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 *BANCO SANTANDER, S.A.*, RELATIVOS AL ALMACENAMIENTO SUBTERRÁNEO CASTOR.

R/AJ/079/18

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, 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 BANCO SANTANDER, S.A. (SANTANDER) derivados de la extinción de la concesión del almacenamiento subterráneo Castor, en cumplimiento del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

En lo que interesa a esta Resolución, dicha norma impuso a ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. (ENAGÁS) la obligación de compensar a ESCAL UGS, S.L., por importe de 1.350.729.000 euros correspondientes al importe del valor neto de la inversión, reconociéndole un derecho de cobro por dicho importe con cargo al sistema gasista. La misma norma permitió a ENAGÁS la cesión de tal derecho de cobro, lo cual se llevó a efecto con relación a tres entidades bancarias: CAIXABANK, BANCO SANTANDER y BANKIA.

En cumplimiento del Real Decreto-ley 13/2014, la CNMC ha venido efectuando pagos a dichas entidades bancarias en virtud de los derechos de cobro que adquirieron por cesión de ENAGÁS.

Los pagos se han realizado durante los años 2016 y 2017 en las liquidaciones 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017.

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 5, relativo a los derechos de cobro con cargo al sistema gasista cedidos por 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 determina la necesidad de revisar de oficio las liquidaciones 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017 en lo relativo a los señalados abonos a las entidades bancarias, 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.

Tras una solicitud de ampliación de plazo de 24 de octubre de 2018, a la que se accedió con fecha 29 de octubre siguiente, SANTANDER presentó alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento de revisión que se pueden sintetizar en los siguientes términos:

- Que, tras explicar los antecedentes del caso, incluyendo lo relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador instada por SANTANDER y actualmente en tramitación, señala la interesada que la Comisión no tendría competencia para revisar de oficio sus propios actos firmes. Señala al respecto que «la regla establecida en el artículo

111.c.1º de la PAC determina que la competencia para revisar de oficio los actos administrativos del Consejo (en cuanto que máximo órgano rector de la CNMC), corresponde al Ministro al que está adscrita la Comisión, esto es, al hoy Ministro de Economía y empresa (art. 2.4 de la Ley 3/2013)».

- Que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley no permite revisar los actos administrativos firmes, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Señala SANTANDER que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley no ampara la revisión de las situaciones jurídicas consolidadas (como las derivadas de sentencias o actos administrativos firmes) y, en principio, solo ha de afectar a las situaciones que siguen en curso o están pendientes de decisión en el momento de la declaración de inconstitucionalidad. Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha opuesto a la revisión de liquidaciones tributarias firmes cuando se ha declarado la inconstitucionalidad de las normas tributarias que les servían de sustento. A tal fin, se cita la STS de 21 de febrero de 2017 (casación 3234/2015). Que, aun cuando las liquidaciones tributarias y las liquidaciones de actividades reguladas tienen una naturaleza distinta, las consideraciones de la Sentencia son plenamente trasladables. Debe tenerse asimismo en cuenta la necesidad de terceros que actuaron de buena fe. El mismo criterio ha seguido la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de noviembre de 2002 (recurso 61/2001).

- Que, aun cuando cupiera tal revisión, el acto sería anulable, y no nulo de pleno derecho, y debería ser revisado por la vía de la declaración de lesividad. Que los motivos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos son tasados y de interpretación restrictiva, como recoge la STS de 14 de abril de 2010 (casación 3533/2007) o la STS de 5 de diciembre de 2011 (casación 5080/2008). Que, entre los motivos de nulidad del acto previstos en el artículo 47 de la LPAC no figura el relativo a la desaparición legal de la norma que le daba sustento. Un acto administrativo podría ser nulo si la disposición legal en que se fundamentase fuese anulada por vulnerar un derecho fundamental, sin embargo, el RD-ley 13/2014 fue anulado por defecto formal. Por analogía, cabe citar las sentencias relativas a liquidaciones tributarias dictadas con base en normas declaradas inconstitucionales. Una doctrina consolidada rechaza considerar que dichas liquidaciones son nulas de pleno derecho (SAN de 25 de julio de 2007. Recurso 312/2005). En definitiva, para expulsar del ordenamiento los actos jurídicos la respuesta sería, a lo sumo, declarar su lesividad.

