RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LIQUIDACIONES DEFINITIVAS DE LAS ACTIVIDADES REGULADAS DEL SECTOR DEL GAS NATURAL CON RELACIÓN A LOS PAGOS EFECTUADOS A *ESCAL UGS, S.L*. RELATIVOS AL ALMACENAMIENTO SUBTERRÁNEO CASTOR.

R/AJ/075/18

CONSEJO. PLENO

Presidente
D. José María Marín Quemada

Vicepresidenta
Dª. María Fernández Pérez

Consejeros
D. Benigno Valdés Díaz.
D. Josep Maria Guinart Solà
Dª. Clotilde de la Higuera González
Dª. María Ortiz Aguilar
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo
D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 5 de julio de 2019.

En el ejercicio de la facultad de revisión de oficio de disposiciones y actos nulos prevista en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el Consejo de Estado, aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio

Por acuerdo de 10 de octubre de 2018, puesto a disposición del interesado el 16 de octubre de 2018, quien accedió al mismo el 25 de octubre siguiente, se inició el presente procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones definitivas

de las actividades reguladas del sector del gas natural en lo relativo a los pagos efectuados a ESCAL UGS, S.L. (ESCAL) derivados de la extinción de la concesión del almacenamiento subterráneo Castor, en cumplimiento del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

En particular, la liquidación definitiva de 2014, aprobada por resolución de 24 de noviembre de 2016 (LIQ/DE/228/16), reconoció a ESCAL un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera establecida en el artículo 4.3 de dicho Real Decreto-ley. Dicho importe se calculó con base en la suma de 1.350.729.000 euros en que se determinó el valor neto de la inversión a tenor del artículo 4.1 del mismo Real Decreto-ley.

La liquidación definitiva de 2014 devino firme en lo relativo al abono de la señalada retribución financiera a ESCAL. Sucesivas liquidaciones de la CNMC continuaron abonando a ESCAL los importes correspondientes al déficit soportado en la liquidación de 2014, lo cual tuvo reflejo en las liquidaciones definitivas de 2016, aprobada por resolución de 30 de noviembre de 2017 (LIQ/DE/176/17), y de 2017, aprobada el 28 de noviembre de 2018 (LIQ/DE/008/18).

El procedimiento de revisión de oficio se inició debido a la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los efectos económicos de la extinción de la concesión, incluido el artículo 4, relativo a la retribución financiera reconocida a ESCAL, por Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2017, de 21 de diciembre de 2017 (recursos de inconstitucionalidad 7848-2014, 7874-2014 y 21-2015).

Dicha declaración de nulidad determinó la necesidad de revisar de oficio los actos de liquidación por los que se procedió al abono de la retribución financiera a ESCAL con el fin de reintegrar esas cantidades, con sus intereses, al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural.

SEGUNDO. Primer escrito de alegaciones al acuerdo de inicio

Por escrito de 2 de noviembre de 2018, presentado tras un escrito anterior de 29 de octubre de 2018, de solicitud de ampliación de plazo, ESCAL efectuó unas primeras alegaciones al acuerdo de inicio, sin perjuicio de manifestar su voluntad de ampliar dichas alegaciones en un escrito posterior.

Dicho escrito contiene una alegación única que sostiene la improcedencia de la revisión de oficio acordada por la CNMC, por dos motivos distintos:

- Que la STC no afecta al reconocimiento de la retribución financiera a ESCAL: A su vez, este argumento se puede resumir de este modo:

- Que el artículo 14 del Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, por el que se otorgó a ESCAL la concesión de explotación del almacenamiento subterráneo Castor, contemplaba la posibilidad de extinción de la concesión por el valor neto contable de las instalaciones. La Orden ITC/3995/2006 regula expresamente cómo se ha de proceder para calcular el valor neto contable de las inversiones en almacenamientos subterráneos de la red básica, según recoge la exposición de motivos del Real Decreto-ley 13/2014.

- Que mediante el citado Real Decreto-ley 13/2014 se extinguió la concesión de explotación del almacenamiento Castor y se acordó hibernar las instalaciones, asignando la administración a la sociedad ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. Asimismo, a través del artículo 4 del mismo, se reconoció el valor de la inversión en línea con lo que preveía el artículo 14 del Real Decreto 855/2008.

- Que el Acuerdo de la CNMC induce a error, pues el «RD-L 13/2014 se limitó a aplicar lo previsto en la concesión (Real Decreto 855/2008) y en la normativa específica para el caso de las inversiones a reconocer en los almacenamientos subterráneos (la Orden ITC/3955/2006)».

- Que el razonamiento de la CNMC es indebido porque «pese a que mediante la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2017 se declaró inconstitucional el artículo 4 del RD-L 13/2014, no con ello se declaró nulo o inconstitucional ni el artículo 14 del Real Decreto 855/2008, ni la Orden ITC/3955/2006 y por tanto, no puede entenderse afectado el derecho de mi interesada al reconocimiento de la retribución». Así pues, «A lo sumo, el RDL 13/14 sería el instrumento aplicativo de la normativa, pero nunca la norma de la que emana el derecho». Añade que la expulsión del Real Decreto-ley del ordenamiento jurídico «no tendría que provocar efecto alguno más allá de que el Ministerio hubiera debido dictar un nuevo acto sustitutorio del anulado».

- Que esto último determina que, el Ministerio para la Transición Ecológica deba adoptar los actos necesarios para dar la adecuada cobertura jurídica a las cantidades ya satisfechas a ESCAL. De lo contrario, «el resultado sería absurdo: ESCAL tendría que devolver las cantidades para, de inmediato, volver a reclamarlas en un ulterior procedimiento». Procede, en consecuencia, a juicio de ESCAL, dejar sin efecto el presente

procedimiento, «pues las cantidades percibidas por ESCAL UGS han sido correctamente satisfechas».

