



Roj: **SAN 3347/2016 - ECLI:ES:AN:2016:3347**

Id Cendoj: **28079230042016100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **3/2015**

Nº de Resolución: **375/2016**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso: 0000003 / 2015**

**Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Núm. Registro General: 02682/2015**

**Demandante: KAUMAN, S.A**

**Procurador: DON FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATELEVENFELD**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo, tramitado por el cauce especial de protección de los Derechos Fundamentales, que ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **3/2015**, se tramita a instancia de la entidad KAUMAN, S.A., representada por el procurador don Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld contra la falta de emisión de liquidación definitiva correspondiente a la retribución de las instalaciones de producción de renovables, cogeneración y residuos por el periodo de producción de energía de 14 de julio de 2013 hasta el 31 de mayo de 2014, por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por la recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha de 8 de mayo de 2015 en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 11 de mayo de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO** .- La parte actora para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 13 de noviembre de 2015, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: « [ d]eclare la obligación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a emitirla liquidación definitiva de la retribución de las instalaciones de producción de energías renovables, cogeneración y residuos por el periodo de producción de energía de 14 de julio de 2013 hasta el 31 de mayo de 2014, y condene a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración, y decrete las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho fundamental que se denuncia como violado. »

**TERCERO** .- La Abogacía del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó su inadmisión y subsidiariamente, la desestimación del recurso.

El Ministerio Fiscal formuló alegaciones mediante escrito presentado el 7 de enero de 2015, manifestando que la resolución impugnada no vulnera los derechos que se dice conculcados a la igualdad y a la no discriminación ni ningún otro, por lo que consideró que concurría causa de inadmisión del recurso por inadecuación de procedimiento.

**CUARTO** .- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos; finalmente, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 20 de julio de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

**QUINTO** .- La cuantía del recurso se fija en indeterminada.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La entidad KAUMAN, S.A. impugna por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, la resolución de 16 de abril de 2015 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por la que se inadmitía la alzada que la compañía había dirigido contra el requerimiento de pago por la regularización de los pagos a cuenta de las liquidaciones provisionales efectuadas de conformidad con la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE de 13 de julio), que había efectuado el Director de Energía el 24 de enero de 2015.

El 16 de septiembre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la liquidación provisional 7/2014, correspondiente a la retribución de las instalaciones de producción de energías renovables, cogeneración y residuos, en virtud de la competencia liquidatoria atribuida en virtud de la Ley 3/2013 de 4 de junio y el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio.

La liquidación contemplaba la regularización a su vez contemplada en el apartado dos de la disposición transitoria del Real Decreto 9/2013, de 12 de julio, de lo que resultaba un saldo deudor atribuido a la instalación representada por KAUMAN por importe de 108.909,98 euros. En virtud de requerimiento emitido por el Director de Energía, se puso de manifiesto la existencia de ese saldo deudor aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria y se requería de pago a la entidad, por un importe final con el Impuesto sobre el Valor Añadido, de 131.781,08 euros.

Frente al citado requerimiento, la entidad dedujo recurso de reposición, que fue calificado por la CNMC como de alzada por tratarse de un acto dictado por el Director General cuyo examen y competencia incumbía a la Sala Regulatoria.

La Sala acordó la inadmisión del recurso por dos razones. En primer lugar, el acto del Director se limitaba a ejecutar y poner de manifiesto la liquidación practicada por la Sala de Supervisión, tratándose de un requerimiento de pago de esa liquidación; en segundo lugar, apela al carácter provisional de la liquidación 7/2014 y a la jurisprudencia que sobre la impugnabilidad de las liquidaciones provisionales ha sido elaborada por el Tribunal Supremo. Al mismo tiempo, y dada la inadmisibilidad del recurso, rechaza la medida cautelar que se acompañaba con el recurso de reposición (alzada) interpuesto.

**SEGUNDO** .- En el escrito de demanda y tras una exposición de los antecedentes que afectaba a la planta de cogeneración, titularidad de la recurrente, identifica como derecho fundamental vulnerado el del artículo 24.1 de la Constitución. Sostiene que por un lado no se ha emitido la liquidación definitiva correspondiente



al periodo que va de 14 de julio de 2013 a 31 de mayo de 2014, y por otra, no se le deja acceder a la jurisdicción para recurrir a la liquidación provisional. En esta tesitura no puede llevar a la vía contencioso-administrativa la actuación de la Administración para que sea revisada. En el punto quinto de la demanda analiza cuantitativamente los importes de las liquidaciones hasta ese momento giradas, el régimen jurídico y la sin razón de que le sea practicada la liquidación definitiva. En los fundamentos de derecho hace un resumen de las sucesivas reformas de las que ha sido objeto el sector, y del sometimiento de la Administración al principio de legalidad. Cita a un autor de la doctrina, algunas sentencias del Tribunal Constitucional y concluye que le ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial (i) por la inactividad de la CNMC al no practicar la liquidación definitiva por el periodo indicado, (ii) al no poder interponer el recurso contencioso-administrativo al amparo de lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 29/1998 .

