

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE INADMITE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR VIPROES ENERGÍAS RENOVABLES, S.A. CONTRA LA LIQUIDACION A CUENTA DE LAS PRIMAS EQUIVALENTES, PRIMAS, COMPLEMENTOS E INCENTIVOS CORRESPONDIENTE AL MES DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Expte. R/121/2013

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 3 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo a la exención de cómputo publicitario solicitada, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, en su sesión núm. 9/13 acuerda lo siguiente:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 25/11/2013 ha tenido entrada en el registro de la CNMC escrito de _____ en representación de VIPROES ENERGÍAS RENOVABLES, S.A., contra la liquidación de las primas equivalentes, primas, complementos e incentivos correspondiente a Septiembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

La competencia para resolver este recurso corresponde a la CNMC de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se asigna a la Comisión Nacional de Energía la función de realizar la liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Esta competencia ha sido articulada a través de la *Circular 3/2011, de 10 de Noviembre, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solicitud de información y los procedimientos del sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.*

En este sentido, las competencias atribuidas a la CNE corresponden ahora a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), según dispone la Ley 3/2013, de 4 de junio. A los efectos previstos en la Disposición adicional primera de esta Ley, se señala que la CNMC ha entrado en funcionamiento con fecha 7 de octubre de 2013, según lo previsto en la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre.

Dentro de la CNMC, le corresponde dictar la presente resolución a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo, de conformidad con lo previsto en el artículo 14.1 en relación con el 8.1 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

II.- CALIFICACIÓN DEL RECURSO

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992), establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos administrativos de alzada y potestativos de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

III.- INADMISIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO. IRRECURRENIBILIDAD DE LA LIQUIDACIÓN A CUENTA, CONSIDERADA COMO UN “ACTO INTERMEDIO”

Con carácter previo, procede determinar la normativa que atribuye la competencia ejercida por esta Comisión para realizar las Liquidaciones de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial y, para ello, debemos remitirnos a la atribución competencial fijada por la Disposición Adicional Undécima Tercero. 2, Primera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, donde se encomienda a la Comisión Nacional de Energía la función de *“[...] realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada”*.

Y, en concreto, el artículo 30 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial asigna a la Comisión Nacional de Energía (actualmente CNMC) la competencia para realizar la liquidación y pago de las cuantías correspondientes, directamente con los titulares de las instalaciones o a través de sus representantes.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta del mismo Real Decreto, dicho artículo 30 del Real Decreto 661/2007 sería de aplicación cuando entrara en vigor el comercializador de último recurso. La citada fecha fue finalmente fijada

por el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, determinándose que desde el 1 de noviembre de 2009 la CNE liquida las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos a las instalaciones afectadas por el régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo y en Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre y cualquier normativa que las sustituya.

Tal y como establece el artículo 30 del Real Decreto 661/2007, en su apartado 4, los importes correspondientes a estos conceptos se someterán al correspondiente proceso de liquidación por la Comisión Nacional de Energía, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

Por su parte, en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, se habilita a la CNE para definir, mediante Circular, las obligaciones de remisión de la información necesaria y el procedimiento de liquidación correspondiente, así como el procedimiento de comunicación de los cambios de representante de las instalaciones de régimen especial. Para ello, esta Comisión ha dictado la Circular 3/2011, de 10 de Noviembre, en virtud de la que se han establecido los procedimientos habilitados para el correcto funcionamiento del Sistema de Liquidación de la CNE.

La competencia de liquidación atribuida a la CNE se trata de una función cuyo objeto es determinar las obligaciones de pago y los derechos de cobro correspondientes a los diferentes agentes e instituciones relacionados en el pago de las referidas primas equivalentes, primas, incentivos y los complementos que correspondan. Finalmente, en los términos ya expresados por el artículo 30.4 del Real Decreto 661/2007, la Comisión Nacional de Energía debe integrar los importes de los requerimientos de ingresos a los distribuidores, netos de impuestos, en el Sistema de Liquidación de Actividades y Costes Regulados establecido en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, tal y como determina el apartado Décimotercero.5 de la Circular 3/2011.