- Que, subsidiariamente a lo anterior, la devolución no debe incluir intereses, al haberse causado la situación por el poder público, y no por la

sociedad. Que el interés legal cumple la función de indemnizar el coste de oportunidad durante el tiempo en que el titular de la cantidad no ha dispuesto de ella (artículos 1101 y 1108 del Código Civil). En vista de ello «carece de sentido que deba abonarlo quien no es un moroso, es decir, quien no ha sido el responsable de la situación que determina retroactivamente la obligación de reintegrar las cantidades percibidas». Añade que «no procede que esta Sociedad indemnice (es decir, abone intereses), al no haber sido esta Sociedad la culpable de la nulidad de las liquidaciones, sino justo al contrario: son los Bancos los que tienen derecho a ser indemnizados». Por otro lado, la jurisprudencia ha venido negando que el administrado deba abonar los intereses a la Administración en los supuestos de revisión de oficio, por faltar el requisito de que haya incurrido en mora.

- Que, también subsidiariamente al archivo del expediente, procede devolver el importe abonado a los consumidores. Que, si finalmente se revisan las liquidaciones indicadas y se ordena el reintegro de las cantidades percibidas, lo único consistente es que se revisen las Órdenes Ministeriales de peajes de los años 2016 y 2017, y que el sistema gasista devuelva las cantidades abonadas a los consumidores. Que «está fuera de toda duda el vínculo que existe entre la cantidad percibida por esta Sociedad (y que ahora se nos exige devolver al sector gasista) y una parte de la cantidad cobrada a los consumidores en concepto de peajes». Que las sucesivas órdenes de peajes establecieron el reconocimiento de una cantidad que debía cobrarse a los usuarios para abonar a los titulares de los Derechos de Cobro, entre los que se encontraba SANTANDER. Ello obligaría a la Administración del Estado a revisar de oficio las Órdenes de Peajes y devolver a los consumidores los importes que están pagando y que no se están destinando a la finalidad que justificó su inclusión en dichas Órdenes.

En vista de lo anterior, solicita que se archive el procedimiento de revisión de oficio frente a las liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a SANTANDER relativos al almacenamiento subterráneo Castor.

TERCERO. Trámite de audiencia.

Mediante acuerdo de 6 de febrero de 2019, puesto a disposición de SANTANDER al día siguiente, a cuyo contenido accedió el interesado el 11 de febrero, se procedió a conceder trámite de audiencia. A tal efecto, se trasladó a SANTANDER un Informe-propuesta de resolución. El acuerdo concedió a SANTANDER 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 SANTANDER.

Mediante escrito de 21 de febrero de 2019, presentado ese mismo día ante la CNMC, SANTANDER efectuó alegaciones en el trámite de audiencia que, en esencia, se reiteran en las anteriormente efectuadas, y que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Que la CNMC no tiene competencia para revisar de oficio sus actos firmes: Reitera la interesada su alegación de que la norma que regula tal cuestión, el artículo 111 de la Ley 39/2015, asigna tal competencia al Ministerio al que está adscrita la CNMC. En el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia añadió, en síntesis, que ninguna norma asigna la CNMC la condición de Autoridad Administrativa Independiente y que, aunque la CNMC lo fuese, ello no obstaría la aplicación del artículo 111 de la Ley 39/2015.