- Que no existe base jurídica para iniciar un procedimiento de revisión: Se resume dicho argumento en que, a juicio de ESCAL, las liquidaciones definitivas que se pretenden revisar «no se engloban en ninguno de los supuestos enumerados en el artículo 47.1. No existe base legal, por tanto, para iniciar un procedimiento de revisión de oficio de las liquidaciones definitivas giradas a ESCAL con fundamento en el artículo 106 de la Ley 39/2015. Más al contrario, en todo caso, concurriría un supuesto de nulidad del artículo 47.2 referido a los artículos del RD-L 13/2014, pero no a las liquidaciones definitivas giradas a ESCAL».

Añade ESCAL su intención de presentar ante la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) la solicitud de que se dicte una resolución que subsane la situación existente.

En vista de lo anterior, solicita que se deje sin efecto el acuerdo de inicio y se resuelva declarar el archivo del procedimiento de revisión de oficio. En su defecto, solicita que se acuerde suspender el procedimiento hasta que la DGPEM dicte resolución confirmando las cantidades percibidas.

TERCERO. Segundo escrito de alegaciones al acuerdo de inicio

Tal como había anunciado, ESCAL presentó un segundo escrito de 12 de noviembre de 2018 con alegaciones al acuerdo de inicio. Dichas alegaciones pueden resumirse en los siguientes términos:

- Que el Consejo de la CNMC no sería competente para tramitar el procedimiento: Señala ESCAL que dicha incompetencia resultaría de que la CNMC es «un órgano que, sin perjuicio de su autonomía e independencia, está adscrito al Ministerio de Economía». En vista de ello, sería aplicable el artículo 111 de la Ley 39/2015 a cuyo tenor correspondería la revisión de oficio a «Los órganos a los que estén adscritos los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por el máximo órgano rector de éstos».

- Que no procede la revisión de oficio incoada por la CNMC, por los siguientes motivos:

    - Que la STC no afecta al reconocimiento de la retribución: En este punto, se reiteran las alegaciones efectuadas en el primer escrito de alegaciones al acuerdo de incoación.

- Que la CNMC no puede revisar una liquidación que no deriva directamente del RDL 13/2014, sino de una previa resolución administrativa del Ministerio: Señala ESCAL que «entre el RDL 13/2014 y la resolución que aprueba la liquidación definitiva existe una resolución del entonces Ministerio de Energía, Turismo y Comercio que fue la que estableció la cantidad que correspondía a ESCAL como retribución financiera por la inversión realizada. Concluye ESCAL que «No cabe, pues, revisar la liquidación mientras se mantenga la eficacia de la resolución de la que trae causa, y lo contrario significaría incumplir precisamente el mandato del Ministerio».

- Que la anulación del RDL no es causa suficiente para la revisión de actos administrativos derivados de dicha norma: Con relación a los efectos de la STC, señala ESCAL que «la LOTC no ha creado un complejo y aquilatado sistema o una escala que se ajuste a la diversa naturaleza de los vicios de inconstitucionalidad, a las circunstancias que los rodean y a las necesidades de su reparación». La expulsión de una norma o acto del ordenamiento puede (i) tener carácter retroactivo, (ii) eficacia ex nunc o (iii) hacerse con un aplazamiento en el tiempo. La decisión del Tribunal Constitucional de expulsar la norma produce efectos generales desde la publicación de la Sentencia. Por tanto, «cabrá presumir, en principio y como consecuencia más natural, que, a falta de otra determinación expresa, la expulsión produce efectos desde ese momento y que la declaración de inconstitucionalidad posee eficacia ex nunc ante las situaciones consolidadas en virtud de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), salvo afirmación en contrario». En orden a los efectos de la sentencia, «hay que estar, en primer término y ante todo, a lo que reclame o requiera la reparación del orden constitucional, el vicio de que se trate en cada caso». En este caso, la declaración de inconstitucionalidad reúne las siguientes características:

  - Responde a la falta de presupuesto habilitante.
  - Es un vicio formal.
  - Los preceptos anulados se limitaban a recoger derechos amparados por otras normas del ordenamiento jurídico.
  - Los derechos reconocidos responden a obras y servicios realmente prestados por ESCAL.

  La conclusión a todo ello debe ser «la improcedencia de revisar ahora las liquidaciones practicadas por la CNMC». A la misma conclusión se llega aplicando por analogía el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Tribunal

Supremo ha condensado su doctrina en la sentencia de 23 de septiembre de 2003 (rec. 380/1990), que aborda precisamente la cuestión de los actos que hayan ganado firmeza con anterioridad a la declaración de nulidad de la disposición general que les sirve de cobertura. En particular, el acto tendría cobertura en otra norma del ordenamiento jurídico, por lo que debe mantener su validez. Por otro lado, su revisión sería contraria a las exigencias de la buena fe.

- Que no existe base jurídica para iniciar un procedimiento de revisión: En este punto, se reitera que no existe base jurídica para llevar a cabo un procedimiento de revisión, pues las liquidaciones definitivas no se engloban en ninguno de los supuestos enumerados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

CUARTO. Solicitud de acceso al expediente

Por escrito de 14 de diciembre de 2018 ESCAL solicitó vista del expediente. Por oficio de 18 de diciembre siguiente se remitió electrónicamente a la empresa copia completa y numerada del expediente administrativo. ESCAL accedió al contenido de la comunicación el mismo 18 de diciembre pasado.