Cabe decir, que todo lo anterior y en lo que respecta a la competencia atribuida a la CNE, se aplica teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria cuarta, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Entrando ya en el acto que es objeto del presente recurso, debe señalarse que corresponde a las Liquidaciones Provisionales a cuenta reguladas en el apartado Décimotercero.6.a) de la Circular 3/2011, y no definitivas. En efecto, tal y como establece la letra b) del apartado Décimotercero.6 de la Circular 3/2011, únicamente en el mes que sea recepcionada la información definitiva correspondiente de las actividades reguladas, tendrá lugar el proceso de la Liquidación Definitiva de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos por “CIL”.

Así resulta todo lo anterior, sin perjuicio de que también la CNE pueda realizar una nueva liquidación de las cantidades que hayan sido objeto de comprobación o de inspección por parte de la Comisión, en los términos expresados en el apartado Decimoquinto de la Circular 3/2011 y en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas para la gestión del Sistema de Liquidación (Disposición Adicional Undécima, tercero.1.octava de la Ley 34/1998), teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria cuarta, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

El criterio mantenido reiteradamente por la Comisión Nacional de Energía, así como por el Ministerio competente en cada momento (Ministerio de Industria y Energía, Ministerio de Economía y actualmente Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) y los correspondientes órganos jurisdiccionales (Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) en relación con las liquidaciones provisionales como la que es objeto directo del recurso interpuesto, aún tratándose de la liquidación efectuada correspondiente a las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, es el que se expondrá a continuación.

Los términos legales en los que aparece definida la función de “Liquidación” tanto en el artículo 8.1, Octava, de la Ley 54/1997, como en la posterior redacción contenida en la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 2 de la Ley 34/1998, teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria cuarta,

de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, configuran el acto de liquidación definitiva como una Resolución administrativa única para el ejercicio, si bien se trata de una actuación de contenido complejo, tanto por el número de sujetos que intervienen como parte interesada en el procedimiento de liquidación, como por la variedad de conceptos y costes que se liquidan. A ello se añade, como un factor adicional de complejidad, la necesidad (impuesta normativamente por el Real Decreto 2017/1997, en su artículo 8 apartado 3) de efectuar liquidaciones *“mensuales a cuenta de la definitiva que se efectuará cada año”*.

Por tanto, las liquidaciones a cuenta no comportan una decisión o pronunciamiento definitivo; sólo establecen, siempre con carácter provisional y a cuenta, los pagos e ingresos que, con periodicidad mensual, se consideran los más ajustados a lo que previsiblemente será la liquidación definitiva (previsión que se va ajustando mes a mes, alcanzando cada liquidación provisional un momento más avanzado del ejercicio.)

Ese mismo carácter *“provisional”* y *“a cuenta”* tienen los pagos y cobros entre agentes que siguen a cada liquidación provisional, que no tienen incidencia definitiva en el patrimonio jurídico de los sujetos de la liquidación, ya que dicha incidencia puede ser corregida en cada una de las liquidaciones provisionales (mensuales y finales) sucesivas y, en todo caso, en la liquidación definitiva del ejercicio.

Por tales razones, antes la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y posteriormente la Comisión Nacional de Energía han venido estimando que las liquidaciones mensuales a cuenta no constituyen verdaderas Resoluciones o Actos Administrativos que pongan fin al procedimiento, sino actos intermedios, y, por ello, no son susceptibles de recurso separadamente del que pueda interponerse contra la Resolución de liquidación definitiva, en los términos del artículo 107.1 de la Ley 30/1992.

El anterior criterio resultó confirmado por el entonces Ministro de Industria y Energía, mediante Orden de 27 de julio de 1999, por entender que las liquidaciones mensuales son provisionales, nacen sin vocación de permanencia, sin una vinculación firme para la recurrente ni para la Administración, pudiendo ser modificadas en cualquier momento por las

definitivas, cuando se dispusiera de los datos y elementos de juicio necesarios para llevar a cabo la cuantificación definitiva.