- Que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley no permite revisar los actos administrativos firmes: las sentencias de inconstitucionalidad, si bien tienen efectos ex tunc, no afectan a situaciones firmes. De ese modo, los pagos afectados deben ser los posteriores a la Sentencia del TC, pero no los anteriores. Así resulta de la Sentencia de 13 de diciembre de 2018 (recurso 565/2017). Cita asimismo el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2007 (expte. 954/2007), que menciona el principio general de irreversibilidad de los actos administrativos firmes en el ámbito tributario. Tal criterio habría seguido asimismo la CNMC en la liquidación definitiva para el año 2017, pues incluyó los pagos efectuados a los Bancos.

- Que, aunque cupiera la revisión, el acto sería anulable, y no nulo de pleno Derecho, de modo que debería ser revisado por vía de declaración de lesividad: Reitera en este punto la interesada las alegaciones relativas a la falta de motivo de nulidad en los actos a revisar. Cita al respecto doctrina del Consejo de Estado (Dictamen de 21 de marzo de 2002) referida a gravámenes de naturaleza tributaria, así como del Tribunal Supremo (citada STS de 13 de diciembre de 2018), la cual incluye referencias a jurisprudencia en materia urbanística.

- Que los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica impiden la revisión de oficio: alega que la pugna entre legalidad de la actuación administrativa y seguridad jurídica del administrado ha de resolverse a favor de esta última siempre que se acredite que la Administración ha quebrantado la confianza legítima del administrado en la actuación administrativa. No resulta aceptable forzar al administrado a

soportar una revisión de oficio para luego tener que acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial.

- Que, subsidiariamente a lo anterior, la devolución no debe incluir intereses, al haberse causado por el poder público y no por esa Sociedad: tal como manifestó la interesada en su anterior escrito de alegaciones, no debe existir obligación de indemnizar cuando no se es responsable de la situación que determina la obligación de reintegro.

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 196/2019 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 aprobadas por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en relación con los pagos realizados a BANCO SANTANDER, S.A. por el 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.

Los señalados pagos a las entidades bancarias se han realizado durante los años 2016 y 2017 en las liquidaciones 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017.

En el caso de SANTANDER, S.A., los pagos (con el correspondiente cálculo de intereses) tienen el siguiente desglose:

Cantidades en euros	BANCO SANTANDER, S.A.	
Fecha de abono	**Cantidades Pagadas**	**Intereses**
25/04/2016	3.424.507,70	327.716,08
25/05/2016	3.424.507,70	319.295,16
27/06/2016	3.424.507,70	310.032,15
26/07/2016	3.424.507,70	301.891,93
25/08/2016	3.424.507,70	293.471,00
26/09/2016	3.424.507,70	284.488,69
25/10/2016	3.424.507,70	276.348,47
25/11/2016	3.424.507,70	267.646,85
22/12/2016	3.424.507,70	260.068,02
25/01/2017	3.424.507,70	250.505,08
27/02/2017	3.424.507,70	241.216,69
27/03/2017	3.424.507,70	233.335,63
25/04/2017	3.424.507,70	225.173,11
25/05/2017	3.424.507,70	216.729,12
26/06/2017	3.424.507,70	207.722,19
25/07/2017	3.424.507,70	199.559,67
25/08/2017	3.424.507,70	190.834,21
25/09/2017	3.424.507,70	182.108,75
25/10/2017	3.424.507,70	173.664,76
27/11/2017	3.424.507,70	164.376,37
22/12/2017	3.424.507,70	157.339,71
	71.914.661,70	**5.083.523,64**

La recuperación de los importes señalados procede como consecuencia de la revisión de oficio de las liquidaciones 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017 en lo relativo a los pagos efectuados a BANCO SANTANDER, S.A.

Al incrementarse el importe del principal en el correspondiente interés legal calculado desde la fecha de los abonos hasta la fecha de la presente resolución, resulta una cantidad total a reintegrar al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del gas natural de 76.998.185,34 euros, sin perjuicio de la actualización que proceda en el momento del pago.

TERCERO. Consideración previa.

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

CUARTO. Cuestiones suscitadas en el presente expediente.

