadas en la liquidación definitiva, con independencia de que tal compensación se traslade a otro ejercicio y conlleve el cierre del ejercicio en el que se aprueba. Las características de la liquidación 14 que se enfatizan en el recurso para sostener su recurribilidad con arreglo al artículo 107.1 LRJPAC, que se refieren a que la liquidación se dicta tras un procedimiento determinado contemplado en el Anexo I del Real Decreto 2017/1997 , que su aprobación provisional determina una situación acreedora o deudora, a su carácter inmediatamente ejecutivo al desplegar efectos jurídicos inmediatos sobre el patrimonio de los sujetos al procedimiento, son notas que no inciden en la solución apuntada en las precedentes sentencias reseñadas de irrecurribilidad de las liquidaciones, cuyo criterio jurídico esencial reside en su carácter provisional y no definitivo, de manera que las cantidades resultantes en las liquidaciones provisionales podrán ser compensadas con la definitiva, y si no lo fueran, podrá recurrirse contra esta última, lo que sucede en la liquidación 14, que se hace "a cuenta", sin que tampoco se demuestre que los pagos inmediatos causen perjuicio irreparable a la empresa, que, en su caso, sería siempre indemnizable,

En todo caso, no es posible establecer una singularidad relevante de la liquidación 14 respecto a las demás liquidaciones consideradas en nuestras sentencias a los efectos de dotarla de autonomía y sustantividad propias en cuanto a su impugnación, ex artículo 107.1 LRJPAC, pues aun cuando la mencionada liquidación tiene un contenido decisorio, al delimitar una obligación de pago de una cantidad determinada que es inmediatamente ejecutiva, es lo cierto que este contenido se encuentra subordinado a lo que finalmente resulte de la liquidación definitiva, siendo, en fin, la razón esencial de su calificación la característica no discutida de su provisionalidad al realizarse la liquidación "a cuenta". Esta nota de la provisionalidad no resulta desvirtuada por su carácter ejecutivo o por el dato de que su modificación se traslade a un ulterior ejercicio o período o porque las liquidaciones permanezcan "vigentes" durante varios ejercicios, pues son aspectos accesorios que no alteran la naturaleza de la liquidación impugnada que no finaliza ni concluye el procedimiento de liquidación correspondiente al período de facturación, en este caso de 1 de enero de 2011 al 29 de febrero de 2012, que solo concluye con la liquidación definitiva .».

Esta doctrina fue traída al supuesto enjuiciado, y lo que hizo la resolución impugnada fue, ni más ni menos, que aplicarla, constatando que se estaba ante un acto irrecurrible, a la espera de que se dicte la liquidación definitiva frente a la que la actora podría desplegar todos los motivos y quejas que considere ajustados a derecho. La resolución impugnada para rechazar a *limine* el recurso de alzada, siguió un criterio que fue ajustado a Derecho.

CUARTO .- Todo lo dicho nos conduce a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, condenando a la actora a las costas causadas en la presente instancia de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de esta jurisdicción .

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ECOWARM DE GALICIA, S.L., contra la resolución de 20 de abril de 2015, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con imposición de las costas causadas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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 a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.