QUINTO. Trámite de audiencia

Mediante acuerdo de 6 de febrero de 2019, puesto a disposición de ESCAL al día siguiente, a cuyo contenido accedió el interesado ese mismo día 7 de febrero, se procedió a conceder trámite de audiencia a ESCAL. A tal efecto, se trasladó a ESCAL un Informe-propuesta de resolución. El acuerdo, además de conceder trámite de audiencia, dispuso la ampliación del procedimiento al ejercicio 2017. Asimismo, acordó conceder a ESCAL un plazo de alegaciones de diez días, disponiendo que se procediese, concluido dicho trámite, a remitir el expediente al Consejo de Estado, con suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento.

SEXTO. Alegaciones de ESCAL

Mediante escrito de 22 de febrero de 2019, con entrada en el registro electrónico de la CNMC ese mismo día, ESCAL efectuó alegaciones en el trámite de audiencia.

El escrito de ESCAL reitera, en esencia, alegaciones efectuadas anteriormente en el procedimiento, cuyo contenido se puede resumir en los siguientes términos:

- Incompetencia del Consejo de la CNMC para tramitar y resolver el procedimiento: Reitera ESCAL que no sería la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, sino el Ministerio de Economía y Empresa, el órgano competente para la revisión de oficio.

- Improcedencia de la ampliación de la revisión de oficio al ejercicio 2017: Considera la interesada que el procedimiento se habría ampliado de manera arbitraria a 2017.

- Improcedencia de la revisión de oficio: La alegación insiste en argumentos ya expuestos en alegaciones anteriores, que se pueden sintetizar de este modo:

    - Que la Sentencia del Tribunal Constitucional no afectaría a la retribución debida a ESCAL.

    - Que existe una previa Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas en la cual tendrían origen las liquidaciones de la CNMC.

    - Que la anulación del Real Decreto-ley 13/2014 no sería causa suficiente para la revisión de actos administrativos derivados de dicha norma.

    - Que no existiría base jurídica para efectuar un procedimiento de revisión de oficio.

SÉPTIMO. Remisión del expediente al Consejo de Estado y notificación de la suspensión al interesado

Mediante oficio de 26 de febrero de 2019, presentado el día 27 de febrero siguiente en el Registro del Ministerio de Economía y Empresa, se remitió el expediente administrativo del presente procedimiento al Consejo de Estado, a los efectos del dictamen preceptivo que establece el artículo 106 de la Ley 39/2015.

Por oficio de 27 de febrero de 2019 se notificó al interesado que, con esa misma fecha, se procedía a la remisión del expediente al Consejo de Estado, lo cual determinaba la suspensión de la fecha para resolver el procedimiento.

OCTAVO. Dictamen del Consejo de Estado

Con fecha 3 de julio de 2019 se recibió en la CNMC Dictamen 193/2019 del Consejo de Estado. El citado Dictamen concluye:

"Que procede declarar la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural correspondientes a los ejercicios 2014, 2016 y 2017 en relación con los pagos realizados a Escal UGS, S.L. relativos al almacenamiento subterráneo "Castor".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia para resolver el presente procedimiento.

La competencia para resolver el presente procedimiento es asumida por el Pleno de la CNMC, de acuerdo con el artículo 21.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en atención a la especial incidencia de este asunto en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión.

La presente resolución se adopta dentro del plazo establecido en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

SEGUNDO. Actos a revisar e importes a reintegrar al sistema de liquidaciones.

Según lo indicado, la liquidación definitiva de 2014 reconoció a ESCAL un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera. Sin embargo, dicha retribución no se abonó de manera completa (el abono fue de 181.533.351,68 euros), pues ESCAL debió soportar, como el resto de sujetos de liquidación, el déficit del ejercicio.

Esto último determinó que la CNMC siguiese abonando a ESCAL en sucesivas liquidaciones provisionales la parte correspondiente de tales derechos de cobro no abonados en su momento. Dichos abonos tuvieron origen en un acto firme (la liquidación de 2014), y ello exigía mantener los pagos por déficit soportado hasta la revisión de dicha liquidación definitiva del ejercicio 2014.

Dicho de otro modo, los pagos efectuados a favor de ESCAL en sucesivas liquidaciones provisionales a partir de 2016 son derivados o accesorios, traen causa, todos ellos, de un acto originario: el reconocimiento de la retribución financiera en la liquidación definitiva de 2014. La revisión de esta última liquidación definitiva determina que decaigan los pagos aplazados que se vienen realizando por el déficit soportado por ESCAL (es decir, la parte no abonada de la retribución financiera reconocida en la liquidación definitiva de 2014).

Lo anterior determina que la revisión de oficio afecte, no solo al ejercicio 2016, sino también al ejercicio 2017, al cual se amplió mediante el Acuerdo de notificación del Informe-Propuesta de la Sala de Supervisión Regulatoria con objeto del trámite de audiencia. Asimismo, como consecuencia de la revisión de oficio de la liquidación de 2014, no solo dejarán de abonarse en liquidaciones provisionales pagos aplazados en concepto de déficit soportado en dicha liquidación definitiva de 2014, sino que se deberán recuperar las cantidades abonadas por tal concepto en liquidaciones provisionales a lo largo de 2018 y 2019.