Las alegaciones de SANTANDER pueden resumirse en estos términos: 1) falta de competencia de la CNMC para revisar sus propios actos; 2) inalterabilidad de las liquidaciones en tanto actos firmes; 3) inadecuación del procedimiento de revisión de oficio; 4) vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, así como necesidad de restituir los importes a los consumidores del sector gasista; y 5) improcedencia de la restitución de intereses. Se contestan en ese orden.

1. Sobre la falta de competencia de la CNMC para la revisión de oficio de sus propios actos.

Alega SANTANDER, en primer lugar, 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, a tenor del artículo 2.4 de la Ley 3/2013[1]. En su escrito de alegaciones presentado con ocasión del trámite de audiencia, la interesada añadió que no existe una norma que declare a la CNMC Autoridad Administrativa Independiente y que, caso de serlo, no por ello dejaría de estar sometida al procedimiento previsto en el artículo 111, citado.

Tal alegación no puede aceptarse. La asignación de la competencia para la revisión de oficio al Ministro de Economía supondría contravenir el estatuto de

[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».

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 cuenta la CNMC.

La consideración de la CNMC como Autoridad Administrativa Independiente parece fuera de toda duda, y así lo confirma el Dictamen del Consejo de Estado, al encajar su régimen jurídico de manera exacta en la literalidad del citado artículo 109 («*entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley*»). Debe recordarse, al respecto de tal autonomía del regulador, que las decisiones de la CNMC ponen fin a la vía administrativa, de modo que son recurribles directamente en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional (artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio).

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. A tenor de 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 dicha 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,

[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».

correspondiendo al Pleno del Organismo, de acuerdo con el artículo 21.1.c) de la Ley 3/2013.

2. Sobre la supuesta improcedencia de la revisión de actos firmes.

Afirma SANTANDER 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, debido a las exigencias del principio de seguridad jurídica, la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de una Ley no conlleva la revisión de los actos firmes dictados en aplicación de la misma. A tal fin, cita la STS de 21 de febrero de 2017 (casación 3234/2015), sobre la nulidad de Normas Forales del País Vasco. En su segundo escrito de alegaciones añadió la cita de la Sentencia de 13 de diciembre de 2018 (recurso 565/2017) y del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2007 (expte. 954/2007), que menciona el principio general de irreversibilidad de los actos administrativos firmes en el ámbito tributario. Tal criterio habría seguido asimismo la CNMC en la liquidación definitiva para el año 2017, pues incluyó los pagos efectuados a los Bancos.

La alegación no puede aceptarse y en tal sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado. Las circunstancias de este caso son bien distintas de otras en las que las Sentencias del TC incluyen una expresa declaración sobre sus efectos hacia el pasado. Tales casos de sentencias retrospectivas del TC se han dado en asuntos en los que procedía declarar la inalterabilidad de situaciones consolidadas en vía administrativa o judicial debido a que, en ámbitos como el tributario, se dan multitud de situaciones particulares e intereses afectados, supuesto muy distinto del aquí planteado.

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)[3]:

> 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

[3] 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 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 supuesto 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. Como en el 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 sentencias en que, debido a la multitud de afectados, el TC debió hacer una declaración expresa sobre los efectos temporales de su pronunciamiento 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.

No cabe, por tanto, aceptar la alegación de la interesada de que tales ámbitos con multitud de actos firmes afectados (paradigmáticamente el ámbito tributario) deban equipararse al asunto aquí considerado. 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 procedimiento se revisan los actos por los que se abonó una determinada cantidad a un concreto 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, y por eso la STC 152/2017 no lo hizo, debiendo estarse, en consecuencia, a tal regla general de eficacia ex tunc.

En definitiva, cuando el TC ha querido establecer una limitación a la regla general de los efectos ex tunc de una sentencia, lo ha venido haciendo de forma expresa. Las particularidades del caso aquí considerado hacen innecesario dicho pronunciamiento sobre sus efectos temporales, debiendo estarse a tal eficacia ex tunc, 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 Dictamen del 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*".

