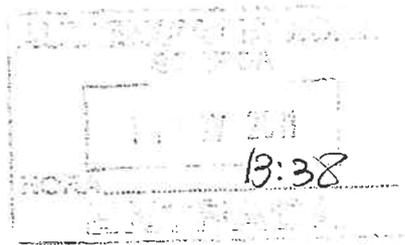


COPIA



A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

FELIPE JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales y de representación que se acredita mediante la escritura de poderes que se acompaña para que previo testimonio sea devuelto el original, comparezco y DIGO:

Que al amparo de lo dispuesto por el artículo 45.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, **interpongo recurso contencioso administrativo** contra la Liquidación Provisional emitida por la Comisión Nacional de la Energía (CNE), cuyos datos identificativos son los que constan en el cuadro sinóptico siguiente, y por la que liquida un importe de 0 euros en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas, conforme al régimen retributivo fijado por el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

Descripción	Contenido
Nombre de la instalación	
Fecha de liquidación	15 septiembre
Inicio de liquidación	01/08/2011
Fin de liquidación	31/08/2011
CIL	
Titular	
Prima equivalente	0
Número / identificador de la liquidación	

De conformidad con el artículo 45.2.d) se aporta como **documento 1** el documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos para entablar acciones en el caso concreto. Y, como **documento 2** se acompaña la liquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Por ello,

SUPLICO A LA SALA, que teniendo por interpuesto recurso contencioso administrativo contra la liquidación provisional de la CNE referenciada anteriormente en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas así como por aportada la documentación indicada, me tenga por comparecido y parte recurrente, entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones.

Madrid, 11 de noviembre de 2011.



LETRADO: *V. Pet Hbl trop*

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004

FELIPE JUANAS BLANCO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

CONSTANCIA, 22 BAJO
28002 MADRID
TELÉFONO 91 562 25 95
FAX 91 562 55 88
fjuanasb@gmail.com

N01600

C/ PRIM 12 28071

MI REF: *25294*
SU REF: *140-CLP/112*

NOTIFICADO VIA LEXNET 23 NOV. 2011

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0005457
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000877 /2011 /

Sobre OTROS
De D./Dña.

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO
Contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA
ABOGADO DEL ESTADO

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN
SECRETARIO/A JUDICIAL SR./A: LUIS ALBERTO SEN YANEZ

En MADRID, a diecisiete de Noviembre de dos mil once.

Examinada de oficio la validez de la comparecencia efectuada por el Procurador D./D^a. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, en nombre y representación de , por la que formula recurso contencioso administrativo contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA mediante escrito de interposición, y no reuniendo los requisitos exigidos, de conformidad con lo establecido en el art. 45. 3 de LJCA, con carácter previo a su admisión a trámite, **ACUERDO:**

- Requerir a dicho procurador para que en el plazo de **Diez** DIAS:
- Acredite el procurador la representación del recurrente aportando copia de poder para pleitos.
- Aporte copia de la Resolución objeto del recurso.
- Aporte el MODELO 696 DE TASA JUDICIAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, justificando el abono de la misma o el de su exención, acompañado de la correspondiente etiqueta identificativa o, en su caso, el número de Identificación Fiscal, con expresión de la cuantía.

Aporte el Documento a que hace referencia el Art. 45.2.d de la Ley Jurisdiccional.

PODRA "SI"

VENCIMIENTO DE PLAZO
DIA 9 DE XII DE 2011



En caso de no subsanar los defectos advertidos en el plazo indicado, el Tribunal se pronunciará sobre el **ARCHIVO** de las actuaciones.

- De conformidad con lo establecido en el Art. 203.2 de la LOPJ, en relación con las normas de reparto de ponencias de esta Sala, se designa como Magistrado/a Ponente del presente recurso al Ilmo/Ilma Sr/Sra. D./D^a. JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ.

MODO DE IMPUGNACIÓN.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición, en el plazo de **CINCO DÍAS**, a contar desde el siguiente al de su notificación.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL
LUIS ALBERTO SEN YAÑEZ

COPIA



Sección 4ª
Recurso ordinario 877/2011

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales y de representación ya acreditada en el procedimiento arriba indicado, comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que al amparo de lo dispuesto por el artículo 45.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y en cumplimiento de la Diligencia de Ordenación de 17 de noviembre de 2011, dentro del plazo de diez días otorgado al efecto, mediante el presente escrito procedo a la subsanción de la comparecencia de esta representación, de conformidad con las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Sobre la aportación de la documentación requerida

A los efectos de acreditar la capacidad y representación de esta parte recurrente, así como para identificar la actuación administrativa que se revisa y, en definitiva, para constatar la concurrencia de los requisitos necesarios para admitir a trámite este recurso contencioso, se acompaña al presente escrito la siguiente documentación:

Con copia de poder, acuerdo y tasa.

inscrita en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica.

Pues bien, en segundo lugar, debe señalarse que dicha Liquidación provisional discutida se ha efectuado de conformidad con lo establecido por la *“Circular que 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”*, aprobada por el Consejo de la CNE en su sesión de 10 de noviembre de 2011, y que deroga la anterior Circular 4/2009, de 9 de julio, de la misma CNE (BOE número 184, de 31 de julio de 2009), estableciendo un procedimiento realmente atípico y complejo.

A fecha de hoy no podemos aportar esa nueva Circular ya efectivamente aplicada en el caso concreto por cuanto no ha sido todavía publicada en el BOE, razón de más para instar la nulidad del acto que pretendemos revisar jurisdiccionalmente. Y ello sin perjuicio de impugnar directa o indirectamente esa Circular una vez se publique. No obstante, sí podemos acompañar de documento 1 al presente escrito la Propuesta de Circular de la CNE de 25 de agosto de 2011, que es el texto que se habría aprobado.

En concreto, según el apartado Duodécimo.1 de dicha Circular, y de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, el mes de liquidación en el que la acumulación de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación de producción iguale o supere el número de horas equivalentes de referencia anual correspondientes a las características de la instalación será considerado como el mes límite de prima, siendo este el mes en el que finaliza provisionalmente y a cuenta el derecho a cobro de la prima o prima equivalente del año.

En el caso que se somete a revisión jurisdiccional, en aplicación de aquel procedimiento ciertamente atípico, el mes de liquidación es el mes de agosto de 2011 -liquidado el mes de septiembre de 2011- y es el mes límite de prima, de modo que con el acto impugnado se liquida a la recurrente un importe de 0 euros en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas. Es decir, no se le paga nada. Ese es el contenido del acto concreto que se recurre.

En tercer lugar, en cuanto al procedimiento, y de conformidad con lo dispuesto por el apartado Decimotercero.5 de la Circular, relativo al Cierre de la liquidación, ese procedimiento empieza con los requerimientos de ingreso remitidos por la CNE a las empresas distribuidoras, para que realicen los ingresos en la cuenta de la CNE. Posteriormente, la CNE da las órdenes de pago a los Sujetos de Liquidación (entre los que se incluyen los titulares de las instalaciones de producción, según la definición del apartado Segundo. c de la Circular), quienes finalmente perciben los importes liquidados.

Así pues, los Sujetos de Liquidación no reciben ni la notificación del acto administrativo concreto de liquidación ni, tampoco, comunicación alguna por parte de la CNE que recoja para la instalación y periodos concretos ese saldo 0 en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas, a pesar de que efectivamente se producen ese cálculo y liquidación administrativas. De hecho, como detalla la propia Circular aplicada, la única notificación que se produce en ese singular procedimiento es el requerimiento de ingreso que realiza la CNE a las empresas distribuidoras, para poder ingresar el dinero que luego se liquidará a los titulares de instalación con saldo positivo.

En definitiva, por todo lo expuesto, esta representación no puede aportar la copia de la Resolución objeto del recurso por cuanto, de conformidad con la legislación aplicada y con el procedimiento seguido por la CNE demandada, la liquidación impugnada no se notifica individualmente. Y tampoco puede referirse a alguna publicación oficial que la recoja, en uso del medio alternativo fijado por el artículo 45.2.c) de la Ley Jurisdiccional.

Lo único que puede hacer esta parte es, tal como hizo en el escrito de interposición del recurso contencioso, identificar a la Administración autora (CNE), indicar el código de identificación de la instalación (CIL), identificar al titular Sujeto de la liquidación, designar el mes de esa liquidación y señalar el periodo al que se refiere. Con ello facilita los datos necesarios para identificar el acto objeto del recurso y permite a la Administración demandada identificar el expediente administrativo y, con ello, posibilita la reclamación de dicho expediente administrativo, que son las finalidades perseguidas por ese artículo 45.2.c) de la Ley de la Jurisdicción al exigir que se acompañe copia o traslado del acto que se recurre.

Segunda.- Admisibilidad del recurso

Con la documentación aportada y las alegaciones expuestas en el presente escrito y en el de interposición del recurso se ha acreditado en el caso concreto la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos fijados por la Ley Jurisdiccional para entender válidamente comparecida a esta parte recurrente y, por tanto, correctamente interpuesto el recurso contencioso, de lo que procede consecuentemente declarar la admisión a trámite del mismo y requerir a la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente administrativo.

En caso contrario se vulneraría lo dispuesto por el artículo 24.1 de la Constitución, que establece el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, y por el artículo 45 de la Ley Jurisdiccional, cuando fija los requisitos que debe cumplir el escrito de interposición.

Muy en particular se infringirían esos preceptos si no se admitiese la interposición del recurso contencioso administrativo por no haberse acompañado la copia o traslado del acto que se recurre. En este sentido, además del suficiente fundamento jurídico antes expuesto, cabe entender aplicables al caso las siguientes Sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo:

- STS de 25 de julio de 2007 (RJ 2007\7695), que afirma en su Fundamento de Derecho Tercero que la parte actora debe aportar "*los datos mínimos indispensables*" para identificar el acto administrativo impugnado. Ello sucede en nuestro supuesto por cuanto en el escrito de interposición identificamos a la Administración autora (CNE), el código de identificación de la instalación, al titular sujeto de la liquidación, la fecha de esa liquidación y el periodo al que se refiere.
- STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9457), que declara en su Fundamento de Derecho Cuarto que en todo caso los Tribunales de Justicia deben reclamar y examinar el expediente administrativo a fin de comprobar la efectiva existencia del acto.

- STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006\6017), que, en parecidos términos a la anterior, dispone en su Fundamento de Derecho Cuarto que sólo puede declararse que no existe la resolución impugnada previa reclamación y examen del expediente administrativo.
- STS de 28 de junio de 2005 (RJ 2005\9408), que establece en su Fundamento de Derecho Quinto que el requisito de aportación de la copia de la Resolución impugnada puede ser cumplido de manera "alternativa", mediante la indicación del expediente en el que haya recaído; de modo que, en ese caso alternativo, de acordarse el archivo de las actuaciones por no haberse acompañado copia del acto objeto del recurso, se infringiría el artículo 24.1 de la Constitución "pues si lo que está en juego es el acceso mismo a la jurisdicción, en cuyo momento actúa con toda su intensidad el principio "pro actione", ese artículo y el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva que consagra resultan vulnerados si la decisión judicial que impide el acceso interpreta la norma aplicable de modo arbitrario o manifiestamente irrazonable, e incluso si la interpreta de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que dicha norma quiere preservar".

Ello sería precisamente lo que ocurriría en el supuesto que nos ocupa, por cuanto en el escrito de interposición del recurso contencioso se indican los datos necesarios para identificar el acto objeto del recurso y permitir la reclamación del correspondiente expediente administrativo, que son las finalidades perseguidas por el artículo 45.2.c) de la Ley de la Jurisdicción cuando exige que se acompañe copia o traslado del acto que se recurre.

Por todo ello,

SUPLICO A LA SALA: Tenga por presentado en tiempo y forma debidos el presente escrito y la documentación que acompaña; tenga por cumplimentado el requerimiento de subsanación formulado a través de la Diligencia de Ordenación de 17 de noviembre de 2011; verifique la concurrencia de los requisitos legalmente fijados para la validez de la comparecencia y, de conformidad, declare la admisión del recurso contencioso interpuesto y reclame el expediente administrativo a la

demandada; me tenga por comparecido y parte recurrente; y entiéndanse conmigo las sucesivas actuaciones.

Madrid, 02 de diciembre de 2011.

Piet Holtrop
Abogado

Felipe Segundo Juanas Blanco
Procurador



CENTRO GESTOR
Agencia Tributaria
 Teléfono: 901 33 55 33
 www.agencia tributaria.es

CASA POR EL EJERCICIO DE LA PODERADURA
 JURISDICCIONAL EN LOS ORDENES CIVIL
 Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Modelo
696

Espacio reservado para la etiqueta identificativa. Si no dispone de etiquetas, consigne los datos que se solicitan en este apartado y adjunte fotocopia del documento acreditativo del número de identificación fiscal (N.I.F.).

N.I.F. _____ Teléfono _____
 Razón social _____
 Domicilio _____
 Vía pública \ / Núm. 5 Esc. 9 Piso 5 Pta. B
 Municipio _____ Provincia _____ C. Postal 24005

Periodo 0 | A Ejercicio 2011

696663798121 3

- Entidades sin fines lucrativos que hayan optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo 01

- Entidad total o parcialmente exenta en el Impuesto sobre Sociedades 02

- Sujetos pasivos que tengan la consideración de entidades de reducida dimensión de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades 03

A. CANTIDAD FIJA EN FUNCIÓN DE LA CLASE DE PROCESO:

ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL:

<input type="checkbox"/> 04 Verbal 90 euros	<input type="checkbox"/> 08 Concursal 150 euros
<input type="checkbox"/> 05 Ordinario 150 euros	<input type="checkbox"/> 09 Apelación 300 euros
<input type="checkbox"/> 06 Monitorio/Cambiarlo 90 euros	<input type="checkbox"/> 10 Casación y de infracc. Procesal 600 euros
<input type="checkbox"/> 07 Títulos extrajudiciales 150 euros	

ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:

<input type="checkbox"/> 11 Abreviado 120 euros	<input type="checkbox"/> 13 Apelación 300 euros
<input type="checkbox"/> 12 Ordinario 210 euros	<input type="checkbox"/> 14 Casación 600 euros

Total cantidad fija 15 | 00

B. CANTIDAD VARIABLE:

Base imponible de 0 a 1.000.000 16 x 0,5% = 17

Resto base imponible 18 x 0,25% = 19

Total cantidad variable 20 (máximo 6.000 euros)

BONIFICACIONES. Utilización de medios telemáticos: 21

Resultado (15 + 20 - 21) 22

A deducir (exclusivamente en caso de declaración complementaria)
 Resultado de la anterior o anteriores declaraciones del mismo concepto 23

Resultado de la autoliquidación (22 - 23) 24

Declaración negativa

Si esta declaración es complementaria de otra declaración anterior correspondiente al mismo concepto, indíquelo marcando con una "X" esta casilla.

Declaración complementaria

En este caso, consigne a continuación el número de justificante identificativo de la declaración anterior.

N.º de justificante _____

Fecha **5 DE DICIEMBRE 2011**
 Firma del/de la interesado/a o de su representante _____

Fdo.: Felipe Juanas Blanco

Ingreso efectuado a favor del TESORO PUBLICO cuenta restringida de la A.E.A.T.

Forma de pago: En efectivo E.C. Adeudo en cuenta

Importe: | _____

Código cuenta cliente (CCC)

Entidad	Oficina	DC	Núm. de cuenta

Ejemplar para el interesado



LETRADO: *V. Proc H/L/teop*

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004

FELIPE JUANAS BLANCO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
CONSTANCIA, 22 BAJO
28002 MADRID
TELÉFONO 91 562 25 95
FAX 91 562 55 68
fjuanasb@gmail.com

N40020

C/ PRIM 12 28071

MI REF: 15254
SU REF:

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0005457

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000877 /2011 /

Sobre OTROS

De D./Dña.

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO

Contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA

ABOGADO DEL ESTADO

PROVIDENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE LUIS REQUERO IBÁÑEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. TOMAS GARCIA GONZALO

D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

D^a ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO

D^a ANA ISABEL MARTIN VALERO

NOTIFICADO VIA LEXNET 12 ENE 2012

VENCIAMIENTO DE PLAZO
DIA 29 DE J DE 2012

En MADRID, a cuatro de enero de dos mil doce.

Dada cuenta, por presentado el anterior escrito por la Procuradora D. FELIPE DE JUANAS BLANCO, únase, se tiene por efectuado el requerimiento acordado en Diligencia de Ordenación de fecha 17/11/2011 y conforme a lo previsto en el Art. 37.2 de la Ley Jurisdiccional, habiéndose interpuesto una pluralidad de recursos contencioso-administrativos cuyo objeto es el mismo al versar sobre la impugnación de las liquidaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Energía por el concepto de tarifa regulada correspondientes a diferentes meses, liquidadas conforme al régimen retributivo establecido por la Disposición Adicional Primera y Transitoria Segunda del Real Decreto-ley 14/2010 de 23 de diciembre, se acuerda:

1º. Oír a las partes por plazo común de **CINCO DÍAS** sobre la aplicación del artículo 37.2. L.J.C.A. al presente pleito para que, en su caso, quede en suspenso mientras que se resuelven los recursos que ya se siguen ante la Sala por ser de tramitación preferente, con los números 198/11, 199/11, 201/11, 202/11 y 203/11 y como testigos.

2º. Por ser este recurso el más antiguo de los presentados por la Procuradora Sra. Gladis de la Plata que tienen el mismo objeto, lo que en este recurso se resuelva, se llevará mediante testimonio a esos otros recursos.



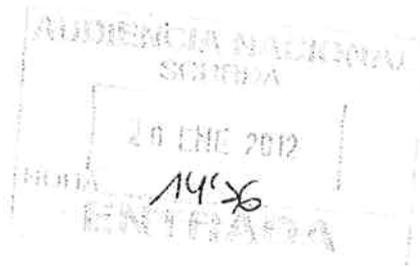
MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de reposición en el plazo de **CINCO DÍAS** a contar desde el siguiente al de su notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial y sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada.

Lo acordó la Sala y firma la Ilma. Sr. Magistrado JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ. Doy fe.

LA PONENTE,

EL SECRETARIO JUDICIAL



1254

Sección Cuarta
Recurso ordinario 877/2011

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales y de representación ya acreditada en el proceso, comparezco y DIGO:

Que cumplimento el trámite conferido mediante la Providencia de 4 de enero de 2012, en relación con lo dispuesto por el artículo 37.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de conformidad con las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Esta parte está de acuerdo con la utilización en el recurso que nos ocupa del mecanismo de simplificación procesal que establece el artículo 37.2 de la Ley Jurisdiccional, esto es, tramitar varios recursos con "idéntico objeto" con carácter preferente (recursos testigos) y suspender la tramitación de los restantes (recursos suspendidos) mientras no se resuelvan los primeros.

Asimismo, esta parte también está conforme con que se dé el mismo trato a todos aquellos recursos en los que, concurriendo ese "idéntico objeto", actúa bajo esta misma representación y defensa; es decir, que lo que se resuelva en el más antiguo de los presentados por el Procurador y Letrado firmantes se lleve mediante testimonio a los recursos posteriores.

Segunda.- No obstante ello, esta representación y defensa no puede compartir que los recursos de tramitación preferente sean concretamente los recursos número 198/11, 199/11, 201/11, 202/11 y 203/11, por varias razones que pasamos a justificar.

En primer lugar, por cuanto no se da ese requisito de "idéntico objeto" que exige, sin definirlo, la Ley Jurisdiccional. En efecto, si bien es cierto que tanto esos recursos testigos como los interpuestos por esta representación y defensa tienen por objeto liquidaciones efectuadas por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas conforme al régimen retributivo fijado por el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, no lo es menos que en los iniciados por esta representación se impugna indirectamente también la "Circular 3/2011, de 3 de noviembre, de la CNE, que 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", publicada en el BOE número 307, de 22 de diciembre de 2011.