Dichas explicaciones se han sucedido en los acuerdos dictados por la Sala de Supervisión Regulatoria desde el inicio del procedimiento. En particular, el Acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio incluyó tanto la liquidación definitiva de 2016 (ya aprobada en fecha de ese acuerdo), como una tabla con las cantidades abonadas hasta la fecha de ese acuerdo (que traían origen en un acto único: la señalada liquidación definitiva de 2014). Señaló lo siguiente:

> Según lo indicado, la liquidación definitiva de 2014 reconoció a ESCAL un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera.
>
> Sin perjuicio de ello, el importe reconocido no se abonó completamente, pues debió soportar el déficit del ejercicio. El efectivo abono ascendió a 181.533.351,68 euros.
>
> Sucesivas liquidaciones de la CNMC han seguido abonando la parte correspondiente de tales derechos de cobro, al venir reconocidos en un acto firme, abono que se mantendrá hasta la revisión de la liquidación definitiva del ejercicio 2014. Dichos importes han tenido reflejo en la liquidación definitiva de 2016.

Por su parte, el Acuerdo por el que se dio traslado del Informe-propuesta con ocasión del trámite de audiencia, añadió la liquidación definitiva de 2017, la cual se había aprobado con anterioridad al mismo, proporcionando al respecto las siguientes explicaciones:

> Como en 2016, a lo largo de 2017 se han venido aprobando sucesivas liquidaciones provisionales de la CNMC que han abonado a ESCAL los importes correspondientes al déficit soportado en la liquidación de 2014.
>
> Ello ha sido reconocido, con carácter definitivo, en la liquidación definitiva de las actividades reguladas del gas natural correspondiente a 2017, aprobada el 28 de noviembre de 2018 (LIQ/DE/008/18).
>
> El presente procedimiento de revisión de oficio debe ampliarse, por tanto, a dicha liquidación definitiva de 2017.

El mismo Acuerdo, en el fundamento de derecho segundo, relativo a los actos a revisar e importes a reintegrar en el sistema, insistió en tal argumentación en los siguientes términos:

> Según lo indicado, la liquidación definitiva de 2014 reconoció a ESCAL un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera.
>
> Sin perjuicio de ello, el importe reconocido no se abonó completamente, pues debió soportar el déficit del ejercicio. El efectivo abono ascendió a 181.533.351,68 euros.
>
> Sucesivas liquidaciones de la CNMC han seguido abonando la parte correspondiente de tales derechos de cobro, al venir reconocidos en un acto firme, abono que se mantendrá hasta la revisión de la liquidación definitiva del ejercicio 2014.
>
> Dichos importes han tenido reflejo en las liquidaciones definitivas de 2016 y de 2017.
>
> Las cantidades pagadas hasta la fecha son las siguientes: [se incluye tabla con detalle de importes].

ESCAL ha alegado que la ampliación a 2017 resulta «arbitraria». Basta remitirse a las explicaciones recién efectuadas para rechazar dicha afirmación. Lejos de ser arbitraria, la ampliación al ejercicio de 2017 resulta ser la actuación más garantista y la que proporciona mayor seguridad jurídica a ESCAL.

Según se ha indicado, en la medida en que el origen del procedimiento está en el abono de una retribución financiera a ESCAL mediante la liquidación definitiva de 2014, cabría interpretar que la revisión y anulación de dicho acto bastaría para que decayesen de manera automática los meramente derivados del mismo (abonos de deuda soportada en 2014 a lo largo de 2016 y 2017). Sin embargo, la CNMC, con un propósito garantista, y para mayor garantía del interesado, incluyó la liquidación definitiva de 2016 en el acuerdo de inicio, y amplió el procedimiento a la liquidación definitiva de 2017 en cuanto esta estuvo aprobada, pues ello resultaba de la lógica del funcionamiento de los pagos efectuados a su favor, según se señaló desde el mismo inicio del procedimiento. En vista de ello, las alegaciones de ESCAL solo pueden entenderse en clave de estricta defensa.

Tal criterio de la CNMC ha sido respaldado por el Dictamen del Consejo de Estado en tanto el mismo dictamina que procede declarar la nulidad de todas las liquidaciones definitivas objeto del presente procedimiento.

Según lo recién indicado, como consecuencia de la nulidad que se declara en la presente resolución, la devolución de importes debe alcanzar a las cantidades que se abonaron en liquidaciones provisionales con posterioridad a la última liquidación definitiva aprobada (la de 2017).

Las cantidades pagadas y sus correspondientes intereses hasta la fecha son las siguientes:

Liquidación	Fecha de aprobacion de la liquidación	Cantidades pagadas por Retribución Financiera Castor (euros)	Intereses (euros)
Def. 2014	24/11/2016	181.533.351,68	14.202.854,72
11/2016	17/01/2017	565.137,80	41.711,81
1/2017	16/03/2017	464.321,12	32.057,24
2/2017	18/04/2017	464.321,12	30.797,85
3/2017	11/05/2017	464.321,12	29.920,09
4/2017	08/06/2017	464.321,12	28.851,52
5/2017	06/07/2017	464.321,12	27.782,94
6/2017	27/07/2017	464.321,12	26.981,51
7/2017	05/09/2017	464.321,12	25.454,97
8/2017	05/10/2017	464.321,12	24.310,07
9/2017	07/11/2017	464.321,12	23.050,68
10/2017	05/12/2017	464.321,12	21.982,11
11/2017	25/01/2018	464.321,12	20.035,77
12/2017	15/02/2018	464.321,20	19.234,35
1/2018	08/03/2018	463.742,98	18.409,96
2/2018	09/04/2018	463.742,98	17.190,25
3/2018	10/05/2018	463.742,98	16.008,66
4/2018	06/06/2018	463.742,98	14.979,53
5/2018	04/07/2018	463.742,98	13.912,29
6/2018	26/07/2018	463.742,98	13.073,74
7/2018	06/09/2018	463.742,98	11.472,87
8/2018	03/10/2018	463.742,98	10.443,75
9/2018	07/11/2018	463.742,98	9.109,69
10/2018	10/12/2018	463.742,98	7.851,87
11/2018	10/01/2019	463.742,98	6.708,39
12/2018	06/02/2019	417.856,14	5.117,31
1/2019	07/03/2019	455.517,03	4.492,77
2/2019	09/04/2019	455.517,03	3.257,26
3/2019	08/05/2019	455.517,03	2.171,51
4/2019	06/06/2019	455.517,03	1.085,75

