

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 ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. RELATIVOS AL ALMACENAMIENTO SUBTERRÁNEO CASTOR.

R/AJ/076/18

CONSEJO. PLENO

Presidente

D. José María Marín Quemada

Vicepresidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz.

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. 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, notificado electrónicamente el 16 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 ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. (ENAGÁS) derivados de la extinción de la concesión del almacenamiento subterráneo Castor, en cumplimiento del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre. Esta última norma asignó a ENAGÁS la gestión del almacenamiento y dispuso el abono de los costes con cargo a los ingresos por peajes y cánones del sistema gasista.

En atención a ello, las liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural de 2015 (resolución de 24 de noviembre de 2016, LIQ/DE/229/16) y de 2016 (resolución de 30 de noviembre de 2017, LIQ/DE/176/17) reconocieron a ENAGÁS un importe de 32.930.177,00 euros por tal concepto. Ambas liquidaciones han devenido firmes en lo relativo al abono de los señalados costes a ENAGÁS.

Sin perjuicio de ello, el importe reconocido no se abonó completamente, pues ENAGÁS debió soportar el déficit de los correspondientes ejercicios. Sucesivas liquidaciones de la CNMC han continuado abonando a ENAGÁS los importes correspondientes al déficit soportado en dichas liquidaciones de 2015 y 2016.

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 6, relativo al pago de los costes a ENAGÁS, 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 abonaron los costes de administración de la instalación a favor de ENAGÁS con el fin de reintegrar esas cantidades, con sus correspondientes intereses, al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural.

SEGUNDO. Escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

Por escrito de 30 de octubre de 2018 ENAGÁS efectuó alegaciones que se pueden resumir del siguiente modo:

- Que ENAGÁS asumió en 2014 la administración de las instalaciones de almacenamiento y viene desarrollando desde entonces todas las obligaciones asociadas a las mismas, con el alcance estipulado en el párrafo segundo del artículo 3.2 del RDL 13/2014. Del desempeño por ENAGÁS de esta actividad se deduce la necesidad de que se le reembolsen los costes, los cuales se configuran como una contraprestación necesaria por el servicio prestado. Que, a pesar de que la STC 152/2017 declara inconstitucional y nulo el artículo 6 del RDL

13/2014, con referencia a los indicados costes, la obligación jurídica de retribución subsiste incólume, máxime cuando el artículo 3 RDL 13/2014 mantiene su plena vigencia, resultando que este último párrafo de su apartado 2 establece el derecho de ENAGÁS a que se le retribuyan los costes de operación mantenimiento de las instalaciones.

- Que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 6 del citado RDL no altera el derecho de ENAGÁS a percibir los importes a que se refieren la DA 7ª de la Orden IET/2445/2014 y el artículo 4 de la Orden IET/2736/2015, ya que estos costes deben considerarse como costes del sistema gasista «ya sea por que traigan causa de las obligaciones y el derecho expresamente previstos por el vigente artículo 3.2 del RDL 13/2014 o, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 59 LSH, entendido el almacenamiento “Castor” como una infraestructura del sistema gasista».
- Que, en lo relativo a los intereses de las cantidades ya percibidas y cuyo reintegro se pretende, señala ENAGÁS que «tales intereses no tendrían la consideración de ingresos del sistema gasista sino de naturaleza civil y, por ende, la procedencia o no de su reintegro no debería ser examinada – ni mucho menos acordada- en el seno del procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa».

En vista de lo anterior, además de solicitar la suspensión del procedimiento en vista de que el órgano administrativo competente podría adoptar una normativa de desarrollo que reconozca el derecho a ENAGÁS a recibir los importes objeto de este procedimiento, lo que daría lugar a su regularización, solicitó «que se acuerde la improcedencia de reintegrar al sistema de liquidaciones las cantidades reconocidas a ENAGÁS TRANSPORTE en las liquidaciones de 2015 y 2016».

TERCERO. 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 ENAGÁS. A tal efecto, se trasladó a ENAGÁS 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 ENAGÁS 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.

CUARTO. Alegaciones de ENAGÁS.