Por otro lado, en segundo lugar, y relacionado con lo anterior, no sólo se está ante un conjunto de recursos interpuestos y mantenidos por esta misma representación y defensa que no coincide con la de esos recursos testigos sino que, además, el planteamiento jurídico de la impugnación no será igual ni similar. Es evidente que al recurrirse indirectamente contra esa Circular 3/2011 la cuestión a dirimir quedará trabada de manera distinta.

Pero, además, esta defensa va a descansar en el incumplimiento de Derecho comunitario en que incurren la disposición y liquidación impugnada, concretamente y, entre otros, vulneran lo dispuesto por la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2011/77/CE y 2003/30/CE, que establece con efecto directo la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad, prohibición de arbitrariedad y discriminación, seguridad jurídica e irretroactividad, además del carácter recurrible de las liquidaciones provisionales. E igualmente, vamos a apoyarnos en la infracción de la jurisprudencia comunitaria dictada sobre la materia.

Es más, si se hace depender la tramitación y, en su caso, resolución de "nuestros" recursos a la de esos concretos recursos testigos no hay duda de que podría afectarse el derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución) de los recurrentes, pues podrían verse afectados por el resultado de unos litigios planteados con otros fundamentos y pretensiones.

Tercera.- Entendemos que, por ello, procede en Derecho que se tramiten con carácter preferente los primeros recursos interpuestos por esta representación y defensa (salvo error u omisión son los recursos número 877/2011, 878/2011, 881/2011, 887/2011 y 888/2011), y que se suspendan los posteriores iniciados por esa misma representación y defensa.

Téngase en cuenta que bajo esta representación y defensa se han interpuesto y van a interponerse unos 3.000 recursos contenciosos aproximadamente.

Dicho de otro modo, que se fije un “conjunto de recursos” independiente de los demás en atención a las singularidades, cantidades e identidades que concurren, sin modificar la tramitación que ya se sigue para los demás, en particular para los recursos testigos y recursos suspendidos ya declarados por esa Sección y Tribunal.

Sin duda, tanto el concepto de “idéntico objeto” como la posibilidad de tramitar “uno o varios” recursos con carácter preferente, expresiones ambas del artículo 37.2 de la Ley 29/1998, permiten acceder a lo solicitado, obteniéndose así igualmente la finalidad perseguida por ese precepto, que no es otra que resolver conjuntos de recursos con economía de esfuerzos y rapidez, pero sin reducir las garantías y derechos procesales de los recurrentes.

Por ello,

SUPLICO A LA SALA: Tenga por cumplimentado en tiempo y forma por esta parte actora el trámite de audiencia conferido al amparo de lo dispuesto por el artículo 37.2 de la Ley Jurisdiccional y, de conformidad con las alegaciones formuladas, resuelva formar un “conjunto de recursos” interpuestos por esta representación y defensa, de los que se tramitarán con carácter preferente los primeros recursos presentados (números 877/2011, 878/2011, 881/2011, 887/2011 y 888/2011), y se suspenderán los posteriores.

Madrid, 18 de enero de 2012.

Piet Holtrop
Abogado

Felipe Juanas Blanco
Procurador



Núm. Abogacía.- 000364/2012

Núm. Sección.- 4/877/2011

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que por Ley ostenta en el recurso de referencia, ante la Sala comparece y DICE:

Que se le ha dado traslado de resolución de la Sala concediéndole plazo para que alegue lo que a su derecho convenga en relación con la aplicación del artículo 37.2 LJCA al presente procedimiento para que, en su caso, quede en suspenso mientras se resuelven los recursos que ya se siguen en la Sala por ser de tramitación preferente, con los números 198/2011, 199/2011, 201/2011, 202/2011 y 203/2011, como testigos.

Que, evacuando el trámite conferido, esta parte manifiesta su no oposición a la aplicación del referido artículo 37.2 LJCA.

Por lo expuesto,

A LA SALA SUPLICA: tenga por evacuado el trámite conferido y por hecha la anterior manifestación.

Es justicia que pide en Madrid a 20/01/12

CORREO ELECTRÓNICO:

aeanacional@dsje.mju.es

C/ MARQUÉS DE DUERO 4
28001 MADRID
TEL.: 91 102 64 71
FAX: 91 102 64 42



LETRADO: *V. P. H. H. H. H. H.*

FELIPE JUANAS BLANCO
ELENA JUANAS BLANCO
Procuradores de los Tribunales
C/ Constantino Llanusa, 1 - Madrid
Tel. 91 532 21 00 - Fax 91 542 55 68
fjblanco@juan.com

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004**

11254
11254

N40020

C/ PRIM 12 28071

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0005457

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000877 /2011 /

Sobre OTROS

De D./Dña.

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO

Contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA

ABOGADO DEL ESTADO

PROVIDENCIA

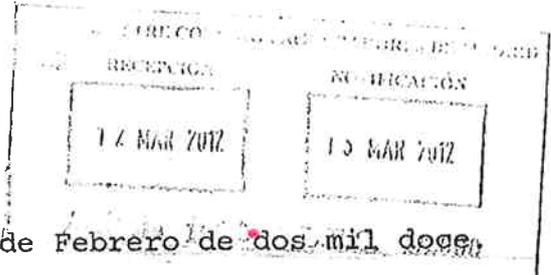
ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

Dª ANA ISABEL MARTIN VALERO



En MADRID, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Dada cuenta; los anteriores escritos, y a la vista del elevado número de asuntos de idénticas características que están ingresando en la Sala, se acuerda oír a la parte recurrente por plazo de CINCO DIAS, sobre los siguientes extremos:

1º Tramitar el presente recurso con carácter preferente para todos aquellos que hayan sido promovidos por la misma defensa y representación.

2º Sobre inadmisibilidad de estos recursos de conformidad con lo resuelto en el recurso 198/2011 y 202/2011 para lo cual únase copia del Auto dictado en dicho recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de reposición en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde el siguiente al de su notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial y sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada.

Lo acordó la Sala y firma la Ilma. Sr. Magistrado JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ. Doy fe.

LA PONENTE,

EL SECRETARIO JUDICIAL

VENCIMIENTO DE PLAZO
DE 2012
DIA 21 DE MAR



Sección Cuarta
Recurso ordinario 877/2011

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales y de
., representación ya acreditada en el proceso, comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito cumplimento el trámite conferido mediante la
Providencia de 27 de febrero de 2012, en relación con la tramitación del presente
recurso con carácter preferente y sobre la inadmisibilidad del recurso, de conformidad
con las siguientes

ALEGACIONES

A. SOBRE LA TRAMITACIÓN CON CARÁCTER PREFERENTE

**Única.- Conformidad con la tramitación del presente recurso con
carácter preferente**

Esta representación manifiesta su acuerdo con la utilización en el caso concreto de la
posibilidad establecida por el artículo 37.2 de la Ley Jurisdiccional y, por tanto,
tramitar el presente recurso con carácter preferente para todos aquellos recursos que,
teniendo idéntico objeto, hayan sido o vayan a ser promovidos por esta misma defensa
y representación, de modo que lo que se resuelva en el presente se lleve mediante
testimonio a los recursos posteriores, suspendidos hasta ese momento.

B. SOBRE LA INADMISIBILIDAD

Primera.- Planteamiento de la cuestión

El trámite de audiencia concedido con la finalidad de oír a esta parte acerca de la
admisibilidad del recurso nos sitúa en una situación complicada.

El motivo es que los argumentos en los que se basa la admisibilidad de la demanda descansan sobre el tipo de infracciones cometidas y que constituyen el fondo del asunto. Desarrollar estos motivos en toda su extensión para justificar la admisibilidad excedería en mucho la finalidad de un trámite como el presente y mermaría el derecho de defensa de esta parte.

Por otra parte, y creemos que esta no es la intención del Tribunal, situaría a esta parte en un imposible jurídico, cual es que para defender una cuestión procesal debe invocarse el fondo del asunto, fondo que precisamente por esta misma cuestión procesal está vedado examinar en este momento.

Intentaremos por ello ceñirnos en este escrito al objeto del trámite concedido, aunque solicitamos de entrada la comprensión de este Tribunal si por los motivos dichos, se exponen, a veces con gran detalle cuestiones pertenecientes al escrito de demanda. La única explicación es el ejercicio del derecho de defensa.

Expondremos en primer lugar el marco regulatorio de los actos impugnados, examinando con detalle el funcionamiento del procedimiento liquidatorio, detallaremos a continuación la diferencia entre la presente impugnación y las de los recursos 198/2011 y 202/201.

Todavía dentro del ámbito estrictamente nacional ello nos permitirá justificar la concurrencia de los requisitos contemplados en los artículos 25.1 de la Ley 29/1998 y 107 de la Ley 30/1992, y aplicar la consecuencia jurídica favorable a los intereses de esta parte, esto es la admisibilidad del recurso contra un acto de trámite.

A continuación se enfrentará la cuestión de la recurribilidad de estos actos con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Para ello se examinará en primer lugar la infracción del principio de no discriminación que comete el Real Decreto-Ley 14/2010. Este principio se introduce en nuestro ordenamiento y al caso que nos ocupa por la vía de la Directiva 2009/28 y una vez dentro, entra en el sistema de fuentes del derecho europeo, al que ni el legislador ni el juez nacional son inmunes.

Luego expondremos con detalle la configuración de la supremacía del derecho de la Unión y los efectos que esta supremacía tiene en el caso que nos ocupa: la imposibilidad de perpetuar una discriminación prohibida por la legislación comunitaria

ni siquiera de forma provisional, por cuya razón solicitaremos de forma subsidiaria el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial.

Finalmente, y en aras de la necesaria economía procesal, solicitaremos la suspensión de la resolución de la inadmisión y la posposición de su resolución hasta que no se haya podido oír a esta parte en su integridad, mediante la presentación del escrito principal de demanda a la vista del expediente administrativo, con el fin de evitar la interposición de esta cuestión prejudicial.

Segunda.- Marco regulatorio

2.1.- Descripción formal del marco regulatorio:

2.1.1.- Descripción general.

La normativa que fundamenta el acto recurrido es la siguiente:

- a) Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.
- b) Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.
- c) Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.
- d) Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario.
- e) Circular 4/2009, de 9 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solicitud de información y los procedimientos para implantar el sistema de liquidación de las primas equivalente, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.

f) Circular 3/2011, de 10 de noviembre, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solicitud de información y los procedimientos para implantar el sistema de liquidación de las primas equivalente, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial

Puesto que el objeto último del presente procedimiento es la impugnación de la limitación de horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas realizado por el Real Decreto –Ley 14/2010 (mediante las oportunas cuestiones prejudicial y de inconstitucionalidad), es relevante explicar brevemente en primer lugar el funcionamiento de esta limitación, para destacar en el apartado siguiente que el resultado material del modo en el que se regula y aplica, resulta en un choque frontal con el derecho de tutela judicial efectiva.

El Real Decreto 661/2007, siguiendo el camino abierto por su predecesor el real Decreto 436/2004 tenía como objetivo regular la producción de energía eléctrica en régimen especial. Estableció, como medio para incentivar la construcción de entre otras, plantas fotovoltaicas, la posibilidad de acogerse a un sistema de tarifa regulada.

Las principales características de esta tarifa regulada eran *i)* la percepción de una tarifa fija por KW/h de producción, *ii)* la percepción de esta tarifa de forma indefinida en el tiempo y *iii)* para toda la producción anual de la planta.

La Disposición Transitoria Sexta estableció que la liquidación de las cantidades a percibir por los productores se realizaría de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 2017/1997, hasta el 1 de enero de 2009, fecha en la que debía entrar en vigor la figura del comercializador de último recurso.

Destacamos que el sistema de este Real Decreto estaba previsto inicialmente para la liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización de los productores y demás intervinientes en el régimen ordinario, no el especial.

Aplicación que fue igualmente sancionada cuando, mediante el Real Decreto 485/2009 finalmente se puso en marcha a partir del 1 de julio de 2009 el suministro de último recurso y el comercializador de último recurso.

La concreción del sistema de liquidación de las primas equivalentes se realizó por primera vez mediante la Circular 4/2009 de la Comisión Nacional de Energía y es recogido sin variaciones sustanciales (tal como por cierto observan los Autos de inadmisión dictados en los recursos 198/2011 y 202/2011) en la Circular que la deroga y establece el régimen vigente en la actualidad, la Circular 3/2011.

2.1.2.- La limitación de horas del Real Decreto-Ley 14/2010.

La limitación de horas de funcionamiento equivalente llevada a cabo por esta norma se produce en dos fases.

Una primera de tres años de duración, hasta el 31 de diciembre de 2013, por el que se establece en la Disposición Transitoria Segunda, para cada uno de los tres tipos de tecnología de producción fotovoltaica (fija, seguimiento a un eje y seguimiento a dos ejes) una única cantidad máxima de horas equivalentes de referencia por año en las cuales se reconoce el derecho a percibir el régimen económico primado. Se limita pues la producción primada, que pasa de toda la producción de la planta durante todo el año, a unas horas determinadas de antemano.

Una segunda fase, establecida en la Disposición Adicional Primera y para el resto del tiempo durante el que se reconoce la tarifa regulada, en la que esta cantidad máxima de horas equivalentes se perfila, para los mismos tipos de tecnología que en el caso anterior, en cinco zonas distintas de conformidad con el mapa de radiación solar contenido en el Código Técnico de la Edificación.

Esta limitación se ha introducido por esta norma sin tener en cuenta las especialidades de la tecnología fotovoltaica, no responde a criterios objetivos y es, en definitiva, discriminatoria.

No es este el momento de analizar las numerosas discriminaciones que esta aparentemente simple limitación conlleva, puesto que esto es objeto del fondo del asunto.

Nos limitaremos a evidenciar la existencia de una discriminación **que se deriva de la propia lectura de la norma**, y que por ello es un claro ejemplo de lo que se conoce como discriminación *prima facie*.

Efectivamente, tal como hemos dicho la limitación se realiza en dos fases, una primera en la que se distinguen únicamente tecnologías, y una segunda en la que cada tecnología tiene asignado un límite en función de la zona en la que se encuentre, de un total de cinco que identifica la Disposición Adicional Primera.

La discriminación realizada por esta arbitraria división en zonas a partir del tercer año radica en el hecho de que **plantas de la misma tecnología** que durante los tres primeros años tenían el mismo límite horario, reciben por disposición legal, a partir del cuarto año, un límite de horas diferente, sin que este tratamiento desigual venga justificado por ninguna razón objetiva.

O en palabras más sencillas: allí donde la ley primero trata a un grupo igual, luego lo trata desigualmente. Y no es una razón para justificar el trato desigual que se encuentren en zonas diferentes **puesto que es la misma ley quien trata primero igual y luego diferente a plantas de la misma tecnología.**

De ello se deduce que o bien durante los tres primeros años sí que se produce una discriminación que luego se corrige, o bien, si se quiere justificar el trato igualitario durante los tres primeros años, la diferenciación en zonas que se hace posteriormente no está justificada y por tanto es discriminación. En cualquiera de los dos casos, discriminación al fin y al cabo.

Recordamos que en este momento solamente estamos analizando la primera discriminación, la más grosera y evidente y para la que no hacen falta conocimientos técnicos ni entrar a analizar los hechos: esta discriminación se hace evidente **con la sola lectura de la norma puesto que contiene en su seno dos piezas que se contradicen.**

Además de lo anterior, este Real Decreto establece como mecanismo compensatorio de la pérdida patrimonial que supone esta limitación, la prolongación del periodo beneficiado con la tarifa regulada de los 25 años establecidos por el Real Decreto 1565/2010 a veintiocho años y posteriormente a treinta por la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Cuestión esta última que se cita a efectos de completar la explicación de las reformas acometidas por este cuerpo normativo pero que no es relevante a los efectos de la presente reclamación por cuanto se combate el Real Decreto-Ley 14/2010, no por la pérdida patrimonial que pueda suponer la limitación, sino por la discriminación que

este recorte efectúa tanto entre productores de energía fotovoltaica como con respecto a otras tecnologías en régimen especial; discriminación que infringe el expreso mandato de la Directiva 2009/28 como el principio fundamental de no discriminación del ordenamiento europeo.

2.1.3.- El sistema de liquidaciones establecido en las Circulares.

El marco jurídico general de las liquidaciones se dibuja en los artículos 8 y 21 del Real Decreto 2017/1997:

Artículo 8. Procedimiento de liquidación.

1. *Las liquidaciones reguladas en el presente Real Decreto se determinarán del modo establecido en el anexo I, debiendo fijar el Ministerio de Industria y Energía los procedimientos, valores, parámetros y plazos necesarios para la liquidación.*
2. *Los cobros y pagos a que den lugar las liquidaciones entre los agentes, resultado de lo establecido en el anexo I de este Real Decreto, se determinarán por la CNSE en la forma y plazos en que se indica en el mismo*
3. *Se realizarán liquidaciones mensuales a cuenta de la definitiva, que se efectuará cada año.*

Por su parte el artículo 21 establece que

Artículo 21. Recursos.

Las liquidaciones que determine la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico derivadas del presente Real Decreto podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía en el plazo de un mes, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El desarrollo de este sistema de liquidaciones para el régimen especial no se realiza como es obvio en el Anexo I de este Real Decreto, sino a partir de una regulación *ad hoc* contenida primero en la Circular 4/2009 y posteriormente en la Circular 3/2011.

Si bien somos conscientes que este Tribunal ya está familiarizado con la terminología y fases de las diferentes liquidaciones denominadas provisionales, describiremos sucintamente su funcionamiento poniendo el énfasis en el *dies a quo* de varias de las fases intermedias de que se compone el proceso hasta llegar a la Liquidación Definitiva.

Tomaremos como ejemplo la Circular más reciente, la 3/2011 puesto que siendo el régimen sustancialmente igual, es la normativa en vigor y sobre todo, es la normativa que incorpora la regulación combatida, esto es, la limitación horaria, razón por la que es objeto de recurso contencioso indirecto por la vía del artículo 26 de la Ley Jurisdiccional.

De conformidad con el punto 6 del apartado Decimotercero de esta circular, cada mes está sujeto a **tres liquidaciones** sucesivas cuyo devengo viene fijado a una fecha exacta. De este modo:

1. La Liquidación Provisional **Inicial** se realiza en el mes siguiente al mes de producción, o en la jerga de la Circular, el mes $m+1$
2. La Liquidación Provisional **Intermedia** en el mes $m+3$, es decir al tercer mes del mes de producción
3. La Liquidación Provisional **Final Primera** en el mes $m+11$, de modo que al cabo de 11 meses se produce esta Liquidación Provisional Primera para cada uno de los meses.

Hasta aquí pues se producen las liquidaciones con un devengo cierto. No obstante ello, para que el proceso finalice y se pueda entender que la liquidación, de acuerdo con la denominación de la circular, es “definitiva”, deben darse todavía **tres procesos más**, cuyo devengo o fecha límite carecen del rigor y claridad de las liquidaciones anteriores.

De este modo, y mientras las liquidaciones anteriores van produciéndose para cada mes hasta llegar al mes de diciembre al ritmo explicado, hasta completarse el año entero, el proceso de este segundo grupo de liquidaciones pasa por las siguientes etapas:

4. Liquidación Provisional **Final Segunda**: esta liquidación sólo puede empezar a realizarse “cuando finalice un año” y se completará cuando a la Comisión Nacional de Energía se le hayan comunicado *i)* los rendimientos

eléctricos equivalentes de las unidades de cogeneración y ii) los porcentajes de hibridación para las instalaciones de biomasa.

De conformidad con el punto 1 a) I.I. del apartado Decimoprimer, esta información deberá presentarse durante el primer trimestre de cada año o en su caso, semestralmente durante el primer trimestre del correspondiente trimestre.

Debemos llamar la atención a los efectos que nos ocupa en este escrito, que la información de los porcentajes de hibridación para las instalaciones de biomasa solamente puede obtenerse, a fecha de hoy, mediante la obtención de un documento acreditativo emitido por la Administración competente sobre el origen de los combustibles, sus características y si es el caso, porcentajes de participación de cada combustible y/o tecnología, puesto que no se ha desarrollado hasta la fecha el correspondiente certificado.

