

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 3814/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1598/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 7 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 3814/2015 interpuesto por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL MULTISECTORIAL CECOT, representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, contra la Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado; y ha comparecido como codemandada la entidad ESCAL UGS, S.L. representada por la Procurador D^a Carmen Giménez Cardona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la asociación empresarial multisectorial CECOT interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

Admitido el recurso y previos los oportunos trámites la parte actora formalizó su demanda mediante escrito presentado el 13 de julio de 2017 en el que, tras exponer los antecedentes del caso y los fundamentos jurídicos de su impugnación, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se estime el recurso contencioso-administrativo con los siguientes pronunciamientos:

<< 1.- En primer lugar, declare no conformes a derecho y, en consecuencia, anule la Disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014 por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y a la retribución de las actividades reguladas, así como las previsiones contenidas en su Anexo II, apartado 4, letras e) y f), relacionadas con dicha Disposición.

2.- En segundo lugar, declare la obligación de la Administración General del Estado de adoptar las medidas procedentes para obtener el reintegro de las cantidades pagadas al amparo de la Disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014 por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y a la retribución de las actividades reguladas.

3.- Y, en tercer lugar, condene a la Administración demandada al pago de las costas procesales, al amparo de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa>>.

Como fundamento de tales pretensiones la parte actora aduce principalmente argumentos referidos a la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares, por ser ésta la norma en la que se sustentan los preceptos de la Orden IET/2445/2014 cuya nulidad se pretende. No obstante, en la parte final la

demanda la parte actora aduce también que la Orden IET/2445/2014 vulnera diversos preceptos de rango legal, tanto por defectos en el procedimiento seguido para su aprobación como por razón del contenido de la Orden impugnada.

En síntesis, los argumentos de impugnación que esgrime la demandante son los siguientes:

1.- La infracción del artículo 86 de la Constitución Española y procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares, toda vez que el citado Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, a excepción de su disposición adicional segunda, se aprobó con infracción del artículo 86.1 de la Constitución, al no existir la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilitaba el empleo de esta modalidad normativa.

2.- La infracción de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española y procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por entender la demandante que el citado artículo 2.1 del Real Decreto-ley constituye una norma ad hoc que vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución; infringiendo, además, el artículo 14 de la Constitución, por implicar un trato discriminatorio en beneficio de ESCAL; y, todo ello, con el añadido de que lesiona gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva al constituir una típica actividad administrativa revestida de una forma jurídica que imposibilita su control directo por parte de la jurisdicción ordinaria.

3.- Infracción de los artículos 49 a 62 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre

coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de servicios y de suministros, toda vez que el artículo 3 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, asigna directamente y sin un procedimiento en concurrencia la prestación de determinados servicios liberalizados a un empresa privada (en este caso, ENAGAS), infringiendo de plano los principios del mercado interior europeo y, en especial, los principios relativos a la libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y de prohibición de ayudas públicas reconocidos en los artículos 49 a 62 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (DOUE 26.10.2012) así como, por ende, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

4.- La disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014, es nula de pleno derecho por infringir los siguientes preceptos de rango legal:

a/ artículos 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y 5.2.a/ de la Ley 3/2003, de 4 de junio, por ausencia de informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

b/ artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por ausencia de memoria económica.

c/ artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por ausencia de trámite de audiencia.

d/ artículo 22.1.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por ausencia de dictamen de este órgano.

e/ artículo 6 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, toda vez que, dentro de los 17.311.102 € que la disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014 reconoce a ENAGAS como “coste provisional” se incluyen (i) una partida en concepto de “Beneficio Industrial” y de “gastos de gestión y administración” que solo procede, según el artículo 6.1 del Real Decreto-ley, como “coste definitivo” en el caso del coste real incurrido auditado e informado favorablemente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, (ii) otra de “tasas y tributos”, cuando ENAGAS no es sujeto pasivo (contribuyente o sustituto) de ningún tributo por la simple administración de las instalaciones.