Dicho criterio ha sido reiterado en posteriores Resoluciones del Ministerio de Industria y Energía y del Ministerio de Economía. Entre otras, cabe citar las Resoluciones del Ministerio de Economía de fechas 23 de junio de 2003, 31 de julio de 2003, 6 de noviembre de 2003 y 30 de enero de 2004 y ha sido confirmada en su día por la Audiencia Nacional.

Asimismo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 2006, en Recurso de Casación número 9964/2003, confirma el criterio de que *“Estas liquidaciones provisionales no entran en la categoría de actos susceptibles de recursos administrativos a que se refiere el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común [...] ya que los perjuicios que deriven de ellas son corregibles en la liquidación anual definitiva, y si no lo fueran, abrirán la puerta de los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes.”* Sin ánimo de exhaustividad, se traen a colación las más recientes Resoluciones de la Subsecretaría del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de fecha 23 de febrero de 2009, en cuya virtud se inadmiten los recursos de alzada interpuestos contra sendas Resoluciones de la CNE de 6 de noviembre de 2008, 2 de diciembre de 2008 y 15 de enero de 2009, por las que se aprobaron respectivamente las liquidaciones provisionales 9, 10 y 11 de las actividades reguladas del sector eléctrico para el año 2008, a cuenta de la definitiva. Las inadmisiones se fundamentan en el carácter inimpugnable de los acuerdos objeto de recurso, en cuanto actuaciones calificadas como “intermedias y no como verdaderas resoluciones o actos administrativos que pongan fin al procedimiento, por lo que no son susceptibles de recurso separadamente del que pueda interponerse contra la resolución de liquidación definitiva.”

En aplicación de ese criterio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha declarado recientemente la inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las liquidaciones provisionales y a cuenta, efectuadas por la CNE, de las primas, primas equivalentes, complementos e incentivos. A este respecto, resulta ilustrativo, el Auto de 15 de diciembre de 2011 declara: *“Por consiguiente, tenemos un conjunto de liquidaciones de carácter provisional, a cuenta de la definitiva, y una remisión expresa al Sistema de Liquidación del RD 2017/1997, que prevé*

de forma expresa que las liquidaciones provisionales se efectúan a cuenta de la definitiva y que esta es la única que es susceptible de impugnación (artículo 8 y 21 RD 2017/1997), de acuerdo con la interpretación que resulta de la STS de 27 de junio de 2006. Quiere ello decir, que el recurso no es admisible, en tanto en cuanto se ha planteado frente a una actuación no susceptible de impugnación”. Continúa afirmando: “Este régimen jurídico no ha sido alterado por el RD 14/2010, que es en definitiva la norma que cuestiona la recurrente, en este recurso, y en el resto de recursos que versan sobre la misma cuestión”. Y concluye: “De acuerdo con el tenor de la norma, que prevé una modificación respecto de las horas máximas susceptibles de funcionamiento de las instalaciones, a efectos de ser beneficiarias del régimen primado, no hay modificación en el régimen de liquidación, que sigue siendo el mismo; no obstante el límite horario, y con independencia de cuando se alcance, es preciso a tenor de la Circular 4/2009, una liquidación definitiva que cierre el saldo, y que será el acto impugnado, conforme a lo razonado anteriormente”. En el mismo sentido se pronuncia el Auto de 3 de enero de 2012.

Procede, por todo ello, acordar la inadmisión del recurso interpuesto, al haberse presentado contra un acto no susceptible de recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, procede poner de manifiesto que la aplicación del Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos, responde a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto –Ley 2/2013 de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, y en la Orden IET/221/2013, norma ésta que, encontrándose vigente, resulta de directa aplicación, así como el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

Único.- INADMITIR el recurso potestativo de reposición interpuesto por en representación de VIPROES ENERGÍAS RENOVABLES, S.A., contra la

liquidación de las primas equivalentes, primas, complementos e incentivos correspondiente a Septiembre de 2013.

La presente Resolución agota la vía administrativa pudiendo ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.