



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Registro General

MI REF. 17399
SU REF.:

FELIPE JUANAS BLANCO
ELENA JUANAS FABIRO
Procuradores de los Tribunales
C/ Constanza, 22 bajo - 28002 Madrid
Tel. 91 562 25 95 - Fax. 91 562 55 68
fjuanash@gmail.com

NOTA INFORMATIVA

Se participa al Procurador de la parte recurrente, que al escrito presentado ante este Tribunal, en la fecha luego expresada, le ha correspondido la Sala y número de registro que a continuación se expresan:

Fecha de presentación: 19 de noviembre de 2012.

Recurrente:

Recurso número: 6525-2012.

Sala: Sala Segunda.

La Secretaria de Justicia del Pleno
encargada del Registro General.

 ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
21 NOV 2012	22 NOV 2012
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

Procurador: Felipe Segundo Juanas Blanco
Colegiado número: 1210.



M/R. 17399

**A LA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
QUE POR REPARTO CORRESPONDA PARA ANTE
EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

FELIPE JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales (número 1.210 del Colegio de Procuradores de Madrid) y de _____, representación que se acredita con la copia del poder notarial que se acompaña como documento número 1, ante ese Tribunal comparezco bajo la indistinta dirección de los Letrados Piet Holtrop y Pablo Morenilla y, respetuosamente, DIGO:

Que el día 3 de octubre de 2012 me ha sido notificado el *Auto de fecha 27 de septiembre de 2012* dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones planteado por mi mandante contra el *Auto firme* dictado por esa misma Sala de *fecha 11 de junio de 2012*, que desestimó el recurso de reposición contra el *Auto de 23 de abril de 2012* de inadmisión del recurso contencioso-administrativo ordinario número 877/2011;

Que, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 41, 44, 46.1.b), 48 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cabe dirigir esta demanda de amparo contra esas dos resoluciones judiciales que han lesionado derechos fundamentales consagrados en los *artículos 14 a 29 de nuestra Constitución* por la parte agraviada en la vía judicial previa;

Que, en el tiempo y en la forma previstos en los *artículos 44.2 y 49.1 de la citada Ley Orgánica*, mediante el presente escrito formulo **DEMANDA DE AMPARO CONSTITUCIONAL** contra el *Auto de 11 de junio de 2012*, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de desestimación del recurso de reposición contra el *Auto de 23 de abril de 2012* de inadmisión del recurso contencioso-administrativo ordinario número 877/2011; y contra el *Auto de 27 de septiembre de 2012* dictado por esa misma Sala, que confirmó aquella resolución al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones;

Y que, asimismo, a través de este escrito de demanda de amparo, se solicita también de la Sala competente para su resolución que decida **eleva al Pleno del Tribunal Constitucional**:

- con fundamento en la doctrina contenida en el *Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, la decisión de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente **CUESTIÓN PREJUDICIAL**: ¿Puede el Juez nacional inaplicar el Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el Tribunal de Luxemburgo, a través de una interpretación restrictiva del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 cuando ello supone vulnerar el Derecho de la Unión Europea o, por el contrario, cuando dicha rígida aplicación de la norma procesal, por las particularidades del caso, suponga vulnerar el Derecho comunitario, debe plantear con carácter previo a la inadmisión «*ad limine*» del proceso una cuestión prejudicial que permita una interpretación de esa norma procesal nacional conforme a la jurisprudencia comunitaria partidaria de que el Juez controle efectivamente la conformidad de la norma nacional (*el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre*) con el Derecho comunitario (*la Directiva 2009/28/CE*)?, por las razones indicadas en el **motivo primero de la especial trascendencia constitucional** de la presente demanda de amparo; y
- la **CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** de los **artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, por entender que dichas normas legales vulneran el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, consagrado en el *artículo 24.1 de la Constitución*, por las razones indicadas en el **motivo segundo de la especial trascendencia constitucional** de la presente demanda de amparo.

Sustento las anteriores pretensiones de tutela constitucional en los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

HECHOS

Sumario: Primero.- Breve resumen del proceso contencioso-administrativo inadmitido *ab initio* por el Auto firme cuya rescisión se postula en amparo; Segundo.- El agotamiento de la vía judicial previa mediante el proceso especial de amparo judicial regulado en el *artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, y la desestimación del mismo con una resolución que abunda en las lesiones constitucionales padecidas por el demandante; Tercero.- Documentos que acompañan a la demanda de amparo.

PRIMERO.- BREVE RESUMEN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INADMITIDO *AB INITIO* POR EL AUTO FIRME CUYA RESCISIÓN SE POSTULA EN AMPARO.

Para poder situar en el debido contexto al Tribunal Constitucional es preciso, aunque sea de manera muy concisa, recordar los hechos fundamentales del caso finalizado mediante el Auto firme dictado por la Audiencia Nacional, lesivo de los derechos fundamentales que más adelante se precisarán con el debido rigor.

1. Mi mandante formuló un **escrito de interposición contencioso-administrativo** de fecha 11 de noviembre de 2011, contra la Liquidación Provisional emitida por la Comisión Nacional de la Energía y por la que se liquida un **importe de cero 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***, “*por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*”.

[Se adjunta ese escrito de interposición como documento número 2]

Admitido a trámite ese recurso por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso ordinario

contencioso-administrativo número 877/2011), ésta abrió, de oficio, la pieza de admisibilidad mediante Providencia de 27 de febrero de 2012, a la que mi mandante dio puntual respuesta mediante **escrito de fecha 22 de marzo de 2012, en defensa de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto.**

De ese escrito, de 34 folios de extensión, que se acompaña como documento número 3, solamente destacaremos su sistemática, no sin antes indicar su planteamiento de la cuestión (ver páginas 1 a 3 de ese escrito):

*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 ésta 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 202/2011.

*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 tienen 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”: pp. 3-5;

2.1.2. “La limitación de horas del Real Decreto-Ley 14/2010”: pp. 5-7;

2.1.3. “El sistema de liquidaciones establecido en las Circulares”: pp. 7-10;

2.2. “Las infracciones del sistema a la luz del Derecho Comunitario”:

2.2.1. “El principio de no discriminación”: pp. 10-12;

2.2.2. “La indefensión”: pp. 12-14;

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

4.1. “Régimen jurídico de los actos de la Comisión Nacional de la Energía”: pp. 19-20;

4.2. “Régimen jurídico del procedimiento de liquidación: la Circular 3/2011 y el Real Decreto 2017/1997”: pp. 20- 21;

4.3. “El artículo 107 de la Ley 30/1992”: p. 21;

4.4. “El artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional”: pp. 21-23;

4.5. “Las condiciones de impugnación de los actos de trámite”: pp. 23-24;

4.6. “La liquidación impugnada decide el fondo del asunto”: pp. 24-26;

4.7. “La liquidación discutida produce perjuicio irreparable”: pp. 26-27;

4.8 “La liquidación recurrida causa indefensión”: pp. 27-28;

4.9. “Los Autos dictados en los recursos 198/2011 y 202/2011 no son aplicables; tampoco la jurisprudencia en la que descansan: pp. 28-29;

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 inamisibilidad.

5.1. “La doctrina del Tribunal de Justicia”: pp. 29-33;

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”: p. 33.

Dicho escrito finalizó con el siguiente suplico:

(...) (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”.

2. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional **dictó Auto de fecha 23 de abril de 2012 de inadmisión** del recurso deducido, con la siguiente motivación (Fundamentos de Derecho Segundo a Octavo, páginas 3 y 4):

“(…) **SEGUNDO.**- Las (sic) liquidación impugnada se ajustan (sic) 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, en 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 que 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 recurribles 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 de 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 (sic) de hecho de las mismas, nada impide que emitida la liquidación definitiva tal alegato no pueda hacerse valer.

QUINTO.- En casos como el de autos se han venido impugnando liquidaciones provisionales, a cuenta, que se devengan mes a mes, hasta que (sic) 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 (sic) 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.

(…) **Contra esta resolución cabe interponer recurso de reposición (…)**”

[Se adjunta ese Auto como documento número 4]

3. Contra el referido Auto mi mandante interpuso **recurso de reposición** mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2012 (se adjunta como documento número 5).

Por economía procesal, de ese escrito, de 22 folios de extensión, solamente destacaremos su sistemática, indicando primero el planteamiento del recurso (ver página 1 de ese escrito):

*“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”: pp. 1-4;

Tercera - “Disconformidad a Derecho del Auto de inadmisión”.

Infracción del Derecho europeo:

El efecto directo de la Directiva: pp. 4-12;

Las discriminaciones del RD-Ley 14/2010 que infringen la Directiva y sus daños: pp. 12-16.

La inadmisibilidad como obstáculo para el efecto útil de la Directiva: pp. 16-18.

Cuestión prejudicial: p. 18.

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”: pp. 18-22;

Quinta.- “No procede la inadmisión liminar”: p. 22.

4. La **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional** dictó Auto de fecha 11 de junio de 2012

desestimando el recurso de reposición, con la siguiente motivación (Fundamentos de Derecho Primero a Tercero, páginas 1 y 2):

“PRIMERO.- Alega la parte recurrente que el Auto impugnado incurre en incongruencia omisiva al no resolver sobre su alegato según el cual las resoluciones de la CNE agotan la vía administrativa. Tal alegato es ajeno con la razón por la que se inadmite su recurso jurisdiccional y esa razón no es otra sino que se ha impugnado un acto no definitivo ni se trata de un acto provisional o de trámite cualificado, lo que afecta a la situación del acto en un procedimiento, no al órgano que lo dicta.

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 plantear el fumus boni iuris o la inaplicación por el Juez nacional de una ley estatal.** A parte de lo expuesto, será cuando se recurra un acto impugnabile, se presente demanda y contestación a la misma **y llegue al momento de dictar Sentencia, es cuando la Sala se verá 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 hubieran 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 (...)**

[Se adjunta ese Auto como documento número 6]

SEGUNDO.- EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA MEDIANTE EL PROCESO ESPECIAL DE AMPARO JUDICIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 241 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, Y LA INADMISIÓN DEL MISMO CON UNA RESOLUCIÓN QUE ABUNDA EN LAS LESIONES CONSTITUCIONALES PADECIDAS POR EL DEMANDANTE.