5. Liquidación Provisional **Final Tercera**: el plazo para realizar esta liquidación se abre cuando se ha realizado la liquidación m+11, es decir, la Provisional Final Primera del mes de diciembre del año natural.

En otras palabras, esta liquidación solamente podrá iniciarse **un año** después de haber finalizado el año a liquidar.

Es igualmente conveniente destacar el hecho que esta liquidación, si bien tiene un *dies a quo*, carece totalmente de *dies ad quem*: no consta en ningún lugar el momento en el que esta liquidación debe estar finalizada.

Finalmente destacamos de esta liquidación su contenido y objetivo: es aquí cuando se realiza la compensación o devolución de las cantidades percibidas por encima de las horas equivalentes de referencia.

Ello significa que en este momento la administración ya conoce sin lugar a dudas cual es el momento exacto en el que se dejó de producir a tarifa regulada, puesto que para ésta es la premisa necesaria para poder efectuar la "compensación o devolución".

6. La Liquidación llamada **Definitiva** se llevará a cabo una vez se hayan cumplido todas las liquidaciones denominadas "provisionales a cuenta" y consistirá en la liquidación de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos por CIL a los efectos de incorporación de sus resultados en la liquidación definitiva de las actividades reguladas.

Volvemos a llamar la atención en este punto sobre la ausencia de un efectivo y cierto *dies ad quem* y por supuesto de la inexistencia de un *dies a quo*. Y

ello debe ponerse en relación con la expresión literal del artículo 8.3 *in fine* del Real Decreto 2017/1997, cuando dispone que se realizarán liquidaciones mensuales a cuenta de la definitiva, “*que se efectuará cada año*”, previsión que a todas luces no se cumple, agravando así los perjuicios del recurrente y, con ello, la indefensión que generaría la inadmisión del recurso.

2.2.- Las infracciones del sistema a la luz del Derecho Comunitario.

Las modificaciones instauradas por el Real Decreto-Ley 14/2010 al sistema de incentivos a la fotovoltaica produce en primer lugar una infracción material, consistente en la vulneración del principio fundamental de derecho comunitario de no discriminación.

Además de lo anterior, el sistema es susceptible de producir una segunda infracción en el caso de estimarse la inadmisibilidad del presente recurso, esta vez en el derecho de defensa y el derecho a una tutela judicial efectiva.

La entidad del principio infringido, tanto por su caracterización interna, como sobre todo por la posición jerárquica en el sistema de fuentes tiene como consecuencia necesaria la admisibilidad de la demanda por los motivos que en los puntos siguientes se explican.

Detallamos ahora cómo se configura el principio infringido y por qué motivos se produciría la indefensión en el caso de inadmitirse la demanda.

2.2.1. El principio de no discriminación.

No es este el lugar para desarrollar con profundidad el principio de no discriminación. Bastará a los efectos que nos ocupan recordar que tal como tiene declarada una numerosa y homogénea jurisprudencia comunitaria, la interdicción de la discriminación impide tratar de forma diferente situaciones iguales, a no ser que existan circunstancias objetivas que así lo aconsejen.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sintetiza la jurisprudencia sobre la materia en el asunto C17/03 VEMW de 7 de junio de 2005, a la que nos remitimos por economía procesal.

La doctrina jurisprudencial se ha encargado en numerosas ocasiones de recordar que este principio no es más que una consecuencia del derecho humano a la igualdad reconocido en el artículo 20 de la Carta Europea de Derechos Humanos y por disposición del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, tiene reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión.

La interdicción de discriminación viene reconocida explícitamente en numerosos artículos del TUE y del TFUE y se erige en uno de los pilares de la construcción europea. Especial relevancia tiene este principio en la configuración del mercado interior.

Este principio es igualmente fundamental en la configuración del derecho de energía a nivel comunitario. Ello es así porque el principio de no discriminación es esencial, junto con otros (transparencia, desintegración *-unbundling-*, acceso, proporcionalidad y reciprocidad) para asegurar la competencia en el sector. Varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogen el principio de no discriminación como uno de los vertebradores del sector de la energía.

En este sentido, citamos el ya mentado asunto C17/03 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de junio de 2005.

El principio de no discriminación llega pues al derecho comunitario de la energía tanto por su carácter de pilar de todo el ordenamiento como por su papel central para garantizar la competencia en el sector.

Por este motivo el principio de no discriminación se introduce en la Directiva 2009/28 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (en adelante la Directiva 2009/28).

En concreto y para el caso que nos ocupa, la Directiva prohíbe la discriminación de forma expresa en su artículo 13.1 d) al ordenar a los Estados miembros que deberán adoptar medidas para garantizar que *“las normas que regulan la autorización, la certificación y la concesión de licencias sean objetivas, transparentes, proporcionadas, no discriminen entre solicitantes y tengan plenamente en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables”*.

Este principio viene recogido igualmente por la Directiva en otras ocasiones: artículos 4.1, 15.1, 15.11, 16.3, 16.6 y 16.7. Esta Directiva forma parte del derecho nacional indiscutiblemente y constituye el marco normativo de las tarifas reguladas del artículo 24.b) de la Ley 661/2007 y modificadas por el Real Decreto-Ley 14/2010 en tanto que este sistema no es más que uno de los “sistemas de apoyo” previstos en el artículo 2 k) de la Directiva 2009/28 para incentivar la utilización de energías de fuentes renovables con el objetivo de poder cumplir los objetivos de la Directiva para el año 2020. Su plazo de transposición se inició el 5 de agosto de 2009 y finalizaba el 5 de diciembre de 2010.

Por lo demás debemos recordar que esta Directiva sustituye y deroga el régimen también comunitario y de obligada aplicación en España instaurado para las energías renovables mediante las Directivas 2001/77 y 2003/30.

No hay duda, pues, de la aplicación del ordenamiento comunitario al Real Decreto-Ley 14/2010 y a la Circular 3/2011. Ello supone la aplicación no solamente de este principio tal como el derecho europeo lo tiene configurado, sino también la introducción de todos los mecanismos elaborados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para garantizar la primacía del derecho comunitario frente al derecho nacional cuando éste, como es el caso, entra en conflicto.

2.2.2.- La indefensión.

La indefensión que sufriría mi mandante en el caso de inadmitirse la demanda viene motivada básicamente por dos hechos:

2.2.2.1.- Si se ha puesto de relieve de forma tan pormenorizada el funcionamiento del sistema de liquidaciones y en especial, los plazos (o la ausencia de ellos), es para enfatizar que a fecha de hoy y desde la publicación de la Circular 4/2009 que entró en vigor el 1 de agosto de 2009 todavía no se ha practicado ninguna Liquidación Definitiva.

O lo que es lo mismo, dos años y tres meses después de la entrada en vigor del complejísimo sistema de liquidaciones las últimas noticias que esta representación tiene –y recordemos que esta representación ha recibido el mandato de cerca de mil

clientes que representan unas mil quinientas instalaciones- es que se están recibiendo en el mes de febrero de 2012 las propuestas de liquidaciones definitivas del mes de noviembre del año 2009. Aun a fuer de reiterativos tan solo se ha recibido alguna propuesta, pero aún no se ha emitido ninguna liquidación definitiva.

Acogiendo la interpretación literal de la Circular 4/2009 y del RD 2017/97, no existe a fecha de hoy, posibilidad de recurso; o lo que es lo mismo, esa actividad administrativa, dictada a golpes de Real Decreto-Ley y ejecutada mediante un sistema de cuasi infinitas liquidaciones provisionales, está escapando de la revisión jurisdiccional, permitiendo dudar del efecto útil que pudiera tener una eventual Sentencia favorable dictada en el recurso interpuesto contra la liquidación Definitiva que se emita.

Somos conscientes de que existe la posibilidad de recurrir a la figura del recurso contencioso contra la inactividad administrativa, mediante la formulación del oportuno requerimiento previo, y debemos reconocer que esta representación ha sopesado detenidamente la posibilidad de utilizar esta vía, además de la que ha motivado estos autos.

No obstante ello y tras un detenido estudio ha sido descartada por dos motivos. En primer lugar por un motivo práctico: interponer esta reclamación supone para mi mandante ver prolongada la situación de discriminación que sufre y que fundamenta en última instancia esta acción, tal como explicamos más adelante.

En segundo lugar porque esta parte ha llegado a la conclusión de que la Administración fácilmente puede volver inútil o desactivar esa vía contra su inactividad: tal como hemos explicado, solamente las tres primeras de las seis fases del proceso de liquidación tienen un momento de devengo claro e indiscutible. Las otras tres restantes sin embargo o bien solamente tienen un *dies ad quem* pero no una finalización clara, o bien no tienen ni uno ni lo otro.

Ello significa que bastaría a la Comisión Nacional de Energía contestar con un simple impreso en el que se manifestara que el proceso se encuentra todavía en fase de reunir documentación o información para poder dar por contestado el requerimiento y evitar así los efectos procesales del silencio administrativo.

Si además tenemos en cuenta que el fundamento del recurso es, como se verá más adelante, la infracción por parte del Real Decreto-Ley 14/2010 del principio de no

discriminación contenido en el directiva 2009/28 y consagrado como principio constitutivo del Derecho de la Energía Europeo y de la Unión Europea, nos encontramos con que ciertamente no es la vía más adecuada para defender los derechos e intereses de nuestros representados.

Por todo lo dicho, los administrados se encuentran en términos materiales, que tienen vedada en la práctica la posibilidad de recurrir estas liquidaciones y en definitiva que la revisión de la actuación de la Administración en este ámbito, le está vedada al orden jurisdiccional.

2.2.2.2.- El segundo motivo por el que se imposibilitaría la acción a mis mandantes de estimarse la inadmisibilidad es de orden jerárquico: la elección por parte del legislador de la figura del Real Decreto-Ley tiene como efecto, consciente o inconsciente, pero en cualquier caso bien real, **la imposibilidad de recurrir la infracción que contiene en su seno.**

Esta infracción es ni más ni menos que la **vulneración del principio de no discriminación**. Este es un principio angular en la arquitectura del ordenamiento jurídico comunitario y como tal impregna todas y cada una de las actuaciones de cualquier agente u operador jurídico sometido a él, tal como tendremos ocasión de recordar más adelante.

Baste señalar por ahora y a los efectos de este escrito, que operándose la modificación del sistema existente hasta la fecha (sistema instituido por normas sin rango de Ley) mediante una norma con rango de Ley, se impide al administrado atacar la norma misma que comete la infracción.

Y si los actos de aplicación de esta norma tampoco pueden recurrirse en la práctica, la conclusión, para terminar este apartado, es que el resultado material que conlleva el sistema establecido supone la imposibilidad real y efectiva para el administrado perjudicado de combatir la infracción llevada a cabo por el legislador nacional; situación prohibida tanto por nuestro derecho interno como por el derecho comunitario.

Tercera.- Diferencias entre el objeto del presente recurso 877/2011 y los recursos 198/2011 y 202/2011

La Providencia que da pie a este escrito acompaña dos Autos dictados en sendos procedimientos de impugnación de liquidaciones de la Comisión Nacional de Energía, interpuestos por productores fotovoltaicos y que tienen por objeto asimismo la impugnación final indirecta del Real Decreto-Ley 14/2010.

Con estos antecedentes no es de extrañar que el Tribunal haya abierto esta audiencia a esta representación, puesto que efectivamente el objeto de este procedimiento es la impugnación por parte de productores de energía fotovoltaica, de las liquidaciones de la Comisión Nacional de Energía giradas al amparo del Real Decreto-Ley 14/2010, que es el verdadero objeto de impugnación si bien de forma indirecta en razón de su rango legal.

Sin embargo las similitudes acaban aquí tal como ahora pasamos a explicar. Entendemos que el Tribunal se haya visto inclinado a considerar que ello es así si tenemos en cuenta que este trámite de audiencia sobre la admisibilidad **se ha abierto sin haberse deducido la demanda**, y por lo tanto con desconocimiento no solamente de los argumentos que la sustentan, sino también del **supuesto de hecho** que motiva el recurso, que es **totalmente diferente** al de los recursos que han motivado los Autos dictados en los recursos 198/2011 y 202/2011.

Diferencia en el supuesto de hecho que sustenta una argumentación distinta y que de cara a la admisibilidad debe traer como consecuencia la admisibilidad de la demanda o como mínimo la posposición de la decisión hasta que no se haya examinado la demanda interpuesta.

En cuanto al supuesto de hecho: si bien obviamente no tenemos acceso al contenido de los escritos de demanda y por tanto desconocemos con detalle los actos impugnados, sí que la propia información contenida en los Autos nos permite identificar una profunda diferencia entre estas impugnaciones y la que se ventila aquí.

Efectivamente, ambos Autos detallan que el objeto de las impugnaciones son las liquidaciones de los meses de enero, febrero y marzo del año 2011 y las que, devengadas con posterioridad, van acumulándose.

De ello solamente puede deducirse que estas liquidaciones lo son de horas equivalentes, es decir son liquidaciones que establecen el derecho al cobro de horas primadas.

Si bien lo anterior es una deducción, estamos seguros que es correcta porque el sistema de liquidación posterior al Real Decreto-Ley 14/2010, está pensado sobre la base de que se liquidan a tarifa todas las horas producidas dentro de cada mes, hasta que el cupo total de horas se agota. Una vez agotado este cupo la CNE seguirá emitiendo liquidaciones, que serán desde entonces y hasta la finalización del año, a cero.

Y este cupo se agota, para las plantas más eficientes –y precisamente la de mi representada es una de ellas- como muy pronto el mes de julio, y para las menos, hacia el mes de octubre o incluso alguna puede que posterior. Pero nunca antes del mes de julio. Por ello podemos decir con toda seguridad que las liquidaciones de enero, febrero y marzo que han motivado los recursos 198/2011 y 202/2011 lo son de liquidaciones de horas equivalentes de referencia, es decir, de horas primadas.

La presente impugnación en cambio lo es de la primera liquidación que se gira una vez la planta ya ha agotado el cupo de horas equivalentes de referencia. Por este motivo, ha sido voluntad de esta representación y de la defensa técnica impugnar solamente las liquidaciones a cero, desde la primera que se produce dentro del año una vez agotado el número de horas equivalentes de referencia y las sucesivas hasta la finalización de éste. No se impugnan, como hacen otras reclamaciones y en concreto de las que emanan sendos Autos, las liquidaciones que se giran en los meses en los que no se ha superado el máximo de horas de referencia equivalente. Tampoco se impugna el mes concreto en el que se alcanza el límite, solo el mes natural que ya se liquida a cero.

Esta diferencia es sustancial puesto que las liquidaciones a cero van a ser siempre y por definición, desde que se agotaron las horas equivalentes de referencia hasta que empiece el nuevo año, a cero. En otras palabras, no va a haber variación o modificación posible en estas liquidaciones porque el agotamiento de las horas primadas es un hecho que no va a variar.

Podría argumentarse que el acto de medición de estas horas puede estar sujeto a revisión y que precisamente la provisionalidad de estas liquidaciones permite la corrección de este hecho. Frente a ello cabe oponer tres argumentos.

El primero es de orden técnico: esta variación es en la práctica imposible porque todas las instalaciones fotovoltaicas llevan instalado el procedimiento de telemida, de modo que el regulador puede conocer en tiempo real la producción de cada planta.

Un segundo argumento de orden estratégico - procesal: las liquidaciones que se impugnan lo son a partir del primer mes a cero. Ello quiere decir que el mes anterior, el último mes primado, tendrá unas horas primadas, y otras no por una sencilla cuestión aritmética, ya que sería muy raro que se agotara el cupo en su totalidad exactamente en la última hora del mes.

Lo que significa que, si hubiera que hacer una corrección en esta medida, todavía quedaría margen, en el último mes primado para hacer correcciones **sin variar la del mes siguiente, es decir la que ya es a cero**. Y puesto que en este procedimiento no se impugna ninguna liquidación con horas, no quedaría afectada por la provisionalidad de este mes anterior: el impugnado ya no va a variar.

El tercer argumento se encuentra en la misma Circular 3/2011: esta Circular, como hemos explicado más arriba también califica como provisional la quinta liquidación, que se denomina Liquidación Provisional Final Tercera. No obstante, si examinamos su contenido y lo que se realiza en esta fase, vemos que la misma fija las horas, a pesar de llamarse provisional, de forma definitiva, puesto que **ya establece la hora exacta a partir de la cual no hay derecho a prima**.

Efectivamente, el apartado Undécimo 3. (debería decir Decimosegundo) dice literalmente cuando habla de la Liquidación Provisional Final Tercera (la penúltima) que

3. Liquidación provisional final tercera de las cantidades liquidadas por ajuste de número de horas equivalentes

Cuando se realice la liquidación m+11 del mes de diciembre del año de cómputo, con las medidas enviadas por el Encargado de Lectura, se determinará la hora exacta en la que se supere las horas equivalentes de referencia anuales correspondientes a la instalación, procediéndose a reliquidar la prima o prima equivalentes con la energía producida hasta dicha hora.

Y debemos recordar que tal como establece el apartado Decimotercero al volver sobre esta liquidación, es tan exacta la hora de terminación de la prima que ya le permite a la Administración realizar la compensación o devolución de las cantidades percibidas por encima de las horas, es decir, le permite resarcirse de los efectos de un error en contra.

Cuestión que nos abre también un nuevo frente relativo a la falta de reciprocidad entre Administración y administrado, puesto que aquí la administración ya puede resarcirse de un muy poco probable error en contra, mientras que el administrado, en el caso de producirse un error en su contra no podría verse resarcido hasta la finalización del procedimiento. Finalización que por lo demás y tal como hemos explicado más arriba, no llega.

En cualquier caso y volviendo al argumento que nos interesa ahora, llama la atención que una de las fases calificada todavía de provisional contenga la determinación exacta de las horas con derecho a prima. Ello redundaría en el argumento defendido en este apartado, esto es que cuando las horas equivalentes de referencia llegan a su fin, se agotan y ya no hay vuelta atrás, ya no hay provisionalidad posible en su determinación.

En definitiva y desde una perspectiva material, los actos impugnados son totalmente diferentes: aquéllos, los de los recursos 198/2011 y 202/2011 impugnan actos que todavía pueden verse modificados, mientras que estos impugnan actos que ya no van a variar. Siendo ello así, nos encontramos necesariamente ante el supuesto de hecho que conforma el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, tal como examinamos a continuación.

No obstante y para terminar el análisis de este supuesto de hecho, debemos llamar la atención acerca de la desproporción entre la inmensa carga que tiene que soportar el administrado –unas liquidaciones que pueden y de hecho se están, prolongando *sin die*- frente al motivo que justifica este procedimiento: la posibilidad de corregir errores. Es justo y necesario que se establezca un sistema revisor de las liquidaciones para poder cuantificar de forma exacta el derecho de cada administrado.

Lo que no se puede aceptar de ningún modo por que vulnera las más elementales garantías básicas de los ciudadanos es que este sistema impida en la práctica el ejercicio de los derechos que dice querer garantizar. Y prueba de que se impide el ejercicio de estos derechos sin que exista una contrapartida de suficiente peso que lo justifique –la corrección de un error de cálculo no lo es en este caso- es que el Tribunal ya ha inadmitido otros recursos (es cierto que sobre supuestos de hecho diferente) y se está planteando inadmitir, ya ni siquiera sin darse la posibilidad de examinar los motivos de fondo, la presente acción.

Inadmisibilidad que, además, se pretende amparar en la dicción literal de la propia Circular que se ataca en este procedimiento, pues cabe recordar que es objeto de recurso indirecto.

En definitiva, no puede justificarse la indefensión material que se causa a mi representada con un acto autodenominado provisional cuando materialmente se trata de un acto definitivo.

Cuarta.- La recurribilidad de la liquidación provisional de acuerdo con el Derecho nacional: es un acto de trámite susceptible de recurso

En este sentido, seguidamente pasamos a justificar la concurrencia en el caso concreto que nos ocupa, en atención al concreto acto objeto del recurso, de todos y cada uno de los requisitos previstos en los artículos 25.1 de la Ley Jurisdiccional y 107 de la Ley 30/1992 sobre la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra actos de trámite.