Por escrito de 21 de febrero de 2019, presentado ese mismo día, ENAGÁS efectuó alegaciones al Informe-propuesta de la CNMC en las que se ratificó en las alegaciones anteriores. Dicho escrito se puede sintetizar del siguiente modo:

- Que el derecho a la retribución de ENAGÁS no deriva del artículo 6 del Real Decreto-ley, declarado nulo, sino que se reconoce expresamente en el artículo 3.2 de dicha norma.
- Que el derecho reconocido a ENAGÁS a la retribución de los Costes OPEX «ha subsistido incólume el control de constitucionalidad como derecho a percibir la necesaria contraprestación por los servicios que ENAGÁS TRANSPORTE viene prestando».
- Que «el hecho de que ya no se prevea expresamente el modo en que ha de calcularse y efectuarse el pago de los costes de mantenimiento, operatividad y las restantes obligaciones derivadas de la asignación de la administración del almacenamiento subterráneo «Castor» (los “Costes OPEX”) –por causa de la anulación de determinados preceptos de las correlativas Órdenes ministeriales anuales sobre retribuciones reguladas-, no soslaya tampoco la subsistencia del derecho de ENAGÁS TRANSPORTE a ser retribuida por las actividades a las que se refiere el artículo 3.2 del RD 13/2014».
- Que el Real Decreto-ley impuso a ENAGÁS la obligación de realizar las actividades referidas en el citado artículo 3.2 al margen de su voluntad, y en un marco normativo que ratifica que al almacenamiento ha de reconocérsele interés estratégico y utilidad pública, lo que determina la imputación de los costes e ingresos al sistema gasista.
- Que la imposición a ENAGÁS de la obligación de realizar las actividades referidas en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley sin la pertinente retribución constituiría un enriquecimiento injusto a favor del Estado, así como una restricción desproporcionada del derecho de ENAGÁS a la libertad de empresa.
- Que, sobre la base de lo anterior, ENAGÁS presentó el 21 de diciembre de 2018 una reclamación al Ministerio para la Transición Ecológica, solicitando su derecho a una indemnización.
- Que no procede la devolución de intereses la medida en que se trata de una medida civil, siendo la misma, en nuestro Derecho, compensatoria de

los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, sin que ningún incumplimiento sea imputable a ENAGÁS.

QUINTO. 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.

SEXTO. Dictamen del Consejo de Estado.

Con fecha 4 de julio de 2019 se recibió en la CNMC Dictamen 195/2019 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 2015, 2016 y 2017 en relación con los pagos realizados a “Enagás Transporte, S.A.U.” relativos al almacenamiento subterráneo “Castor”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia para resolver.

La competencia para resolver el procedimiento es asumida por el Pleno del Consejo 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, las liquidaciones definitivas de 2015 y 2016 reconocieron a ENAGÁS un importe de 32.930.177,00 euros en concepto de gestión del almacenamiento, con el siguiente desglose:

Concepto	Importe (euros)	Ejercicio	Fecha Aprobación Liquidación Definitiva
Retribución provisional 2014 por costes de operación y mantenimiento según Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre	1.592.873,00	2015	24/11/2016
Retribución provisional 2015 por costes de operación y mantenimiento según Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre	15.718.229,00	2015	24/11/2016
Retribución provisional 2016 por costes de operación y mantenimiento del AS Castor, Orden IET/2736/2015, de 17 de diciembre	15.718.229,00	2016	30/11/2017
Retribución por costes de operación y mantenimiento del año 2014 una vez auditados los costes(Orden 22 de noviembre de 2016). Almacenamiento subterráneo Castor.	-99.154,00	2016	30/11/2017

Sin perjuicio de ello, el importe reconocido no se abonó completamente, pues debió soportar el déficit de los correspondientes ejercicios. Los efectivos abonos con sus correspondientes intereses tienen el siguiente detalle:

Concepto	Importe (euros)	Ejercicio	Fecha Aprobación Liquidación Definitiva	Intereses (euros)
Retribución provisional 2014 por costes de operación y mantenimiento según Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre	1.577.223,81	2015	24/11/2016	123.399,26
Retribución provisional 2015 por costes de operación y mantenimiento según Orden IET/2445/2014, de 19 de diciembre	15.563.805,17	2015	24/11/2016	1.217.685,13
Retribución provisional 2016 por costes de operación y mantenimiento del AS Castor, Orden IET/2736/2015, de 17 de diciembre	15.204.105,26	2016	30/11/2017	726.048,10
Retribución por costes de operación y mantenimiento del año 2014 una vez auditados los costes(Orden 22 de noviembre de 2016). Almacenamiento subterráneo Castor.	-95.910,80	2016	30/11/2017	-4.580,07