1. Contra el indicado Auto firme mi mandante interpuso un incidente de nulidad de actuaciones fundado en el *artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (se adjunta como documento número 7).

De esa demanda de amparo judicial, de 14 folios de extensión, sólo destacaremos su sistemática:

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

3.2. La razón de inadmitir: se trata de un recurso contra un acto calificado de provisional (página 4);

3.3. Vulneración del artículo 24.1 CE en su vertiente de acceso a la revisión jurisdiccional: Interpretación rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (páginas 4-8);

3.4. Vulneración del artículo 24.1 en su vertiente de tutela judicial efectiva por arbitrariedad (páginas 8-9);

3.5. Vulneración del artículo 24.1 y 24.2 CE en su vertiente de acceso a la justicia comunitaria y del derecho al juez predeterminado por la Ley: artículo 267 TFUE (páginas 9-13);

3.6. Vulneración del artículo 24.1 CE por impedir el acceso a la cuestión de inconstitucionalidad. (página 13);

2. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, luego de oír a la Abogacía del Estado demandada, desestimó el incidente de nulidad de actuaciones mediante **Auto de fecha 27 de septiembre de 2012** (se adjunta esa resolución judicial como documento número 8), con la siguiente motivación (Fundamentos de Derecho 1º a 5º, página 2):

“PRIMERO.- Promueve la parte recurrente incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Este remedio procesal es, por mandato legal, excepcional** pues se plantea frente a resoluciones que ponen fin al proceso y no sean susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario. Este requisito se cumple en cuanto lo que lo impugnado se refriega (sic) a una liquidación provisional cuya cuantía no alcanza al límite previsto para el recurso de casación.

(...)

TERCERO.- Como se ha dicho, se invoca el artículo 24 de la Constitución, y de su contenido esencial la recurrente entiende infringido, en primer lugar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de **acceso a la jurisdicción**. Al decir de la recurrente, la Sala impide tal acceso mediante una interpretación rigorista, en exceso formalista y arbitraria del artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, produciendo unos efectos desproporcionados.

CUARTO.- Esta Sala en el Auto del pasado 23 de abril razonó por qué entiende que el acto impugnado –liquidación provisional de 15 de septiembre de 2011- no es recurrible. A tal efecto se ha basado (cf. Fundamentos 3º y 4º) en un criterio consolidado en esta Sala, tanto de esta Sección como de la 8ª, y que parte de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006**. No cabe,

por tanto, atribuir a lo decidido un carácter arbitrario, es decir, carente de justificación o caprichoso pues a partir de esa doctrina se razonaba su aplicación al caso de autos.

QUINTO.- En segundo lugar alega la infracción del artículo 24 de la Constitución porque la Sala ha conculcado el derecho de acceso a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Constitucional. **Hay que recordar que la pertinencia de plantear bien sea una cuestión prejudicial como una cuestión de constitucionalidad, o ambas, depende de la admisión a trámite del recurso y del enjuiciamiento del fondo.** Pero eso no es todo, es que, además, la Sala debe albergar una duda bien sea de la interpretación del Derecho de la Unión como de la constitucionalidad de la norma. Por tanto, ni aun admitiendo a trámite el recurso existe el derecho que la actora invoca, si bien caso distinta es que, siendo procedente, la Sala omitiese tales planteamientos (...)"

TERCERO.- DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA DEMANDA DE AMPARO.

Documento número 1: copia de la escritura de poder general para pleitos a favor del Procurador Don Felipe Juanas Blanco.

Documento número 2: el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo ordinario formulado por el ahora demandante de amparo, de fecha 11 de noviembre de 2011.

Documento número 3: el escrito de alegaciones, de fecha 22 de marzo de 2012, en defensa de la admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo interpuesto "por tratarse su objeto de un acto susceptible de impugnación".

Documento número 4: el Auto dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de inadmisión *ad limine* del recurso contencioso-administrativo número 877/2011, de fecha 23 de abril de 2012.

Documento número 5: el recurso de reposición, de fecha 16 de mayo de 2012, contra el indicado Auto de inadmisión de plano del recurso contencioso-administrativo.

Documento número 6: el Auto dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de desestimación del recurso de reposición, de fecha 11 de junio de 2012.

Documento número 7: el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el recurrente contra el referido Auto firme de desestimación del recurso de reposición, de fecha 20 de julio de 2012.

Documento número 8: el Auto de fecha 27 de septiembre de 2012 dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de desestimación del incidente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- PROCESALES.

Sumario: 1) Del órgano jurisdiccional: jurisdicción y competencia. 2) De las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, capacidad de postulación y legitimación. 3) Del procedimiento: cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 44 LOTC. 4) La especial trascendencia constitucional: 1. Introducción; 2. **Los dos motivos de especial trascendencia constitucional:** 2.1. Primero: la demanda reviste especial trascendencia constitucional porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear “**una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica**” [Fundamento Jurídico 2º, letra g), de la citada Sentencia 155/2009], y porque plantea “**un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional**” [Fundamento Jurídico 2º, letra a), de la Sentencia 155/2009]. 2.2. Segundo: la demanda de amparo tiene especial trascendencia constitucional porque “**da la ocasión al Tribunal Constitucional para cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna**” [Fundamento Jurídico 2º, letra b), de la Sentencia 155/2009]: si el “**incidente**” de nulidad de actuaciones es, en puridad, un **proceso especial de amparo judicial** frente a resoluciones judiciales firmes debe ser interpretado desde el prisma del acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*) y no desde el más estrecho canon de acceso al recurso legalmente establecido, exigiéndose además en el mismo la presencia del Ministerio Fiscal con carácter imperativo, y autocuestionarse la inconstitucionalidad del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la Constitución).

1) Del órgano jurisdiccional.

1. En relación con los presupuestos procesales relativos al Tribunal Constitucional, los *artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución y 1 y 2.1.b) de su Ley Orgánica* atribuyen **jurisdicción** a ese Tribunal para el conocimiento de esta demanda de amparo basada en la lesión de derechos fundamentales cometida por una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

2. La **competencia** para el enjuiciamiento de esta demanda la tiene la Sala del Tribunal Constitucional que por turno de reparto corresponda, dada la importancia y la originalidad de los motivos de especial trascendencia constitucional que se plantean en la presente demanda de amparo, que **incluyen una cuestión prejudicial y una autocuestión de inconstitucionalidad** (*artículos 11.2, 12, y*

52 de la citada Ley Orgánica) [ver *infra* los motivos primero y segundo de la especial relevancia constitucional].

La competencia para el enjuiciamiento de las cuestiones prejudicial y constitucional que se postulan en el presente escrito la ostenta el Pleno del Tribunal Constitucional *ex artículos 10.1.n) y 55.2 de su Ley Orgánica*.

2) De las partes.

1. Los presupuestos procesales que afectan a esta parte han sido todos ellos cumplidos dado que, en primer lugar, la mercantil demandante de amparo tiene **plena capacidad para ser parte** (*artículo 6.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se remite el artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*) y **capacidad procesal** (*artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se remite el citado artículo 80 de la Ley Orgánica*), y comparece en el presente proceso constitucional mediante **Procurador** actuando bajo la indistinta dirección de dos **Abogados** (*artículo 81.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*). El Letrado Pablo Morenilla Allard cumple, del mismo modo, con el límite temporal previsto en los *artículos 81.3 y 97.2 de la mencionada Ley Orgánica*, dado que han transcurrido más de tres años desde que dejó de ser Letrado del Tribunal Constitucional (el cese tuvo lugar en octubre de 2007).

2. La demandante de amparo está **activamente legitimada** (*artículo 46.1.b de la citada Ley Orgánica*) porque ha sido parte demandante en el recurso contencioso-administrativo inadmitido por la Audiencia Nacional, resolución judicial luego confirmada por el Auto de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, y porque es víctima directa de la violación de los derechos fundamentales aquí denunciada.

3) Del procedimiento.

1. Se ha cumplido el **plazo de treinta días hábiles** para la interposición de esta demanda de amparo previsto en el *artículo 44.2 de la referida Ley Orgánica*, en relación con los *artículos 80 y 85.2 de esa misma Ley* y con el *artículo 130.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, puesto que el Auto de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones fue **notificado al Procurador que suscribe el día 3 de octubre de 2012** (ver documento número 8) y la demanda de amparo se ha presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día diecinueve de noviembre de 2012.

2. Los derechos fundamentales en los que se basa la presente demanda **han sido conculcados, de manera inmediata y directa, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional** autora de las dos resoluciones aquí impugnadas [*artículo 44.1.b) de la citada Ley Orgánica*]; la lesión de los indicados derechos ha sido **denunciada previa y tempestivamente en la vía judicial** [*artículo 44.1.c) de la mencionada Ley*], como lo demuestra el escrito de nulidad de actuaciones que se acompaña como documento número 7; y, por último, **se han agotado “todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales”** [*artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*] porque contra el Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones “*no cabrá recurso alguno*” (*artículo 241.2.III de la Ley Orgánica del Poder Judicial*).

3. Esta parte ha presentado con su demanda “*tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal*” (*artículo 49.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*), es decir, el original y una copia, y una más para el Ministerio Fiscal (en el proceso contencioso-administrativo inadmitido solamente compareció mi mandante, como actor, y la Abogacía del Estado, como demandada).

4) La especial trascendencia constitucional.

1. El último de los presupuestos procesales que afectan al procedimiento del recurso de amparo es, sin duda, el más complejo de todos de cara a su cumplimiento y acreditación.

En efecto, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (el día 26 de mayo de 2007), sólo indica algunas pautas a seguir.

Así, su Exposición de Motivos recuerda que: “*el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución*”. El artículo 49.1 in fine de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “*En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*”. Finalmente, el artículo 50.1.b) de la citada Ley también advierte de la importancia de “*la especial trascendencia constitucional que debe alegar el recurrente del recurso de amparo en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha fijado la doctrina consistente, primero, en calificar ese novedoso requisito como un **presupuesto procesal** (norma imperativa controlable de oficio) e **insubsanable**, es decir, ha aclarado la naturaleza jurídica de ese requisito y los efectos derivados de su incumplimiento formal en el escrito de demanda (cfr. los *Autos de ese Tribunal 188/2008, de 21 de julio; 289 y 290/2008, de 22 de septiembre; y Sentencias 69/2011, de 16 de mayo; 143/2011, de 26 de septiembre, y 69/2011, de 26 de mayo*).