En definitiva, la revisión de oficio de las liquidaciones definitivas de 2014, 2016 y 2017 en lo relativo a los importes abonados a ESCAL ha de determinar la recuperación de importes, a lo cual debe añadirse el reintegro de las

cantidades abonadas en liquidaciones provisionales durante 2018 y 2019 en concepto de pagos aplazados por el déficit soportado en 2014, según lo ya indicado.

El importe del principal debe incrementarse en el correspondiente interés legal calculado hasta la fecha de la presente resolución, resultando una cantidad total a reintegrar al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del gas natural de 209.721.751,27 euros, sin perjuicio de la actualización que proceda de los intereses en el momento del efectivo pago.

TERCERO. Consideración previa.

Debe señalarse de forma previa la singularidad de este asunto. El mismo consiste en la revisión parcial de unas liquidaciones nulas y el reintegro de importes al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del sector gasista.

Dicho sistema de liquidaciones, idéntico a estos efectos en el sector eléctrico y gasista, se ha definido por el Tribunal Supremo como un *«fondo común satisfecho por los consumidores y usuarios de las redes [que] se distribuye a posteriori mediante un mecanismo de liquidación de pagos a los diferentes agentes del sistema eléctrico. La intervención de la Comisión Nacional de Energía, a estos efectos, se limita a recibir aquellos fondos para calcular y liquidar, conforme a los criterios que derivan de las normas vigentes, las cantidades que corresponden a cada agente del sistema»* (STS de 23 de junio de 2015, recurso 263/2014).

Dicho de otro modo, el sistema de liquidaciones se nutre de los ingresos recaudados de los consumidores a través de las tarifas de gas natural, siendo su objeto cubrir los costes del sistema regulado de gas natural, aspecto clave de la seguridad del suministro del sistema gasista español. La CNMC se limita a la mera gestión del sistema, sin que disponga de facultades discrecionales sobre el modo de efectuar las liquidaciones, cuyo carácter es reglado.

Buena muestra de la singularidad de este asunto es que se trata del primero en el que el sistema gasista resulta acreedor de cantidades indebidamente satisfechas con cargo al mismo. La improcedencia de los pagos resulta de la anulación de su base legal por el TC, lo cual determina la necesidad de revisar las liquidaciones y reintegrar los importes al sistema.

En vista de dicha singularidad y ausencia de precedentes, el examen de los problemas que se suscitan deberá atender al caso concreto. Así, no pueden ser extrapolables a este asunto, sin matices, consideraciones que sí puedan ser válidas para otros ámbitos, debiendo atenderse en cada caso a las

circunstancias e intereses que estén en juego. Así, por ejemplo, en ámbitos como el tributario, la determinación de los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad de la base legal de un tributo ha debido atender a circunstancias específicas, entre las que figura la dificultad de gestión práctica en la ejecución de la STC (lo cual puede influir en su eficacia temporal), la existencia o no de acciones previas ejercitadas por los particulares, la eventual reparación de daños de dichos particulares por la vía de la responsabilidad patrimonial, etc.

Este asunto es singular y como tal debe examinarse. De entrada, debe atenderse a la singularidad que supone la propia configuración del sistema de liquidaciones como fondo común de ingresos de consumidores de gas natural. Por otro lado, debe tenerse en cuenta la condición de la CNMC como Administración Pública que se limita a la gestión del sistema, situación muy distinta a la de un particular destinatario de una resolución que pueda ser eventualmente nula. Finalmente, debe tenerse en cuenta la circunstancia esencial de que los pagos, de importe significativo, están perfectamente cuantificados y se efectuaron a favor de cinco sujetos individualizados, estando referido el presente procedimiento a los importes recibidos por ESCAL.

CUARTO. Cuestiones suscitadas en el presente expediente.

ESCAL ha alegado, en síntesis, lo siguiente: (1) la incompetencia del Consejo de la CNMC para proceder a la revisión de oficio; y (2) la improcedencia del procedimiento de revisión, debido a las siguientes circunstancias: a) La STC no afecta al reconocimiento de cantidades a ESCAL; b) La CNMC no puede proceder a la revisión en tanto la liquidación tiene origen en una previa resolución de la DGPEM; c) La anulación del RD-ley 13/2014 no es suficiente para proceder a la revisión; y d) No existe base jurídica para acudir al procedimiento de revisión de oficio.

1. Sobre la falta de competencia de la CNMC para llevar a cabo la revisión.

Alega ESCAL, en esencia, que el artículo 111 de la Ley 39/2015 determina que la competencia para la revisión de oficio en este caso correspondería al órgano al que esté adscrita la Comisión, que sería el Ministerio de Economía y Empresa, a tenor del artículo 2.4 de la Ley 3/2013[1].

[1] Artículo 111, citado: «*c) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado:*

1.º Los órganos a los que estén adscritos los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por el máximo órgano rector de éstos.

2.º Los máximos órganos rectores de los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por los órganos de ellos dependientes».