Sucesivas liquidaciones de la CNMC han seguido abonando la parte correspondiente de tales derechos de cobro derivados del déficit soportado en las liquidaciones definitivas de 2015 y 2016, al venir reconocidos en actos firmes. Los abonos continuaron en 2017, siendo objeto de traslado a la

liquidación definitiva de dicho ejercicio, a la cual se amplió el procedimiento, según se hizo constar en el Informe-propuesta notificado a ENAGÁS.

El abono de derechos de cobro debidos al déficit soportado cesará con motivo de la revisión de las liquidaciones definitivas de 2015, 2016 y 2017. Asimismo, 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 durante 2018 y 2019, 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 aprobación de la liquidación	Cantidades pagadas por O&M AS Castor asociadas al déficit de 2015 (euros)	Intereses (euros)
11/2016	17/01/2017	3.590,77	265,03
1/2017	16/03/2017	2.950,63	203,71
2/2017	18/04/2017	2.950,63	195,71
3/2017	11/05/2017	2.950,63	190,13
4/2017	08/06/2017	2.950,63	183,34
5/2017	06/07/2017	2.950,63	176,55
6/2017	27/07/2017	2.950,63	171,46
7/2017	05/09/2017	2.950,63	161,76
8/2017	05/10/2017	2.950,63	154,48
9/2017	07/11/2017	2.950,63	146,48
10/2017	05/12/2017	2.950,63	139,69
11/2017	25/01/2018	2.950,63	127,32
12/2017	15/02/2018	2.950,63	122,23
1/2018	08/03/2018	2.843,39	112,88
2/2018	09/04/2018	2.843,39	105,40
3/2018	10/05/2018	2.843,39	98,16
4/2018	06/06/2018	2.843,39	91,85
5/2018	04/07/2018	2.843,39	85,30
6/2018	26/07/2018	2.843,39	80,16
7/2018	06/09/2018	2.843,39	70,34
8/2018	03/10/2018	2.843,39	64,03
9/2018	07/11/2018	2.843,39	55,86
10/2018	10/12/2018	2.843,39	48,14
11/2018	10/01/2019	2.843,39	41,13
12/2018	06/02/2019	3.845,92	47,10
1/2019	07/03/2019	2.903,24	28,63
2/2019	09/04/2019	2.903,24	20,76
3/2019	08/05/2019	2.903,24	13,84
4/2019	06/06/2019	2.903,24	6,92

Liquidación	Fecha de aprobación de la liquidación	Cantidades pagadas por O&M AS Castor asociadas al déficit de 2016 (euros)	Intereses (euros)
12/2017	15/02/2018	8.896,22	368,52
1/2018	08/03/2018	8.725,18	346,38
2/2018	09/04/2018	8.725,18	323,43
3/2018	10/05/2018	8.725,18	301,20
4/2018	06/06/2018	8.725,18	281,84
5/2018	04/07/2018	8.725,18	261,76
6/2018	26/07/2018	8.725,18	245,98
7/2018	06/09/2018	8.725,18	215,86
8/2018	03/10/2018	8.725,18	196,50
9/2018	07/11/2018	8.725,18	171,40
10/2018	10/12/2018	8.725,18	147,73
11/2018	10/01/2019	8.725,18	126,22
12/2018	06/02/2019	9.887,29	121,09
1/2019	07/03/2019	8.753,36	86,33
2/2019	09/04/2019	8.753,36	62,59
3/2019	08/05/2019	8.753,36	41,73
4/2019	06/06/2019	8.753,36	20,86

En definitiva, la revisión de oficio de las liquidaciones definitivas de 2015, 2016 y 2017 en lo relativo a los gastos de gestión del almacenamiento subterráneo Castor abonados a ENAGÁS 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 2015 y 2016, 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 34.553.812,10 euros, sin perjuicio de la actualización que proceda de los intereses en el momento del efectivo pago.

TERCERO. Consideración previa.

Antes de entrar en el examen de las alegaciones de ENAGÁS, 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 ENAGÁS.

CUARTO. Cuestiones suscitadas en el procedimiento.