Para ello analizaremos la legislación aplicable a la Administración actuante, al procedimiento concreto de liquidación y en materia de recurribilidad de actos y resoluciones administrativas, para concluir que, por mucho que el acto objeto de recurso consista en una liquidación denominada “provisional”, se trata realmente de un acto susceptible de recurso contencioso, sin que llegar a tal conclusión sea contrario a los pronunciamientos judiciales ya emitidos hasta la fecha, incluidos los Autos de los que se nos ha dado traslado.

4.1.- Régimen jurídico de los actos de la Comisión Nacional de la Energía:

Según establece el artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), la Comisión Nacional de la Energía (CNE) tiene la naturaleza jurídica –y consiguiente régimen jurídico- de Organismo Regulador. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto por el apartado 3 del mismo precepto, como tal Organismo regulador, “está sometido al control judicial”.

Y también por ello, como reza el siguiente apartado 4, la CNE se regirá por las normas de la LES, por su legislación específica y por sus estatutos; y en lo no previsto en las

anteriores normas, se regirá por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, además de por el resto del ordenamiento jurídico.

Es más, el artículo 22 de la LES, relativo a la recurribilidad de los actos emanados de los Organismos Reguladores –y por tanto también de la CNE- estipula que:

“Artículo 22. Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores

Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.”

Así las cosas, la Ley más reciente dictada sobre la naturaleza y régimen jurídico de la CNE establece claramente que sus decisiones ponen fin a la vía administrativa y que contra las mismas cabe acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa. Esta determinación legal debería tenerse muy en cuenta en la resolución sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del presente recurso.

4.2.- Régimen jurídico del procedimiento de liquidación: la Circular 3/2011 y el Real Decreto 2017/1997

De conformidad con el apartado Decimotercero.4 de la Circular 3/2011, que es la Circular que se ha seguido para emitir la liquidación objeto del presente recurso contencioso, y que es objeto de recurso indirecto en el presente pleito, la CNE debe calcular para cada Sujeto de Liquidación los distintos conceptos liquidables que afecten a cada instalación de producción del ámbito de aplicación de dicha Circular, a nivel de fase o «CIL», de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV “Régimen Económico” del Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, o las normas que los sustituyan.

En este sentido, dicho Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en su artículo 30.4, referente a la liquidación de tarifas reguladas, primas y complementos, establece que los importes relativos a estos conceptos se someterán al correspondiente proceso de liquidación por la CNE, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 2017/1997, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

Pues bien, ese Real Decreto 2017/1997, como hemos dicho ya, si bien es cierto que en su artículo 8 dispone que las liquidaciones mensuales se realizarán a cuenta de la definitiva, también lo es que en su artículo 21, relativo a los "Recursos", estipula expresamente que:

"Las liquidaciones que determine la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico derivadas del presente Real Decreto podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía en el plazo de un mes, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

Con todo, el Real Decreto que regula el concreto procedimiento de liquidación, muy anterior en el tiempo y de inferior rango que la LES, en cualquier caso dispone que todas las liquidaciones podrán ser objeto de recurso de conformidad con la Ley 30/1992, sin distinguir entre provisionales y definitivas y sobre todo sin excluir las provisionales.

4.3.- El artículo 107 de la Ley 30/1992:

El artículo 107.1 de la citada Ley 30/1992, titulado "Objeto y clases" y ubicado en la Sección 1ª "Principios generales" del Capítulo II "Recursos administrativos", determina que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos administrativos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Así se redactó mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la que el legislador quiso, entre otros objetivos, y en lo que aquí interesa, modificar el sistema de recursos, justificándolo en la Exposición de Motivos por "la trascendencia del sistema de recursos como institución de garantía para los ciudadanos".

4.4.. El artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional:

Por su parte, el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, también sobre la actividad administrativa revisable, ya en la vía contenciosa, que es la que nos ocupa, amplió igualmente para el ámbito jurisdiccional las condiciones de impugnación de los actos de trámite, al establecer literalmente que:

“El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.”

Tal precepto, más amplio y abierto que lo que preveía la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, encuentra su fundamento en la necesidad de ajustar tal ordenamiento jurídico procesal al Estado de Derecho y, particularmente, al desarrollo que había realizado la doctrina jurisprudencial y de los autores españoles en Derecho constitucional y Derecho administrativo.

Como bien señala la Exposición de Motivos de dicha Ley 29/1998: *“Ante todo, hay que tener en cuenta el impacto producido por la Constitución de 1978. Si bien algunos de los principios en que ésta se funda son los mismos que inspiraron la reforma jurisdiccional de 1956 y que fue deduciendo la jurisprudencia elaborada a su amparo, es evidente que las consecuencias que el Texto Constitucional depara en el punto al control judicial de la actividad administrativa son muy superiores. Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales. La proclamación de estos derechos y principios en la Constitución de 1978 y su eficacia jurídica directa han producido la derogación implícita de aquellos preceptos de la Ley Jurisdiccional que establecían limitaciones en el acceso a los recursos o en su eficacia carentes de justificación en un sistema democrático.”*

Y sigue exponiendo que *“En segundo término, es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquélla se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso*

tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas."

Con todo, procede aplicar las determinaciones de la legislación aplicable –procesal y material- en materia de admisibilidad de recursos contenciosos a la luz de la Constitución, básicamente de sus artículos 24 y 106, oportunamente trasladados a la Ley 30/1992 y a la propia ordenación legal de la naturaleza y régimen jurídico de la CNE mediante la muy reciente LES; y de conformidad con ellos, en el caso concreto, analizar si concurren los requisitos de procedibilidad que deben concurrir.

4.5.- Las condiciones de impugnación de los actos de trámite:

La Ley Jurisdiccional introdujo un cambio esencial en su artículo 1º.1 relativo al objeto del recurso contencioso administrativo, no refiriéndose ya a «*las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo*», que fue sustituida por la de «*pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*», trasladando al texto legal la más amplia expresión del artículo 106 de la Constitución.

Consecuencia de ello, se produjo un trascendental cambio objetivo en la jurisdicción contenciosa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, por cuanto no sólo se ampliaron las definidas y delimitadas categorías residenciables ante el orden jurisdiccional que ya figuraban en la Ley de 1956, sino que, a la manera de nuevo sistema abierto, son contempladas por el legislador nuevas, no ya simples categorías jurídicas objetivas, sino auténticas situaciones fácticas o materiales, o simples pasividades de la Administración pública, que son tomadas en consideración por el legislador con entidad más que suficiente para alcanzar la categoría de ser susceptibles de control a través del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

De este modo, dentro del ámbito de la «*actuación administrativa*» se incluyen también los denominados actos de trámite, siempre que reúnan determinadas condiciones, que

son las que se establecen en el inciso final del artículo 25.1 de la Ley 29/1998, al establecer que los actos de trámite son susceptibles del recurso Contencioso-Administrativo cuando *«decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos»*.

Con ello se pretende, según la Exposición de Motivos de la Ley, *«completar la adecuación del régimen jurídico del recurso Contencioso-Administrativo a los valores y principios constitucionales, tomando en consideración las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo»*; y es que la impugnabilidad de los denominados actos de trámite había sido admitida por las citadas jurisprudencias cuando impedían continuar el procedimiento o producían indefensión, precisamente con base en la configuración constitucional de la interdicción de la indefensión en su artículo 24.1.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, en el supuesto de autos, en que se está ciertamente ante un acto de trámite, habrá que analizar si éste cuenta con las características acabadas de describir, o con alguna de ellas, que ya sería suficiente, para decretar, en consecuencia, la admisibilidad del presente recurso.

4.6.- La liquidación impugnada decide el fondo del asunto:

Debemos empezar este punto recordando que la naturaleza jurídica de los actos de trámite no debe ser afirmada en abstracto, tomando como única referencia la función que la norma asigna a cada una de las resoluciones que integran la secuencia de un procedimiento administrativo, sino atendiendo también a los fines que concretamente cumplen y a los efectos que desencadenan, pues la constatación de esos fines y efectos mostrará el verdadero sentido del acto, aquel que revelará si estamos en presencia de un acto interlocutorio o de una resolución que pone fin a una fase del procedimiento administrativo autónoma respecto de otra posterior a la que predetermina en una parte sustancial de su contenido y alcance, afectando al propio tiempo derechos o intereses legítimos.

En estos exactos términos se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo, siendo un buen ejemplo de ello la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999\1839).

Aplicando esa doctrina al supuesto enjuiciado no cabe concluir sino que la liquidación provisional impugnada se erige como un acto decisorio, con una clara y firme vocación de permanencia y que, en lo sucesivo, vincula y obliga tanto a la recurrente como a la propia CNE, sin posibilidad alguna de alterar el efectivo cese del pago de la prima.

Y es que, debemos insistir en ello, se trata de la primera liquidación que se gira a cero una vez la planta ya ha agotado el cupo de horas equivalentes de referencia; precisamente por esta razón todas las liquidaciones van a ser en lo sucesivo también a cero, hasta que se inicie el siguiente año natural. No es posible modificar esa liquidación porque el agotamiento de las horas primadas (introducido por el Real Decreto-Ley 14/2010) es un hecho que no va a variar. En definitiva, en la medida en que las horas equivalentes de referencia han llegado a su fin, ya no hay provisionalidad posible en su determinación.

Es oportuno en este punto traer a colación la muy reciente Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (JUR 2012\12500), con la que se declara improcedente la inadmisibilidad decretada en vía administrativa contra un Acuerdo de distribución de retribuciones variables que asume el criterio previo de un Plan de Actuación, y que *mutatis mutandi* cabría entender asimilable al caso que nos ocupa. En sus Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo literalmente establece que:

"Lo expuesto, hace que en el caso aquí enjuiciado deba concluirse que el Acuerdo número 75 adoptado por la Comisión Permanente del CGPJ el 20 de julio de 2010 no pueda ser considerado en su integridad como un acto de mero trámite, pues si bien es cierto que encomienda al Servicio de Inspección la elaboración de los listados de cumplimiento de objetivos que habrán de ser sometidos a su posterior aprobación, no lo es menos que, en primer lugar, asume el contenido del citado Plan de Actuación y, en segundo lugar, que sujeta la confección de tales listados a los términos previstos en el mismo, de los que se desprende (vid. apartado segundo) la exclusión de su ámbito subjetivo de aplicación de todos aquellos Jueces y Magistrados que no hubiesen ejercido funciones jurisdiccionales << (...) el 1 de enero de 2009 y durante ese mismo año >> (la negrita es nuestra), por tanto de forma acumulativa.

Y es esa asunción del contenido del Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia y las Asociaciones Judiciales, en cuanto al criterio temporal para la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación, que imperativamente ha de observarse en la confección de los oportunos listados, la que excede de dicho carácter, y ha de considerarse como un acto administrativo decisorio y, por tanto, impugnabile, pues como aducen los recurrentes, no ejerciendo éstos funciones jurisdiccionales sino a partir del 20 de julio de 2009, determina su exclusión de los listados de rendimiento y, por ende, del pago de las retribuciones variables correspondientes al año 2009."

Se cumple, de este modo, el primer supuesto que, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, permite admitir a trámite el recurso contencioso.

4.7.- La liquidación discutida produce perjuicio irreparable:

Por otro lado, también concurre otro de los supuestos de hecho fijados por el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional para que pueda admitirse a trámite el presente recurso, cual es que produce perjuicio irreparable a derechos legítimos. Empezaremos por identificar ese derecho o interés legítimo del recurrente, para luego analizar el perjuicio.

En este sentido, en cuanto a lo primero, cabe decir que el derecho a la percepción de la tarifa es un derecho subjetivo perfecto. Así, el derecho del productor de electricidad en régimen especial a la tarifa regulada se crea y reconoce reiteradamente por el Real Decreto 661/2007, que lo denomina en varias ocasiones "derecho a la percepción" de una prima o tarifa, y su regulación es materialmente configuradora de una posición de poder frente a la Administración para percibir la tarifa, una vez finalizada la prestación a la que liga este derecho la administración que lo crea, esto es la construcción de una planta y su inscripción en el Registro.

Nos remitimos a los artículos 17.c), 22.1, 24.1, 35 y 44 del citado Real Decreto, bastando destacar aquí que el primero de ellos establece literalmente que "el derecho a percepción" estará supeditado a la inscripción definitiva de la instalación en el Registro de instalaciones de producción en régimen especial. Este es el hecho generador del derecho a la percepción de la prima.

Y el perjuicio producido por la liquidación provisional que se pretende revisar, dictada en aplicación del Real Decreto-Ley 14/2010, del que predicamos su inconstitucionalidad tanto desde el punto de vista formal en las razones que justifican su rango y procedimiento de aprobación como desde el punto de vista de su contenido material, consiste en que se fija un límite inexistente en la regulación anterior, como es el establecimiento de un número máximo de horas anuales primadas, no susceptible de modificación o corrección una vez llegados a ese límite.

El perjuicio se produce a partir de la primera liquidación que se gira a cero una vez la planta ya ha agotado el cupo de horas equivalentes de referencia, y que es precisamente el acto objeto del presente recurso. Y tal perjuicio es definitivo e irreparable puesto que no es posible modificar esa liquidación provisional en dicho aspecto puesto que las horas equivalentes de referencia ya han llegado a su fin. Tal circunstancia, así como el hecho de que la correspondiente liquidación definitiva que

se emita dentro de unos años no va a corregir ese perjuicio, amparan que se admita a trámite el presente recurso.

4.8.- La liquidación recurrida causa indefensión:

Finalmente, concurre también en el caso concreto otro de los supuestos habilitantes de la admisión del recurso, por dirigirse contra un acto de trámite que causa indefensión a la recurrente.

Hemos expuesto en apartados anteriores de este mismo escrito el funcionamiento detallado del sistema de liquidaciones y, muy en particular, la ausencia de plazos prefijados para resolver de un modo "definitivo" los distintos periodos de liquidación. En este mismo sentido hemos destacado que en el mes de febrero de 2012 los defendidos por esta representación están recibiendo las propuestas de liquidaciones definitivas correspondientes al mes de noviembre del año 2009.

También hemos relacionado cómo la actividad administrativa que nos ocupa va siendo regulada recientemente a través de Reales Decreto-Ley, que modifican el régimen preestablecido y al que se habían acogido los recurrentes, siendo paradigmático el Real Decreto-Ley 14/2010 que instaura el cupo de horas equivalentes de referencia. No es casual que, a pesar de contravenir la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de los requisitos fijados para utilizar ese rango normativo, se haya normado por la vía del Real Decreto-Ley, que no es susceptible de recurso jurisdiccional por los administrados.

Tampoco lo es que la Circular 3/2011 vaya más allá que la Circular 4/2009 en la configuración de una especie de peregrinaje de liquidaciones provisionales, no sujeto a plazos concretos y, con ello, de difícil encaje en la modalidad del recurso contencioso contra la inactividad en el cumplimiento de una prestación debida para con los administrados.

Y no debe perderse de vista que todo ello se produce en una materia regulada por el Derecho comunitario y transpuesta al ordenamiento jurídico interno español, de forma que las anteriores (e irregulares) situaciones impiden además que los administrados afectados por dicha regulación nacional puedan someter a los Tribunales de Justicia españoles la revisión jurisdiccional de esa transposición y su conformidad con el Derecho europeo.

Por todo ello cabe concluir que la liquidación provisional concreta que se pretende revisar causa indefensión a la recurrente. Y más indefensión causaría todavía, en unos términos inaceptables para el artículo 24 de la Constitución, una eventual decisión de ese Tribunal que acordara la inadmisibilidad del presente recurso contencioso, puesto que agravaría la situación al no permitir esa revisión e imposibilitar el planteamiento de una cuestión prejudicial y/o, en su caso, de una cuestión de inconstitucionalidad, con lo que esos concretos actos del poder ejecutivo (la liquidación, la Circular y el Real Decreto-ley) escaparían del control del poder judicial en un plazo razonable.

Utilizando las palabras de la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (RJ 2007\6009), que estima el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia que declaró inadmisibile el recurso dirigido contra el acuerdo de inicio de un procedimiento de expulsión, y que concluye que:

"No es lógico ni conforme a lo dispuesto en el artículo 51-1-c) de la Ley Jurisdiccional 29/98, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (v.g. incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (v.g. por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el artículo 62-1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)."

En definitiva, se ha acreditado la concurrencia de los supuestos de hecho que amparan la admisión del presente recurso contencioso contra la liquidación provisional de la CNE, por tratarse de un acto de trámite que decide el fondo de la cuestión, causa perjuicio y genera indefensión.

4.9.- Los Autos dictados en los recursos 198/2011 y 202/2011 no son aplicables; tampoco la jurisprudencia en la que descansan:

Por todas las razones expuestas en el presente escrito, de un modo un tanto extenso ciertamente, pero en todo caso proporcionado a la magnitud y consecuencias de una eventual resolución de inadmisión, debe concluirse que no cabe resolver sobre ello de conformidad con los Autos dictados en los recursos 198/2011 ni 202/2011, ni tampoco de acuerdo con las Sentencias citadas en aquéllos (STS de 27 de junio de 2006 y SAN de 4 de mayo de 2009).

En efecto, hemos advertido de las sustanciales diferencias existentes entre el objeto de los respectivos recursos fallados con aquellos pronunciamientos judiciales y la actuación administrativa que se pretende revisar mediante el presente recurso (prima a cero); hemos evidenciado también las determinantes diferencias en el régimen jurídico aplicable en el caso concreto (el Real Decreto-Ley 14/2010, la Circular 3/2011 y la Ley de Economía Sostenible de marzo de 2011, que reconoce expresamente la recurribilidad de los actos de la CNE, sin distinciones); hemos puesto de manifiesto las distintas pretensiones de nuestro recurso respecto aquéllos (planteamiento de una cuestión prejudicial), así como los diferentes fundamentos (Derecho comunitario); y, en definitiva, con ello, sí hemos acreditado en nuestro caso el cumplimiento efectivo de los supuestos de hecho establecidos por el artículo 25.1 de la Ley 29/1998 para que pueda admitirse el recurso contra la liquidación provisional.

De hecho, tal decisión de admitir el recurso en atención a las circunstancias concretas sería compatible con dichos pronunciamientos ya dictados y, sobre todo, sería conforme con lo dispuesto por el Real Decreto 2017/1997, por cuanto su artículo 21 prevé la recurribilidad de las liquidaciones dictadas por la CNE.

Quinta.- La recurribilidad de la liquidación provisional según el Derecho comunitario. Subsidiariamente, solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la recurribilidad, antes de resolver sobre la inadmisibilidad

5.1.- La doctrina del Tribunal de Justicia:

5.1.1.- Tal como hemos avanzado en el punto 2.2 anterior, el sector regulado por el Real Decreto-Ley indirectamente impugnado está regulado por el derecho comunitario. Ello supone que el principio de no discriminación tal como se ha configurado por el ordenamiento europeo es de directa aplicación y se inserta en el derecho nacional.

Pero no solamente esto. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido construyendo a lo largo del tiempo una serie de principios instrumentales que han tenido como objetivo garantizar que el derecho emanado de las instituciones europeas tuviera una real y efectiva aplicación en los derechos nacionales y no se quedara como un mero derecho supranacional.

Efectivamente la doctrina jurisprudencial ha desarrollado una serie de instituciones o principios instrumentales que han tenido como objetivo resaltar la superioridad jerárquica del derecho comunitario por encima del derecho nacional que afecta por igual a los operadores jurídicos, a los poderes de estado y a los ciudadanos y dotarlo de medios para hacerla efectiva, como medio para que la comunidad lograra sus fines.

En el caso que nos ocupa se invoca la supremacía del derecho europeo, el principio de aplicabilidad directa del derecho comunitario y la doctrina del efecto útil que erige como método interpretativo principal el criterio teleológico si el literal o el sistemático no logran su efecto.