SEGUNDO.- La Administración del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 21 de septiembre de 2017 en el que se opone a los argumentos de impugnación aducidos en la demanda y termina solicitando que se desestime íntegramente el recurso con imposición de costas.

TERCERO.- La representación de Escal Ugs, S.L., parte codemandada, formalizó su contestación mediante escrito presentado con fecha 8 de noviembre de 2017 en el que se opone a los argumentos de impugnación aducidos por la parte actora y termina solicitando que se desestime íntegramente el recurso con imposición de costas a la demandante.

CUARTO.- Por auto de 20 de diciembre de 2017 se acordó el recibimiento a prueba, siendo admitidas y practicadas, con el resultado que obra en las actuaciones, las pruebas documentales y de interrogatorio de la parte demandada propuestas por la parte actora.

Las documentales consistieron en tener por reproducidas la documentación obrante en el expediente y la aportada con la demanda, así como informe emitido por la Dirección General de Política Energética y Minas, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

QUINTO.- Mediante oficio fechado a 21 de diciembre de 2017 (con entrada en este Tribunal Supremo el 22 de diciembre de 2017) el Tribunal Constitucional remitió copia de la sentencia del Pleno de dicho Tribunal STC 152/2017, de 21 de diciembre de 2017 (publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 15, de 17 de enero de 2018) en la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad 7848/2014, 7874/2014 y 21/2015 (acumulados), interpuestos por el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y más de

cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

SEXTO.- Se emplazó a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que llevaron a efecto la parte actora, mediante escrito presentado el 4 de abril de 2018, así como la Administración demandada y la entidad codemandada, mediante sendos escritos presentados con fecha 18 de abril de 2018.

SÉPTIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 30 de octubre de 2018, fecha en que se inició la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo nº 3814/2015 lo interpone la representación de la asociación empresarial multisectorial CECOT contra la Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

Como hemos visto en el antecedente primero, la demandante pide que se dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo con los siguientes pronunciamientos: 1/ Se declaren no conformes a derecho y, en consecuencia, se anulen la disposición adicional séptima de la Orden IET/2445/2014 así como las previsiones contenidas en el Anexo II, apartado 4, letras e) y f) de la citada Orden. 2/ Se declare la obligación de la Administración General del Estado de adoptar las medidas procedentes para obtener el reintegro de las cantidades pagadas al amparo de la disposición adicional séptima de la Orden impugnada. 3/ Se condene a la Administración demandada al pago de las costas procesales.

En ese mismo antecedente primero hemos dejado reseñados, de forma resumida, los argumentos de impugnación esgrimidos por la demandante. Allí hemos visto que buena parte de esos motivos vienen referidos a la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por ser ésta la norma en la que se sustentan los preceptos de la Orden IET/2445/2014 cuya nulidad se pretende; si bien, la parte actora aduce también que la Orden impugnada vulnera diversos preceptos de rango legal, tanto por defectos en el procedimiento seguido para su aprobación como por razón del contenido de la Orden impugnada.

Así, hemos visto que los argumentos de impugnación que esgrime la demandante son, en resumen, los siguientes:

1.- El real decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, a excepción de su disposición adicional segunda, se aprobó con infracción del artículo 86.1 de la Constitución, al no existir la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilitaba el empleo de esta modalidad normativa.

2.- El artículo 2.1 del real decreto-ley 13/2014 constituye una norma *ad hoc* que vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución; infringiendo, además, el artículo 14 de la Constitución, por implicar un trato discriminatorio en beneficio de ESCAL; y, todo ello, con el añadido de que lesiona gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva al constituir una típica actividad administrativa revestida de una forma jurídica que imposibilita su control directo por parte de la jurisdicción ordinaria.

