

**RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE OFICIO PRESENTADA POR ACTIU BERBEGAL Y FORMAS, S.A. EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DE 24 DE MAYO DE 2012, POR EL QUE SE REQUIERE A LA CITADA EMPRESA EL PAGO DE LAS CANTIDADES QUE FUERON LIQUIDADAS EN CONCEPTO DE PRIMA EQUIVALENTE A LA INSTALACIÓN DE SU TITULARIDAD.**

R/AJ/036/17

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**PRESIDENTA**

D<sup>a</sup> María Fernández Pérez

**CONSEJEROS**

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

**SECRETARIO DE LA SALA**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de junio de 2017

Vista la solicitud de revisión de oficio presentada por *Actiu Berbegal y Formas, S.A.*, en relación con el Acuerdo de 24 de mayo de 2012, por el que se requiere a la citada empresa el pago de las cantidades que le fueron liquidadas en concepto de prima equivalente a la instalación de su titularidad, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

El 12 de mayo de 2017, Actiu Berbegal y Formas ha presentado en el Registro electrónico de la CNMC un escrito por el que solicita la revisión de oficio del Acuerdo de 24 de mayo de 2012, adoptado por la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE), por el que se requiere a la citada empresa el pago de las cantidades que fueron liquidadas en concepto de prima equivalente a la instalación de su titularidad.

En su solicitud, Actiu Berbegal y Formas pone de manifiesto los siguientes hechos:

- En aplicación del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial, la Dirección General de Política Energética y Minas adoptó Resolución de 28 de julio de 2011 por la que se declaró que la instalación fotovoltaica de titularidad de la empresa mencionada no cumplía con la aplicación de los requisitos del régimen económico primado, ordenando, adicionalmente, que se procediese a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por parte de dicha empresa en tal concepto.
- Habiendo recibido el 22 de agosto de 2011 comunicación de dicha Resolución, la CNE adoptó el 20 de octubre de 2011 un Acuerdo por el que se ejecuta la Resolución de 28 de julio de 2011 mencionada. No obstante, ulteriormente, en fecha 28 de marzo de 2012, el citado Organismo acordó suspender el Acuerdo adoptado al recibir certificación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo relativa a la suspensión de la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas, suspensión producida en el marco del procedimiento para la resolución del recurso de alzada interpuesto frente a la misma.
- Finalmente, el 24 de mayo de 2012, la CNE, habiendo tenido conocimiento de la desestimación, por parte del Consejo de Ministros, del recurso de alzada interpuesto, volvió a acordar la ejecución de la Resolución de referencia, requiriendo a la empresa Actiu Berbegal y Formas el reintegro de las cantidades liquidadas en concepto de retribución primada.

Actiu Berbegal y Formas expone que esta última Resolución es nula por cuatro motivos:

- Por no haber tenido tramitación alguna de procedimiento administrativo.
- Por dejar sin efecto otra Resolución anterior (la de suspensión adoptada el 28 de marzo de 2012), revisando la misma sin atenerse al procedimiento establecido.
- Por incumplir la condición temporal, de adoptarse en el plazo de tres meses, impuesta por la Dirección General de Política Energética y Minas.
- Por estar prescrita la deuda que se reclama.

Actiu Berbegal y Formas solicita a la CNMC *“la revisión de oficio de la Resolución de 24 de mayo de 2012 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de Energía, y en virtud de lo expuesto y previa la oportuna tramitación, se anule la citada Resolución”*.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I.- SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO.**

Mediante el escrito presentado el 12 de mayo de 2017, Actiu Berbegal y Formas solicita la revisión de oficio del Acuerdo de 24 de mayo de 2012 por el que se le requiere el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de retribución primada.

La letra b) de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que *“Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta”*.

El artículo 106 de la Ley 39/2015 regula la revisión de disposiciones y actos nulos. Respecto de los actos, el apartado 1 de este precepto dispone: *“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”*

No obstante, el apartado 3 del artículo 106 establece lo siguiente: *“El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.”*

## **II.- SOBRE LOS MOTIVOS DE NULIDAD ADUCIDOS POR EL SOLICITANTE.**

### **II.1.- Sobre la ausencia de trámites del procedimiento.**

Actiu Berbegal y Formas indica que la Resolución de la CNE de 24 de mayo de 2012 carece de tramitación alguna.