Y, después, respecto al **contenido** del mismo, la **Sentencia 155/2009, de 25 de junio**, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, ha puesto como ejemplos, que no constituyen un elenco cerrado de casos sino un *numerus apertus*, los siguientes:

“a) (...) un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo **sobre el que no haya doctrina** del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo;

b) o que **dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina**, como consecuencia de un proceso de reflexión interna... o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o **cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley** o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, **trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica** o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.”

2. Es pues carga procesal de la parte actora, ineludible e insubsanable, justificar en la demanda de amparo su especial trascendencia constitucional a riesgo de que, por esa sola causa y con independencia de la existencia de la lesión denunciada, se inadmita la misma de plano (*Sentencia 69/2011, de 16 de mayo*, por sólo citar una de las más recientes).

En opinión de quienes suscribimos, a la luz de la indicada doctrina jurisprudencial contenida en la referida *Sentencia del Pleno 155/2009*, en relación con lo sostenido respecto de la especial trascendencia constitucional por ese Alto Tribunal en sus posteriores *Sentencias 183/2011, de 21 de noviembre* (Fundamento Jurídico 2º), *191/2011, de 12 de diciembre* (Fundamento Jurídico 3º), *140/2012, de 2 de julio* (Antecedente de Hecho 5º) y *145/2012, de 2 de julio* (Fundamento Jurídico 2º), **esta demanda reviste especial trascendencia constitucional por las siguientes razones:**

2.1. **Primera:** la demanda de amparo tiene especial trascendencia constitucional **porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear “una CUESTIÓN JURÍDICA DE RELEVANTE Y GENERAL REPERCUSIÓN SOCIAL O ECONÓMICA”** [Fundamento Jurídico 2º, letra g), de la citada *Sentencia 155/2009*], **y porque plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que NO HAYA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”** [Fundamento Jurídico 2º, letra a), de la *Sentencia 155/2009*].

Sumario. 2.1.1. Planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.1.2. Breve resumen de los hechos del presente caso. 2.1.3. El marco jurídico nacional aplicable al presente caso. 2.1.4. Las normas de Derecho de la Unión Europea aplicables. 2.1.5. El principio de no discriminación y su vulneración por el Real Decreto-Ley 14/2010. 2.1.6. Conclusión.

2.1.1. Tal y como recuerda la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio*, Fundamento Jurídico 2º: “*si bien es cierto que hemos declarado en múltiples ocasiones que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea (...) y que la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5), no lo es menos que las quejas planteadas por la demandante tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo. Y ello porque lo que se solicita a este Tribunal es que determine, en primer lugar, si las resoluciones judiciales impugnadas han de calificarse de irracionales y arbitrarias y, por tanto, contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24.1 CE, en cuanto que de forma deliberada excluyen la eficacia ex nunc de una Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento por incumplimiento, en la que se declara taxativamente que la norma de la que trae causa la sanción objeto de enjuiciamiento en el proceso contencioso-administrativo es contraria al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) ...”.*

En ese contexto, y como se justificará en el motivo primero de esta demanda de amparo, con fundamento en el precedente contenido en el *Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio* (que acordó plantear, de oficio, diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el recurso de amparo 6.922-2008), **esta parte plantea al Pleno del Tribunal Constitucional la siguiente cuestión prejudicial:**

Si, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario*” (Sentencias de 5 de octubre de 1994, *Van Munster*, C-165/91, apartado 34; y de 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, apartado 39), y “*si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario*” (Sentencias de 5 de marzo de 1998, *Solred*, C-347/96, apartado 30; *Engelbrecht*, antes citada, apartado 40; 27 de febrero de 2003, *Santex Spa*, C-327/00, apartados 62-64; y 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl GmbH*, C-241/06, apartados 61-64) y si, más claramente aún si cabe “*El órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho procesal interno de tal manera que se respete lo más posible la exigencia de efectividad derivada de la Directiva..., absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario*” (Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, asunto C-454/06, apartado 170, con cita de las Sentencias *Santex*, citada, apartados 62 a 64, y *Lämmerzahl*, citada, apartados 62 y 63): **¿Puede el Juez nacional inaplicar el Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el Tribunal de Luxemburgo, a través de una interpretación restrictiva del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 cuando ello supone vulnerar el Derecho de la Unión Europea o, por el contrario, cuando dicha rígida aplicación de la norma procesal, por las particularidades del caso, suponga vulnerar el Derecho**

comunitario, debe plantear con carácter previo a la inadmisión «ad limine» del proceso una cuestión prejudicial que permita una interpretación de esa norma procesal nacional conforme a la jurisprudencia comunitaria partidaria de que el Juez controle efectivamente la conformidad de la norma nacional –el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico- **con el Derecho comunitario** –la Directiva 2009/28/CE 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-?

2.1.2. El relato fáctico ya ha sido resumido en los Hechos de esta demanda, a los que por economía procesal nos remitimos no sin antes insistir en dos datos fundamentales:

En primer lugar, que **el recurso contencioso-administrativo iniciado era la única vía de tutela judicial existente** a través de la cual encauzar la pretensión dirigida a inaplicar las determinaciones del Real Decreto-Ley 14/2010 o, en su defecto, a instar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto por el art 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La interpretación realizada por la Audiencia Nacional del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional condena a mi mandante una situación real y efectiva de **indefensión**: de un lado, porque el acto administrativo de trámite impugnado (el importe de cero euros en concepto de prima a las instalaciones fotovoltaicas) no va a variar en el futuro pues el cómputo de las horas equivalentes de referencia es una dato que se obtiene de forma automática, mediante la lectura mes a mes de la producción realizada, de modo tal que cuando esta producción agota el cupo, la liquidación del mes siguiente no va a variar en modo alguno, hasta que termine el año y se reactive ese cupo, lo que quiere decir que desde que se produce esa lectura a cero euros el dato no va a alterarse en las sucesivas fases del periodo liquidatorio; y , por otro lado, el indicado procedimiento de liquidación tiene fases que no están

sujetas a plazo alguno, de modo que la liquidación definitiva y, por tanto, siguiendo la inconstitucional interpretación de la Sala, la posibilidad de impugnar sólo se produce a la única y exclusiva voluntad discrecional de la Administración (así, por ejemplo, sólo hasta recientemente algunas instalaciones fotovoltaicas estén recibiendo la propuesta de liquidación definitiva del año 2009, es decir, dos años y medio después).

Y, en segundo lugar, **la dudosa constitucionalidad ex artículo 86 de la Constitución del referido Real Decreto-Ley**, ejemplo característico de la actividad administrativa regulatoria del sector eléctrico consistente en dictar Decretos-Leyes con los que pretende escapar del control jurisdiccional de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución).

En este sentido apuntamos el siguiente dato estadístico extraído de la relación de normativa sobre régimen especial recogido en la propia página web de la Comisión Nacional de la Energía:

- Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos” (BOE de 28 de enero de 2012),
- Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico(BOE 24 de diciembre 2010),
- Real Decreto- Ley 6/2010, de 9 de abril, medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Capítulo V (BOE 13 de abril 2010).
- Real Decreto-Ley 6/2009, 30 de abril, por el que se adopta determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social (BOE 7 de mayo 2009).
- Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adopta medidas urgentes en el sector energético (BOE 24 de junio 2006).
- Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (Título II: capítulos I y II)(BOE 14 de marzo de 2005).
- Real Decreto- Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (Título I y II) (BOE 24 de junio 2000).
- Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberación e incremento de la competencia (Capítulo IV y Capítulo VII, Artículo 10.1) (BOE 17 abril 1999).

La legislación básica consiste en 27 disposiciones legislativas, de las cuales 4 son de orden comunitario, y 8 son Reales Decretos Ley, por lo cual **una de cada tres veces** que el legislador nacional quiere modificar la legislación básica del sector, **lo hace a través de esta figura** con la que el Gobierno **convierte la excepción en norma general**.

No es pues casual, ni ajustado a los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad fijados en el citado artículo 86 de la Constitución, que el Gobierno haya dictado el Real Decreto-Ley 14/2010.

2.1.3. El marco jurídico nacional que resulta de aplicación está integrado, en primer lugar, por el artículo 25.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, especialmente, por el artículo 24.1 de la Constitución tal y como es interpretado por la doctrina constitucional.

(i) El artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 dispone que “(e)l 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.**” (el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado en el año 1999, contiene idéntica redacción).

El artículo 21 del Real Decreto 2017/1997 dispone, en este sentido, 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 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**”

(ii) El artículo 24.1 de la Constitución dispone que “**todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión**”.

De las diferentes vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva interesa ahora destacar dos:

La primera y principal es el **derecho de acceso a la Jurisdicción**; conforme a jurisprudencia consolidada y pacífica del Tribunal Constitucional,

- las normas reguladoras del derecho de acceso a la Jurisdicción derivan “**directamente de la Constitución**” (Sentencias del Tribunal Constitucional 252/2007, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico 3º; 16/2007, de 12 de febrero, Fundamento Jurídico 2º);
- desde la Sentencia 35/1995, de 7 de febrero, el Tribunal ha sostenido que “**el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del principio «pro actione»**” (Sentencias 36/1997, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 3º; 145/1998, de 30 de junio, Fundamento Jurídico 2º; 39/1999, de 22 de marzo, Fundamento Jurídico 7º; 63/1999, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 2º; 157/1999, de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 2º; 158/2000, de 12 de junio, Fundamento Jurídico 5º; 16/2001, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 4º; 203/2004, de 16 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º; 44/2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3º;), “**principio de obliada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida**” (Sentencias 8/1998, de 13 de enero, Fundamento Jurídico 3º; 38/1998, de 17 de febrero, Fundamento Jurídico 2º; 63/1999, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 2º; 157/1999, de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 2º; 158/2000, Fundamento Jurídico 5º; 10/2001, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 4º; 16/2001, Fundamento Jurídico 4º);
- el principio *pro actione* no debe entenderse, sin embargo, “**como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan... ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios**” (por todas Sentencia 133/2005, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2º);
- dicho principio prohíbe, ello no obstante, “**aquellas decisiones de inadmisión -o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican**” (entre otras muchas, 27/2003, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 4º; 3/2004, 14 de enero, Fundamento Jurídico 3º; 79/2005, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 2).