3.- El artículo 3 del real decreto-ley 13/2014 asigna directamente y sin un procedimiento en concurrencia la prestación de determinados servicios liberalizados a un empresa privada (ENAGAS), infringiendo de plano los principios del mercado interior europeo y, en especial, los principios relativos a la libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y de prohibición de ayudas públicas reconocidos en los artículos 49 a 62 y 107 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión⁹ (DOUE 26.10.2012) así como, por ende, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

4.- La disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014, es nula de pleno derecho por infringir los siguientes preceptos de rango legal:

a/ artículos 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y 5.2.a/ de la Ley 3/2003, de 4 de junio, por ausencia de informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

b/ artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por ausencia de memoria económica.

c/ artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por ausencia de trámite de audiencia.

d/ artículo 22.1.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por ausencia de dictamen de este órgano.

e/ artículo 6 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, toda vez que, dentro de los 17.311.102 € que la disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014 reconoce a ENAGAS como “coste provisional” se incluyen (i) una partida en concepto de “Beneficio Industrial” y de “gastos de gestión y administración” que solo procede, según el artículo 6.1 del Real Decreto-ley, como “coste definitivo” en el caso del coste real incurrido auditado e informado favorablemente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, (ii) otra de “tasas y tributos”, cuando ENAGAS no es sujeto pasivo (contribuyente o sustituto) de ningún tributo por la simple administración de las instalaciones.

Siendo tales las pretensiones formuladas y los motivos de impugnación esgrimidos por la demandante, resulta procedente que abordemos con carácter previo: 1/ La relación existente entre el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, y la Orden IET/2445/2014 que es objeto de impugnación en este proceso. 2/ La incidencia que pueda tener para la resolución del presente recurso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 152/2017, de 21 de diciembre de 2017, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad

7848/2014, 7874/2014 y 21/2015 (acumulados), interpuestos por el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

Las partes personadas tuvieron ocasión de formular alegaciones sobre estas cuestiones –y efectivamente lo hicieron- en sus respectivos escritos de conclusiones. Y, como decimos, las abordaremos con carácter preferente pues la respuesta que les demos podrá determinar que sea innecesario el examen de otras cuestiones suscitadas y argumentos de impugnación esgrimidos en este proceso. Veamos.

SEGUNDO.- Del preámbulo del real decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares, interesa reproducir aquí los siguientes fragmentos:

<< I.- El almacenamiento subterráneo de gas natural «Castor», situado en el subsuelo del mar a 21 km aproximadamente de la costa, es una infraestructura singular en la que concurren una serie de circunstancias que requieren de una solución integral que, con carácter inmediato y urgente, habilite un marco normativo que consolide la primacía del interés general en relación con la seguridad de las personas, los bienes y el medio ambiente en el entorno del almacenamiento.

El presente real decreto-ley se justifica por la extraordinaria y urgente necesidad de atender a la compleja situación técnica existente en la instalación, especialmente tras la renuncia a la concesión presentada por su titular. A este fin, se acuerda la hibernación de las instalaciones y la asignación de su administración a la sociedad Enagás Transporte, S.A.U., quien se encargará, durante la citada hibernación, de su mantenimiento y operatividad, así como de la realización de los informes técnicos necesarios para determinar la correcta operatividad de la instalación y en su caso, de los trabajos necesarios para su desmantelamiento. También llevará a cabo el pago de la correspondiente compensación a Escal UGS, S.L., por las instalaciones cuya administración se le asigna.

La experiencia adquirida por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., en la gestión y operación de almacenamientos subterráneos, como titular de las principales instalaciones de tal naturaleza que operan en el sistema gasista, garantiza el mantenimiento efectivo del almacenamiento subterráneo «Castor» en condiciones seguras. Además, se reconoce a dicha

sociedad una retribución del sistema gasista por el desarrollo de los trabajos que la presente norma le asigna así como una compensación por el desembolso económico al actual titular de las instalaciones.

II.- [...]

III.- [...]