Tal alegación no puede aceptarse. La asignación de la competencia para la revisión de oficio al Ministro de Economía supondría contravenir el estatuto de especial independencia que reconoce a la CNMC el Derecho español en cumplimiento del Derecho de la UE. Dicha autonomía orgánica y funcional, así como la plena independencia del Gobierno y de las Administraciones Públicas viene reconocida en el artículo 2.1 de la Ley 3/2013. El artículo 109 de la Ley 40/2015 dispone también la especial autonomía de las Autoridades Administrativas Independientes, entre las que se encuentra la CNMC.

Por otro lado, tampoco una interpretación literal de dicho artículo 111 lleva a la exigencia de revisión por parte del Gobierno. El artículo 84 de la Ley 40/2015 asocia la expresión «organismos públicos vinculados o dependientes» de la AGE, expresión empleada por el citado artículo 111, a los Organismos autónomos y las Entidades Públicas Empresariales (artículo 84.1.a, apartados 1º y 2º)[2]. En cambio, a las Autoridades Administrativas Independientes, entre las que figura la CNMC, se les reserva una letra distinta (artículo 84.1.b).

Por último, debe señalarse que la anterior LOFAGE establecía en su DA 16ª una regla de competencia análoga a la prevista ahora en la Ley 40/2015. Según dicha LOFAGE, los organismos públicos cuyos actos debían revisarse por el Gobierno eran los del artículo 43 (Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales), sin que el tenor de la DA 16ª permitiese incluir a los organismos de la DA 10ª de la LOFAGE, entre los que figuraba la CNMC. No es plausible interpretar que la Ley 40/2015, con similar redacción, haya pretendido afectar ex novo a la autonomía legalmente reconocida a la CNMC en términos contrarios al Derecho de la UE y al ordenamiento español.

En conclusión, procede reiterar que es la propia CNMC la Administración competente para la revisión de sus propios actos administrativos, correspondiendo al Pleno del Organismo, de acuerdo con el artículo 21.1.c) de la Ley 3/2013.

2. Sobre la improcedencia de la revisión.

ESCAL sostiene la improcedencia del procedimiento de revisión por los siguientes motivos: a) la no afectación de la STC al derecho a retribución; b) la existencia de una Resolución previa de la DGPEM; c) los efectos de la STC; y d) la falta de base legal para la revisión.

[2] Artículo 84.a), citado: «*Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:*

1.º Organismos autónomos.

2.º Entidades Públicas Empresariales».

a) No afectación de la STC al derecho a retribución.

Afirma ESCAL, en primer lugar, que, sin perjuicio de la anulación del artículo 4 del RD-ley 13/2014, el derecho a la retribución subsiste, pues está contemplado en el Decreto concesional (Real Decreto 855/2008), y el cálculo se efectuó conforme a la Orden ITC/3995/2006.

La alegación no puede aceptarse. La STC anuló de forma expresa el artículo 4 del Real Decreto-ley 13/2014, relativo al valor neto de la inversión (artículo 4.1) y a la retribución financiera a calcular conforme al mismo (artículo 4.3). La nulidad de la cuantificación del valor neto de la inversión priva de dicho elemento esencial al cálculo de la retribución financiera prevista a favor de ESCAL por el artículo 4.3, también anulado.

No cabe aceptar tampoco, como dice ESCAL, que baste una resolución administrativa para reponer su derecho a retribución, pues tal derecho subsistiría al margen del RD-ley. Esa afirmación no se corresponde con las particularidades de la situación administrativa de hibernación en los términos establecidos en la STC 152/2017.

Debe rechazarse, como afirma ESCAL, que el citado RD-ley sea un mero «instrumento aplicativo de la normativa, pero nunca la norma de la que emana el derecho». Según la STC 152/2017, la hibernación de la instalación debió establecerse en una norma con rango de Ley, dictándose a tal efecto el RD-ley 13/2014[3]. Dicho RD-ley dio una solución integral al almacenamiento Castor, pues el ordenamiento jurídico no contaba con regulación de la hibernación, llevando dicha hibernación aparejada la extinción de la concesión y la asignación de la administración a ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U[4]. En esa medida, sin perjuicio de que pudiera corresponder una indemnización a ESCAL

[3] FJ 6º: «Pues bien, el Real Decreto-ley 13/2014 viene a situarse en el lugar que el título concesional (Real Decreto 855/2008) reservaba para la «resolución administrativa» de autorización de la renuncia de la concesión. Así se pone claramente de manifiesto en su artículo 2.1, anteriormente reproducido y en el que se declara extinta la concesión de la instalación de almacenamiento «Castor». Ahora bien, esto no supone que la norma legal controvertida venga a cumplir de manera indebida la función que originariamente se atribuyera a una resolución administrativa pues, como ya se ha indicado al examinar el artículo 1 del Real Decreto-ley enjuiciado, la causa de la extinción de la concesión de la instalación no podía estar prevista en el ordenamiento jurídico vigente antes de la aprobación de esta norma de urgencia por la sencilla razón de que ese ordenamiento jurídico estaba ayuno de una regulación de la hibernación, situación en la que pasa a encontrarse, por mandato del propio Real Decreto-ley 13/2014, la instalación Castor».