Las alegaciones de ENAGÁS pueden resumirse, en las siguientes: 1) procedencia de abonar a ENAGÁS la contraprestación por los trabajos efectivamente realizados, máxime cuando el TC declaró subsistente el artículo 3.2 del RDL 13/2014; 2) Derecho a percibir los importes, a pesar de la anulación de las Órdenes de peajes sobre el modo de retribuir a ENAGÁS (Órdenes IET/2445/2014 e IET/2736/2015); y 3) improcedencia de una eventual declaración relativa a los intereses de las cantidades objeto de revisión.

1. Sobre la retribución a ENAGÁS y la subsistencia del artículo 3.2.

Alega ENAGÁS, en primer lugar, que los trabajos de administración del almacenamiento se han efectuado materialmente, de modo que le corresponde la oportuna retribución, máxime cuando el artículo 3.2, que reconoce el derecho a recibir tales importes, no ha sido anulado por el TC.

La alegación no se puede atender. Si bien ENAGÁS ha venido efectuando los trabajos de administración del almacenamiento, las particularidades de dicha instalación y de su situación administrativa exigen que la regulación de la retribución de la misma se efectúe mediante norma con rango de Ley. A tal fin, no cabría argumentar que el artículo 3.2 (no anulado por la STC) salvaguarde el derecho de cobro de tales importes. Se explica con más detalle.

La STC 152/2017 declaró inconstitucionales y nulos los artículos 4 a 6, así como el artículo 2.2, la DA 1ª y la DT 1ª del RD-Ley 13/2014. Ello supuso la anulación de los efectos económicos previstos en el citado RD-ley 13/2014 con relación a la extinción de la concesión sobre el almacenamiento subterráneo Castor. En concreto, sobre los derechos de cobro de ENAGÁS por costes de mantenimiento y operatividad de la instalación (artículo 6), la STC señala su clara voluntad de afectar a esos pagos, al señalar lo siguiente (FJ 6º):

En cuanto al reconocimiento de los derechos de cobro de ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U, frente al sistema gasista en los referidos artículos 5 y 6 del Real Decreto-ley, habremos de comenzar señalando la necesidad de una norma con rango de ley para atribuir nuevas obligaciones de pago al sistema gasista. En efecto, de acuerdo con el artículo 59.4.f) del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, entre los costes que deben ser financiados mediante los ingresos del sistema gasista figura “cualquier otro coste atribuido expresamente por una norma con rango legal cuyo fin responda exclusivamente a la normativa del sistema gasista”.

Así pues, la sentencia señala que el reconocimiento de los oportunos costes a ENAGÁS deberá establecerse en una norma con rango de Ley. Ello se debe a que la gestión de un almacenamiento en estado de hibernación constituye una

«nueva» obligación del sistema gasista distinta de la actividad regulada de almacenamiento de hidrocarburos (artículo 59.4.a del RD-ley 8/2014)¹. Al haberse anulado la base legal de tal retribución (artículo 6 del RD-ley 13/2014), deberá aprobarse una nueva norma con rango de Ley a tal efecto, por exigirlo así el artículo 59.4.f del RD-ley 8/2014².

El artículo 3.2 (no anulado por la STC) no puede considerarse base legal suficiente, aunque aluda a la retribución a ENAGAS por la gestión del almacenamiento³. Y ello porque la consideración de la retribución como coste regulado y su abono con cargo al sistema de liquidaciones se concretaban en el artículo 6 del RD-ley, que sí resultó anulado:

1. 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.

[...]

3. 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. Asimismo, se incluirán, en su caso, los desvíos incurridos en las retribuciones de años anteriores como consecuencia de las revisiones definitivas de los gastos auditados aprobadas de conformidad con el apartado 1 del presente artículo.

¹ Coincidente con el mismo artículo de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia: «Los costes del sistema serán financiados mediante los ingresos del sistema gasista. Estos costes, que se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y sus normas de desarrollo, serán los siguientes: / a) Retribución de las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento básico y distribución [...]».

² Coincidente con el artículo 59.4.g de la Ley 18/2014: «Los costes del sistema serán financiados mediante los ingresos del sistema gasista. Estos costes, que se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y sus normas de desarrollo, serán los siguientes: [...] g) Cualquier otro coste atribuido expresamente por una norma con rango legal cuyo fin responda exclusivamente a la normativa del sistema gasista».