Posteriormente, el 18 de julio de 2014, ESCAL UGS, S.L. presentó en el registro del Ministerio de Industria, Energía y Turismo un escrito en el que comunica su decisión de ejercer el derecho a la renuncia a la concesión. Como se ha mencionado anteriormente, tanto el Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, como la ya referida Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre, contemplan la posibilidad de renuncia anticipada a la concesión y el reconocimiento de una compensación por las inversiones efectuadas, siendo precisa la expresa autorización administrativa de tal renuncia de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del referido Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo. El valor de dicha compensación se establece en el valor neto de la inversión acometida. El importe total de la inversión asciende a 1.461.420 miles de euros, importe al que habría que descontar la retribución provisional ya abonada de 110.691,36 miles de euros. Con ello, el importe que se reconoce a ESCAL UGS, S.L. asciende a 1.350.729 miles de euros.

Como consecuencia de lo anterior, el presente real decreto-ley extingue la concesión de explotación del almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor». La efectividad de la renuncia no implica, en modo alguno, la extinción de la responsabilidad que la actual sociedad titular y sus accionistas deban, en su caso, afrontar por su gestión del proyecto y que será convenientemente exigida una vez se dispongan de todos los elementos de juicio necesarios.

IV.- Mediante este real decreto-ley se consolida la suspensión de la operación en el almacenamiento ya establecida por la Dirección General de Política Energética y Minas, con determinadas condiciones de forma que se hibernan las instalaciones del almacenamiento subterráneo «Castor».

La situación de hibernación de estas instalaciones ya construidas permite su explotación siempre que se realicen los estudios técnicos necesarios que garanticen la seguridad de las personas, los bienes y el medio ambiente, y así se considere por acuerdo del Consejo de Ministros. De esta forma, se mantiene el interés estratégico del almacenamiento subterráneo «Castor», que forma parte del conjunto de instalaciones para la seguridad de suministro del sistema gasista español, cuyo abastecimiento depende fundamentalmente de los suministros exteriores, y por consiguiente, la utilidad pública de dicho almacenamiento, así como la imputación de los costes e ingresos al sistema gasista.

En esta situación de hibernación, en la que no se realizará ninguna extracción o inyección de gas natural en el almacenamiento, la administración de las instalaciones hibernadas se asignan a la sociedad Enagás Transporte, S.A.U., mientras que el derecho y el uso de la estructura geológica del almacenamiento subterráneo se reintegran al dominio

público al que hace referencia el artículo 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

[...]

Además de lo anterior y como consecuencia de la asunción por Enagás Transporte, S.A.U., de la administración de tales instalaciones, se deriva la obligación de pago a Escal UGS, S.L. de 1.350.729 miles de euros, siendo titular Enagás Transporte, S.A.U., por razón de la asunción de tal obligación de pago, de un derecho de cobro por parte del sistema gasista de las cantidades que le permitan garantizar la cobertura de tal pago en la cuantía y términos que se fijan en el presente real decreto-ley. [...]>>.

En consonancia con lo expuesto en el preámbulo, los preceptos del real decreto-ley 13/2014 se ocupan de regular: la hibernación de la instalación (artículo 1); la extinción de la concesión “Castor” y el abono a Escal UGS, S.L. de las cantidades que luego se concretarán (artículo 2); la asignación de la administración de las instalaciones a Enagás Transporte, S.A.U. (artículo 3); el reconocimiento de inversiones realizadas y costes soportados por Escal UGS, S.L. que se cifra en 1.350.729.000 € que habrá de abonar Enagás Transporte, S.A.U (artículo 4); los derechos de cobro de Enagás Transporte, S.A.U. durante el plazo de 30 años con cargo al sistema gasista (artículo 5); y el pago de los costes a Enagás Transporte, S.A.U. (artículo 6). Por lo demás, en lo que aquí interesa, el real decreto-ley especifica los decimales con que deben expresarse los cálculos que se deriven de su aplicación (disposición adicional primera), así como el desempeño transitorio de funciones entre Escal UGS, S.L. Enagás Transporte, S.A.U. en el período de transición (disposición transitoria segunda).