La segunda consiste en el derecho del justiciable a que la **motivación jurídica** de las resoluciones judiciales, en especial de las **definitivas**, respete el **sistema de fuentes legalmente previsto**; recuerda en este sentido la ya citada Sentencia 58/2004, de 19 de abril, Fundamento Jurídico 11º, que “**de la misma manera que el constituyente quiso sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución... por corresponder de forma exclusiva la depuración del ordenamiento legal, vigente**

la Constitución, al Tribunal Constitucional (...) el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, "tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular - como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España" (por todas, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9)."

Para poder determinar si las resoluciones judiciales aquí impugnadas han vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional, en ambas vertientes (acceso a la jurisdicción y respeto del sistema de fuentes legalmente previsto), **es pues necesario determinar, en primer lugar, si existe Derecho comunitario aplicable al caso y, en segundo lugar, si el Real Decreto-Ley 14/2010 lo vulnera** (en igual sentido ver la *Sentencia 145/2012, de 2 de julio*, Fundamento Jurídico 4º), pues si se cumplen esos dos requisitos, la jurisprudencia comunitaria exige al Juez nacional *"aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario"* (*Sentencias Santex, Solred y Engelbrecht*, citadas), lo cual debió conducir a la Audiencia Nacional (para así respetar el artículo 24.1) bien a inaplicar la norma procesal nacional para así respetar la Directiva comunitaria, bien a plantear la cuestión prejudicial que ahora se solicita al Tribunal Constitucional.

2.1.4. Coherente con la doctrina jurisprudencial expuesta, ha de justificarse en primer lugar la aplicabilidad del Derecho europeo en el sector normativo propio del Real Decreto-Ley 14/2010, norma limitativa de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas.

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 (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), con una sola 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 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 cual 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.

Se trata por tanto del **sector de la energía**, y en concreto de **la energía mediante fuentes renovables y no fósiles**.

2.1.4.1. Pues bien, no hay duda de que el sector energético en general y el de las energías renovables en particular -especie del género anterior- es un sector regulado por el Derecho europeo. Recordamos para despejar cualquier duda que a este sector se dedica el **Titulo XXI del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, fijando los objetivos y grandes directrices que los Estados miembros deben cumplir; y entre esos objetivos se incluyen en la **letra c) del apartado 1 del artículo 194**: ***“fomentar la eficiencia energética y el ahorro de energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables”***.

Para el caso que nos ocupa, el marco europeo de este derecho nacional en el sector de las energías renovables es la **Directiva 2009/28/CE 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**. Es, pues, indiscutible que el sector de la energía pertenece al ámbito del Derecho europeo.

Aunque es cierto que el Tratado y las Directivas que lo desarrollan, y en especial la Directiva antes mencionada, dejan gran libertad a los Estados miembros para alcanzar sus objetivos, sobre todo teniendo en cuenta que el Tratado ya les permite determinar sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento teniendo en cuenta el modo en el que se aprobó la Directiva 2009/28, esta no es la cuestión que se discute en este caso.

En efecto, teniendo en cuenta la doble naturaleza de esa Directiva, que por una parte fija los grandes objetivos políticos y por otro establece las normas para alcanzar estos objetivos, **la cuestión ahora discutida es precisamente esta última: el marco general en el que la decisión de los Estados miembros debe llevarse a cabo.**

Finalmente y para completar el análisis de la aplicabilidad de la norma, debemos recordar **que la Directiva 2009/28/CE tiene efecto directo** de conformidad con la consolidada doctrina que sobre esta cuestión ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la Sentencia dictada en el *Asunto Marshall*. Según esta doctrina jurisprudencial establecida, una Directiva tendrá efecto directo si, (i) por su naturaleza, (ii) estructura y (iii) términos (si la precisión de los mismos, su claridad e incondicionalidad) permite 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*).

2.1.4.2. Analizaremos la **Directiva 2009/28/CE 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**, a la luz de estos requisitos, tal y como jurisprudencialmente han sido desarrollados siguiendo las consideraciones que el mismo Tribunal de Luxemburgo realiza cuando se le plantean cuestiones de este orden.

2.1.4.2.1. 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 *ex* artículo 194.1.c) del Tratado.

La Directiva 28/2009/CE se dicta en el marco de esta competencia y viene a sustituir las Directivas 2001/77 y 2003/30 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 procedente 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 misma 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 efecto a partir del 1 de enero de 2012, las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE”.

Esta materia es, pues, competencia de la Unión Europea y, por consiguiente, está sometida a sus principios, tanto en el plano material como en el plano de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

2.1.4.2.2. Estructura. La estructura de la Directiva es doble: por un lado establece unos objetivos políticos de penetración de las energías renovables y, por otro, establece unas normas mínimas que rigen en el mercado legal que cada Estado miembro ha de cumplir para transponer la Directiva adecuadamente a su finalidad y objetivos.

Consiguientemente, 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 apartado (8) del Preámbulo, se recuerda que:

“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 de 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 ya 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 y 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**” lo dispuesto en el artículo 2.K):

*“«sistema de apoyo»: **cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estado 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 ese 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 conseguir, 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 lo 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 energía renovable. 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.”

2.1.4.2.3. 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 y 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.

La citada Directiva 28/2009/CE cumple esos requisitos, tal como analizamos a continuación:

(i) *Precisión y claridad:* establecida la obligatoriedad de estos requisitos, es decir, los contenidos en los artículos 13 y 19, la Directiva los desarrolla en cada uno de los ámbitos o sectores que consideran necesarios.

Así, para el caso de las instalaciones de producción, dispone el **apartado 1 del artículo 13**, titulado “**Procedimientos administrativos, reglamentos y códigos**” que:

*“Los Estados miembros **velarán por que las normas nacionales** relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesiones 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 energías 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 DISCRIMINEN 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 exige que **no discriminen entre solicitantes**; según jurisprudencia comunitaria establecida, esa norma comunitaria es suficientemente clara y precisa 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, recuerda: “Finalmente, por lo que se refiere a la cuestión de saber si la disposición contenida en el artículo 5 , apartado 1, de la misma, puede ser considerado, desde el punto de vista de su contenido, como incondicional y lo suficiente 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 del 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 nacional 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.

(ii) *Incondicionalidad*: en relación con la aplicación de la prohibición de discriminación entre solicitantes de autorizaciones, certificaciones o licencias en el campo de las renovables, conviene hacer notar que dicha reserva, si bien limita el alcance material de la citada Directiva, no impone sin embargo condición alguna 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, **la proporcionalidad y no discriminación entre solicitantes** se ha de entender de modo amplio y, por tanto, no restrictivo. **No puede existir un trato discriminatorio entre solicitantes de autorizaciones, certificaciones o concesiones administrativas en fase alguna del procedimiento.**

En este sentido la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-17/03, de 7 de junio de 2005, a propósito de la 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 apartados 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 (apartado 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, apartado 12; de 21 de febrero de 1984, St. Nikolaus Brennerer, 337/82, apartado 10, y de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, apartado 23).

Sentado el método que debe regir en la aplicación e interpretación de la norma, establece en los apartados 42 a 45 las razones por las que esa 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 de categorías de usuarios de la red». El tenor de dicha disposición no contiene, por tanto, ninguna indicación que abogue a 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 apartado 45 que:

*“A la luz de las anteriores consideraciones, procede a 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, certificaciones y concesiones de licencias, la cuales 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 el 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 jurisprudencial comunitaria, sólo puede **concluirse que el principio de no discriminación**, junto con el objetividad, **proporcionalidad** y respeto de las peculiaridades de cada tecnología, **se erige en elemento clave para el fomento de la energía renovable. Sea cual sea el sistema de apoyo elegido libremente por el Estado miembro, en todo caso deberá respetarse el principio de no discriminación** junto con los de objetividad, proporcionalidad y respeto de las peculiaridades de cada tecnología.

No se encuentra restricción alguna 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.

Se recuerda, finalmente, que la **fecha límite de transposición de esa Directiva era el 5 de diciembre de 2010.**

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 (ver el artículo 27 de la Directiva). 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.

Constatado el efecto directo de la Directiva 28/2009/CE, ello se traduce en su invocación ante el Estado por el particular perjudicado. 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.

Ese Real Decreto-Ley entró en vigor el 1 de enero de 2011 y, por tanto, queda plenamente dominado por la citada Directiva 28/2009/CE, de forma que cualquier autorización o modificación de una autorización, certificación y concesión realizada fuera del plazo de transposición debe inaplicarse si, como es el caso, es contraria a la Directiva.

Precisamente, como se verá a continuación, el Real Decreto-Ley 14/2010, que 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.

2.1.5. El Real Decreto-Ley 14/2010 conculca la prohibición de discriminación consagrada en el citado artículo 13 de la Directiva: la Disposición Transitoria Primera (titulada “*limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas hasta el 31 de diciembre de 2013*”) y la Disposición Adicional Primera (titulada “*limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas*”) aplican, sin justificación alguna, dos cuadros diferentes a casos comparables. Como se explicará en este epígrafe, la discriminación consiste en no aplicar zonas climáticas a la limitación de horas durante los años 2011, 2012 y 2013, cuando sí se aplican para la limitación de horas para todo el periodo desde la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley (el 1 de enero de 2011) hasta el año 25 de funcionamiento de cada instalación por él regulada, sin que exista explicación o justificación objetiva para esta diferenciación.

Esta falta de justificación objetiva y razonable para un trato diferente a las mismas plantas convierte esa diferenciación injustificada en una discriminación prohibida.