Antes de examinar la viabilidad y procedencia del camino impugnatorio elegido por la recurrente, es necesario que despejemos dudas que, en torno a la admisibilidad del recurso, ha expuesto el abogado del Estado en el primer fundamento de su contestación a la demanda de conformidad con el artículo 45.2.d) de la Ley de esta jurisdicción . Afirma que no consta el nombramiento de quien firma el recurso como titular del órgano de la entidad con capacidad para su interposición. En la escritura aportada, consta que ha sido otorgada por la misma persona en nombre del recurrente, sin que conste que tenga la condición de secretario del consejo de administración, sino que solo figura como apoderado.

Conferido el trámite para subsanación, la actora aportó sendas escrituras públicas en las que constaba la reelección de la letrado que firmaba el recurso como secretaria del consejo de administración de la sociedad y sus respectivas inscripciones en el Registro Mercantil. Por lo tanto, acreditada la condición de la secretaria del consejo de administración en la persona de la abogada recurrente, debemos rechazar el inicial óbice procesal para que la Sala entre a conocer el fondo del litigio.

**TERCERO** .- Despejadas las anteriores dudas, y como hemos realizado en anteriores ocasiones en las que se pretendía la especial protección de derechos fundamentales, es preciso que hagamos algunas consideraciones relativas al proceso especial escogido por la actora en relación con el derecho fundamental que se dice vulnerado, concretamente el de la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de nuestra Constitución , dada las particulares características del procedimiento que para la defensa de los derechos de la persona se regula en los artículos 114 y ss de la Ley de esta Jurisdicción , y antes en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (BOE de 3 de enero).

Como resumen, el Tribunal Supremo examina el procedimiento que se regulaba en la Ley 62/1978, jurisprudencia sustancialmente aplicable al vigente de los artículos 114 y ss , conviniendo tener presente determinadas particularidades o consideraciones. La coexistencia entre el proceso administrativo ordinario y el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales ha sido reconocida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resultando las siguientes posibilidades para el recurrente: 1º) acogerse a las ventajas propias del proceso preferente y sumario de la Ley 62/1978, sin plantear cuestión de legalidad ordinaria en relación con el acto que se impugna; 2º) impugnar el acto a través del proceso ordinario acumulando el planteamiento de lesión de derechos fundamentales y de infracción de la legalidad ordinaria; y 3º), plantear simultáneamente los dos procesos, con los siguientes límites: la no suspensión de los plazos para la interposición del proceso ordinario y la imposibilidad de plantear de forma sucesiva la vulneración del derecho fundamental sobre la que se ha decidido en el proceso especial y preferente ( STS de 11 de octubre de 2014, casación 757/99 , FJ 2º). De tal manera y recordando lo dicho por nuestro Tribunal Constitucional « [L]a garantía contencioso-administrativa que configura la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona consiste en un proceso caracterizado, además de por su naturaleza preferente y la mayor brevedad de sus trámites, por su especialidad y, sumariedad, en el sentido de que tan sólo puede enjuiciarse en el mismo la conformidad del acto o disposición objeto del recurso con los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución ( art. 6.1 de la Ley 62/1978 , en conexión con la Disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ). Cualquier otra cuestión relativa a la legalidad del acto o disposición impugnado debe sustanciarse a través del recurso ordinario, que incluso puede seguirse simultáneamente al proceso especial, como recuerda nuestra Sentencia 23/1984 de 20 de febrero . En el recurso ordinario puede plantearse también la eventual infracción de los derechos constitucionalmente reconocidos, y asimismo constituye, en su caso, una vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo. En consecuencia, los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario de la Ley 62/1978, renunciando a pretender la nulidad del acto por vicios de legalidad, o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad a través del recurso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales, o bien, por último, instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y por motivos distintos. Lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla, ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1 de la Constitución , es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso



*de los plazos legales de caducidad de la acción. La admisión del recurso preferente y sumario y su consiguiente tramitación no suspenden el cómputo de dichos plazos ni se produce con reserva del derecho al ejercicio de la acción por la vía ordinaria. De manera que si, una vez desestimada la demanda deducida en aquel proceso especial, han caducado los plazos para seguir la vía del proceso contencioso ordinario, la eventual ausencia de tutela no es imputable a la Sentencia desestimatoria, sino directa y exclusivamente a la opción libremente adoptada por el recurrente, como sucede en el presente caso .».* ( STC 84/1987, de 27 de mayo , FJ 5º).