5.1.2.- En primer lugar, debemos referirnos a la existencia del criterio interpretativo según el cual la recurribilidad de los actos de trámite debe aplicarse en sentido amplio, y no restrictivo. Y, en este sentido, debemos empezar recogiendo la interpretación que da el propio Gobierno Español cuando, enfrentado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la Directiva 89/665 relativa a la contratación pública, está obligado a justificar que la legislación española sí otorga la posibilidad de recurrir un acto que a pesar de denominarse de trámite, implica por sí mismo una toma de posición.

Nos estamos refiriendo al asunto C-214/00, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España a propósito de la Directiva 89/665. La Sentencia de fecha 15 de mayo de 2003, recoge en su punto 67 la alegación realizada por España para defender que efectivamente la distinción entre actos de trámite y actos definitivos contenida en los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25.1 de la Ley 29/1998 no reducía la aplicación de la Directiva en cuestión:

“El Gobierno español alega que la posición de la Comisión se basa en el desconocimiento del concepto de acto de trámite. Estima que, por definición, un acto de trámite no ocasiona un perjuicio al interesado sino que como mucho prepara una decisión definitiva que le será favorable o desfavorable. Así, el acto de trámite no implica una toma de posición sino que forma parte de un procedimiento iniciado con el fin de obtener una decisión. A este respecto, el Gobierno español explica que, si un acto con apariencia de acto de trámite implicase por sí mismo una toma de posición, dejaría de ser un acto de trámite propiamente dicho y sería recurrible.”

Por supuesto la negrita es nuestra puesto que no puede ser más elocuente la justificación para defender el derecho de defensa: si un acto aparentemente de trámite implica una toma de posición, es recurrible.

5.1.3.- En segundo término, nos referimos a la regla de no aplicación por parte del Juez nacional de una disposición o acto que se oponga al derecho comunitario. Así, en la cuestión prejudicial que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978 en el asunto 106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal (caso Simmenthal) se planteaban dos cuestiones prejudiciales relativas a las consecuencias de la aplicación del principio de aplicabilidad directa del Derecho comunitario en el caso de contradicción entre el Derecho comunitario y una disposición posterior de la Ley nacional.

El tribunal, después de recordar que la aplicabilidad directa significa que las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto de forma uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia y en consecuencia fuente inmediata de derechos y obligaciones para aquellos a quienes afectan (cdo. 14 y 15) afirma rotundamente que *“este efecto también afecta a los Jueces que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tiene por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares por el Derecho comunitario”* (cdo. 16) repitiendo más adelante que *“los jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares”* (cdo. 21), y añade este punto, ya sea de norma nacional anterior o posterior.

El caso Simmenthal precisa todavía más la cuestión y en esta Sentencia encontramos una afirmación que podría aplicarse *mutatis mutandis* al caso de autos: afirma el Tribunal que es incompatible con el Derecho comunitario cualquier disposición nacional que impida al Juez nacional la aplicación del Derecho comunitario.

Y de todo ello concluye que el Juez nacional *“está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas [se refiere a las de Derecho comunitario] dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”* (cdo. 24).

Esta regla es de plena vigencia al caso que nos ocupa: una norma nacional, o siendo más preciso, la interpretación literal de un norma nacional, la Circular 3/2011 y el Real Decreto 2017/1997 impiden al Juez –en este caso, la Sección 4ª- de la Audiencia Nacional a la que nos dirigimos, entrar a analizar si se ha cometido la infracción de una norma fundamental en el ordenamiento comunitario, el principio de no discriminación.

Ya hemos alegado más arriba (vide punto 2.2) que el Real Decreto-Ley 14/2010 contiene en su seno numerosas vulneraciones al principio de no discriminación, e incluso contiene una discriminación *prima facie*.

El Juez nacional es igualmente juez comunitario y debe inaplicar “por su propia iniciativa” cualquier disposición nacional que se oponga al Derecho comunitario. En los Estados Miembros con un sistema de jurisdicción concentrada, como es el caso del Reino de España, los poderes que ostenta el juez nacional ordinario no son los mismos cuando tan sólo actúa como juez nacional y cuando actúa como juez Europeo. El Tribunal Constitucional sostiene que la eventual infracción de la legislación Europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la pretendida naturaleza provisional otorgada por la norma nacional está impidiendo al juez nacional entrar a examinar la vulneración de derecho comunitario, de modo que la consecuencia jurídica de este supuesto de hecho tiene que ser necesariamente la inaplicación de aquellas barreras que impiden enjuiciar la vulneración del derecho comunitario.

En este sentido recordamos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya tuvo ocasión de aplicar esta doctrina en relación con una normativa española en su Sentencia de 11 de julio de 1989 en el asunto 170/88, Ford España, S.A. c. Estado Español (Administración de Aduanas). Esta Sentencia concluye que:

“2. El Juez nacional encargado de aplicar, en asuntos que sean de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar plenos efectos a dichas normas, dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de dicha disposición (véase sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. 1978, p. 629).”

A modo de conclusión en este punto, si unimos la alegación del Gobierno de España para defender la existencia de un sistema de tutela efectiva, es decir, que cuando el acto es aparentemente de trámite pero materialmente supone una decisión sobre el fondo, al hecho de que los actos de liquidación a cero ya no van a variar y son por tanto decisiones sobre el fondo, junto con la facultad del Juez nacional para inaplicar una norma contraria al Derecho comunitario, la única conclusión posible es que el Juez nacional debe apartar la apariencia de provisionalidad otorgada por la Circular y permitirse entrar en el fondo del asunto que presenta de entrada *–prima facie–* una fuerte impresión de estar infringiendo un principio clave del ordenamiento comunitario.

Sexta.- Más subsidiariamente, no procede resolver sobre la inadmisión al menos hasta que se haya remitido el expediente administrativo por la CNE y se haya deducido demanda

Más subsidiariamente, para el negado supuesto de que no se accediera a las anteriores peticiones, y según disponen los artículos 51.1.c) y 58 de la Ley Jurisdiccional, esta parte actora interesa que ese Tribunal no resuelva sobre la admisibilidad del presente recurso al menos hasta que se haya deducido el principal escrito de demanda, y una vez recibido el expediente administrativo correspondiente de la CNE demandada.

En este sentido, el artículo 51.1.c) prevé la declaración de no haber lugar a la admisión del recurso pero tras el examen del expediente administrativo, y por su parte los artículos 58 y 59 regulan esa inadmisión una vez presentada la demanda.

En caso contrario se infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la revisión jurisdiccional, causando una evidente indefensión, cuya mención efectuamos también a los efectos oportunos.

Por ello,

SUPLICO A LA SALA: Tenga por cumplimentado en tiempo y forma por esta parte actora el trámite de audiencia conferido mediante la Providencia de 27 de febrero de 2012 y, de conformidad con las alegaciones formuladas: (1) al amparo de lo dispuesto por el artículo 37.2 de la Ley Jurisdiccional, tenga por manifestada la conformidad por esta representación y defensa con tramitar el presente recurso con carácter preferente

para todos aquellos recursos que, teniendo idéntico objeto, hayan sido o vayan a ser promovidos por esta misma defensa y representación; (2) de acuerdo con lo establecido por el artículo 24 de la Constitución y por el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, acuerde admitir a trámite el presente recurso por tratarse su objeto de un acto susceptible de impugnación; (3) o, subsidiariamente, no resuelva sobre esa inadmisibilidad hasta que se haya resuelto la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la recurribilidad de la liquidación provisional objeto de recurso, cuyo planteamiento anunciamos; (4) o bien, más subsidiariamente, según disponen los artículos 51.1.c) y 58 de la Ley Jurisdiccional, no resuelva sobre la admisibilidad del presente recurso hasta que se haya deducido el escrito de demanda una vez recibido el expediente administrativo correspondiente.

Madrid, 20 de marzo de 2012.

Piet Holtrop
Abogado

Felipe Juanas Blanco
Procurador



LETRADO: *V. Piet Altop*

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004**

FELIPE JUANAS BLANCO
ELENA JUANAS FABERO
Procuradores de los Tribunales
C/ Constanta, 27 b apt. 28002 Madrid
Tel. 91 562 25 97 Fax 91 562 55 68
juanablanco@gmail.com

URGENTE

MI REF: 15294
SU REF:

N40010

C/ PRIM 12 28071

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0005457

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000877 /2011 /

Sobre OTROS

De D./Dña.

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO

Contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA

ABOGADO DEL ESTADO

A U T O

NOTIFICADO VIA LEXNET

07 MAYO 2012

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. TOMAS GARCIA GONZALO

D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

D^a ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO

D^a ANA ISABEL MARTIN VALERO

En MADRID, a veintitrés de Abril de dos mil doce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, en nombre y representación de presentó recurso contencioso-administrativo contra la liquidación a 0 euros en concepto de primas a las instalaciones fotovoltaicas efectuada por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) por el concepto de tarifa regulada correspondiente.

SEGUNDO.- Tal liquidación se ha efectuado conforme al nuevo régimen retributivo para las instalaciones fotovoltaicas en régimen especial del subgrupo b.1.1. establecido en la Disposición Adicional Primera y Transitoria Segunda del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueban medidas para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

TERCERO.- La Sala acordó oír a la parte recurrente sobre la aplicación del régimen procedimental del artículo 37.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) señalando a tal

VENCIMIENTO DE PLAZO
DIA 14 DE MAYO DE 2012



efecto el presente recurso como de tramitación preferente para todos los incoados bajo la misma defensa y representación; también se acordó oír a las partes sobre la inadmisibilidad del recurso en los términos de los autos dictados en los recursos 198 y 202, ambos de 2011.

CUARTO.- La actora ha presentado escrito alegando lo siguiente:

1° Que está conforme con la aplicación del artículo 37.2 LJCA.

2° Que se opone a la inadmisibilidad, cuestión ésta procedimental ligada al fondo del litigio consistente en la limitación de horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas para lo que expone el régimen primado.

3° Expone el régimen de liquidaciones y los efectos discriminatorios que produce así como el contenido de las distintas liquidaciones previstas en la vigente Circular 3/2011 resaltando la falta de previsión de plazos para la elaboración de las liquidaciones provisionales finales 2ª y 3ª y la definitiva.

4° Sostiene que, de inadmitirse el presente recurso, se le ocasionaría indefensión pues desde la entrada en vigor de la anterior Circular 4/2009 aun no se ha practicado ninguna liquidación definitiva pues en febrero de 2012 se está aun recibiendo las propuestas de liquidaciones definitivas de noviembre de 2009.

5° No procede recurrir frente a la inactividad material de la Administración pues prolongaría la situación de discriminación que sufre aparte de que las tres últimas liquidaciones carecen dies a quo pero no ad quem o bien ni uno ni otro.

6° Alega que también se le causa indefensión no podría recurrir la infracción en al que incurre el Real Decreto Ley 14/2010 al tratarse de una norma con rango formal de ley.

7° Expone las diferencias con los asuntos inadmitidos en los recursos 198 y 202 /2011, en concreto se trata de recursos que se han iniciado mediante demanda aparte de que en esos recursos se atacaban los tres primeros meses de 2011, esto es, cuando aun se perciben primas por horas equivalentes mientras que en su caso se impugna una liquidación cuando ya se ha agotado el cupo de horas de referencia, luego cuando esas horas de han agotado ya no cabe hablar de provisionalidad.

8° Por último expone la recurribilidad de la liquidación impugnada según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre como la LJCA sin que sea aplicable al caso de autos la jurisprudencia citada en los Autos dictados en esos otros recursos.

Expresa el Magistrado designado ponente, Ilmo. D. JOSE LUOS REQUERO IBÁÑEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cuanto a la aplicación del régimen el artículo 37.2 LJCA, al estar conforme la parte recurrente se acuerda tal aplicación fijándose el presente recurso como testigo de los demás promovidos bajo la misma defensa y representación.

SEGUNDO.- Las liquidación impugnada se ajustan al RD 2017/1997 y a la Circular 4/2009, de 9 de julio, de la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE). Conforme a esa normativa las liquidaciones se devengan por meses y así se comienza en el mes m+1, con la Liquidación Provisional Inicial, en el mes m+3, se emite la Liquidación Provisional Intermedia y en el mes m+11, la Liquidación Provisional Final Primera; finalmente se emite una Liquidación Definitiva en el mes en se reciba la información definitiva correspondiente de las actividades reguladas que, así hay que deducirlo, es la impugnable.

TERCERO.- En cuanto a la inadmisibilidad del presente recurso, la Sala viene aplicando la STS de 27 de junio de 2006 referida a un pleito en el que se impugnaba una liquidación provisional y a cuenta de otra definitiva que es en la que determinarían los cobros y pagos de los agentes a tenor del apartado 1.11.3 del Anexo I del RD 2017/1997, de 26 de diciembre, norma aplicable en ese pleito. La referida Sentencia entendió que las liquidaciones provisionales no son actos recurrible ex artículo 107 Ley 30/1992, de 26 de diciembre, pues los perjuicios que irroguen serían corregibles en la liquidación anual definitiva, y de no serlo, es cuando cabría promover recursos administrativos o jurisdiccionales.

CUARTO.- Esta Sala en Sentencias de esta Sección, de 15 de junio del 2011 (recurso 48/2010); de la Sección 8ª de 4 de mayo de 2009 (recurso 1233/2007), y de 13 de septiembre de 2010 (recurso 1268/2007) entre otras, ha recogido tal doctrina señalando que si bien el artículo 21 del RD 2017/1997 prevé que las liquidaciones de la entonces Comisión Nacional del Sistema Eléctrico son recurribles ante el Ministerio de Industria y Energía, la remisión a la Ley 30/1992 implica que serán recurribles en la medida que tal Ley lo permita. También se razonaba en las citadas Sentencias que aunque no se discutiese la cuantía de las liquidaciones provisionales, sino uno de los presupuesto de hecho de las mismas, nada impide que emitida la liquidación definitiva tal alegato pueda hacerse valer.

QUINTO.- En casos como el de autos se han venido impugnado liquidaciones provisionales, a cuenta, que se devengan mes a mes, hasta que llegar al número de horas límite previsto en la Disposición Adicional Primera del RD-Ley 14/2010. Cubiertas esas horas, ya no se emite liquidación de primas equivalentes que implique orden de pago titular de la instalación acogido al régimen de venta a tarifa; pues bien, en el presente recurso lo que se impugna es ya una liquidación a cero.

SEXTO.- La Sala ha venido aplicando esa doctrina general, predicable de todo procedimiento en el que los actos consistentes en liquidaciones provisionales, por ser a cuenta de otra definitiva, constituyen actos de trámite, sin que tal régimen jurídico haya sido alterado por el RD-Ley 14/2010, lo que confirma la Circular 3/2011. En consecuencia, aun cuando la liquidación aquí impugnada sea a cero, al ser consecuencia de la aplicación del citado régimen, no deja de insertarse en ese procedimiento de liquidación sin que constituya un acto de trámite cualificado por determinar ya el número de horas objeto de liquidación, ni el acto que pone fin a tal procedimiento.

SÉPTIMO.- Al margen de las peculiaridades de ese caso, también ha entendido la Sala que desde el punto de vista de la disciplina de la Ley 30/1992 y de la LJCA, lo relevante es que cuando se trata de liquidaciones provisionales no se está ante actos impugnables conforme al artículo 107 Ley 30/1992 pues los perjuicios que deriven de ellas son corregibles en la liquidación anual definitiva, y si no lo fueran, abrirán la puerta de los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes.

OCTAVO.- La parte actora opone que en el caso de autos no se está ante liquidaciones devengadas mes a mes hasta que se cubra el número de horas límite previstas en el RD-Ley 14/2010, sino que lo impugnado es ya la mensualidad en la que el saldo es cero por haberse agotado el número de horas. Sin embargo tal alegato no permite entender que se está ante actos de trámite cualificados, esto es, de los previstos en el artículo 25.1 LJCA, luego impugnables tal y como antes se ha expuesto.

En atención a lo razonado;

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º Declarar inadmisibile el recurso deducido frente a la liquidación provisional a cero objeto de recurso.

2º Llévase la presente resolución a los recursos promovidos bajo la misma representación y defensa.

Contra esta resolución cabe recurso de reposición en el plazo de CINCO DIAS, a partir de su notificación, que habrá de interponerse ante esta Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los señores al margen reseñados. Doy fe.

Sello
2604



15274

Sección Cuarta
Recurso ordinario 877/2011

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales y de representación ya acreditada en el proceso, comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito, al amparo de lo dispuesto por el artículo 79 en relación con la Disposición adicional octava de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y según indica la propia Resolución, interpongo recurso de reposición contra el Auto de 23 de abril de 2012, que declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto frente a la liquidación provisional objeto del mismo, de conformidad con las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Planteamiento del recurso

Mediante escrito de 20 de marzo de 2012 esta parte cumplimentó el trámite conferido por ese Tribunal sobre la admisibilidad del presente recurso. Y por el Auto recurrido de 23 de abril de 2012 se ha resuelto la inadmisión del recurso. Pero, a criterio de esta parte actora, por un lado, dicha resolución no es congruente con las alegaciones planteadas por esta parte —pues deja muchas sin responder—, y por otro lado, no motiva suficiente ni acertadamente la decisión de inadmisión, al aplicar de forma no razonada los requisitos de acceso al recurso contencioso de acuerdo con las concretas circunstancias que concurren en el caso concreto. Por ello, entiende esta parte que procede en Derecho estimar esta reposición y dictar nueva resolución que admita a trámite el recurso.

Con tal finalidad, dividimos los fundamentos de este recurso de reposición distinguiendo la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva o *ex silentio* (alegación Segunda); la infracción de esa tutela judicial efectiva por negar el acceso a la justicia contenciosa mediante una interpretación contraria a los principios *pro actione* y de proporcionalidad, que obligan a aplicar los requisitos de acceso fijados legalmente (artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; artículo 25 de la Ley Jurisdiccional; y artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) de acuerdo con su naturaleza y finalidad y en atención a las concretas circunstancias del caso (alegación Tercera); y la disconformidad a Derecho de la decisión de inadmisión de acuerdo con el Derecho nacional y comunitario (alegación Cuarta).

Segunda.- Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva o *ex silentio*

2.1.- Estima esta representación que el Auto impugnado en reposición no da respuesta motivada y fundada en Derecho a todas y cada una de las cuestiones oportunamente suscitadas por la recurrente en su escrito de alegaciones sobre la admisibilidad, o lo que es lo mismo, incide en incongruencia omisiva o *ex silentio*.

La congruencia se define como comparación entre lo pedido y lo declarado en la resolución judicial, comparación entre la parte dispositiva y el objeto del proceso, objeto que incluye los hechos concretos que sustentan la correspondiente pretensión. Así se manifiesta por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de marzo de 1997 (1997/1632), al establecer lo siguiente:

"Como recoge la Sentencia de este Tribunal Supremo de 22 octubre 1994, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo - partes- y objetivo -petitum- y causa de pedir. La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado («petitum») como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento («causa petendi»). «Petición» y «causa», ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial."

En parecidos términos se expresa por su parte el Tribunal Constitucional en la STC 98/1996, de 10 de junio, cuando dispone:

"El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone, pues, la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitando por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivo -causa de pedir y petitum-, de manera que la adecuación debe atender tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos que sustentan su pretensión."

Ciertamente, si el juicio de congruencia de la resolución judicial exige la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la *causa petendi* y el *petitum*, se incide en incongruencia omisiva cuando, como en el caso que nos ocupa, se deja sin respuesta lo pretendido por la parte recurrente al formular oportunamente sus alegaciones sobre la admisibilidad del recurso. Así se dispone claramente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 1994 (1994\222), que establece:

"En segundo término y dado que en el presente caso se denuncia el vicio de incongruencia omisiva, ha de recordarse que ésta se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta lo pretendido por las partes, salvo que el silencio de la resolución pueda razonablemente ser interpretado como desestimación tácita, tras ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso [SSTC 175/1990, 198/1990, 163/1992 y 226/1992]."