En este sentido, se trae a colación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 7 de junio de 2005 (asunto C-17/03), apartados 41 a 48, especialmente este último que concluye con la siguiente afirmación: **“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 de 5 de octubre de 1994, C-280/93, antes citada, apartado 67)”**.

Transcribimos la Disposición Adicional Primera y la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto Ley-14/2010 para ilustrar esa 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. (...)”

“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 Instalación fija	1.250
I Instalación con seguimiento a 1 eje	1.644
I Instalación con seguimiento a 2 ejes	1.707

¿Por qué razón una planta situada, por ejemplo, en la zona I tiene el mismo número de horas equivalentes que otra 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?

El Real Decreto-Ley 14/2010 no justifica en modo alguna la razón de semejante trato, sin que tampoco exista justificación desde un punto de vista técnico.

Además, ese Real Decreto-Ley **produce un efecto desproporcionado en la manera de calcular el recorte de las horas**. Dicho cálculo se basa en 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” (Disposición Adicional Primera, citada)

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 de 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 resulta más penalizada por la limitación horaria establecida en las citadas disposiciones del Real Decreto Ley 14/2010.

Penalizar más a una instalación que a otra, sin fundamento objetivo y razonable, ha de considerarse discriminatorio. Es, además, una discriminación a la

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**” es también irónico, 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 esa 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 a verter más energía a la red por debajo de su coste, siendo su coste más alto que la media. En este respecto, esas instalaciones se castigan doblemente.

Dicho 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 una instalación no percibiese 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 al deseado por la regulación comunitaria.

Dicho efecto es también inverso al *ratio* del esquema retributivo que ha escogido España del abanico 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 **estimular 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 incompatible con el tipo de incentivo que había escogido en primer lugar. Como hemos demostrado, el resultado de todo ello es una efectiva disfuncionalidad del sistema en flagrante infracción de la Directiva.

Esos efectos han de considerarse igualmente infracciones del artículo 13.1.d) de la Directiva citada anteriormente, ya que se pueden apreciar a la simple lectura y análisis de los textos legislativos.

Finalmente, hay que destacar que el análisis realizado no entra en la justificación, *per se*, de un recorte *a posteriori* de tarifas reguladas a la tecnología fotovoltaica. Nos hemos limitado a demostrar que los instrumentos que diseñó el Ministerio de Industria de España infringen el marco regulatorio establecido en la Unión Europea.

Sin entrar en la constitucionalidad de una limitación de derechos retroactiva de las tarifas reguladas para la energía fotovoltaica, queda patente en este apartado que dicho recorte se podría haber procurado sin cometer todas o 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.

2.1.6. Si resulta indiscutible la aplicación al presente caso del Derecho comunitario, y si la no aplicación del mismo conduce a su vulneración dado que la norma jurídica impugnada (el Real Decreto-Ley 14/2010) conculca la Directiva 2009/28/CE al producir una discriminación y desproporción vedadas por dicha Directiva, **el Juez nacional, ante esa encrucijada, está obligado a plantear la cuestión prejudicial aquí postulada, con carácter previo a la inadmisión de plano del recurso contencioso-administrativo ex artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, máxime cuando el actor, por la peculiaridad del proceso contencioso-administrativo, ni siquiera ha podido deducir su pretensión** tras el estudio de expediente administrativo.

Al no hacerlo, al limitarse a la automática aplicación de la norma nacional reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa a pesar del problema existente de Derecho comunitario, inadmitiendo la demanda de tutela judicial, ha infringido el artículo 24.1 de la Constitución tanto en su vertiente de acceso a la jurisdicción como en su vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales respeten el sistema de fuentes establecido.

Si el Tribunal Constitucional alberga dudas acerca de la existencia o no de la citada vulneración constitucional, con fundamento en el *Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, ha de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la postulada cuestión prejudicial **dada la particularidad del presente caso, en el que la tutela judicial solicitada**, primero a la Audiencia Nacional, y ahora (respetando el principio de subsidiariedad) al Tribunal Constitucional, **es la única existente para así evitar la situación de indefensión** hasta ahora sufrida por mi mandante como consecuencia de la entrada en vigor del tan citado Real Decreto-Ley, norma jurídica restrictiva de derechos fundamentales (no en vano el derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 14 de la Constitución) **sin posibilidad real de tutela judicial** (ver en este sentido el motivo primero del recurso de amparo).

En todo caso, la cuestión aquí introducida permite tener por cumplido el **requisito objetivo del recurso de amparo** (la especial trascendencia

constitucional) dado que el mismo trasciende del caso concreto al plantear “una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica” [Fundamento Jurídico 2º, letra g), de la citada Sentencia 155/2009], pues las resoluciones impugnadas no sólo afectan a mi mandante sino a todos los titulares de las instalaciones de régimen especial incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 14/2010, al impedir, en todo caso, el control jurisdiccional de ese Real Decreto-Ley.

Según la información publicada el 3 de noviembre de 2012 por “*El Economista*”, ese régimen regulatorio “supone un **riesgo de pérdida de empleos total de 36.800 personas y una inversión de 18.000 millones de euros**”. Sólo en Galicia supone una pérdida de 6.000 millones de euros.

Y porque, además, plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional” [Fundamento Jurídico 2º, letra a), de la Sentencia 155/2009], pues no existe jurisprudencia respecto de la necesidad de aplicar, primero, el Derecho comunitario en relación con las normas procesales nacionales reguladoras del presupuesto de la actividad (carácter impugnabile del acto administrativo objeto de impugnación) en casos como el presente en el que, de lo contrario, se vulnera el Derecho comunitario y, por ende, el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial.

2.2. **Segunda:** finalmente, la demanda de amparo tiene especial trascendencia constitucional porque “**da la ocasión al Tribunal Constitucional para cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna**” [Fundamento Jurídico 2º, letra b), de la Sentencia 155/2009]: si el “**incidente**” de nulidad de actuaciones **es, en puridad, un proceso especial de amparo judicial** frente a resoluciones judiciales firmes **debe ser interpretado desde el prisma del acceso a la jurisdicción** (principio *pro actione*) y no desde el más estrecho canon de acceso al recurso legalmente establecido, exigiéndose además en el mismo la presencia del Ministerio Fiscal con carácter imperativo, y **AUTOCUESTIONARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 241.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y 228.1 DE LA LEY DE**

ENJUICIAMIENTO CIVIL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN (artículo 24.1 de la Constitución).

Sumario: 2.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el canon de enjuiciamiento aplicable al incidente de nulidad de actuaciones. 2.2.2. El incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso, sino un proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales dirigido a rescindir resoluciones judiciales definitivas y firmes. 2.2.3. La necesidad de que el Tribunal Constitucional cambie su doctrina acerca del canon aplicable a ese “incidente”: si el mismo es un proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales frente a resoluciones judiciales firmes el Tribunal debe enjuiciarlas desde la vertiente del acceso a la jurisdicción (vigencia del principio *pro actione*), exigiendo la presencia con carácter imperativo del Ministerio Fiscal, y autocuestionarse la inconstitucionalidad de los artículos 241.1 LOPJ y 228.1 LEC.

2.2.1. Con anterioridad a la reforma de 2007, el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“aun cuando el incidente de nulidad de actuaciones regulado actualmente en el art. 241 LOPJ no constituye un recurso en sentido estricto”*, sin embargo *“es un cauce procesal que al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado (...) desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido”* (Sentencias 57/2006, de 27 de febrero, Fundamento Jurídico 3º; 105/2006, de 3 de abril, Fundamento Jurídico 3º; 157/2009, de 29 de junio, Fundamento Jurídico 2º; entre otras).

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2012, de 16 de julio, parece haber comenzado un cambio en esa doctrina tradicional al sostener que *“el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión”*, recordando que ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º, indicó que *“conviene interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales”*.

2.2.2. Si, conforme a lo dispuesto en el artículo 241.1.I de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solamente cabe acudir al incidente de nulidad de actuaciones contra una “*resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario*”, esto es, contra resoluciones judiciales definitivas (“*que ponga fin al proceso*”) y firmes (no “*susceptible de recurso ordinario o extraordinario*”), y dado que recurso y firmeza son conceptos que se oponen entre sí (argumento: artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no cabe sostener desde el punto de vista del Derecho Procesal que dicho incidente sea un “*recurso*”, sino un proceso autónomo similar al de revisión de Sentencias firmes.

Si el proceso especial de revisión (el mal denominado “**recurso de revisión**”) ha sido enjuiciado por el Tribunal Constitucional desde el canon más amplio y favorable al justiciable de acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*), no así del de acceso al recurso legalmente previsto (*Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1997, de 21 de diciembre*, Fundamento Jurídico 2º; *150/1997, de 29 de septiembre*, Fundamento Jurídico 3º; *295/2000, de 11 de diciembre*, Fundamento Jurídico 2º; *123/2004, de 13 de julio*, Fundamento Jurídico 3º; *133/2005, de 23 de mayo*, Fundamento Jurídico 2º); y si, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, el ámbito del “*incidente*” se ha ampliado a la tutela de todos los derechos fundamentales, precisamente para que los Tribunales ordinarios tengan un “**mayor protagonismo**” en la tutela de esos derechos en tanto que “*primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico*” (*Sentencia del Pleno 155/2009, de 25 de junio*, por todas), el “*incidente*” es, en puridad, un **proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales** y, por tanto, su enjuiciamiento ha de estar sometido al canon del acceso a la jurisdicción.

Esta precisión es capital porque, como es sabido, a diferencia del derecho de acceso al recurso legalmente previsto, **las reglas de acceso a la jurisdicción derivan “directamente de la Constitución”**, razón por la cual “*no pueden interpretarse de un modo rigorista, o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que estas reglas preservan y los intereses que sacrifican*” (*Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1997, de 21 de diciembre*, Fundamento Jurídico 2º; *150/1997, de 29 de septiembre*,

Fundamento Jurídico 3º; 295/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 2º; 123/2004, de 13 de julio, Fundamento Jurídico 3; y 133/2005, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2º).