³ Artículo 3.2: «ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. se subrogará automáticamente en la fecha en que asuma de forma plena la administración de las instalaciones de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda.2 del presente real decreto-ley, en la titularidad de los restantes permisos, concesiones, autorizaciones o cualesquiera otros títulos administrativos habilitantes relacionados con las instalaciones de los que ESCAL UGS, S.L. fuera titular. / La plena asunción de la administración de las instalaciones implicará la realización de las operaciones necesarias para el mantenimiento y la operatividad de las mismas. [...] 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».

Estos costes tendrán la consideración de costes de actividades reguladas de gas natural y se abonarán en las liquidaciones del sistema gasista correspondientes a la facturación mensual por peajes de acceso y cánones de acuerdo con el procedimiento general de liquidaciones.

En definitiva, la retribución a ENAGAS por la operación y mantenimiento del almacenamiento Castor, instalación en estado de hibernación, venía establecida en el propio RD-ley 13/2014, a fin de dar una solución global a la extinción de la concesión, la hibernación de la instalación y su administración por ENAGÁS. En la medida en que el RD-ley ha sido anulado en este punto, y debido a las señaladas particularidades de la administración de instalaciones en estado de hibernación, actividad carente de regulación y distinta de la de almacenamiento de hidrocarburos, deberá ser una nueva norma con rango de Ley la que establezca el derecho de ENAGÁS a recibir la retribución y concrete el modo en que dichas cantidades deban satisfacerse, sin que baste a tal fin el subsistente artículo 3.2 del RD-ley 13/2014. Esta última interpretación ha efectuado también el Tribunal Supremo. Se trata a continuación.

Tales consideraciones se han confirmado por el Dictamen del Consejo de Estado, en el que se concluyó que *«los derechos económicos de Enagás Transporte, S.A.U.» deberán reconocerse e instrumentarse su pago [...] mediante la aprobación de la correspondiente norma de rango legal ordinaria conforme ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en su día»*.

2. Sobre el derecho a retribución a tenor de las Órdenes de peajes o del artículo 59 LSH.

A la anterior alegación añade ENAGÁS que su derecho a la retribución subsiste a tenor del artículo 59 LSH y a pesar de la anulación de las Órdenes de peajes IET/2245/2014 e IET/2736/2015, las cuales, señala ENAGÁS, vendrían referidas únicamente *«al modo en que ha de calcularse y efectuarse el pago de los costes de mantenimiento, operatividad y las restantes obligaciones derivadas de la asignación de la administración del almacenamiento subterráneo»*.

La presente alegación tampoco se puede acoger. De entrada, según se acaba de señalar, el artículo 59 LSH no constituye base legal suficiente para la retribución en vista de las particularidades de la actividad que lleva a cabo ENAGÁS, la cual forma parte de una solución global adoptada por el RD-ley parcialmente anulado, y que conlleva la hibernación de una instalación, situación que no tiene amparo en la LSH y que se adoptó, por razones de especial urgencia y necesidad, en el citado RD-ley 13/2014.

A esta misma conclusión llega el Dictamen del Consejo de Estado, al señalar lo siguiente: *«Del mismo modo, la obligación de asumir la administración de las instalaciones y el derecho a percibir una retribución por los costes de operación y mantenimiento tienen su causa en el Real Decreto-ley 13/2014. El nuevo régimen de hibernación de las instalaciones que instauró el Real Decreto-ley reconoce a “Enagás Transporte, S. A. U.” el derecho a una retribución. Por tratarse de una instalación sujeta a un régimen especial -instalación en régimen de hibernación-, la retribución por los costes de operación y mantenimiento del almacenamiento subterráneo de gas natural “Castor” no pueden incluirse en el régimen económico de retribución de actividades previsto en la Ley del sector de hidrocarburos».*

Por otro lado, no cabe sostener que la anulación por el TS de las Órdenes de peajes para 2015 y 2016 (IET/2445/2014, de 19 de diciembre, e IET/2736/2015, de 17 de diciembre), en lo relativo a los costes provisionales reconocidos a ENAGÁS por la administración del almacenamiento subterráneo Castor, sea irrelevante a estos efectos⁴. Las sentencias, en línea con los argumentos expuestos en el apartado anterior, se fundamentaron en que la declaración de nulidad por el TC del artículo 6 del RD-ley 13/2014 había privado de soporte a las órdenes impugnadas, sin que pudiera considerarse suficiente base legal la parte subsistente de dicho RD-ley. Tal interpretación se comparte por el Consejo de Estado en su Dictamen, en el que señala que la declaración de nulidad de dichas órdenes por parte del TS tuvo lugar “a resultas de la inconstitucionalidad declarada del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre”.