Ha de señalarse, sin embargo, que la Resolución de la CNE mencionada se limita a requerir a Actiu Berbegal y Formas la devolución al sistema de liquidación de las cantidades que esta empresa había percibido del mismo, que es algo que ya dispone la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas a la que se da aplicación. En efecto, el apartado 3<sup>a</sup> de la parte dispositiva de esa Resolución de la Dirección General ya señalaba lo siguiente:

*“3º Disponer que ACTIU BERBEGAL Y FORMAS, S.A. proceda al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de prima equivalente, con*

*los intereses de demora correspondientes, cantidades todas ellas que serán incluidas como ingresos liquidables del sistema.”*

A este respecto, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo sobre los actos que son ejecución o aplicación de otros previos:

*“...no parece haber duda de que lo que el actor impugna es un acto que tiene naturaleza ejecucional, y a tal efecto, en cuanto a tales actos la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que, no resulta admisible un recurso cuando lo que en él se impugna son actos de ejecución, ya que su validez está subordinada a la de otro acto administrativo anterior del que constituye simple aplicación, por lo que la eficacia de las resoluciones ejecutivas dependen de la principal, principio que sólo quiebra cuando el nuevo acuerdo incurre en motivo de infracción al ordenamiento jurídico independientemente del acto originario de los que son mera ejecución o desarrollo, y como no es este el caso, al no apreciarse por sí extralimitación objetiva alguna y menos falta de competencia - SS. 27 y 29 de julio de 1986 y las que éstas citasen-, procede la desestimación del recurso, sin que en consecuencia proceda entrar a conocer de la última petición de la actora referida al reintegro de las cantidades invertidas en la urbanización y pavimentación que hizo en cuanto no procede la anulación de los actos anteriores.” (Sentencia de 7 de diciembre de 1989; Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 5ª; aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.)*

Se trata, en realidad, de una doctrina que está en línea con la previsión contenida en el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que establece que *“No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes”*.

Cumple, a este respecto, llamar la atención sobre el hecho –que en el relato fáctico de su solicitud no mencionaba Actiu Berbegal y Formas- de que Actiu Berbegal y Formas presentó recurso contencioso-administrativo contra la desestimación acordada por el Consejo de Ministros del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas. Este recurso contencioso-administrativo fue resuelto por el Tribunal Supremo el 3 de junio de 2014 (Sentencia recaída en el recurso 334/2012), desestimando el mismo, y dejando, así, firme la Resolución de 28 de julio de 2011 mencionada, que ya disponía la procedencia del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Así, pues, la Resolución de 28 de julio de 2011 (que establecía la procedencia del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas) es firme, tras la Sentencia adoptada por el Tribunal Supremo declarando su conformidad a Derecho. Actiu Berbegal y Formas no puede pretender con su solicitud de 2017

que se cuestione ahora esa decisión que ha quedado firme al ser confirmada por los Tribunales.

### II.2.- Sobre la pérdida de efecto del Acuerdo de suspensión.

Indica Actiu Bergal y Formas que, al requerir la CNE -por medio del Acuerdo de 24 de mayo de 2012 cuya revisión se solicita- el reintegro de las cantidades percibidas, está dejando sin efecto (sin seguir los trámites y requerimientos competenciales propios de la revisión administrativa) el Acuerdo de 28 de marzo de 2012 por el que ese mismo Organismo suspendía la ejecución de la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas.

Ya se ha dicho que las resoluciones que adopta la CNMC (y antes la CNE) en esta materia son aplicación de las resoluciones del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (antes, Ministerio de Industria, Energía y Turismo).

En este sentido, la Resolución de suspensión adoptada por la CNE el 28 de marzo de 2012 es consecuencia de la suspensión establecida en el marco del recurso de alzada tramitado por el Ministerio mencionado (suspensión que se certifica a la CNE por la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia); pues bien, esa suspensión se levanta por la CNE cuando, a su vez, es levantada en el procedimiento de recurso, con motivo de la resolución del mismo. Como ya se ha dicho, la resolución de ese recurso de alzada, adoptada por el Consejo de Ministros, ha quedado confirmada por los Tribunales, y es firme.

Resulta, además, evidente que la suspensión acordada en el marco de un recurso es una resolución de trámite del mismo (y no un acto definitivo sustantivo, susceptible de ser revisado), desplegando su eficacia en el marco de la tramitación de ese procedimiento. Así, no hay revisión de acto administrativo definitivo, sino fin de la eficacia de actos de trámite (actos adoptados para surtir efectos durante la tramitación del procedimiento) que acaece cuando se decide sobre el fondo del procedimiento, poniendo término al mismo.

El razonamiento del recurrente carece de sentido. Es como pretender que un Tribunal no puede dictar sentencia desestimatoria en un procedimiento si resulta que previamente ha dictado un auto acordando la suspensión (auto que vendría a tener fuerza de cosa juzgada sobre el asunto sustantivo de fondo).

### II.3.- Sobre el plazo de tres meses:

El párrafo segundo del apartado 3º de la parte dispositiva de la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas establece

que “A estos efectos [reintegro de las cantidades], la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de 3 meses a contar desde la fecha de la presente resolución, procederá a remitir a ACTIU BERBEGAL Y FORMAS, S.A. orden de liquidación de las cantidades correspondientes”.