2.2.3. Si el Tribunal Constitucional secundara la presente tesis y decidiera aplicar el canon jurisprudencial del acceso a la jurisdicción al “*incidente*”, debería entonces **AUTOQUESTIONARSE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 241.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y 228.1 DE LA LEY PROCESAL CIVIL**, cuando establecen con idéntica redacción que: “***No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente (...)***”, **pues semejante regulación conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su primera vertiente de acceso a la jurisdicción.**

El “*incidente de nulidad de actuaciones*” **no es**, pese a su errónea regulación legal, **un proceso “excepcional”, sino “especial” de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales**, proceso que queda así plenamente ajustado a las exigencias que resultan del propio *artículo 53.2 de la Constitución*, en el que se establece que la tutela judicial de los derechos fundamentales ha de realizarse a través de un “*procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*”, basado además en el principio de subsidiariedad.

La tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria no puede ser “excepcional” en un Estado democrático de Derecho sino, bien al contrario, “especial” por razón de su objeto.

Puesto que dicha tutela judicial no puede ser considerada como excepcional, **las normas reguladoras** de la misma contenidas en los mencionados *artículos 241 y 228 no pueden ser interpretadas de manera restrictiva (tal y como ha hecho la Sección de la Audiencia Nacional al desestimar el “*incidente*”) sino, por el contrario, de una manera amplia o favorable a la efectividad de la tutela judicial solicitada por la víctima de un derecho fundamental (en igual sentido ver la citada *Sentencia 153/2012*, Fundamento Jurídico 3º *in fine*).*

El Tribunal Constitucional también debería recordar que **la presencia en dicho proceso del Ministerio Fiscal ha de ser preceptiva**, lo cual, como es bien sabido, nunca sucede en la práctica de nuestros Tribunales ordinarios.

En este mismo sentido se pronuncia ARAGÓN REYES (*Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo*, Revista Otrosí, número 10, abril-junio 2012, página 12), al defender la constitucionalidad del actual sistema previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque “*no tiene que ver reducida, sin embargo, su eficacia si, como debiera ser (máxime al configurarse como una especie de amparo judicial que tiene por objeto la tutela de derechos fundamentales), se hace intervenir preceptivamente en el mismo, y en todos los casos, al Ministerio Fiscal*”.

La propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo también ha sostenido esta tesis, *mutatis mutandis*, en sus *Sentencias de 29 de abril de 2003*, RJ 2003/3041, y *30 de marzo de 2001*, RJ 2001/4776. En particular, en la primera de las citadas Sentencias (Ponente Excmo. Sr. Almagro Nosete), ese Alto Tribunal afirmó que era “*aconsejable su intervención en el proceso donde se ventilan cuestiones de esta naturaleza, de acuerdo con una interpretación finalista de los números 3 y 12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (...) La Sala considera, en efecto, que la práctica de omitir, al no constar establecida de una manera tajante, la intervención del Ministerio Fiscal en asuntos que versan sobre derechos fundamentales si no se sigue el procedimiento especial, no es conforme, con la interpretación sistemática de las funciones del Ministerio Fiscal, no obstante, que dicha irregularidad procesal debe subsanarse con su intervención ya sea de oficio, ya sea a instancia de parte, una vez advertida la falta*”.

Por consiguiente, conforme a esa interpretación sistemática de las funciones del Ministerio Público (*artículos 6.1.6º y 249.1.2º de la Ley procesal civil; Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, sobre la “incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, epígrafe VIII titulado “protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales”; artículo 3.3 y 12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*) **la garantía que supone la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo judicial de los derechos fundamentales ha de exigirse también en el proceso previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, con ello se dotaría al sistema actualmente creado de un mínimo de eficacia al contar, en todo caso, con el informe emitido por una “parte imparcial” en relación con la pretensión de tutela de los derechos fundamentales.

La Sala del Tribunal Constitucional ha de elevar, pues, al Pleno la presente **cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, porque su actual regulación vulnera el derecho fundamental de todas las personas a que la pretensión de amparo judicial introducida mediante el tan citado “*incidente*” sea enjuiciada desde el **canon del acceso a la Jurisdicción** (no así el del acceso al recurso) y porque el tan citado “*incidente*” es en puridad **un proceso especial (no excepcional) de amparo judicial de los derechos fundamentales** infringidos por resoluciones judiciales definitivas y firmes.

II.- MATERIALES: LOS DOS MOTIVOS DE LA DEMANDA DE AMPARO

Sumario: **PRIMER MOTIVO.-** Los Autos impugnados violan el artículo 24.1 de la Constitución en sus vertientes del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho a que las resoluciones judiciales respeten el sistema de fuentes establecido. **SEGUNDO MOTIVO.-** El Auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones vulnera el artículo 24.1 de la Constitución: la inconstitucionalidad de los artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que definen el “*incidente*” como un proceso excepcional y, por tanto, sometido a una interpretación restrictiva.

PRIMER MOTIVO.- LOS AUTOS IMPUGNADOS VIOLAN EL **ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN** EN SUS VERTIENTES DEL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y DEL DERECHO A QUE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RESPETEN EL SISTEMA DE FUENTES ESTABLECIDO.

Sumario: 1. Síntesis del primer motivo de la demanda de amparo. 2. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*) y el derecho a que las resoluciones judiciales respeten el sistema de fuentes establecido. 3. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplicable al caso. 4. La motivación contenida en los Autos de la Audiencia Nacional. 5. Las resoluciones impugnadas vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

1. La Audiencia Nacional ha realizado una interpretación del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), en sus concretas vertientes de acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*) y del derecho a que las resoluciones judiciales respeten el sistema de fuentes establecido.

En efecto, si como recuerda la *Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, “España es Estado miembro de las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986, de conformidad con las previsiones del art. 93 CE y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”* (con cita de las *Sentencias de 5 de febrero de 1963, en el asunto Van Gend and Loos y de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra ENEL”), **el Derecho Procesal en general, y en particular las normas reguladoras del proceso contencioso-administrativo (la Ley 29/1998) no pueden ser interpretadas por los Tribunales contencioso-administrativos de manera aislada, pues desde 1986 ha de respetarse el efecto directo de las normas del Ordenamiento comunitario que poseen dicha eficacia, que además “tienen primacía sobre las disposiciones internas”.***

Ello quiere decir que, como sucede en el presente litigio, en el que reiteradamente **se plantea a la Sala de la Audiencia Nacional el conflicto existente entre la norma reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa** (el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional) **y los principios de supremacía y de eficacia directa del Derecho comunitario** cuando los mismos han sido incumplidos por el Estado miembro (en nuestro caso, se postula que el Real Decreto-Ley 14/2010 ha infringido la Directiva 2009/28/CE al vulnerar la prohibición de todo tipo de discriminación entre los titulares de instalaciones fotovoltaicas, por las razones explicadas *supra* en el primer motivo de la especial relevancia constitucional de esta demanda), sin que exista razón alguna que permita ese trato discriminatorio en supuestos de hecho diferentes, **el órgano judicial no puede limitarse a aplicar el Derecho nacional e inadmitir el recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción: el Derecho**

Procesal Administrativo, inclusive las normas reguladores de los presupuestos procesales, no es inmune al Derecho comunitario.

Cuando la aplicación directa de la norma nacional entra en colisión con los referidos principios comunitarios de supremacía y eficacia directa, el Tribunal bien ha de aplicar directa y primariamente el Derecho comunitario, bien plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea *ex* artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo contrario significa vulnerar el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

2. A la hora de determinar el test, criterio o canon constitucional que ha de aplicarse al específico tipo de resolución judicial objeto del presente recurso de amparo, es conveniente recordar la doctrina reiterada y unánime del Tribunal Constitucional sobre el acceso a la jurisdicción y la necesidad constitucional de que la motivación jurídica de las resoluciones judiciales respete el sistema de fuentes previsto en el Ordenamiento.

2.1. Recuerda el Tribunal Constitucional que las normas reguladores del acceso a la jurisdicción, a diferencia de las del acceso a los recursos legalmente previstos, derivan “**directamente de la Constitución**” (*Sentencias del Tribunal Constitucional 252/2007, de 17 de diciembre*, Fundamento Jurídico 3º; *16/2007, de 12 de febrero*, Fundamento Jurídico 2º). Aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el artículo 24.1, “**el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma**” (*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 79/2012, de 17 de abril*).

Esta última Sentencia subraya que el principio hermenéutico *pro actione* “**protege el derecho de acceso a la justicia, dada la diferente trascendencia que cabe otorgar — desde la perspectiva constitucional— a los requisitos legales de acceso al proceso, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión. Por el contrario, el control constitucional de los requisitos de admisión de los recursos legalmente**

establecidos es más laxo, puesto que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales, y el acceso al recurso debe ser contrapesado con el derecho de las otras partes a un proceso sin dilaciones indebidas y a la ejecución de lo resuelto (SSTC 55/1995, de 6 de marzo, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; y 27/2009, de 26 de enero, FJ 3)".

El Tribunal Constitucional ha sostenido pacíficamente que “el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del **principio «pro actione»**” (Sentencias 36/1997, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 3º; 145/1998, de 30 de junio, Fundamento Jurídico 2º; 39/1999, de 22 de marzo, Fundamento Jurídico 7º; 63/1999, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 2º; 157/1999, de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 2º; 158/2000, de 12 de junio, Fundamento Jurídico 5º; 16/2001, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 4º; 203/2004, de 16 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º; 44/2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3º), “**principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales** que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (Sentencias 8/1998, de 13 de enero, Fundamento Jurídico 3º; 38/1998, de 17 de febrero, Fundamento Jurídico 2º; 63/1999, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 2º; 157/1999, de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 2º; entre otras muchas).

Recuerda la Sentencia 36/1997, citada, “Que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, **que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental** -SSTC 13/1981, fundamento jurídico 1º; 21/1981, fundamento jurídico 15º; 119/1983, fundamento jurídico 1º; 93/1984, fundamento jurídico 5.º a) y 40/1996, fundamento jurídico 2.º-. Si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un **criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo**, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de **entendimientos no razonables de las normas procesales** -SSTC 126/1984, fundamento jurídico 3º c); 164/1986, fundamento jurídico 2º, y 120/1993, fundamento jurídico 5º-. (...)”.