Lo anterior resulta, en particular, del FJ 3º de la STS de 7 de noviembre de 2018 (recurso 3814/2015):

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

⁴ Se trata, en concreto, de las siguientes sentencias dictadas hasta la fecha: SSTS de 7 y de 12 de noviembre de 2018 (recurso 3814/2015 y recurso 4383-2015), contra la Orden de peajes para 2015; y SSTS de 15 y 29 de noviembre de 2018 (recursos 648/2016 y 3572/2016), relativa a la Orden de peajes para 2016.

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.

En el asunto resuelto mediante la STS de 15 de noviembre de 2018 (recurso 648/2016), tanto ENAGÁS como la Administración General del Estado (AGE) alegaron que la STC había salvaguardado el derecho a retribuir a ENAGÁS⁵.

⁵ La Sentencia sintetiza de este modo las alegaciones de la AGE: «La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, manifiesta que la STC declara la inconstitucionalidad del art. 6 RD-ley 13/2014, pero ello, no obstante, no anula el art. 3 del mismo texto legal, en el que se encomienda a ENAGÁS la administración del almacenamiento subterráneo Castor, considerando que la adopción de esta medida viene plenamente justificada por la necesidad de acordar la hibernación de la instalación. En el art. 3.2, *in fine*, que no ha sido anulado, se dice que los costes de mantenimiento y operatividad y aquellos en los que incurra Enagás por la realización de los trabajos indicados o por la administración de las instalaciones serán retribuidos en los términos del art. 6 del RD-ley, dicha previsión legal «llena la exigencia de rango» resultante del art. 59.4.f) del RD-ley 8/2014, de 4 de julio, que tras enumerar taxativamente los costes que deben ser financiados mediante los ingresos del sistema gasista, alude, a cualquier otro coste atribuido expresamente por una norma con rango legal cuyo fin corresponda exclusivamente a la normativa del sistema gasista. Salvada dicha exigencia de rango, el hecho de que el art. 6 del RD-ley 13/2014 haya perdido vigencia, no comporta la necesaria ilegalidad de la disposición adicional séptima de la Orden controvertida. Y concluye

Sin embargo, el TS desestimó tales alegaciones remitiéndose a los argumentos de la Sentencia de 7 de noviembre de 2018 (reproducida más arriba):

La Administración demandada y las partes codemandada -Escal UGS SL y Enagás Transporte SAU- aducen de forma coincidente 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/2736/2015 que son aquí objeto de impugnación. Sin embargo, como en aquellos supuestos, este planteamiento resulta difícilmente sostenible y debemos reiterar lo dicho en la STS de 7 de noviembre de 2018 (recurso 3814/2015).

En definitiva, anulada por el TC la concreta base legal del reconocimiento de costes a ENAGÁS por la gestión del almacenamiento subterráneo Castor (artículo 6 del RD-ley 13/2014), el reconocimiento de tales costes requiere la aprobación de una nueva norma con rango de Ley, como ha confirmado el Dictamen del Consejo de Estado, según lo indicado.

No procede, por otro lado, en esta sede, pronunciarse sobre las alegaciones de ENAGÁS relativas a la reclamación efectuada al Ministerio de Transición Ecológica solicitando una indemnización por los perjuicios ocasionados.

3. Sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses.

Por último, alega ENAGÁS la improcedencia de declarar en un procedimiento de revisión de oficio la obligación civil de restituir al sistema de liquidaciones los intereses de las cantidades percibidas y cuya devolución ha de resultar del presente procedimiento de revisión.