[4] FJ 6º: «En consecuencia, la hibernación de la instalación en este caso lleva aparejada la extinción de la concesión (art. 2) y la asignación de su administración a Enagás Transporte, S.A.U. (art. 3), dos medidas íntimamente conectadas y necesarias para acordar la hibernación de las instalaciones».

debido a la extinción de la concesión, en vista de que la extinción de dicha concesión está vinculada a la hibernación de la instalación, los nuevos parámetros de cálculo de la indemnización deberían aprobarse mediante una nueva norma con rango de Ley. Lo contrario privaría de efecto real al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado indicando: *"Pero tal compensación deberá reconocerse -con cargo al sistema gasista y no a la Administración General del Estado- y su pago, instrumentarse, mediante la aprobación de la correspondiente norma de rango legal ordinaria conforme ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en su día."*

b) Existencia de una Resolución previa de la DGPEM.

Afirma ESCAL que, en la medida en que las liquidaciones de la CNMC aplican una Resolución de la DGPEM que cuantifica la tasa de retribución, no cabría la revisión de oficio.

Tal alegación no puede aceptarse. Las liquidaciones definitivas de la CNMC han abonado importes a ESCAL que se calcularon con base a un valor neto de la inversión declarado inconstitucional y nulo. Junto a ello, el propio artículo 4.3 relativo a la retribución financiera a abonar a ESCAL, fue también anulado. El pago de dicha retribución financiera forma parte de los efectos económicos de la extinción de la concesión, a los que la Sentencia quiso afectar y cuya expresa nulidad e inconstitucionalidad declaró en el fallo. Ello basta para que se haga necesaria la revisión de los actos firmes de aplicación de la CNMC cuya base legal ha devenido nula. No corresponde a la CNMC pronunciarse sobre actos de otras Administraciones dictados también con base en dichas normas declaradas nulas. En vista de la ausencia de base legal para las liquidaciones aprobadas en el aspecto objeto de revisión, la CNMC, en cuanto órgano encargado de las liquidaciones, debe adoptar las medidas necesarias para la ejecución de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

c) Consecuencias de la STC.

Afirma ESCAL que, de la mera Sentencia del TC no resulta la necesidad de proceder a la revisión de oficio de los actos afectados por la misma. Se basa en que la Sentencia produciría efectos únicamente ex nunc (desde su publicación) y en que, dadas las circunstancias del caso, la revisión resultaría contraria a las exigencias de la buena fe.

La alegación no puede aceptarse y en tal sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado. Son precisamente las circunstancias de este caso las que exigen dar cumplimiento a la Sentencia del TC revisando de oficio los actos

que han devenido nulos y recuperando las cantidades procedentes a favor del sistema.

De entrada, debe señalarse que, con carácter general, las Sentencias de inconstitucionalidad surten efectos ex tunc, es decir, se retrotraen a la fecha de aprobación de la disposición anulada. Dicha eficacia ex tunc resulta del artículo 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), el cual únicamente excluye el efecto hacia el pasado de los efectos de una Sentencia del Tribunal Constitucional al caso de procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (salvo retroactividad favorable en procedimientos penales o sancionadores)[5]:

> Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

La eficacia ex tunc de las sentencias del Tribunal Constitucional con carácter general se ha afirmado, entre otras, por la STC 171/1985, de 13 de diciembre, la STC 47/2007, de 12 de marzo, o la STC 59/2017, de 11 de mayo.

Sin perjuicio de ello, en la STC 45/1989 (sobre la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de una Ley tributaria), el TC reclamó para sí la facultad de determinar los efectos temporales de sus sentencias, y negó en tal caso la posibilidad de obtener la devolución de importes indebidos en aquellos casos de situaciones consolidadas, no solo por cosa juzgada, sino también administrativamente. Esto último se debió a que el Tribunal no quiso hacer de peor condición a los que habían recurrido y obtenido una sentencia firme desfavorable (límite a la eficacia ex tunc a tenor del artículo 40.1 LOTC) que a los que se habían mantenido inactivos. El pronunciamiento del TC atendió, por tanto, a una determinada situación de hecho en la que concurría una multitud de interesados potencialmente afectados, en distinta situación.

Otros pronunciamientos del TC posteriores a dicha Sentencia 45/1989 han establecido expresamente los efectos temporales de la nulidad excluyendo el efecto ex tunc en caso de situaciones administrativas firmes. Dicho tipo de pronunciamientos se suelen denominar sentencias retrospectivas. Como en el

[5] Asimismo, el artículo 161.1.a) CE, tras afirmar la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de inconstitucionalidad, señala que «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

caso de la Sentencia anterior, se trata de supuestos en que se habían producido numerosos actos de aplicación de la Ley anulada, afectando a multitud de interesados. Así sucede, típicamente, en los ámbitos tributario, urbanístico o laboral. Algunos ejemplos de dichos sectores en los que, debido a la multitud de interesados afectados, el Tribunal hizo declaración expresa sobre los efectos temporales de la Sentencia son la STC 289/2000, de 30 de noviembre, sobre una Ley fiscal de Baleares, o las STC 54/2002, de 27 de febrero, y STC 365/2006, sobre la nulidad de Leyes urbanísticas.

Tales situaciones en las que el TC ha debido matizar los efectos temporales de su pronunciamiento son muy distintas de la aquí examinada. En el presente caso se revisan los actos por los que se abonó una determinada cantidad, a un único sujeto, en aplicación de una norma con rango de Ley posteriormente declarada nula. No había motivos para matizar la doctrina general de la eficacia ex tunc de la Sentencia porque su aplicación al caso concreto no plantea dificultad alguna. Por esa razón, el fallo de la Sentencia que da lugar a este procedimiento no contiene un expreso pronunciamiento sobre los efectos temporales de la declaración de nulidad e inconstitucionalidad, debiendo estarse a la regla general de eficacia ex tunc.