Considera el solicitante que este plazo se ha incumplido porque la Resolución de la CNE 24 de mayo de 2012 es posterior, en casi un año, a la de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas.

Sin embargo, al respecto, ya se ha explicado que la Resolución de 24 de mayo de 2012 es consecuencia del recurso de alzada interpuesto por el propio Actiu Berbegal y Formas. Lógicamente, no podía volver a acordarse el cumplimiento de la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas, hasta que la suspensión adoptada en el marco del recurso de alzada (suspensión solicitada, asimismo, por el propio Actiu Berbegal y Formas) fuera levantada (lo que aconteció con la resolución del recurso de alzada).

El recurso de alzada fue resuelto por el Consejo de Ministros el 16 de marzo de 2012. Dos meses después (el 24 de mayo de 2012), la CNE aprobó la Resolución que ahora se solicita revisar. Es claro que no hay incumplimiento del plazo.

En cualquier caso, ha de indicarse que el plazo de tres meses que menciona la Resolución del Ministerio de 28 de julio de 2011 está establecido a los efectos de ordenar o programar el ejercicio la actividad administrativa, pero ello no quiere decir que, tras el transcurso de dicho plazo, la actuación administrativa no sea posible, porque éste es un aspecto sobre el que la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas no puede disponer.

La Dirección General de Política Energética y Minas pretende ordenar la actividad administrativa a los efectos de que no se demore en el tiempo la ejecución de la propia Resolución, con el consiguiente perjuicio para el sistema eléctrico, titular de las cantidades que deben reintegrarse. La virtualidad de esta previsión es la misma que pueden tener otras de tipo programático. Las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento de este tipo de plazos en ningún caso podría implicar que no pudiera llevarse a cabo la actuación de que se trata (que es una consecuencia todavía más lesiva para el interés público que precisamente trata de proteger el establecimiento del plazo indicado).

#### II.4.- Sobre la prescripción aplicable.

Actiu Berbegal y Formas considera, finalmente, que la Administración no puede reclamarle el pago de las cantidades indebidamente percibidas porque la acción

administrativa está prescrita. A este respecto, considera que es aplicable el plazo de cuatro años previsto en la normativa presupuestaria pública.

En cambio, respecto a la prescripción de las acciones para reclamar la devolución de liquidaciones del sistema eléctrico, los Tribunales han considerado, en un primer momento, aplicable el plazo de quince años contemplado en el art. 1964 del Código Civil (precepto que establecía un plazo de quince años, que se mantuvo hasta la reforma efectuada por la Ley 42/2015 –que lo pasa a cinco años–), y, luego, el plazo asimismo de quince años que establece expresamente la disposición adicional séptima de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico:

*“Lo expuesto nos lleva a concluir que, ante la inexistencia de un plazo específico, ha de aplicarse el de 15 años establecido con carácter general para las acciones personales en el artículo 1964 CC, de aplicación supletoria.*

*Este plazo, por otra parte, es el establecido ahora en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, que bajo la “Prescripción de los derechos y obligaciones del sistema eléctrico:*

*1. Prescribirán a los quince años:*

*a) El derecho a reconocer o liquidar créditos a favor del sistema eléctrico.*

*b) El derecho al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la notificación del acto que los declare con carácter definitivo.*

*c) El derecho al reconocimiento o liquidación por el sistema de las obligaciones con cargo al mismo.*

*d) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, a contar desde la notificación del acto que las declare con carácter definitivo.*

*e) El derecho a la modificación o revocación de la retribución regulada que perciban los sujetos definidos en el artículo 6 de esta ley, contado desde que se produzca la actuación que pueda determinar aquélla.*

*2. La prescripción de los derechos y obligaciones del sistema eléctrico se interrumpirá conforme a lo establecido en las disposiciones del Código Civil y se aplicará de oficio.*

*3. No obstante lo anterior, el Gobierno podrá regular los términos del cómputo y los supuestos de interrupción de los citados plazos”.*

*(Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2016; Sala contencioso-administrativo; sección 4ª; recurso 288/2014)*

En cualquier caso, el solicitante parece obviar la figura de la interrupción de la prescripción, figura aplicable tanto a la prescripción de Derecho Público como a la de Derecho Privado, de modo tal que, producida la interrupción, el plazo de prescripción debe comenzar a contarse íntegramente:

- *“A su vez, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido y así, cuando desaparece la causa de suspensión, se reanuda el cómputo de prescripción. Pero el Código Civil no la admite*