Finalmente, no cabe aceptar el alegado cambio de criterio de esta Comisión con respecto a la eventual firmeza de los pagos efectuados. Insinúa la Sociedad interesada que, al haber reflejado la CNMC en sus liquidaciones definitivas, el importe de las cantidades abonadas, habría confirmado el criterio

de irreversibilidad de actos firmes. Dicho de otro modo: al no haber efectuado una corrección a dichos pagos en la liquidación definitiva, habría confirmado que se trataba de actos consolidados, de modo que la STC solo afectaría hacia el futuro.

Tal alegación debe rechazarse de plano. Las liquidaciones definitivas se limitaron, en este caso, a dejar constancia de una serie de pagos*, cada uno de ellos firme*, que se efectuaron a las entidades bancarias. Para mayor garantía de los interesados, resultaba necesario revisar tales actos firmes. No hay contradicción alguna en la actuación de la CNMC. Se explica a continuación.

Una vez tuvo lugar la cesión de derechos por parte de ENAGÁS a las entidades bancarias, el pago de los derechos de cobro a favor de los cesionarios se realizó a través del sistema de liquidaciones. Sucede que, pese a tener dichas entidades la condición de sujeto del sistema (por mandato del artículo 1, párrafo 3º del Real Decreto-ley), su situación jurídica no era equiparable al del resto de sujetos de dicho sistema de liquidaciones de actividades reguladas del sector gasista.

En particular, el modo en que tenía lugar la satisfacción de los derechos de cobro a los bancos puede sintetizarse del modo siguiente (artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2014): la orden de peajes fijaba las anualidades para hacer frente a los derechos de cobro. Dichos derechos de cobro se incluían en la matriz de cobros y pagos de cada liquidación, en la cual no figuraban las entidades bancarias titulares de los derechos de cobro. La CNMC, al efectuar la liquidación, señalaba a cada sujeto del sistema de liquidaciones la cantidad que le correspondía para satisfacer tales derechos de cobro. Las cantidades correspondientes se ingresaban por los sujetos de liquidaciones en una cuenta de depósito a nombre de la CNMC abierta con este exclusivo fin. Una vez ingresados los fondos en dicha cuenta, los fondos se distribuían por la CNMC a los bancos en proporción a la participación de cada uno en tales derechos de cobro. El artículo 5, citado, concedía prioridad y garantía de cobro por parte del sistema a los titulares de estos derechos, calificando dichos pagos como «firmes»[4].

De lo anterior resulta que, si bien formalmente los bancos eran considerados sujetos de liquidación, su situación jurídica era distinta a la del resto de sujetos del sistema que se incluían en la matriz de cobros y pagos de las liquidaciones. Los pagos a los titulares de los derechos, además de tener prioridad sobre el resto de costes del sistema, se calificaron como firmes por parte del propio Real Decreto-ley. Dicho de otro modo, tales pagos no podrían ser objeto de

[4] En particular, en el siguiente inciso: «El derecho de cobro será firme y no se verá afectado por el incumplimiento por ENAGÁS Transporte, S.A.U., de sus obligaciones relacionadas en el artículo 3 ni cualesquiera otras. Este derecho no podrá ser objeto de compensación, retención o deducción alguna».

modificación en una posterior liquidación definitiva. Resulta aplicable en vista de ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo a tenor de la cual la provisionalidad de una liquidación resulta de la circunstancia de que la misma pueda ser rectificada por la liquidación definitiva (entre otras, STS de 14 de marzo de 2014. Recurso 2074/2013).

En definitiva, en las liquidaciones a los bancos titulares de los derechos de cobro (resultantes de una mera división en doce meses de la anualidad correspondiente) están ausentes las notas de provisionalidad que se pueden atribuir a otras cantidades incluidas en liquidaciones provisionales. Y ello por mucho que los pagos se articulasen a través de liquidaciones provisionales, si bien con un procedimiento distinto al del resto de sujetos incluidos en la matriz de cobros y pagos, según lo señalado.