En nuestro supuesto, el Auto que es objeto de este recurso de reposición infringe el artículo 24 de la Constitución de 1978, así como la doctrina jurisprudencial que desarrolla el

concepto procesal de congruencia como requisito de la Sentencia, incardinado todo ello dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.2.- En efecto, pese a que la empresa recurrente planteó en su escrito de alegaciones varias cuestiones fácticas y fundamentos jurídicos –tanto procesales como sustantivos- cuyo conocimiento y decisión por el órgano judicial era trascendente o esencial para decidir sobre la admisión del recurso contencioso, lo cierto es que el Auto impugnado no da una expresa respuesta razonada sobre todas esas cuestiones.

Debemos destacar en este punto que, si ya es grave que se deniegue el acceso a la justicia pese a cumplirse en el caso concreto los requisitos legalmente fijados, como analizaremos posteriormente, tanto más grave cuanto que se decide inadmitir el recurso sin resolver todas las alegaciones planteadas por la parte actora precisamente sobre esa concurrencia.

Nos referimos particularmente a los hechos y fundamentos oportunamente esgrimidos en las alegaciones Cuarta y Quinta. Así, nada responde el Auto recurrido sobre la determinación del artículo 22 de la Ley de Economía Sostenible (alegación 4.1 del escrito de esta parte de 20 de marzo de 2012), que establece expresamente que las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) pondrán fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nada dice tampoco el Auto impugnado sobre la concurrencia en el caso concreto, en función de las singularidades del supuesto, de las condiciones fijadas por el artículo 107 de la Ley 30/1992 y por el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional para impugnar actos de trámite (4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 y 4.8), en la medida que la liquidación provisional que se pretende discutir decide el fondo del asunto, produce perjuicio irreparable y causa indefensión.

Y deja igualmente imprejuzgada la alegación relativa a la recurribilidad de la liquidación provisional según el Derecho comunitario y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (5), cuestión esta que en el caso concreto justifica la admisibilidad del recurso.

Es más, el Auto recurrido en reposición tampoco da respuesta a las dos pretensiones formuladas con carácter subsidiario por esta parte: tanto la solicitud de no decidir sobre la inadmisibilidad hasta que se haya resuelto la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la recurribilidad de la liquidación provisional objeto de recurso, cuyo planteamiento se solicita en el propio escrito (alegación Quinta); como, más subsidiariamente, y según disponen los artículos 51.1.c) y 58 de la Ley Jurisdiccional, la petición de no resolver sobre esa admisibilidad hasta que se haya deducido el escrito de demanda una vez recibido el expediente administrativo correspondiente.

Todas estas cuestiones y fundamentos fueron planteados oportunamente y no han merecido ninguna consideración en el Auto que directamente declara la inadmisión del recurso, sin que quepa entenderlos más o menos desestimados tácitamente a la vista de los Fundamentos de Derecho del Auto recurrido. Tanto es así que esas cuestiones ni se recogen en el Antecedente de Hecho Cuarto del Auto, en el que supuestamente se resume el contenido de las alegaciones formuladas por esta parte.

Así las cosas, en consecuencia, el Auto de 23 de abril de 2012 incide en una falta sustancial de correlación entre las peticiones y lo resuelto o, dicho de otro modo, incide en incongruencia. Ello, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/91, de 11 de marzo, Fundamento Jurídico 2º, se convierte en una "denegación técnica de justicia", contraria al artículo 24.1 de la Constitución. Y también es de aplicación al caso la STC 85/2000, de 27 de marzo, cuando en su Fundamento Jurídico Tercero establece que:

"Finalmente, debemos añadir que para que la denominada incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional resulta obligado constatar que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada fue efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, F. 6; 129/1998, de 16 de junio, F. 5; 1/1999, de 25 de enero, F. 2 y 132/1999, F. 4)."

Y en idéntico sentido se manifiesta la STC de 13 de septiembre de 2004 (RTC 2004\146). Tal vulneración debería llevar a ese Tribunal a estimar el presente recurso de reposición, con mayor razón si cabe si se tiene en cuenta que ninguna instancia administrativa o judicial ha resuelto o se ha pronunciado sobre los fundamentos no considerados.

Tercera.- Disconformidad a Derecho del Auto de inadmisión

3.1.- Ratificación del escrito de alegaciones de 20 de marzo de 2012: Pasamos seguidamente a justificar la disconformidad a Derecho de la decisión de inadmisión y, correlativamente, a acreditar los motivos existentes para que se admita a trámite el recurso. Con esa finalidad, y para evitar reiteraciones, nos remitimos a los fundamentos esgrimidos en nuestro escrito de 20 de marzo de 2012, que no se contestan ni rebaten por el Auto impugnado.

3.3.- Infracción del Derecho Europeo: El Auto recurrido ignora completamente la dimensión comunitaria del asunto que nos ocupa y resuelve en sede interna y de conformidad con una doctrina jurisprudencial contraria al derecho europeo. Con el fin de forzar una resolución explícita basada en el derecho comunitario pasamos a analizar con detalle la concurrencia de los requisitos necesarios para aplicar este ordenamiento.

Con el doble objetivo de invocar la aplicación del derecho europeo al caso de autos y la responsabilidad del juez nacional de actuar como juez comunitario de conformidad con la consolidada y uniforme doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE de ahora en adelante), pasamos a analizar la concurrencia de todas las premisas y requisitos necesarios para justificar la aplicabilidad del derecho comunitario con el que el derecho nacional entra en conflicto en el caso que nos ocupa, aplicación que por definición excluye la de la norma nacional y todas aquellas interpretaciones que impidan el efecto útil de la norma comunitaria invocada.

Ante el silencio del auto recurrido frente a cualquier dimensión europea, sea en el fondo sea en sede de admisibilidad, pasamos a analizar la aplicabilidad y eficacia del Derecho comunitario con el fin de apartar la doctrina invocada en el Auto recurrido y sustituirla por la verdaderamente aplicable en cumplimiento del ordenamiento jurídico.

I.- El efecto directo de la Directiva 2009/28

En primer lugar examinaremos el efecto directo de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y su Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables y por el que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

De conformidad con esta consolidada jurisprudencia del TJUE, las directivas gozan de efecto directo, es decir, pueden ser invocadas por el particular frente al Estado que no la haya incorporado a su ordenamiento en tiempo o la haya incorporado incorrectamente, eludiendo su cumplimiento, siempre que, evidentemente, haya expirado el plazo dado a los Estados para la adaptación interna o esta adaptación sea insuficiente o deficiente, de tal modo que la obligación de resultados que para los Estados miembros supone la Directiva, este resultado no se logre. En este punto debemos llamar la atención sobre un error de traducción que contiene la Directiva en su versión española, ya que en todas las versiones menos la española, la fecha límite de transposición se fijó el 5 de diciembre de 2010 y no el 25 de diciembre de 2010. Ello se puede comprobar fácilmente en la página web <http://eur-lex.europa.eu> donde puede consultarse sin mayor esfuerzo la versión en todos los idiomas de la Unión.

El hecho de que el RDL 14/2010 entre en vigor el 1 de enero de 2011 implica que queda plenamente dominado por la Directiva 28/2009, de forma que cualquier autorización o modificación de una autorización realizada fuera del plazo de transposición debe inaplicarse si como es el caso, es contraria a la Directiva.

Precisamente el RD-Ley 14/2010 limita las horas de producción que dan derecho a percibir la tarifa regulada afecta de pleno a las normas de autorización, certificación y concesión de licencias, a posteriori, puesto que cambia radicalmente el modo en el que, dentro del sistema de apoyo utilizado por el gobierno, se incentiva la instalación de plantas generadoras.

El efecto directo descansa sobre el principio fundamental de primacía del Derecho comunitario respecto del derecho nacional, en aquella materia competencia de la Unión.

Esta doctrina se inició con la Sentencia Costa Enel y se consolidó con la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, C-106/77, la cual, tras recordar en su párrafo 16 que la aplicabilidad directa del derecho de la unión es fruto del principio de primacía según vino establecido en Costa / Enel en los siguientes términos,

"también afecta a los jueces que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares por el Derecho comunitario"

Concluye en su párrafo 24

<<que, por tanto, hay que responder a la primera cuestión que el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar

la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”

La norma indirectamente impugnada, es decir el Real Decreto Ley 14/2010 es una norma posterior a la expiración del plazo de transposición dispuesto por la Directiva 28/2009.

Según la doctrina establecida por el TJUE una Directiva tendrá efecto directo si por su naturaleza (1), estructura (2) y términos (3) es susceptible de producir efecto directo (de acuerdo con los requisitos exigidos para las otras normas de derecho derivado europeo, Reglamentos y Decisiones) y si la precisión (4) de sus términos, la claridad (4) y la incondicionalidad (5) permiten anticipar el contenido de la norma nacional, lo que permitirá su invocación frente al Estado y solamente producirá efectos en el caso concreto (inter partes).¹

Analizaremos la Directiva 2009/28 a la luz de estos presupuestos, tal como doctrinalmente han sido desarrollados siguiendo las consideraciones que el mismo Tribunal realiza cuando se le plantean cuestiones de este orden.

1.- Naturaleza: la norma en cuestión se dicta en el marco del sector energético en general y el fomento del desarrollo de energías nuevas y renovables en particular, sector sin duda competencia de la Unión Europea.

Ello es así del mismo Tratado de la Unión Europea, donde en su artículo 194 afirma que

“1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:
c) *fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y”*

La Directiva 28/2009 se dicta en el marco de esta competencia y viene a sustituir las directivas 2001/77 y 2003/305 anteriores sobre la materia, tal como ella misma recuerda en el apartado (7) de su preámbulo

“La Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, definieron los diferentes tipos de energía procedentes de fuentes renovables. La Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estableció definiciones aplicables al sector eléctrico en general. En aras de la seguridad jurídica y de la claridad, conviene utilizar las mismas o similares definiciones en la presente Directiva.”

Consecuente con lo anterior, su artículo 26, relativo a modificaciones y derogaciones, apartado 3 dispone que

“Quedan derogadas, con efectos a partir del 1 de enero de 2012, las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE”

¹ Fernando Díez Moreno, Manual de Derecho de la Unión Europea, quinta edición, 2009, página 326.

Materia competencia de la comunidad europea sin duda y en consecuencia sometida a sus principios, tanto en el plano material como en el plano de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional.

2.- Estructura : La norma tiene una doble estructura. Por un lado establece unos objetivos políticos de penetración de renovables, y por otro establece unas normas mínimas que rigen el marco legal que cada Estado Miembro tendrá que cumplir para transponer la directiva adecuadamente a su finalidad y objetivos.

Es decir, la Directiva establece unos objetivos vinculantes para los estados miembros, deja a la decisión política de éstos los sistemas de apoyo para lograrlos y define con precisión, claridad y de forma incondicional las normas que en todo caso deberán respetar estos sistemas de apoyo.

Así, en el preámbulo, apartado (8)

“La Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, titulada «Programa de trabajo de la energía renovable — Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible», concluyó que un objetivo del 20 % para la cuota global de energía procedente de fuentes renovables y un objetivo del 10 % para las energías procedentes de fuentes renovables en el transporte serían metas adecuadas y factibles, y que un marco que prevea objetivos obligatorios debería proporcionar al sector la estabilidad a largo plazo que necesita para poder realizar inversiones razonables y sostenibles en el campo de las energías renovables.”

Y en la parte normativa de la Directiva, el objetivo a lograr se fija en el artículo 3.1

“Cada Estado miembro velará por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables, calculada de conformidad con los artículos 5 a 11, en su consumo final bruto de energía en 2020 sea equivalente como mínimo a su objetivo global nacional en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables de ese año, tal como figura en la tercera columna del cuadro del anexo I, parte A. [...]. Con el fin de alcanzar más fácilmente los objetivos previstos en el presente artículo, cada Estado miembro promoverá y alentará la eficiencia energética y el ahorro de energía.”

Dejando a cada Estado miembro la decisión acerca de los medios con los que logrará la consecución de su objetivo en el apartado 3 del artículo 3.

“A fin de alcanzar los objetivos establecidos en los apartados 1 y 2 del presente artículo, los Estados miembros podrán aplicar, entre otras, las siguientes medidas:

a) sistemas de apoyo”

Entendiendo por Sistemas de apoyo el artículo 2.k)

“«sistema de apoyo»: cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin

limitarse a estos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas;»

Establecida la obligatoriedad de los objetivos a alcanzar y la flexibilidad a la hora utilizar los medios necesarios para alcanzar este fin, la Directiva pasa a determinar los **requisitos obligatorios** que deberán en cualquier caso cumplir los Estados miembros a la hora de utilizar los sistemas de apoyo que consideren necesarios.

La consecución de estos objetivos vendrá determinada en cada Estado miembro por un plan de acción nacional de conformidad con el artículo 4.1.

“Cada Estado miembro adoptará un plan de acción nacional en materia de energía renovable. Los planes de acción nacionales en materia de energía renovable determinarán los objetivos nacionales de los Estados miembros en relación con las cuotas de energía procedente de fuentes renovables consumidas en el transporte, la electricidad, la producción de calor y frío en 2020.”

Establecidos estos objetivos vinculantes y la libertad de los medios para conseguirlos, la Directiva establece los requisitos que deberá cumplir en todo caso cualquier tipo de política nacional.

Así en el preámbulo, apartado (25)

*“Un medio importante para lograr el objetivo de la presente Directiva es **garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas nacionales de apoyo con arreglo a la Directiva 2001/77/CE**, a fin de mantener la confianza de los inversores y de permitir a los Estados miembros diseñar medidas nacionales efectivas para el cumplimiento de los objetivos.”*

Uno de estos medios para garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas de apoyo es que de conformidad con el apartado (40) del preámbulo:

*“El procedimiento utilizado por la administración competente para la supervisión de la autorización, certificación y concesión de licencias a las instalaciones de producción de energía renovable **debe ser objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado al aplicar las reglas a proyectos específicos**. Conviene, en particular, evitar todo obstáculo innecesario que pudiera derivarse de la clasificación de proyectos de energía renovable bajo la categoría de instalaciones con alto riesgo para la salud.”*

Enunciado que se completa en el apartado (41) siguiente:

*“Ha quedado patente que la falta de normas transparentes y de coordinación entre los diferentes organismos de autorización dificulta el despliegue de las energías procedentes de fuentes renovables. Por tanto, **las autoridades nacionales, regionales y locales deben tener en cuenta la estructura específica del sector de las energías renovables** cuando revisen sus procedimientos administrativos de concesión de licencias de construcción y explotación de centrales productoras e infraestructuras asociadas de redes de transporte y de distribución de electricidad, calor y frío o combustibles de transporte procedentes de fuentes de energía renovables. Los procedimientos administrativos de autorización deben racionalizarse con calendarios transparentes en lo que respecta a las instalaciones que utilizan energía procedente de fuentes renovables. Las normas y directrices de planificación deben adaptarse para tomar en consideración los equipos de producción de calor y frío y*

electricidad a partir de energías renovables que sean rentables y beneficiosos para el medio ambiente."

3.- Términos: Establecidos los objetivos y el modo de conseguirlos, el artículo 4.1 establece sin lugar a dudas la obligatoriedad de los requisitos que deben cumplir los planes de acción nacionales

*"Los planes de acción nacionales en materia de energía renovable **determinarán los objetivos nacionales** de los Estados miembros [...] teniendo en cuenta [...], las medidas que **deberán adoptarse para cumplir los requisitos de los artículos 13 a 19**"*

Junto con lo anterior, la Directiva es susceptible de producir efecto directo si la **precisión** de sus términos, la **claridad** y la **incondicionalidad** permiten anticipar el contenido de la norma nacional. Se cumplen por la Directiva 28/2009 estos requisitos, tal como analizamos a continuación:

4.- precisión y claridad: Establecida la obligatoriedad de estos requisitos, es decir, los contenidos en los artículos 13 a 19, la Directiva los desarrolla en cada uno de los ámbitos o sectores que considera necesarios.

Así, para el caso de las instalaciones de producción dispone en el apartado 1 del artículo 13, titulado "Procedimientos administrativos, reglamentos y códigos"

*"Los Estados miembros velarán por que las normas nacionales relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican a las instalaciones e infraestructuras conexas de transporte y distribución para la producción de electricidad, calor o frío a partir de fuentes de energía renovables, y al proceso de transformación de la biomasa en biocarburantes u otros productos energéticos, sean **proporcionadas y necesarias**.*

En particular, los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que:

*d. las normas que regulan la autorización, la certificación y la concesión de licencias sean objetivas, transparentes, proporcionadas, **no discrimen entre solicitantes** y tengan plenamente en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables;"*

Efectivamente esta norma alude de forma literal a las normas nacionales relativas a los **procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias**, y la regla que establece que **no discrimen entre solicitantes** según jurisprudencia establecida es suficientemente claro y preciso para poder anticipar el contenido de la norma nacional.

En este sentido, la Sentencia de 26 de febrero de 1986 en el asunto C-152/84 (Marshall), aborda el requisito de la incondicionalidad del requisito de la no discriminación.

"Finalmente, por lo que se refiere a la cuestión de saber si la disposición contenida en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, que aplica el principio de igualdad de trato definido por el artículo 2, apartado 1, de la misma, puede ser considerado, desde el punto de vista de su contenido, como incondicional y lo suficientemente preciso, de modo tal que pueda ser invocado por un particular en contra del Estado, procede hacer constar que, considerada en sí misma, la disposición excluye cualquier discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido,

de una manera general y en términos inequívocos. La disposición es, por consiguiente, lo suficientemente precisa para ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez."

El fin de la directiva es encauzar cualquier actuación de la administración conforme a los principios enunciados en el artículo 13. La utilización indistinta de las palabras *autorización, certificación y otorgamiento de licencias* es intencional con el fin de englobar cualquier actividad de cualquier administración de cualquier estado miembro que intervenga en la promoción e incentivación de las energías renovables.

5.- Incondicionalidad

En relación con la aplicación de la prohibición de discriminar entre solicitantes de autorizaciones, certificaciones o licencias en el campo de los renovables, conviene hacer notar que dicha reserva, si bien limita el alcance material de la citada Directiva, sin embargo, no impone ninguna condición a la aplicación de este principio en su propio campo y, particularmente, no lo hace en lo que concierne al artículo 13 de la Directiva.

Además de lo anterior la no-discriminación entre solicitantes se ha de entender de modo exhaustivo y por tanto no restrictivo. No se puede discriminar entre solicitantes de autorizaciones, certificaciones o concesiones administrativas en ninguna fase del procedimiento.

En este sentido la Sentencia dictada en el asunto C-17/03 dictada el 7 de junio de 2005 en el asunto VEMW a propósito de restricción, por parte del regulador holandés, del acceso a determinados competidores, aborda frontalmente la cuestión de la prohibición de la discriminación en el sector del mercado interior de la energía en los términos que reproducimos a continuación en su integridad dada la relevancia de la doctrina expuesta en los párrafos 41 a 46

En primer lugar esta Sentencia recuerda una vez más que el criterio interpretativo **debe ser siempre el teleológico y funcional, con el fin de lograr el efecto útil** de la directiva (párrafo 41)

"Para interpretar una disposición de Derecho comunitario, procede tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse, en especial, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck, 292/82, Rec. p. 3781, apartado 12; de 21 de febrero de 1984, St. Nikolaus Brennerel, 337/82, Rec. p. 1051, apartado 10, y de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, Rec. p. I-7081, apartado 23)."

Sentado el método que debe regir en la aplicación e interpretación de la norma, establece en los párrafos 42 a 45 siguientes los motivos por los que esta norma no puede interpretarse de forma restrictiva:

"En primer lugar, el artículo 7, apartado 5, de la Directiva está formulado en términos generales y prohíbe todo «tipo de discriminación entre usuarios de la red o categorías de usuarios de la red». El tenor de dicha disposición no contiene, por tanto, ninguna indicación que abogue en favor de una interpretación restrictiva limitada a las normas técnicas."