Lo que se desprende de la jurisprudencia, respecto de este proceso, es que el órgano jurisdiccional ante el que se interpone no puede ir más allá del análisis del derecho fundamental o garantía supuestamente transgredida. De manera que cualquier pronunciamiento sobre la legalidad ordinaria, nulidad o validez del acto, actividad o inactividad que subyace en el proceder de la Administración queda proscrito, reservándose su conocimiento al recurso ordinario que la parte tenga a bien interponer. Luego no está pensado para restañar vulneraciones de la legalidad ordinaria, sino las violaciones de derechos fundamentales.

**CUARTO** .- Se denuncia la vulneración del derecho que se dice vulnerado, que es el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución .

En términos generales y como ha dicho el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (por todas, STC 172/2002, de 30 de septiembre , FJ 3º). No obstante, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal ( SsTC 252/2000, de 30 de octubre , FJ 2º; 60/2002, de 11 de marzo , FJ 3º; 143/2002, de 17 de junio , FJ 2º), por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental ( SsTC 185/1987, de 18 de noviembre ; 48/1998, de 2 de marzo , FJ 3º; 193/2000, de 18 de julio , FJ 2º; 77/2002, de 8 de abril , FJ 3º; 106/2002, de 6 de mayo , FJ 4º). De modo que las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles cuando respondan a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental ( SsTC 39/1999, de 22 de marzo , FJ 3º; 259/2000, de 30 de octubre , FJ 2º), dada la vigencia aquí del principio pro actione.

Como consecuencia de la mayor intensidad con la que se proyecta dicho principio cuando se trata del acceso a la jurisdicción, los cánones de control de constitucionalidad se amplían, frente a aquellos supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial ( SsTC 58/2002, de 11 de marzo , FJ 2º; 153/2002, de 15 de julio , FJ 2º), lo que impide determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales -aquéllas que incurren en rigorismo, formalismo excesivo, o desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso- que conlleven la eliminación u obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida ( SsTC 218/2001, de 31 de octubre , FJ 3º; 13/2002, de 28 de enero , FJ 3º; 203/2002, de 28 de octubre , FJ 3º).

**QUINTO** .- En el presente caso, a la vista de los argumentos invocados por la recurrente, se considera vulnerado el derecho por una doble vía: (i) por no admitir el recurso de alzada frente a lo que era un requerimiento de pago de una liquidación provisional; (ii) y por no dictar la CNMC la liquidación definitiva que le permita a la sociedad acudir, frente a ese acto, a los tribunales.

En línea con lo que se puede interpretar como una inactividad por parte de la Administración, la vigente Ley 29/1998 de esta Jurisdicción define su ámbito en su artículo 1 , y se refiere a « *actuación de las Administraciones públicas* », no solo a sus « *actos* » como decía la Ley de 1956. Como se incide en la exposición de motivos, en plena consonancia con el artículo 106.1 de la Constitución « *[e]s evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquélla se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto.*

*Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde .».*

De este régimen jurídico se pone de manifiesto que la recurrente no ha acreditado la vulneración del derecho fundamental invocado. No por el carácter provisional de la liquidación que originariamente dio lugar al debate en espera de la definitiva, cuestión de legalidad ordinaria en la que no entramos en el presente litigio, sino



porque en ningún caso le ha sido vedada o impedida la posibilidad de impugnar y recurrir frente al silencio o inactividad de la Administración. Parece claro que la sociedad actora, frente a la resolución de inadmisibilidad de lo que calificó inicialmente como recurso de reposición, tenía abierta la vía contencioso-administrativa sin restricción alguna. También pudo acudir si consideró que había una verdadera inactividad por parte de la Administración, por la obligación de dictar liquidación definitiva, a la vía establecida en el artículo 25.2 de la Ley 29/1998 .

No se trata de que se analicen en el presente recurso la viabilidad de otras posibles impugnaciones, solo de constar en el presente caso, que no existe indicio alguno de que el derecho a la tutela judicial efectiva haya sido conculcado. Añadimos esto porque parte de la carga argumental de la demanda se centró en la exposición y transgresión del régimen legal ordinario vigente, subrayando la infracción que cometió la Administración ante la expresa solicitud por parte de la actora para que emitiera la liquidación definitiva. Como decimos, nada de esto puede ser analizado en el presente recurso, en atención de la naturaleza del procedimiento que libremente ha escogido la recurrente en defensa de sus intereses.

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

### FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por KAUMAN S.A., contra la resolución de 16 de abril de 2015 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con imposición de las costas causadas a la actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo , **recurso de casación ordinario**, en el plazo de diez días, a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución. Art. 89 LJCA ), y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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