Por ello, cada uno de los pagos en concepto de derechos de cobro a favor de los bancos dio lugar a un acto firme, no susceptible de ser revisado en una posterior liquidación definitiva. Para mayor garantía de los Bancos interesados, la CNMC ha procedido a la revisión de todos y cada uno de esos actos, sin que dicha garantía en favor del interesado pudiese suplirse por una mera corrección en una liquidación definitiva.

3. Sobre el carácter anulable de las liquidaciones

SANTANDER 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. A lo sumo, los actos firmes deberían expulsarse del ordenamiento previa su declaración de lesividad.

Tampoco esta 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 del Consejo de Estado, 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"*.

4. Vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, así como restitución de los importes a los consumidores de gas.

Señala SANTANDER que la revisión de oficio sería contraria a la buena fe y a la confianza legítima. Añade que, caso de procederse a la recuperación de los importes, los mismos deberían ser objeto de devolución a los consumidores.

No cabe atender las alegaciones de SANTANDER tampoco en este punto. De forma obvia la revisión de oficio y la recuperación de importes no sería contraria a la buena fe. Lejos de ello, dicha revisión resulta obligada en atención a la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de la base legal de los pagos efectuados. Por otro lado, tampoco cabe aludir a una supuesta confianza legítima suscitada por la CNMC en la interesada, que la propia CNMC habría defraudado. Se insiste en que la revisión de actos firmes procede en la medida en que ha mediado la repetida declaración de nulidad e inconstitucionalidad de la normativa que sustentó los pagos realizados. Ello exige a la CNMC la presente revisión de oficio, en su condición de entidad gestora del sistema de liquidaciones de las actividades reguladas.

Por otro lado, cuál deba ser el destino de los fondos a recuperar por el sistema gasista es una cuestión ajena al presente procedimiento. Lo que resulta incuestionable es que, en la medida en que los pagos a SANTANDER procedían de dicho sistema de liquidaciones de las actividades reguladas, el reintegro de los mismos deberá efectuarse en ese mismo sistema.

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 oponibles 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."*

5. Sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses.

Alega SANTANDER la improcedencia de restituir al sistema de liquidaciones los intereses de las cantidades percibidas y cuya devolución ha de resultar de la presente revisión. Añade que no le corresponde satisfacer indemnización alguna, sino que, al contrario, al traer la revisión causa de la actuación de los poderes públicos, es a ella a quien se debe indemnizar.

No cabe atender tampoco en este punto a las alegaciones de SANTANDER. La obligación de restituir las cantidades con sus oportunos intereses resulta de un principio general de indemnidad. A tal fin, resulta irrelevante la causa de dicha devolución, y ello con independencia de que SANTANDER pueda ejercitar todos los medios que el ordenamiento jurídico ponga a su disposición para obtener el reintegro de las cantidades que considere oportunas.

Dicho devengo de intereses de cantidades relativas al sistema de liquidaciones en atención a un principio general de indemnidad ha sido declarado por el Tribunal Supremo. Aunque el TS se ha pronunciado en casos de reintegro a los particulares de importes indebidamente ingresados en el sistema, tales consideraciones 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 solicitaron el pago de los intereses devengados por dichas cantidades indebidamente ingresadas desde la fecha del ingreso hasta la de 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 abondo 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 de las actividades reguladas del sector del gas natural 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017 en lo relativo a los pagos efectuados a favor de BANCO SANTANDER, S.A., en concepto de derechos de cobro establecidos en el artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre.

Segundo. Declarar la obligación de BANCO SANTANDER, S.A., 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 el importe de 76.998.185,34 euros, como consecuencia de la declaración de nulidad que efectúa la presente resolución, cifra que incluye los correspondientes intereses legales, sin perjuicio de la actualización que proceda de los mismos en el momento del efectivo pago.

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.