Por su parte, la Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre, aborda materias de variada índole que son ajenas al objeto del presente litigio, relacionadas con diversos aspectos de los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas. En lo que aquí interesa, debemos centrarnos en lo que establece la disposición adicional séptima de la Orden, así como en las previsiones contenidas en su Anexo II, apartado 4, letras e) y f).

La disposición adicional séptima de la Orden IET/2445/2014 tiene el siguiente contenido: de

<< Disposición adicional séptima. *Costes provisionales por la administración del almacenamiento «Castor».*

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares, los costes provisionales de mantenimiento, operatividad y los derivados de las obligaciones indicadas en el artículo 3.2 del citado Real Decreto-ley desde el 1 de diciembre de 2014 y para el año 2015 a abonar a ENAGÁS Transporte, S.A.U., con cargo a los ingresos por peajes y cánones del sistema gasista se incluyen en el apartado 4.e del anexo II.

Los costes reales incurridos deberán justificarse con la correspondiente auditoría y se determinarán con carácter definitivo por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo>>.

Por su parte, en relación con la mencionada disposición adicional séptima, el Anexo II de la propia Orden dedica su apartado 4 a la “Retribución de las empresas titulares de instalaciones de almacenamiento subterráneo básico”; y dentro de ese apartado 4, en las letras e) y f) se establece lo siguiente:

<<4. Retribución de las empresas titulares de instalaciones de almacenamiento subterráneo básico.

[...]

e/ Costes provisionales de mantenimiento y operatividad derivados de las obligaciones indicadas en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, de ENAGAS Transportista, S.A.

Año 2014 (desde el 1 de diciembre): 1.592.873 €.

Año 2015: 15.718.229 €.

f/ Resumen retribuciones 2015.

Enagas Transporte, S.A.U.

RD₂₀₁₅ 17.717.593

RCS₂₀₁₅ 6.048.835

Operación & Mantenimiento

Serralbo \$ Gaviota 25.471.081

Operación & Mantenimiento

“Castor” 17.311.102

TOTAL 66.248.610>>

TERCERO.- La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 152/2017, de 21 de diciembre de 2017 tiene la siguiente parte dispositiva:

<<1.º Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad 7848-2014, 7874-2014 y 21-2015, interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares y, en su consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos los artículos 4 a 6, así como el artículo 2.2, la disposición adicional primera y la disposición transitoria primera del citado Real Decreto-ley.

2.º Desestimar los mencionados recursos de inconstitucionalidad en todo lo demás>>.

Por razones que se exponen en los fundamentos jurídicos 5 y 6.a/ de la sentencia el Tribunal Constitucional desestima los recursos de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la decisión hibernación de la instalación “Castor” (artículo 1 del real decreto-ley), extinción de la concesión “Castor” de la que era titular Escal UGS, S.L. (artículo 2, salvo su apartado 2) y asignación de la administración de las instalaciones a Enagas Transporte, S.A.U. (artículo 3). No consideramos necesario reproducir aquí las razones que allí expone la sentencia, que sin duda son conocidas por las partes; baste señalar que respecto de lo que se decide y regula en los citados preceptos el Tribunal Constitucional considera que se cumple el presupuesto habilitante para la utilización del mecanismo del real decreto-ley.

En cambio, el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 6.b/) llega a distinta conclusión en lo que se refiere a los apartados del real decreto-ley 13/2014 que establecen y regulan la compensación a Escal UGS, S.L. por parte de Enagás Transporte, S.A.U (artículo 4) y el reconocimiento en favor de esta última entidad de unos concretos derechos de cobro frente al sistema gasista (artículos 5 y 6), pues respecto de tales materias no aprecia que

concurra una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” requerida en el artículo 86 de la Constitución. Ello conduce a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 4 a 6 del real decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, declaración que, por conexión, se extiende al artículo 2.2 y a las disposiciones adicional primera («Cálculos previstos en este real decreto-ley») y a la transitoria primera («Plan de costes para el ejercicio 2015»), en la medida en que complementan la regulación establecida en los artículos antes citados (F.J. 7 de la sentencia).