- y han desaparecido antiguos supuestos en que se daba.” (Sentencia núm. 519/1997 de 12 junio, del Tribunal Supremo; Sala Civil; recurso casación 21221/1993.)*
- *“...la doctrina,..., distingue entre la figura de la «suspensión», que contemplan algunos códigos extranjeros, y cuyo efecto sólo alcanza a que se reanude el plazo y la interrupción, única que incluye nuestro Código Civil, a diferencia v. gr. de los Códigos franceses, austríaco, alemán, suizo, portugués e italiano, que borra el plazo transcurrido con anterioridad, originando un nuevo cómputo,...” (Sentencia núm. 639/2000 de 24 junio, del Tribunal Supremo; Sala Civil; recurso casación 2465/1995.)*
  - *“Sentado lo anterior, hemos de decir, siguiendo el criterio de la Sentencia de 16 marzo 1996 del Tribunal Supremo, que la interrupción de la prescripción significa que el «tempus praescriptionis» debe comenzar a contarse de nuevo por entero o, dicho de otro modo, que con el acto interruptivo se inicia un nuevo período de prescripción,...” (Sentencia de 3 junio 1997 de la Audiencia Nacional; Sala Contencioso-administrativa; Sección 2ª, recurso 236/1995.)*
  - *“No podemos aceptar la tesis del actor pues viene a sostener, en última instancia, que los plazos de prescripción quedan suspendidos cuando se producen determinadas causas y, que cuando desaparecen se alza la suspensión y vuelve a reanudarse el cómputo del plazo sumándose el tiempo transcurrido antes de la concurrencia de la causa suspensiva al tiempo que queda por transcurrir. No compartimos este criterio, pues el plazo de prescripción no se suspende sino que se interrumpe, lo cual significa que cada vez que se produce la causa interruptiva deberá computarse nuevamente desde el inicio.” (Sentencia núm. 1785/2002 de 24 octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura; Sala Contencioso-administrativa; recurso 318/1999.)*

Pues bien, en el presente caso, acordada la devolución de cantidades el 28 de julio de 2011 (por medio de Resolución ya firme y expresamente confirmada por los Tribunales), en el plazo que trascurre desde entonces se produce la circunstancia de la discusión (en vía de recurso) acerca de la procedencia de la deuda declarada, circunstancia que evidentemente interrumpe la prescripción de la misma.

El artículo 1973 del Código Civil dispone que *“La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”*. Es el propio solicitante el que plantea la cuestión de la procedencia de la deuda por vía de sus recursos, llevándola incluso a los Tribunales (aspecto que sin embargo, Actiu Berbegal y Formas omite en el relato de los hechos), interrumpiendo así la prescripción hasta la resolución judicial (adoptada el 3 de junio de 2014), habiendo de comenzarse de nuevo, desde la notificación de la misma, el cómputo de los años de prescripción.

### **III.- SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE PRODUCE LA SOLICITUD DE REVISIÓN.**

Como ya se ha puesto de relieve, Actiu Berbegal y Formas, mediante un escrito presentado el 12 de mayo de 2017, pretende que se anule el Acuerdo de 24 de mayo de 2012 por el que se le requiere el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de retribución primada.

Este reintegro se ha de producir en cumplimiento de la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas, cuya conformidad a Derecho el Tribunal Supremo ha declarado:

“(..)

.- *Conclusión y costas.*

*De conformidad con las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho se desestima el recurso entablado por Actiu Berbegal y Formas, S.A. contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 28 de julio de 2011 dictada en el procedimiento del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, así como contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2.012, por el que se resuelve el recurso de alzada en relación con la anterior resolución.*

*En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se condena en costas a la actora hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.*

*En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,*  
**FALLAMOS**

*Que DESESTIMAMOS el recurso ordinario interpuesto por Actiu Berbegal y Formas, S.A. contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 28 de julio de 2011 dictada en el procedimiento del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, así como contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2.012, por el que se resuelve el recurso de alzada en relación con la anterior resolución. Se le imponen las costas ocasionadas en el mismo conforme a lo expresado en el fundamento de derecho décimo.”*

Actiu Berbegal y Formas es consciente de la conformidad a Derecho de la decisión de reintegro de cantidades declarada por los Tribunales (decisión incorporada a la Resolución de 28 de julio de 2011), y de la firmeza que tiene la misma. No puede eludir el cumplimiento de esa decisión (ni de la Sentencia que la confirma) mediante la presentación artificial de solicitudes administrativas relativas a una cuestión que ya está resuelta por los Tribunales, y de la que sólo resta que dicha empresa proceda al cumplimiento pertinente.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

## RESUELVE

**Único.-** Inadmitir a trámite la solicitud de revisión de oficio presentada por Actiu Berbegal y Formas, S.A. con respecto al Acuerdo de 24 de mayo de 2012, por el que se requiere a la citada empresa el pago de las cantidades que fueron liquidadas en concepto de prima equivalente a la instalación de su titularidad.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.