"En segundo lugar, del contexto del artículo 7 de la Directiva se deduce que su apartado 5 no puede limitarse a las normas técnicas. En efecto, el apartado 2 del mismo artículo ya dispone que dichas normas deben ser no discriminatorias. Pues bien, si el principio de no discriminación establecido en el apartado 5 estuviera limitado a las normas técnicas, el principio establecido en el apartado 2 no tendría ninguna utilidad."

"En tercer lugar, por lo que se refiere a los objetivos de la Directiva, su considerando vigesimoquinto indica, sin prever ninguna restricción relativa a las normas técnicas, que la actuación del gestor de la red «debe ser objetiva, transparente y no discriminatoria»."

De todas estas consideraciones, el Tribunal concluye en el párrafo 45 que

"A la luz de las anteriores consideraciones, procede concluir que el artículo 7, apartado 5, de la Directiva no sólo se refiere a las normas técnicas, sino que debe interpretarse en el sentido de que se aplica a cualquier discriminación."

Por tanto no discriminar entre solicitantes de autorizaciones en ninguna fase del procedimiento debe considerarse incondicional en sí mismo así como suficientemente claro y preciso.

En este sentido debemos recordar que la directiva deja muy claro en el párrafo 40 de su preámbulo que su objetivo es englobar todo tipo de procedimiento relativo a las autorizaciones.

Dichas autorizaciones forman parte de los planes de acción nacional por disposición del artículo 4.1 *in fine* de la Directiva, planes que deberán respetar en cualquier caso el principio de no discriminación.

Cuando el artículo 13 habla de *procedimientos*, en plural, se refiere no solo al momento inicial del acto administrativo de *autorización, certificación y otorgamiento*, sino también en cualquier momento posterior de la vida de una instalación.

Utilizando los criterios interpretativos de conformidad con la doctrina del Tribunal, solo puede concluirse que el principio de no discriminación, junto con el de objetividad, proporcionalidad y respeto de las peculiaridades de cada tecnología se rige en elemento clave para el fomento de la energía renovable.

Sea cual sea el sistema de apoyo elegido libremente por el Estado miembro, en cualquier caso deberán respetar el principio de no discriminación junto con los de objetividad, proporcionalidad y respeto de las peculiaridades de cada tecnología.

No se encuentra restricción ninguna a este principio en la directiva, ni en el tiempo ni en el tipo de autorización. La directiva utiliza una serie de sinónimos " *autorización, la certificación y la concesión de licencias*" con el fin de aplicar la prohibición de discriminación a cualquier procedimiento que se podría utilizar en el contexto de los regímenes permitidos para incentivar la producción de energía a través de fuentes renovables.

Comprobado el hecho que la directiva tiene efecto directo, éstos se traducen en su invocación ante el Estado

En el caso que nos ocupa es el Gobierno de la nación el promotor del Real Decreto Ley 14/2010, sancionado posteriormente por el Parlamento.

Asimismo debemos recordar que en este procedimiento no se puede impugnar directamente la normativa debido a su rango, de modo que se impugnan sus actos de aplicación (las liquidaciones a cero) practicadas por al Comisión Nacional de Energía, que es el organismo regulador designado por el Estado para esta misión y por tanto parte igualmente del Estado.

Sólo producirá efectos en el caso concreto de conformidad con la doctrina del efecto directo, de modo que la invocación de la directiva únicamente desplegará sus consecuencias de modo directo frente a aquellos que son parte en la presente reclamación.

II. Las discriminaciones del RD Ley 14/2010 que infringen la Directiva y sus daños.

En este caso concreto se discrimina, disposición transitoria primera y disposición adicional segunda aplican dos cuadros diferentes a casos comparables, sin justificación objetiva. Se trata de una discriminación a la vista, prohibida por el citado artículo 13 de la ya también citada directiva.

En concreto esta discriminación consiste en no aplicar zonas climáticas a la limitación de horas durante los años 2011, 2012 y 2013, cuando sí se aplica para la limitación de horas para todo el periodo desde la entrada en vigor de RD Ley14/2010 hasta el año 25 de funcionamiento de cada instalación regulada por él, sin que exista explicación o justificación objetiva para esta diferenciación.

Es esta falta de justificación objetiva para un trato diferente a las mismas plantas la que convierte a esta diferenciación no justificada en una discriminación prohibida.

En Este sentido recordamos la Sentencia ya citada dictada en el caso VEMW en el C-17/2003, párrafo 48

"La prohibición de discriminación, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario, exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que tal diferenciación esté objetivamente justificada (véase, en particular, la sentencia Alemania/Consejo, antes citada, apartado 67)."

En el caso concreto de la limitación horaria de RD Ley14/2010 se discrimina.

Efectivamente la disposición transitoria segunda y disposición adicional primera aplican dos cuadros diferentes a casos comparables, sin justificación objetiva. Se trata de una discriminación a la vista, prohibida por artículo 13 de la citada directiva.

En concreto esta discriminación consiste en no aplicar zonas climáticas a la limitación de horas durante los años 2011, 2012 y 2013 (la disposición transitoria segunda, cuando sí se aplica para la limitación de horas para todo el periodo desde la entrada en vigor de RD Ley14/2010 hasta el año 25 de funcionamiento de cada instalación regulada por él (La disposición adicional primera), sin que exista explicación o justificación objetiva para esta diferenciación.

Las instalaciones a las cuales se están aplicando estas dos disposiciones diferenciadas justamente en cuando se analizan desde la perspectiva de las zonas no son diferenciadas. El caso es que todas las instalaciones a las que es aplicable la disposición transitoria segunda están repartidas por el país en la misma manera que lo son los de la disposición adicional primera.

La disposición transitoria segunda sólo podría ser objetiva si todas las instalaciones de su aplicación se encontrasen en la misma zona, lo que no es el caso. Es esta falta de justificación objetiva que convierte esta diferenciación no justificada en una discriminación prohibida.

Transcribimos la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda del RD Ley14/2010 para ilustrar esta discriminación a simple vista mediante los cuadros esquemáticos que contienen estas disposiciones:

"Disposición adicional primera. Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas.

1. Las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica tendrán derecho, en su caso, a percibir en cada año el régimen económico primado que tengan reconocido, hasta alcanzar el número de horas equivalentes de referencia, tomando como punto de inicio las 0 horas del 1 de enero de cada año.

2. Las horas equivalentes de referencia para estas instalaciones, en función de la zona solar climática donde se ubique la instalación, de acuerdo con la clasificación de zonas climáticas según la radiación solar media en España establecidas en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, serán las siguientes:

Tecnología	Horas equivalentes de referencia/año				
	Zona I	Zona II	Zona III	Zona IV	Zona V
I Instalación fija	1.232	1.362	1.492	1.632	1.753
I Instalación con seguimiento a 1 eje	1.602	1.770	1.940	2.122	2.279
I Instalación con seguimiento a 2 ejes	1.664	1.838	2.015	2.204	2.367

A estos efectos se define el número de horas equivalentes de funcionamiento de una instalación de producción de energía eléctrica como el cociente entre la producción neta anual expresada en kWh y la potencia nominal de la instalación expresada en kW.

3. La Comisión Nacional de Energía aplicará la limitación de horas que se establece en esta disposición a las liquidaciones de primas correspondientes a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica. Asimismo aplicará la limitación que se establece en la disposición transitoria segunda a las liquidaciones que se refieran a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. Para ambos casos, podrá recabar la información que precise de los titulares de las instalaciones y de los órganos competentes para la autorización de las mismas.

4. Se habilita al Gobierno a modificar mediante real decreto lo dispuesto en el apartado 2, para adecuarlo a la evolución de la tecnología."

Y

" Disposición transitoria segunda. Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas hasta el 31 de diciembre de 2013.

No obstante lo dispuesto en la disposición adicional primera, hasta el 31 de diciembre de 2013 las horas equivalentes de referencia para las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas 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, serán las siguientes:

Tecnología	Horas equivalentes de referencia/año
<i>I Instalación fija</i>	<i>1.250</i>
<i>I Instalación con seguimiento a 1 eje</i>	<i>1.644</i>
<i>I Instalación con seguimiento a 2 ejes</i>	<i>1.707</i>

En definitiva, ¿Por qué una planta situada en la zona I tiene el mismo número de horas equivalente que una situada en la zona V durante los tres primeros años y al cabo de este tiempo, las mismas plantas tienen entonces, un número de horas equivalentes diferente?

¿Hay alguna razón objetiva que permita tratar igual lo diferente –durante los tres primeros años- y luego tratar diferenciado lo que antes se trataba por igual?

No hemos encontrado respuesta afirmativa alguna, ni desde un punto de vista técnico ni, mucho menos, en ninguna justificación del propio RD Ley 14/2010.

La comentada falta de objetividad resultante en discriminación entre instalaciones comparables no es el único fallo estructural de este RD Ley14/2010.

Otros fallos estructurales del RD Ley14/2010 que nacen del error conceptual consistente en la propia limitación de horas de retribución, son la falta de objetividad y tener un efecto desproporcionado.

El recorte de las horas se calcula según la siguiente fórmula:

"A estos efectos se define el número de horas equivalentes de funcionamiento de una instalación de producción de energía eléctrica como el cociente entre la producción neta anual expresada en kWh y la potencia nominal de la instalación expresada en kW"

La fórmula tiene en cuenta la potencia nominal cuando en la realidad estas instalaciones se diferencian por su potencia pico, que es el dato que hace que una instalación sea más o menos eficiente que otra. Es arbitrario no tener en cuenta la potencia pico a la hora de calcular las horas equivalentes: la elección en la fórmula de cálculo de la potencia nominal en detrimento de la potencia pico carece de fundamento objetivo.

Carece de fundamento objetivo porque el resultado de dicha elección es que la instalación con más potencia pico, que es la más eficiente y la que más capital ha tenido que emplear para conseguir esta eficiencia es la que más se castiga por la limitación horaria de las citadas disposiciones del RD Ley14/2010.

Castigar más a uno que a otro sin fundamento objetivo se tiene que considerar discriminación. Es una discriminación a vista porque se producirá de forma inevitable como resultado directo de la aplicación de los cuadros transcritos más arriba.

El efecto desproporcionado de las dos disposiciones está en el concepto mismo de limitar las horas de retribución, cuya denominación "horas equivalentes de funcionamiento" tiene un punto cínico, porque las horas que superan los umbrales de los citados cuadros **no son horas de no funcionamiento.**

Las horas de funcionamiento que superan los umbrales de "horas equivalentes de funcionamiento" siguen siendo horas de funcionamiento, y se tienen que producir y verter a la red de modo obligatorio, vendiéndolas a precio de pool, que es un precio inferior al precio de coste de producción de esta energía. **Este efecto se ha de considerar desproporcionado, ya que obligar al productor a vender parte de su producción a un precio inferior a su coste, o lo que es lo mismo, obligarle a subvencionar la venta de parte de su producción, no está en proporción con el objetivo de racionalizar la retribución de su producción.**

El efecto descrito tiene un elemento amplificador para las instalaciones con mayor proporción de potencia pico, que son las más eficientes, ya que estas instalaciones a su vez también se ven obligadas de verter más energía a la red por debajo de su coste, siendo su coste más alto que la media. En este respecto estas instalaciones se castigan de doblemente en este aspecto.

Este efecto tiene un elemento perverso, que es la prioridad de la que goza la energía procedente del régimen especial en el sistema eléctrico. La prioridad de acceso de la producción de electricidad de procedencia renovable es un derecho que nace en las directivas europeas, y tiene como objetivo garantizar la rentabilidad de las instalaciones en el régimen especial, ya que sin ella fácilmente podría ocurrir que no podría percibir una instalación perteneciente a ello la tarifa regulada para toda su producción.

El elemento perverso consiste en que la limitación de las "horas equivalentes de funcionamiento" en combinación con el acceso prioritario tiene el efecto inverso que el efecto deseado por la regulación comunitaria.

Dicho efecto también es inverso al ratio del esquema retributivo que ha escogido España del anexo que ofrece la directiva. La idea de instaurar una tarifa regulada que remunera la producción de energía renovable justamente tiene como concepto principal **retribuir la producción y no la inversión.** Lo último sería el caso por ejemplo si se concedieran bonificaciones fiscales a la inversión. La ventaja de retribuir la producción está en la estimulación de la competencia; ya que el productor que consigue producir de manera más eficiente, a pesar de una inversión inicial más elevada a largo plazo consigue más retribución.

El sistema de "horas equivalentes de funcionamiento" del Gobierno Español tiene un efecto justamente opuesto y es absolutamente incompatible con el tipo de incentivo que había escogido en primer lugar. Como hemos demostrado el resultado de esto es una efectiva disfuncionalidad del sistema en flagrante infracción de la directiva.

Estos efectos se han de considerar igualmente infracciones a vista de artículo 13, número 1 letra d de la directiva citada anteriormente, ya que se pueden apreciar a la simple lectura y análisis de los textos legislativos.

En este lugar hay que destacar que en este análisis todavía no hemos entrado en la justificación en sí de un recorte de tarifas reguladas a la tecnología fotovoltaica. Nos hemos limitado a demostrar que los instrumentos que diseñó el Ministerio de Industria de España no son adecuado para conseguir los fines deseados, por ser contrarios al marco regulatorio establecido en la Unión Europea.

Sin entrar en la legalidad de un recorte retroactivo de las tarifas reguladas para la energía fotovoltaica queda patente en este apartado que dicho recorte se podría haber procurado sin cometer todas a parte de las infracciones descritas.

El daño causado por estas infracciones se materializa de manera inmediata, por lo cual ya no se podrá parar una vez que se haya llegado a la liquidación definitiva. El daño consiste en tener que vender la energía por un precio inferior al coste.

Aunque el objetivo de la impugnación es reparar el daño esto en si no implica que el daño sea reparable de por si. En el momento en que se produce el daño éste es definitivo e irreparable.

Únicamente un cambio legislativo o una sentencia favorable pueden reparar este daño, por lo cual, en su contexto legislativo temporal este daño es irreparable.

III. La inadmisibilidad como obstáculo para el efecto útil de la Directiva

En este sentido se pronuncia la doctrina española y muy especialmente el actual Director de la Asesoría Jurídica y Vicesecretario del Consejo de la Comisión Nacional de Energía cuando trata la tutela judicial efectiva

"() El juez nacional no sólo es garante del respeto del Derecho Europeo en el ámbito interno de los Estados miembros cuando actúa como juez de litigio principal. Lo es también cuando actúa como juez cautelar. Ello significa que aunque, en principio, ha de aplicar las normas de su Derecho procesal interno relativos a la protección cautelar - y ello también cuando actúa como juez cautelar europeo (principio de autonomía institucional y procesal)-, dicha aplicación encuentra sus límites en la exigencia prevalente que le impone el Derecho Europeo de garantizar (aun provisionalmente en sede cautelar) el respeto del Derecho Europeo y, en particular, la tutela judicial efectiva (incluida la cautelar) de los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión Europea por el ordenamiento jurídico europeo. De este modo, si el Derecho procesal interno no le permite al juez nacional garantizar provisionalmente en sede cautelar la primacía y la eficacia inmediata del Derecho Europeo en el ámbito interno de su país -ni, correlativamente, dispensar una tutela cautelar efectiva a los derechos reconocidos por el ordenamiento europeo a sus ciudadanos-, debe otorgarla, de todas formas, en virtud del Derecho Europeo y en su calidad de juez cautelar europeo, "aun a costa de su propio Derecho nacional". Reside en dicho efecto, por lo tanto, la incidencia, de capital importancia, que el Derecho Europeo opera sobre la tutela cautelar que han de dispensar las jurisdicciones nacionales. ()"²

² Enrique Linde Paniagua "Principios de Derecho de la Unión Europea, Capítulo V: Mariano Bacigalupo, El sistema jurisdiccional de la Unión Europea." Páginas 562 y sigs

Este párrafo cita a Eduardo García de Enterría en sus comentarios a la Sentencia Factorfame.

"() En el §20, la sentencia [Factorfame] cita de nuevo a *Simmenthal* para recordar para recordar que "sería incompatible con la exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho Comunitario toda disposición de orden jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que tuviese por efecto disminuir la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de rehusar al juez competente para aplicar ese Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que sea necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que supongan eventualmente un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias"³.

Hemos profundizado mucho sobre el fondo del asunto, porque son precisamente la gravedad de la infracción y la naturaleza de la norma infringida lo que permite aplicar una consecuencia jurídica frontalmente opuesta a la sustentada por la doctrina del Tribunal Supremo para inadmitir de forma inicial la demanda.

Ello es así por la doctrina de la primacía del Derecho comunitario tal como se concibió en Costa Enel, se perfeccionó en *Simmenthal* y se ha ido repitiendo a la largo de innumerables Sentencias del Tribunal de Justicia.

Tanto es así que la Declaración nº 17 aneja al Tratado de Lisboa recuerda que aun a pesar de que la primacía no está recogida explícitamente en los Tratados constitutivos es igualmente un principio fundamental del Derecho Comunitario.

Si tal como la jurisprudencia tiene declarado, la consecuencia de la primacía del Derecho comunitario frente al derecho nacional es que el juez del litigio concreto puede y debe excluir la norma interna y aplicar la norma de la unión, la única conclusión válida en este caso es la exclusión de la doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la Sentencia de fecha 27 de junio de 2006, en tanto que impide que el Tribunal al que nos dirigimos entre a determinar si efectivamente se está produciendo un incumplimiento del Derecho Comunitario.

En otras palabras, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la admisibilidad no puede aplicarse en este caso porque impide el efecto útil de la Directiva, esto es, en este caso, que no se discrimine entre instalaciones participantes en el mercado eléctrico.

El RD Ley 14/2010 produce discriminación entre instalaciones de la misma tecnología con efectos inmediatos, tal y como hemos reseñado en el anterior apartado II.

Recordaremos también que no hay posibilidad de corregir las liquidaciones a cero con liquidaciones posteriores porque lo que causa la infracción no es la ejecución de la norma (la liquidación) sino la norma en si misma, que es lo que verdaderamente se combate y que solo por razones procesales se combate por sus actos de aplicación.

Por este motivo mantener la interpretación combatida supone seguir permitiendo que una disposición normativa nacional contraria al Derecho comunitario siga desplegando sus efectos y siga causando daño que, tal como hemos manifestado en términos del Derecho comunitario es irreparable.

³ Eduardo García de Enterría, "La batalla por las medidas cautelares" páginas 105 y sigs.

Recordamos igualmente que ya pusimos de manifiesto en nuestro escrito anterior que el principio de no discriminación se erige como uno de los principios instrumentales para lograr la liberalización del mercado eléctrico, y que en consecuencia debe atravesar todas y cada una de las actividades que se realicen en este sector.

Y por supuesto este principio es uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Europea de los Derechos Humanos, normativa que el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea hace suya.

Cuestión prejudicial:

Visto lo anterior y ante las dudas razonables que inevitablemente surgen de la interpretación de esta Directiva, solicitamos en el suplico que se eleve la correspondiente cuestión prejudicial por este tribunal.

A al efecto acompañamos a continuación unas propuestas de lo que al entender de esta parte sería la síntesis de la problemática planteada:

¿Permite la Directiva 28/2009 que los Estados miembros infrinjan el principio de no discriminación provisionalmente durante por lo menos 3 años, o en otras palabras, permite esta directiva que una norma nacional posterior infractora *prima facie* de la citada directiva condicione el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario a terminar un proceso administrativo estandarizado de duración indefinida?

¿Permite la doctrina judicial del Derecho comunitario que un juez nacional no aparte una doctrina jurisprudencial o práctica judicial de un Estado miembro que tenga como resultado impedir, de manera indefinida la eficacia directa en el mencionado sentido de esta Directiva?

Cuarta.- Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva: el Auto vulnera los principios *pro actione* y de proporcionalidad al aplicar los requisitos de acceso a la justicia

4.1.- El Auto recurrido no sólo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por no responder todas las cuestiones planteadas por esta parte como fundamento de la admisión del recurso, sino que también conculca ese pilar del Estado de Derecho porque en el caso concreto aplica los requisitos legales de acceso a la revisión contenciosa de los actos de trámite –básicamente los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25 de la Ley Jurisdiccional- de forma no razonada, no razonable y no proporcionada a las circunstancias concurrentes debidamente acreditadas.