Siendo ese el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, parece claro que ha de tener incidencia directa en la resolución del presente litigio.

La Administración demandada y la parte codemandada -Escal UGS, S.L.- aducen que la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos o apartados del real decreto-ley 13/2014 no implica que deban considerarse contrarias a derecho las determinaciones de la Orden IET/2445/2014 que son aquí objeto de impugnación. Sin embargo, este planteamiento resulta difícilmente sostenible.

Es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional no anula los preceptos del real decreto-ley 13/2014 que albergan la decisión de hibernación de la instalación “Castor” (artículo 1), la extinción de la concesión de la que era titular Escal UGS, S.L. (artículo 2, salvo su apartado 2) y la asignación de la administración de las instalaciones a Enagas Transporte, S.A.U. (artículo 3); y también lo es que este último precepto incluye la previsión de que *<<Los costes del mantenimiento y operatividad así como todos aquellos en los que incurra Enagás Transporte, S.A.U., por la realización de los trabajos indicados anteriormente o por la administración de las instalaciones serán retribuidos en los términos del artículo 6 del presente real decreto-ley>>* (artículo 3.2, último párrafo).

Ahora bien, es en el artículo 6 del real decreto-ley –al que se remite el artículo 3- donde se concreta la retribución a Enagás Transporte, S.A.U. estableciendo el precepto, en lo que ahora interesa, que *<<Los costes de mantenimiento, operatividad y los derivados de las obligaciones indicadas en el artículo 3.2 se*

abonarán a Enagás Transporte, S.A.U., con cargo a los ingresos por peajes y cánones del sistema gasista>> (artículo 6.1); que para la cuantificación de tal retribución la empresa Enagás Transporte, S.A.U. remitirá al Ministerio de Industria, Energía y Turismo antes del 31 de octubre de cada año su plan de costes estimados para el ejercicio siguiente (artículo 6.2); y, en fin, que <<...Anualmente, en la orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en la que se aprueben los peajes y cánones asociados al acceso de terceros y las retribuciones reguladas en el sistema de gas natural se incluirá como un coste el importe previsto del ejercicio siguiente teniendo en cuenta el plan referido en el apartado anterior, que podrá ser condicionado (...)>> (artículo 6.3).

Las determinaciones contenidas de la Orden IET/2445/2014 que son objeto de impugnación en este proceso –disposición adicional séptima y Anexo II, apartado 4, letras e) y f)- responden precisamente a aquella previsión del artículo 6.3 del real decreto-ley 13/2014 y así lo indica expresamente la propia disposición adicional séptima de la Orden. Pues bien, habiendo sido declarado inconstitucional y nulo el citado artículo 6 del real decreto-ley 13/2014 –como también sus artículos 4 y 5-, fácilmente se concluye que aquellas determinaciones contenidas en la disposición adicional séptima y el Anexo II, apartado 4, letras e) y f), de la Orden IET/2445/2014 han quedado privadas de todo respaldo y deben, por tanto, ser declaradas nulas.

Ello supone que, sin necesidad de entrar a examinar los demás argumentos de impugnación procedimentales y sustantivos esgrimidos por la parte actora, debe ser estimada la pretensión que anulatoria se formula en el apartado 1 del suplico de la demanda.

CUARTO.- En el apartado 2/ del suplico de la demanda la parte actora pide, recordémoslo, que se <<...declare la obligación de la Administración General del Estado de adoptar las medidas procedentes para obtener el reintegro de las cantidades pagadas al amparo de la Disposición adicional séptima de la Orden de 19 de diciembre de 2014 por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y a la retribución de las actividades reguladas>>.