El Alto Tribunal también matiza que el referido principio *pro actione* **no debe entenderse “como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan... ya que esta exigencia llevaría al**

Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios” (por todas Sentencia 133/2005, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2º). **Sin embargo**, dicho principio **prohíbe** “**aquellas decisiones de inadmisión -o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican**” (entre otras muchas, 27/2003, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 4º; 3/2004, 14 de enero, Fundamento Jurídico 3º; 79/2005, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 2).

Finalmente, la *Sentencia 243/2005, de 10 de octubre*, Fundamento Jurídico 3º, concreta los siguientes dos extremos que, en el presente caso, es preciso tener en consideración: “**a) como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...); y b) esta regla tiene como excepción «aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican» (STC 231/2001, de 26 de noviembre [RTC 2001, 231] , F. 2). En estos casos, se producirá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que justificará la intervención de este Tribunal, puesto que, aunque no sea su misión interpretar las normas procesales, sí lo es la constatación de que la exégesis realizada por los órganos jurisdiccionales no es contraria a la Constitución”.**

2.2. La doctrina constitucional relativa al derecho del justiciable a que la motivación contenida en la resolución judicial respete el sistema de fuentes legalmente previsto, **en particular respecto del Derecho comunitario**, se resume en la reciente **Sentencia 145/2012, de 2 de julio**, Fundamento Jurídico 5º, que por su especial aplicación al presente caso se transcribe en parte:

“(…) el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (...), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones.

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal (...) y en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos (...) y Costa contra Enel (...).

Asimismo es pertinente traer a colación la doctrina fijada en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4, en la que precisamos que la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, “sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”, lo que obliga al Juez nacional o a la Administración norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno (...).

3. En relación con la jurisprudencia comunitaria, ya puesta de manifiesto en el anterior epígrafe y en el motivo primero de la especial trascendencia constitucional, nos limitaremos a recalcar que, **según una jurisprudencia reiterada** [Sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76), apartado 5, y

Comet (45/76), apartados 12 a 16; de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio* (199/82), apartado 12, y de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck* (C-312/93), apartado 12], **“incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 10 CE, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario. A falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables. No obstante, estas modalidades no pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni pueden articularse de tal manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario”** (Conclusiones del Abogado General Mengozzi, asunto C-429/05, apartado 94).

En la citada *Sentencia Peterbroeck*, apartado 21, el Tribunal de Justicia insitió que **“cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales”**.

Esta doctrina fue confirmada por el Tribunal de Justicia en las posteriores *Sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98), apartado 26, y *Cofidis*, de 21 de noviembre de 2002, C-473/00, apartado 36, de las que se infiere la necesidad de que **la rigidez de las normas procesales sea atemperada si “puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende”**, y por la reciente *Sentencia de 4 de octubre de 2012* (asunto C-403/11), apartado 25, al recordar que, **“según jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su**

ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva”.

4. La **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional** inadmitió el recurso contencioso-administrativo formulado por mi mandante mediante **Auto de 23 de abril de 2012**, con la siguiente motivación:

*“(…) 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 recurribles 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 (...) 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 (sic) de hecho de las mismas, nada impide que emitida la liquidación definitiva tal alegato no pueda hacerse valer.*

*QUINTO.- En casos como el de autos se han venido impugnando liquidaciones provisionales, a cuenta, que se devengan mes a mes, hasta que (sic) 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 (sic) 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 (...).***

Motivación reafirmada en el **Auto dictado por el mismo Tribunal, de de 11 de junio de 2012**, de desestimación del recurso de reposición, del que destacamos su razonamiento jurídico segundo:

*“(…) 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 plantear el fumus boni iuris o la inaplicación por el Juez nacional de una ley estatal. A parte 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 se verá en la tesitura de apreciar esa doble relevancia (…)**”*

Y, por último, en el **Auto dictado por el mismo Tribunal, de 27 de septiembre de 2012**, de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, del que destacamos sus razonamientos jurídicos primero, cuarto y quinto:

*“PRIMERO.- Promueve la parte recurrente incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Este remedio procesal es, por mandato legal, excepcional** pues se plantea frente a resoluciones que ponen fin al proceso y no sean susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario. Este requisito se cumple en cuanto lo que lo impugnado se refriega (sic) a una liquidación provisional cuya cuantía no alcanza al límite previsto para el recurso de casación. (…)*

*CUARTO.- Esta Sala en el Auto del pasado 23 de abril razonó por qué entiende que el acto impugnado –liquidación provisional de 15 de septiembre de 2011- no es recurrible. A tal efecto se ha basado (cf. Fundamentos 3º y 4º) en un criterio consolidado en esta Sala, tanto de esta Sección como de la 8ª, y que parte de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006**. No cabe, por tanto, atribuir a lo decidido un carácter arbitrario, es decir, carente de justificación o caprichoso pues a partir de esa doctrina se razonaba su aplicación al caso de autos.*

*QUINTO.- En segundo lugar alega la infracción del artículo 24 de la Constitución porque la Sala ha conculcado el derecho de acceso a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Constitucional. **Hay que recordar que la pertinencia de plantear bien sea una cuestión prejudicial como una cuestión de constitucionalidad, o ambas, depende de la admisión a trámite del recurso y del enjuiciamiento del fondo (…)**”*

5. **Si** el derecho de acceso a la jurisdicción deriva directamente de la Constitución, al ser un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y no nace por tanto de la Ley (en nuestro caso, de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); **si**, por consiguiente, la norma legal reguladora del ámbito del contencioso-administrativo (del control judicial de la actuación administrativa) ha de interpretarse a la luz del citado derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1, impidiendo una interpretación formalista o desproporcionada de dicha norma legal; **si** el principio de primacía del

Derecho de la Unión Europea forma parte de acervo comunitario incorporado a nuestro Ordenamiento desde 1986, lo cual significa que ese Derecho comunitario, originario y derivado, ha de primar sobre el interno (ya se trate de una norma de derecho material o procesal) si posee efecto directo para los ciudadanos; **si** ello supone que el Juez nacional ha de aplicar la norma prevalente (la Directiva 2009/28/CE) y dejar sin efecto la norma desplazada (el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional); **si**, además, conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de una Directiva, sin que dicha tutela judicial pueda articularse de manera tal que haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos configurados por el Ordenamiento jurídico comunitario; **si**, pese a todo lo hasta ahora expuesto, el Juez nacional entiende que ha de aplicar la norma nacional, **con carácter previo a la inadmisión *ad radice* del recurso contencioso-administrativo (sin haber podido siquiera introducir la pretensión en el posterior escrito de demanda), ha de elevar al Tribunal de Justicia de Luxemburgo la cuestión prejudicial para, así, respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.**

La reiterada afirmación de esa Sección de la Audiencia Nacional en los Autos impugnados de que la Ley nacional ha de aplicarse de manera directa y exclusiva [*“Este alegato (la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario) es ajeno a lo que se discute en este momento procesal que no es sobre... su relevancia desde el punto de vista del Derecho comunitario, sino sobre si se ha impugnado ahora un acto recurrible”*]), como un *prius* frente al Derecho comunitario, no solamente infringe (por ser manifiestamente irrazonable y desproporcionado) el derecho de acceso a la tutela judicial sino, especialmente, el sistema de fuentes existente en nuestro País tras la adhesión de España a la entonces Comunidad Económica Europea.

La Audiencia Nacional, conscientemente (pues este problema constitucional-comunitario fue puesto de manifiesto en repetidas ocasiones por mi mandante en la vía judicial previa al amparo), ha obviado, de un lado, la situación de indefensión a la que tal interpretación legal condena al actor, que ha padecido un acto administrativo (fundado en el tan citado Real Decreto-Ley 14/2010) contrario al

Derecho comunitario (a la Directiva 2009/28/CE, que prohíbe a los Estados miembros utilizar procedimientos que provoquen un trato discriminatorio), respecto del cual no pueden defenderse y, de otro, el efecto directo y primario del Derecho comunitario a la hora de interpretar una norma nacional procesal.

En primer lugar, la interpretación del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional vulnera el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*), porque es manifiestamente irrazonable y enervantemente formalista:

Es manifiestamente irrazonable porque se fundamenta en **una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo** (reiteradamente citada en los Autos impugnados, de fecha 27 de junio **de 2006**, RJ 2006/4614) **que no es aplicable al caso**, pues se refiere, sí, a una liquidación provisional pero regida por normativa anterior al Real Decreto-Ley 14/2010.

La anterior regulación sí permitía que la liquidación definitiva corrigiera el perjuicio alegado por el recurrente (lo cual, como ya se ha afirmado, no sucede en este caso, pues la liquidación definitiva será igualmente de cero euros por así imponerlo el Real Decreto-Ley 14/2010). Además, **la cuestión resuelta por esa Sentencia es distinta de la actual, dado que versaba sobre las liquidaciones de otros sujetos del mercado (los distribuidores), pero no sobre los productores en régimen especial** como el ahora demandante de amparo. Se trataba del Real Decreto 2.017/1997 que permitía a los distribuidores tener su liquidación definitiva antes del 31 de marzo del año siguiente, esto es, en un plazo concreto y muy breve.

En la situación actual la distribuidora sigue haciendo de recaudadora y liquidadora, pero desde la Circular 3/2009 la Comisión Nacional de la Energía se ha colocado entre el productor fotovoltaico y la distribuidora. La distribuidora tiene una liquidación definitiva el 31 de marzo del año siguiente al año de producción, mientras que el productor en régimen especial tiene que esperar un tiempo indefinido (no sometido a plazo alguno) para recibir la misma liquidación provisional en forma definitiva.

Es manifiestamente irrazonable porque contradice el propio tenor literal del artículo 25.1 de la Ley 29/1998 que permite expresamente la impugnación de un acto de trámite que decide indirectamente el fondo del asunto y produce indefensión o perjuicio irreparable a mi mandante.