Así, el Auto recurrido se limita a reproducir las decisiones judiciales dictadas con anterioridad sobre la admisibilidad de recursos contenciosos contra liquidaciones provisionales, pero obviando que en nuestro caso se dan circunstancias que lo distinguen de

los supuestos allí enjuiciados y que ampararían la admisión del recurso de forma compatible con esa jurisprudencia.

Y es que se dan sustanciales diferencias entre el objeto de los respectivos recursos fallados con aquellos pronunciamientos judiciales y la actuación administrativa que se pretende revisar mediante el presente recurso (tarifa a cero); se han evidenciado también las determinantes diferencias en el régimen jurídico aplicable en el caso concreto (el Real Decreto-Ley 14/2010, la Circular 3/2011 y la Ley de Economía Sostenible de marzo de 2011, que reconoce expresamente la recurribilidad de los actos de la CNE, sin distinciones, y no la Circular 4/2009 que erróneamente se dice aplicable en el Fundamento de Derecho Segundo del Auto); se han puesto de manifiesto las distintas pretensiones de nuestro recurso respecto aquéllos (recurso indirecto, planteamiento de una cuestión prejudicial y de una cuestión de inconstitucionalidad), así como los diferentes fundamentos (Derecho comunitario); y, en definitiva, con ello, sí se ha acreditado en nuestro caso el cumplimiento efectivo de los supuestos de hecho y condiciones establecidos por el artículo 25.1 de la Ley 29/1998 para que pueda admitirse el recurso contra la liquidación provisional.

Sorprende que el Auto llegue a esa conclusión de inadmisión pese a tratarse de un supuesto distinto a los ya enjuiciados. En este sentido debemos destacar (1) que en el propio Fundamento de Derecho Quinto del Auto se afirma que, si bien hasta la fecha se habían impugnado liquidaciones provisionales a cuenta de las liquidaciones definitivas en concepto de tarifas a las instalaciones fotovoltaicas, "en el presente recurso se impugna ya una liquidación a cero"; (2) que en el Sexto se sostiene equivocadamente que el régimen jurídico no ha sido alterado por el Real Decreto-Ley 14/2010, cuando sí se ha alterado al introducir el cupo máximo de horas con derecho a tarifa; y (3) que, literalmente, en el Fundamento Séptimo se declara que debe estarse al criterio ya fijado por la Sala "al margen de las peculiaridades de ese caso", es decir, prescindiendo de que, al haberse agotado en el caso concreto el cupo de horas de referencia, ya es definitivo que la liquidación provisional es a cero y que también lo serán las sucesivas de esa anualidad.

Por ello no es conforme a Derecho resolver en el caso concreto de conformidad con los Autos dictados en los recursos 198/2011 ni 202/2011, ni tampoco de acuerdo con las Sentencias citadas en aquéllos (STS de 27 de junio de 2006 y SAN de 4 de mayo de 2009), como decide el Auto impugnado. Es más, la decisión de admitir el recurso en atención a las circunstancias concretas sería compatible con dichos pronunciamientos ya dictados y, sobre todo, sería conforme con lo dispuesto por el Real Decreto 2017/1997, por cuanto su artículo 21 prevé la recurribilidad de las liquidaciones dictadas por la CNE.

Si se compara el fundamento de lo resuelto con lo alegado por esta parte y, sobre todo, con los hechos y fundamentos que concurren en el caso enjuiciado, sólo cabe concluir que la decisión de inadmitir no es conforme a Derecho. En efecto, el Auto no deja de pasar con cierta superficialidad y generalidad sobre la cuestión planteada, sea dicho en estrictos términos de defensa, limitándose a reproducir con cierto automatismo decisiones anteriores con las que no guarda relación.

Así, las afirmaciones de que "no deja de insertarse en ese procedimiento de liquidación sin que constituya un acto de trámite cualificado" (Fundamento Sexto del Auto), o que "lo relevante es que cuando se trata de liquidaciones provisionales no se está ante actos impugnables" (Séptimo), y que el hecho de que se impugne ya la mensualidad en la que el saldo es cero por haberse agotado el número de horas "no permite entender que se está

ante actos de trámite cualificados" (Octavo), son todas ellas afirmaciones que no aplican el Derecho a las particulares circunstancias del caso concreto.

4.2.- Con ello el Tribunal está interpretando los presupuestos procesales en clave excesivamente formalista, está aplicando los requisitos de acceso al proceso sin atender a su naturaleza y finalidad última, y está resolviendo sobre la admisión de un recurso sin tener en consideración las concretas circunstancias del caso cuya revisión jurisdiccional se pretende.

Ciertamente el Auto decide erróneamente que no se dan las condiciones de impugnación de los actos de trámite fijadas por el artículo 107 de la Ley 30/1992 y por el artículo 25 de la Ley 29/1998, cuando ello no es así. Por un lado, la liquidación provisional decide el fondo del asunto porque pone fin a una fase del procedimiento administrativo autónoma respecto de otra posterior a la que predetermina en una parte sustancial de su contenido y alcance, afectando al propio tiempo derechos o intereses legítimos; y en el mismo sentido, se erige como un acto decisorio, con una clara y firme vocación de permanencia y que, en lo sucesivo, vincula y obliga tanto a la recurrente como a la propia CNE, sin posibilidad alguna de alterar el efectivo cese del pago de la tarifa, por cuanto se trata de la primera liquidación que se gira a cero una vez la planta ya ha agotado el cupo de horas equivalentes de referencia, de modo que todas las liquidaciones van a ser en lo sucesivo también a cero, hasta que se inicie el siguiente año natural. No es posible modificar esa liquidación porque el agotamiento de las horas con derecho a tarifa (introducido por el Real Decreto-Ley 14/2010) es un hecho que no va a variar. En definitiva, en la medida en que las horas equivalentes de referencia han llegado a su fin, ya no hay provisionalidad posible en su determinación.

Por otro lado, la liquidación provisional que pretende ser el objeto directo del recurso también produce un perjuicio irreparable puesto que no es posible modificar esa liquidación provisional en dicho aspecto puesto que las horas equivalentes de referencia ya han llegado a su fin. Tal circunstancia, así como el hecho de que la correspondiente liquidación definitiva que se emita dentro de unos años no va a corregir ese perjuicio, justifican igualmente que se admita a trámite el presente recurso por esa razón.

Y, por último, la liquidación provisional que se quiere revisar causa indefensión puesto que pretende obviar su recurribilidad; y es que se está ante una actividad administrativa, dictada a golpes de Real Decreto-Ley y ejecutada mediante un sistema de sucesivas liquidaciones provisionales, que está escapando de la revisión jurisdiccional, permitiendo dudar del efecto útil que pudiera tener una eventual Sentencia favorable dictada en el recurso interpuesto contra la liquidación Definitiva que se emita dentro de unos años.

Al no decidir sobre la admisión de conformidad con esas circunstancias acreditadas —y oportunamente alegadas por esta parte— el Auto infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso y de acceso a la justicia contenciosa, dejando sin resolver la cuestión de fondo planteada en un claro ejemplo de denegación técnica de justicia.

El órgano judicial debe justificar la aplicación de una causa legal de inadmisión, y debe ajustarla a los concretos perfiles del caso, siempre mediante una aplicación razonada, razonable y proporcionada. Así lo exige el Tribunal Constitucional en sus SSTC 11/1982, de

29 de marzo, 37/1982, de 16 de junio y 182/2004, de 2 de noviembre, en las que requiere "una aplicación razonada" de la causa de inadmisión.

Podemos citar también la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2216), por la que estima el recurso de casación y entra a revisar un acto de trámite, concretamente la aprobación condicionada de un plan urbanístico en atención al objeto del proceso y a la cuestión puntual controvertida, y que en su Fundamento de Derecho Quinto dispone que:

"No ignoramos que en este caso que ahora resolvemos, el Acuerdo impugnado en el proceso, de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 27 de octubre de 2008, sobre aprobación de la homologación y plan parcial del sector "Moli Nou", tiene la siguiente parte dispositiva: " Supeditar la aprobación definitiva de la homologación y plan parcial del sector Moli Nou al cumplimiento de lo estipulado en el fundamento jurídico octavo. La comprobación de dicho cumplimiento será efectuada por la Comisión Territorial de Urbanismo" . En la medida que este último inciso que se ha subrayado determina que la aprobación del cumplimiento de las condiciones se atribuye precisamente al mismo órgano -Comisión Territorial de Urbanismo- que acuerda la aprobación supeditada, pudiera sostenerse dialécticamente que será el pronunciamiento final de la Comisión, una vez comprobado el cumplimiento de lo interesado, el que resulte susceptible de impugnación jurisdiccional por constituir propiamente la aprobación definitiva del plan concernido, del que la aprobación anterior por el mismo órgano tendría un mero carácter provisional, con la consecuencia de su no impugnabilidad. Sin embargo, una objeción dialéctica de esta índole debe descartarse, sin necesidad de otras consideraciones, si se atiende al objeto del proceso, porque si se examina la demanda formulada ante la Sala de instancia por el Abogado del Estado, la misma gira en todo momento en torno a una cuestión puntual y específica, como es la controvertida suficiencia de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico concernido, no siendo objeto de discusión los demás extremos del plan; y ocurre que cuando la Comisión Territorial de Urbanismo aprobó el instrumento de planeamiento impugnado en el proceso, aunque "de forma supeditada" al cumplimiento de lo estipulado en el fundamento jurídico VIII del informe de la Comisión Informativa de Urbanismo, las condiciones que fijaron tal efecto versaban sobre otros extremos, pero no sobre ese tema de la suficiencia de agua, que quedó, así, ya aprobado. De este modo, no hay duda alguna de que la aprobación del plan fue verdaderamente "definitiva" en cuanto concierne a ese tema de la suficiencia de recursos hídricos; por lo que no se aprecia desde esta perspectiva inconveniente de ninguna clase para su impugnación jurisdiccional, dado que la cumplimentación de las condiciones (que deberían recogerse en un texto refundido) y su posterior aprobación por la misma Comisión Territorial de Urbanismo no tendría repercusión alguna sobre la cuestión litigiosa."

Cabe aplicar *mutatis mutandis* esa doctrina al caso concreto puesto que la liquidación a cero que contiene la liquidación provisional es ya definitiva, siendo del todo improcedente resolver sobre la admisión del recurso atendiendo tan sólo al nombre de la liquidación ("provisional") y no a los fines y efectos que genera.

En definitiva, procede revisar el Auto y dictar nueva resolución conforme a la doctrina constitucional que propugna que el órgano judicial debe interpretar las normas procesales en el sentido más favorable al ejercicio de la acción, en aplicación del principio *pro accione* y del derecho de defensa incluidos en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Quinta.- No procede la inadmisión liminar

En cualquier caso, subsidiariamente, para el negado supuesto de que no se accediera a los anteriores fundamentos y consiguientes peticiones, y según disponen los artículos 51.1.c) y 58 de la Ley Jurisdiccional, esta parte actora interesa que ese Tribunal no resuelva sobre la admisibilidad del presente recurso al menos hasta que se haya deducido el principal escrito de demanda, y una vez recibido el expediente administrativo correspondiente de la CNE demandada.

En este sentido, el artículo 51.1.c) prevé la declaración de no haber lugar a la admisión del recurso pero tras el examen del expediente administrativo, y por su parte los artículos 58 y 59 regulan esa inadmisión una vez presentada la demanda. Así se garantiza que en su caso la inadmisión se resuelva cuando el Tribunal disponga de una versión completa de la causa. Con mayor razón cuando, en el caso concreto, y como hemos expuesto con la brevedad que nos ha sido posible, la decisión de admitir o no depende en gran medida de la cuestión de fondo, pues es la que permite dilucidar si se cumplen los requisitos para definir a la liquidación provisional contra la que se dirige el recurso como un acto de trámite susceptible de recurso contencioso.

En caso contrario, de confirmarse la inadmisión liminar, se infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la revisión jurisdiccional, causando una evidente indefensión.

Por ello,

SUPLICO A LA SALA: Tenga por interpuesto en tiempo y forma por esta parte actora recurso de reposición contra el Auto de 23 de abril de 2012 que inadmite el presente recurso contencioso y, de conformidad con las alegaciones formuladas: (1) anule y deje sin efecto el Auto recurrido por las infracciones en que incurre; en su lugar (2) de acuerdo con lo establecido por el artículo 24 de la Constitución y por el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, dicte nuevo Auto por el que acuerde admitir a trámite el presente recurso por tratarse su objeto de un acto susceptible de impugnación; (3) o bien, subsidiariamente, no resuelva sobre esa inadmisibilidad hasta que se haya resuelto la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la recurribilidad de la liquidación provisional objeto de recurso, cuyo planteamiento anunciamos en la alegación Tercera; (4) o bien, más subsidiariamente, según disponen los artículos 51.1.c) y 58 de la Ley Jurisdiccional, no resuelva sobre la admisibilidad del presente recurso hasta que se haya deducido el escrito de demanda una vez recibido el expediente administrativo correspondiente.

Madrid, 14 de mayo de 2012.



Letrado D. Piet Holtop

M/R 75294

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004**

N40040

C/ PRIM 12 28071

NOTIFICADO VIA LEXNET 24 MAYO 2012

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 000545
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000877 /2011
Sobre OTROS
De D./Dña.
Letrado:
Procurador Sr./a. D./Dña. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO
Contra COMISION NACIONAL DE ENERGIA
ABOGADO DEL ESTADO

FELIPE JUANAS BLANCO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
CONSTANCIA, 22 BAJO
28002 MADRID
TELÉFONO 91 562 25 95
FAX 91 562 55 68
fjuanasb@gmail.com

**DILIGENCIA DE ORDENACIÓN
SECRETARIO/A JUDICIAL SR./A: GUILLERMINA MARTINEZ
HERNANDEZ**

En MADRID, a veintidós de Mayo de dos mil doce.

El anterior escrito presentado por el Procurador D. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO, únase al procedimiento de su razón. Visto su contenido, se tiene por interpuesto recurso de reposición, contra resolución dictada en fecha 23 de abril de 2012 y en su virtud, désele traslado del mismo con copia simple del escrito presentado a las demás partes personadas para que en el término de cinco días puedan impugnarlo.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde el siguiente al de su notificación.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL



ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL
ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE LA
AUDIENCIA NACIONAL

Núm. Abogacía: 364/12

Núm. Sección: 877/11

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL
SECCIÓN CUARTA**

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación y defensa que ostenta en virtud del artículo 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, en el recurso interpuesto por _____, ante la Sala comparece y, como mejor proceda en Derecho, dice:

Que se le ha notificado Diligencia de Ordenación de 22 de mayo de 2012 por la que se le da traslado del recurso de reposición presentado de contrario contra Auto de fecha 23 de abril de 2012 y se la da traslado del mismo para que en el plazo de cinco días pueda impugnarlo.

Trámite que evacua en tiempo y forma sobre la base de las siguientes

ALEGACIONES

ÚNICA. Esta parte no puede sino reiterar que son objeto del presente recurso liquidaciones provisionales a cuenta dictadas por la Comisión Nacional de la Energía a la actora, como productora en Régimen Especial por lo que han de entenderse inimpugnables por aplicación de lo señalado por el Tribunal Supremo, Sección 3ª, en su Sentencia de 27 de junio de 2006, que confirmó la Sentencia de 29 de octubre de 2003, dictada por la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Rec. 7/204/1999), que estableció de forma clara y contundente la provisionalidad de las liquida-

CORREO ELECTRÓNICO:
aeanacional@dsje.mju.es

C/ MARQUÉS DE DUERO 4
28001 MADRID
TEL.: 91 102 64 71
FAX: 91 102 64 42



ciones y su naturaleza de acto no definitivo y por ello no impugnabile, en los siguientes términos:

“El motivo de casación debe rechazarse pues la liquidación que se recurre es de carácter provisional y a cuenta de la que se dicte en definitiva. En efecto, basta examinar el apartado 1.11.3 del Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, para comprender que estas liquidaciones son provisionales para establecer los pagos e ingresos a cuenta parciales acumulados correspondientes a los períodos que van desde el 1 de enero hasta el último día del mes previo al inmediatamente anterior, es decir, que cada una de ellas va comprendiendo sucesivamente las previamente practicadas, hasta llegar a la liquidación anual, que es la que verdaderamente determinará de una forma definitiva los cobros y pagos de los agentes, conforme determina el apartado 1.10 del Anexo.

Estas liquidaciones provisionales no entran, por tanto, en la categoría de actos susceptibles de recursos administrativos a que se refiere el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (rcl 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), ya que los perjuicios que deriven de ellas son corregibles en la liquidación anual definitiva, y si no lo fueran, abrirán la puerta de los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes. No se opone a esta conclusión el hecho de que el art. 21 del Real Decreto 2017/1997 señale que las liquidaciones que determine la CNE derivadas del mismo podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía, pues con la remisión que dicho precepto hace a la Ley 30/92, hay que comprender que serán recurribles en la medida que dicha Ley lo permita. Tampoco es argumento en contra de la inadmisibilidad el hecho de que de las liquidaciones provisionales deriven obligaciones de pago por parte de los agentes del mercado eléctrico, pues, en definitiva se trata de cantidades que si no son debidas serán compensadas en la liquidación definitiva, y si no lo fueran cabe recurrir contra ella.



ABOGACÍA GENERAL
DEL ESTADO

No se ha demostrado además que esos pagos inmediatos causen perjuicio irreparable a la empresa, perjuicio que, en cualquier caso, al ser de índole económica sería siempre indemnizable."

Por lo demás no resta sino reiterar las alegaciones vertidas por esta Sala en el Auto impugnado en el que, tras citar la anterior sentencia, analiza pormenorizadamente el régimen jurídico y concluye la inadmisibilidad de los recursos al haber sido planteados contra actividades no susceptibles de impugnación al tener por objeto liquidaciones de carácter provisional a cuenta de la definitiva.

Por lo expuesto,

A LA SALA SUPLICA que, con admisión de este escrito, tenga por evacuado el trámite conferido, y por hechas las alegaciones contenidas en el mismo, y previos los trámites legales oportunos desestime el recurso interpuesto de contrario.

Es justicia que pide en Madrid a veintiocho de mayo de dos mil doce.

LA ABOGADA DEL ESTADO



SEGUNDO.- El mismo motivo de impugnación se plantea por no resolver la Sala sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial en cuanto al Derecho de la Unión Europea. Este alegato es ajeno a lo que se discute en este momento procesal que no es sobre la relevancia constitucional del pleito o sobre su relevancia desde el punto de vista del Derecho comunitario, sino sobre si se ha impugnado ahora un acto recurrible. Lo razonado por la actora -incluso la jurisprudencia que cita- es ajeno a este momento procesal y es más bien algo propio de la tutela judicial en cuya sede puede plantearse el *fumus boni iuris* o la inaplicación por el juez nacional de una ley estatal. Aparte de lo expuesto será cuando se recurra un acto impugnado, se presente demanda y contestación a la misma y llegue al momento de dictar sentencia, es cuando la Sala será en la tesitura de apreciar esa doble relevancia.

TERCERO.- Fuera de tales alegatos la Sala se remite a lo ya razonado en el Auto impugnado al no traer la recurrente a consideración de los mismos alegatos que no se hubieren tenido presentes al tiempo de dictarlo. Sí hay que insistir en que, al margen de la normativa aplicada en los casos resueltos por esta Sala, el problema procesal sigue siendo el mismo y no se plantea aquí una interpretación formalista de los requisitos de acceso a la jurisdicción, sino el contenido y alcance de un acto administrativo para calificarlo como provisional, de trámite o definitivo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación a este supuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA por y ante mí, la Secretaria Judicial, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, **ACUERDA:**

Desestimar el recurso de reposición contra el Auto de 23 de abril de 2012.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen citados; doy fe.