No cabe cuestionar que, en efecto, una vez declarada la nulidad de la disposición adicional séptima de la Orden IET/2445/2014, la Administración debe obrar en consecuencia para llevar a efecto ese pronunciamiento anulatorio y, en su caso, adoptar las medidas procedentes para proceder al reintegro de las cantidades abonadas al amparo de la Orden que se declara nula. Pero, siendo esa una consecuencia natural del fallo, no procede sin embargo que hagamos un pronunciamiento específico en el sentido que se propugna, que no dejaría de ser hipotético pues en el curso del proceso no ha quedado debidamente acreditado que efectivamente se hayan realizado pagos ni, por tanto, las fechas y cuantías de los que se hayan podido realizar.

QUINTO.- La estimación del recurso contencioso-administrativo hace procedente la imposición de las costas de este proceso, por mitad, a las partes demanda y codemandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Ahora bien, dada la índole del asunto y la actividad desplegada por la parte demandante procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 67 a 73 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 3814/2015 interpuesto por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL MULTISECTORIAL CECOT contra la Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre, por la que se establecen los peajes

y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, declarándose la nulidad de la disposición adicional séptima y el Anexo II, apartado 4, letras e) y f), de la Orden impugnada, con imposición de las costas de este proceso a las partes demandada y codemandada, por mitad, en los términos señalados en el fundamento jurídico quinto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas

Isabel Perelló Domenech

Diego Córdoba Castroverde

Ángel Ramón Arozamena Laso

Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico



Núm. Secretaría: 442/15-J

RECURRENTE: CECOT

REPRESENTACIÓN: PROCURADOR D/Dña. ANTONIO BARREIRO-MEIRO
BARBERO

RECURRIDO: ESCAL UGS, S.L., ADMINISTRACION DEL ESTADO

REPRESENTACIÓN: PROCURADOR D/Dña. MARIA CARMEN GIMENEZ
CARDONA, ABOGADO DEL ESTADO

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA TERCERA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN: 003

SECRETARÍA: ILMO. SR. D. LUIS MARTÍN CONTRERAS

RECURSO NÚM. 001 / 0003814 / 2015

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

Letrado de la Administración de Justicia

ILMO. SR. D. LUIS MARTÍN CONTRERAS

En Madrid, a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

Seguidamente se procede a notificar a las partes, por los medios telemáticos (servicio Lexnet) la resolución que antecede, haciéndoles saber que contra la misma NO CABE recurso ordinario alguno. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado, procediéndose a remitir por Lexnet la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de **reposición** ante el Letrado/a de la Administración de Justicia, en el plazo de cinco días a contar desde su fecha de notificación. Doy fe.



NIG: 28079 13 3 2015 0008957
NÚMERO ORIGEN: 0002445 /2014
ÓRGANO ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4 de MADRID

C0155

Núm. Secretaría: 442/15-J

RECURRENTE: CECOT

REPRESENTACIÓN: PROCURADOR D/Dña. ANTONIO BARREIRO-MEIRO
BARBERO

RECURRIDO: ESCAL UGS, S.L., ADMINISTRACION DEL ESTADO

REPRESENTACIÓN: PROCURADOR D/Dña. MARIA CARMEN GIMENEZ
CARDONA, ABOGADO DEL ESTADO

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA TERCERA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN: 003

SECRETARÍA: ILMO. SR. D. LUIS MARTÍN CONTRERAS

RECURSO NÚM. 001 / 0003814 / 2015

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

Letrado de la Administración de Justicia

ILMO. SR. D. LUIS MARTÍN CONTRERAS

En Madrid, a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

Seguidamente se procede a notificar a las partes, por los medios telemáticos (servicio Lexnet) la resolución que antecede, haciéndoles saber que contra la misma NO CABE recurso ordinario alguno. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado, procediéndose a remitir por Lexnet la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de **reposición** ante el Letrado/a de la Administración de Justicia, en el plazo de cinco días a contar desde su fecha de notificación. Doy fe.