No cabe atender tampoco a esta alegación de ENAGÁS. Resulta aplicable a este supuesto, mutatis mutandis, la doctrina del Tribunal Supremo relativa al pago de intereses con motivo de la restitución de cantidades indebidamente abonadas al sistema de liquidaciones. En particular, el Tribunal Supremo ha declarado dicha obligación de abono de intereses con cargo al sistema conforme a un principio general de indemnidad, consideraciones que son extrapolables al supuesto inverso aquí considerado. Dicho de otro modo, el abono de intereses conforme a un principio general de indemnidad debe operar en ambos sentidos, tanto a favor como en contra del sistema de liquidaciones, como se explica a continuación con más detalle.

En diversos recursos instados por empresas del sector gasista en los que se anularon judicialmente liquidaciones definitivas de actividades reguladas del sector del gas natural en lo relativo al abono de peajes, las recurrentes

que, la STC no pone en cuestión la legalidad del procedimiento regulado en el art. 6, sino que únicamente cuestiona la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86 CE».

solicitaron el pago de los intereses devengados desde la fecha del ingreso indebido hasta la devolución.

En tales asuntos, el Tribunal Supremo acogió la solicitud de tales compañías a tenor de un criterio general de indemnidad o restitutio in integrum. En tal sentido se pronunciaron, entre otras, las sentencias de 28 de noviembre de 2017 (casación 778/2015) o de 29 de mayo de 2018 (casación 1453/2016):

En efecto, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2017 (RC 390/2015), está debidamente justificado el abono de intereses reclamados con arreglo al principio general de indemnidad o restitutio in integrum, que rige en nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación, como pone de relieve acertadamente la defensa letrada de la mercantil BBG, S.A. en su escrito de oposición, no está excluida por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Por ello, no resulta convincente la tesis argumental que desarrolla el Abogado del Estado, respecto de que en este supuesto era improcedente acoger la petición de pago de intereses de demora porque la ley reguladora del sector de hidrocarburos no incluye «estas compensaciones» en los recursos del sistema gasista que gestiona la Comisión Nacional de Energía, porque apreciamos que el pronunciamiento del Tribunal de instancia está amparado por lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 1108 del Código Civil, que permiten establecer la directriz de que la obligación de reintegro de cantidades indebidamente detraídas o cobradas da derecho a intereses resarcitorios>>.

No hay motivo alguno para no aplicar dichos principios de indemnidad y restitutio in integrum cuando el acreedor de las cantidades es el propio sistema de liquidaciones, el cual se nutre, en último término, de los ingresos que proceden de los consumidores del sector gasista.

A tenor citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2018, el cálculo de los intereses debe hacerse desde la fecha del ingreso indebido (abono indebido, en este caso) hasta su devolución. En particular, con relación al dies a quo, o fecha inicial del cómputo, la sentencia señaló lo siguiente:

En efecto, si la procedencia de abono de intereses se justifica, según hemos señalado en el apartado anterior, al amparo del principio general de indemnidad o *restitutio in integrum*, resulta obligado concluir que los intereses resarcitorios deben computarse a partir de la fecha en que se realizó la indebida imputación de ingresos a la entidad Bahía de Bizkaia Gas, S.A., pues es en ese momento cuando se produce el perjuicio o gravamen injustificado

La misma sentencia determinó, en definitiva, la obligación de abonar el interés correspondiente calculado desde el momento en que se produjo la indebida detracción. Tales consideraciones son aplicables, mutatis mutandis, a este caso.

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 las liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural de 2015 (resolución de 24 de noviembre de 2016, LIQ/DE/229/16) y de 2016 (resolución de 30 de noviembre de 2017, LIQ/DE/176/17) en lo relativo al reconocimiento a ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., de un importe de 32.930.177,00 euros en concepto de gestión del almacenamiento subterráneo Castor.

Segundo. Declarar asimismo la nulidad de pleno derecho de la liquidación definitiva 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 ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., derivados del déficit soportado en las liquidaciones definitivas anteriores.

Tercero. Declarar, como consecuencia de la señalada nulidad, la obligación de ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., de reintegrar, en el plazo de quince días desde la notificación de la presente resolución, al sistema de actividades reguladas del sector del gas natural la cantidad de 34.553.812,10 euros, cifra que incluye los correspondientes intereses legales, sin perjuicio de la actualización que proceda de los mismos en el momento del efectivo pago. Esta cantidad incorpora los pagos efectuados mediante las liquidaciones provisionales durante 2018 y 2019 en concepto de derechos de cobro derivados del déficit soportado en las liquidaciones definitivas de 2015 y 2016, 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.