En definitiva, a falta de pronunciamiento de la STC sobre sus efectos temporales, y atendiendo a las particularidades del supuesto aquí planteado, debe estarse a tal eficacia ex tunc de dicha STC, la cual debe determinar la revisión de oficio de los actos objeto de este procedimiento a fin de reparar el daño causado al sistema de liquidaciones.

Dicha conclusión se confirma en el Dictamen del Consejo de Estado, a tenor del cual *"todas las modulaciones y singularidades mencionadas y atinentes al alcance y eficacia de la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad han sido siempre fijadas de manera clara y taxativa por el Tribunal Constitucional en sus sentencias. A falta de este pronunciamiento expreso, procede acomodarse al criterio general antes señalado que establece como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad de la norma con eficacia erga omnes y ex tunc".*

En esta misma línea, el Consejo de Estado señala que, al hacer el pronunciamiento citado, *"el Tribunal Constitucional no acotó ni temporal, ni materialmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. En consecuencia, éstos no pueden limitarse, con el argumento de que dicha declaración se ha fundado en una cuestión formal, -la inexistencia del requisito de extraordinaria y urgente necesidad-, de modo que la regulación material contenida en el real Decreto-Ley no se ha visto afectada y puede servir de fundamento a situaciones amparadas en él. El hecho de que el Tribunal no cuestionara en su sentencia ni la posibilidad de que la indemnización otorgada a la sociedad concesionaria del proyecto «Castor» pudiera repercutirse al*

sistema gasista ni la cuantificación del valor neto de la inversión ni la procedencia de su abono a la entidad Escal UGS S.L., esto es, que no cuestionara las condiciones sustantivas establecidas, no puede comportar que esa previsiones conserven su eficacia directa o una suerte de eficacia refleja respecto de situaciones ya habidas."

En sentido similar, el Dictamen del Consejo de Estado señaló que "*la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango o valor de ley tiene como efecto su expulsión del ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1987, de 17 de febrero), bien por razones formales, bien por razones materiales o sustantivas. No cabe entender que una declaración de constitucionalidad de una norma por motivos formales sigue amparando la regulación sustantiva contenida en ella*".

De otro lado, no puede aceptarse que la revisión pueda ser contraria a las exigencias de la buena fe a las que remite el artículo 106 de la Ley 39/2015. Según lo indicado, la determinación de los parámetros económicos derivados de la hibernación y extinción de las instalaciones, requiere una norma con rango de Ley. Declarada la nulidad de la base legal de las liquidaciones aprobadas, la CNMC, en cuanto órgano encargado de las liquidaciones, debe adoptar las medidas necesarias para la ejecución de tales pronunciamientos. Tal ejecución, en vista de la doctrina del TC sobre la eficacia ex tunc de los pronunciamientos de nulidad y constitucional, requiere la previa revisión de dichos actos de aplicación cuya base legal ha sido anulada. La revisión viene exigida por la función de la CNMC de órgano encargado de la gestión del sistema de liquidaciones de las actividades reguladas que tiene legalmente asignada.

A estos efectos, el Consejo de Estado considera en su Dictamen que *"no resulta de aplicación en el caso presente los límites establecidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, para el ejercicio de las facultades de revisión. Los efectos directa y necesariamente derivados de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad –en los términos previstos en los artículos 164.1 de la Constitución y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre- no pueden ser eludidos ni quedar menoscabados o enervados por los citados límites. Ni la equidad, ni la buena puede limitarlos, (…), Los límites del artículo 110 no son oponles frente al efecto vinculante de las sentencias del tribunal Constitucional, declarativas de inconstitucionalidad como se deriva del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial."*

d) <u>Falta de base legal para la revisión.</u>

Finalmente, ESCAL sostiene que no procede la revisión de oficio porque en los actos a revisar no concurre ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

Tampoco esta última alegación puede aceptarse. La nulidad de los actos a revisar se debe a la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de la base legal de los mismos. Dicha nulidad de la base legal de un acto administrativo priva de causa a las liquidaciones practicadas. Así, según indica, el citado Dictamen la causa *"constituye un requisito esencial de los actos administrativos, de tal suerte que, al faltar, éstos devienen nulos de pleno derecho por tener acomodo sin violencia, en la causa prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –o la misma letra y apartado del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre- si se trata de actos dictados al amparo de esta norma, que establece que lo son los "… expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".*

Por todo cuanto antecede, el Pleno del Consejo, de acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado:

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad de pleno derecho de la liquidación definitiva de 2014, aprobada por resolución de 24 de noviembre de 2016 (LIQ/DE/228/16), en lo relativo al reconocimiento a ESCAL UGS, S.L., de un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera establecida en el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

Segundo. Declarar asimismo la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones definitivas de 2016, aprobada por resolución de 30 de noviembre de 2017 (LIQ/DE/176/17), y de 2017, aprobada el 28 de noviembre de 2018 (LIQ/DE/008/18), en lo relativo a los derechos de cobro reconocidos a favor de ESCAL UGS, S.L., derivados del déficit soportado en la liquidación definitiva de 2014.

Tercero. Declarar, como consecuencia de la señalada nulidad, la obligación de ESCAL UGS, S.L. de reintegrar, en el plazo de quince días desde la notificación de la presente resolución, al sistema de liquidaciones de actividades reguladas del sector del gas natural, la cantidad de 209.721.751,27 euros, incluidos intereses, sin perjuicio de la actualización que proceda de los mismos en el momento del efectivo pago. Esta cantidad incorpora los pagos efectuados en las liquidaciones provisionales durante 2018 y 2019 en concepto de derechos de cobro derivados del déficit soportado en la liquidación definitiva de 2014, todo ello según se detalla en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución.

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.