Se recuerda al Alto Tribunal que la propia Audiencia Nacional afirma en sus Autos que lo que se impugna (directamente) es “*una liquidación a cero*” euros por así imponerlo el tan citado Real Decreto-Ley 14/2010, porque “*cubiertas esas horas* (horas límite previstas en la Disposición Adicional Primera de esa norma) *ya no se emite liquidación de primas equivalentes que implique orden de pago al titular*”, por lo que indirectamente reconoce que la liquidación final será igual que la provisional y, ello no obstante, condena al recurrente a tener que esperar a obtener el mismo resultado (lo cual es evidentemente **desproporcionado**).

También se subraya que mi mandante ya puso esto mismo de manifiesto en sus diferentes escritos, en especial la **indefensión** causada por dicha interpretación legal porque **la liquidación de las horas no va a variar** con la liquidación definitiva.

En efecto, como bien recuerda la Audiencia, el cómputo de las horas equivalentes de referencia es un dato que se obtiene de forma automática mediante la lectura mes a mes de la producción realizada, de modo que cuando esta producción agota el cupo, la liquidación del mes siguiente no va a variar en modo alguno, hasta que termine el año y se reactive este cupo. Ello quiere decir que desde que se produce esta lectura, el dato resultará invariable en las sucesivas fases del periodo liquidatorio.

Pero es que, **además, ese procedimiento de liquidación de horas tiene fases que no están sujetas a plazo alguno, de modo que la liquidación definitiva** (esa que la Audiencia Nacional considera que es la única impugnabile y que, por tanto, ya no es un acto “de trámite”, sino “definitivo”) **depende de la sola voluntad discrecional de la Administración** (*v.gr.* sólo hasta recientemente algunas instalaciones estén recibiendo la propuesta de liquidación definitiva del año 2009, es decir, idos años y medio después!).

Semejante interpretación es, por consiguiente, manifiestamente irrazonable y enervantemente formalista al exigir que el acto de trámite impugnado devenga en definitivo (lo cual es contrario a la propia redacción del artículo 25.1, tan citado, que

permite la impugnación de los actos de trámite) y condena al recurrente a una espera *sine die* (pues no hay plazo para el dictado de la liquidación definitiva) y absurda al saber de antemano que la liquidación final será igual que la provisional: cero euros.

En segundo y último lugar, **la motivación jurídica contenida en los Autos impugnados conduce** al administrado afectado por la citada norma jurídica nacional **a un callejón sin salida**, que es **precisamente lo que, una y otra vez, ha prohibido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea** en las Sentencias citadas en el epígrafe anterior (*“cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales”*), peculiaridades obviadas por la Audiencia Nacional.

El ahora demandante de amparo, consciente de que el derecho de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa no es absoluto, pues no exige del Juzgador la selección de la interpretación jurídica de la norma aplicable más favorable a la efectividad de ese derecho, propuso al Tribunal *a quo*, como alternativa menos favorable a la aplicación directa del Derecho comunitario, que elevara la cuestión prejudicial aquí reiterada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, **la respuesta judicial obtenida ha sido, no la más favorable, sino al contrario la más desfavorable de las posibles**, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 24.1 de la Constitución.

La Audiencia Nacional, además, ha realizado una **selección del sistema de fuentes aplicable al caso contraria al artículo 24.1 de la Constitución**, porque, de nuevo, ha obviado el problema de Derecho comunitario que había sido puesto de manifiesto por mi mandante en su escrito de alegaciones en defensa de la admisibilidad del acto impugnado, en el recurso de reposición y, finalmente, en el escrito de nulidad radical de actuaciones: es contrario al artículo 24.1 de la Constitución afirmar que el Derecho nacional ha de regir con carácter previo y exclusivo cuando lo jurídicamente correcto y cierto es, precisamente, lo contrario,

que el Derecho comunitario aplicable al caso rige con carácter primario y directo. La Audiencia Nacional tuvo, pues, que plantear con carácter previo a la inadmisión del proceso entablado la cuestión prejudicial (ahora aquí reiterada) para así respetar el derecho fundamental a la efectiva tutela judicial del demandante. Al no hacerlo ha violado el derecho fundamental a la efectiva tutela judicial.

SEGUNDO MOTIVO.- EL AUTO QUE DESESTIMA EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES VULNERA EL *ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 241.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y 228.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*, EN CUANTO DEFINEN EL “INCIDENTE” COMO UN PROCESO EXCEPCIONAL Y, POR TANTO, SOMETIDO A UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.

Por economía procesal nos remitimos a lo alegado en este mismo sentido en el **motivo segundo de la especial trascendencia constitucional** de la presente demanda de amparo, en el cual se justifican, con el debido rigor, las razones por las cuales el Pleno del Tribunal Constitucional ha de pronunciarse acerca de si la actual regulación del “*incidente*” (calificado de excepcional y, por tanto, sometido a una interpretación restrictiva de sus normas), vulnera el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución).

Esa interpretación del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada por la Sala *a quo* en el Auto de desestimación de la demanda de amparo judicial (“*este remedio procesal es, por mandato legal, excepcional*”) conduce a esa Audiencia a interpretar restrictivamente el incidente de nulidad. Esa conclusión, pese a ser legal (pues en efecto ese artículo dice literalmente que el incidente es “*excepcional*”, que “*no se admitirán con carácter general*” incidentes de nulidad de actuaciones) es derechamente contraria a lo sostenido en la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2012, de 16 de julio*, y a lo reiterado por el Tribunal Constitucional acerca del nuevo papel de los órganos de la Jurisdicción ordinaria en relación con la tutela de los derechos fundamentales: “*de esta forma se*

*configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendados a los Jueces y Tribunales como **guardianes naturales y primeros de dichos derechos (...), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección** (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones)” (Sentencias del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio; 43/2010, de 26 de julio; 107/2011, de 20 de junio; 153/2012, de 16 de julio).*

En atención a todo lo anteriormente expuesto y razonado,

A LA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito, con sus documentos y copias, en tiempo y forma, tenga por formulada demanda de amparo constitucional contra el Auto de 11 de junio de 2012, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de desestimación del recurso de reposición contra el Auto de 23 de abril de 2012 de inadmisión del recurso contencioso-administrativo ordinario número 877/2011, y contra el Auto de 27 de septiembre de 2012 dictado por esa misma Sala, que confirmó aquella resolución al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones; y que, una vez admitido este escrito de demanda, y cumplidos que sean los trámites previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acuerde:

- **Elevar la demanda de amparo al Pleno del Tribunal Constitucional para que:**
 - por las razones indicadas en el motivo primero de la especial trascendencia constitucional de la presente demanda de amparo, **plantee al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la**

siguiente cuestión prejudicial: ¿Puede el Juez nacional inaplicar el Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el Tribunal de Luxemburgo, a través de una interpretación restrictiva del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 cuando ello supone vulnerar el Derecho de la Unión Europea o, por el contrario, cuando dicha rígida aplicación de la norma procesal, por las particularidades del caso, suponga vulnerar el Derecho comunitario, debe plantear con carácter previo a la inadmisión «ad limine» del proceso una cuestión prejudicial que permita una interpretación de esa norma procesal nacional conforme a la jurisprudencia comunitaria partidaria de que el Juez controle efectivamente la conformidad de la norma nacional – *el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*- con el Derecho comunitario –*la Directiva 2009/28/CE 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-?*; y

- por las razones indicadas en el motivo segundo de la especial trascendencia constitucional de la presente demanda de amparo, resuelva la **cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, por entender que dichas normas legales vulneran el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, consagrado en el *artículo 24.1 de la Constitución*.

- Subsidiariamente, en el solo caso de que la Sala desestime las anteriores peticiones, dicte Sentencia **otorgando el amparo solicitado** y, por la estimación del mismo, reconozca el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva (*artículo 24.1 de la Constitución*), restablezca al actor en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declare la nulidad de las dos citadas resoluciones impugnadas, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto de inadmisión del recurso

contencioso-administrativo, para que la Sala de la Audiencia Nacional dicte nueva resolución respetuosa con el indicado derecho fundamental.

AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SOLICITO que admita a trámite las cuestiones elevadas por la Sala; y que, cumplidos que sean los trámites previstos:

- **Dicte un Auto decidiendo plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:** ¿Puede el Juez nacional inaplicar el Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el Tribunal de Luxemburgo, a través de una interpretación restrictiva del artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 cuando ello supone vulnerar el Derecho de la Unión Europea o, por el contrario, cuando dicha rígida aplicación de la norma procesal, por las particularidades del caso, suponga vulnerar el Derecho comunitario, debe plantear con carácter previo a la inadmisión «ad limine» del proceso una cuestión prejudicial que permita una interpretación de esa norma procesal nacional conforme a la jurisprudencia comunitaria partidaria de que el Juez controle efectivamente la conformidad de la norma nacional –*el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*– con el Derecho comunitario –*la Directiva 2009/28/CE 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-?*;
- **Estime la cuestión de inconstitucionalidad** y, en consecuencia, declare inconstitucional y, por tanto, **nulo el apartado primero de los artículos 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, tal y como se ha razonado en el

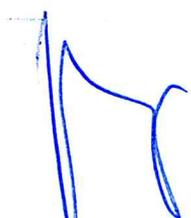
motivo segundo de la especial relevancia constitucional de esta demanda de amparo; **y otorgue el amparo solicitado**, reconozca el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva (*artículo 24.1 de la Constitución*), restablezca al actor en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declare la nulidad de las dos citadas resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, para que la Sala de la Audiencia Nacional dicte nueva resolución respetuosa con el indicado derecho fundamental.

- Subsidiariamente, en el solo caso de que el Pleno decida no estimar las anteriores peticiones, **otorgue el amparo solicitado**, reconozca el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva (*artículo 24.1 de la Constitución*), restablezca al actor en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declare la nulidad de las dos citadas resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, para que la Sala de la Audiencia Nacional dicte nueva resolución respetuosa con el indicado derecho fundamental.

OTROSÍ DIGO que la solicitud de protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que mediante el presente escrito se deduce tiene también por finalidad cumplir con el requisito del agotamiento previo de “*las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos*” (**artículo 35.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**).

Es tutela constitucional que, para principal y otrosí, solicito en Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil doce.

Felipe Juanas Blanco
Colegiado número 1.210 del Colegio de Procuradores de Madrid



D. Piet Holtrop

Dr. Pablo Morenilla Allard