Roj: **SAN 3775/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3775**

Id Cendoj: **28079230042023100331**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **29/06/2023**
Nº de Recurso: **95/2020**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: **0000095 /2020**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **00783/2020**

Demandante: **BANKIA SA**

Procurador: **MERCEDES CARO BONILLA**

Letrado: **JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. ANA MARTÍN VALERO**

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. CARMEN ALVAREZ THEURER

Dª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil veintitrés.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo **nº 95/2020** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **BANKIA, S.A** representada por la Procuradora Dª Mercedes Caro Bonilla y asistida del Letrado D. José Giménez Cervantes contra la Resolución del Pleno del Consejo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 5 de julio de 2019, por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural en relación con los pagos efectuados a Bankia, S.A relativo al almacenamiento subterráneo Castor (R/AJ/077/18); siendo demandada la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 22 de enero de 2020 - tras haberse acordado su desacumulación del P.O 952/2019 por Auto de 15 de enero de 2020-, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 23 de enero de 2020, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 2 de julio de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: *<< (...) dicte sentencia por la que: (i) Anule la Resolución de 5 de julio de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que pone fin al procedimiento de revisión de oficio de las liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a Bankia, relativos al almacenamiento subterráneo Castor (expediente R/AJ/077/18); (ii) Reconozca el derecho de Bankia a recuperar las cantidades reintegradas al sistema gasista en cumplimiento de dicha Resolución Recurrida, con los intereses correspondientes desde la fecha del reintegro por Bankia hasta la fecha de pago; e (iii) Imponga las costas a la Administración demandada>>.*

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 11 de agosto de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO. - Ac ordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó escrito de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO. - En fecha 3 de diciembre de 2020 la representación procesal de la parte recurrente presentó escrito de alegaciones aportando la STS de 27 de octubre de 2020 (rec. 454/2018) y Auto de 16 de noviembre de 2020 rechazando la aclaración.

SEXTO. - De dicho escrito se dio traslado a la Abogacía del Estado para alegaciones, y, una vez evacuado el trámite quedaron las actuaciones nuevamente pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo cual fue fijado el día 22 de febrero de 2023.

SÉPTIMO. - En fecha 23 de febrero de 2023, se dispuso que, no habiendo concluido la deliberación de este asunto, continuará en sucesivos señalamientos, junto a la de sus conexos, lo que efectivamente ha tenido lugar, concluyéndose en fecha 28 de junio de 2023, fecha en que se ha efectuado un nuevo señalamiento.

OCTAVO- La cuantía del recurso se ha fijado en 22.671.278,53 €

Siendo Magistrado Ponente la **Ilma. Sra. Dª Ana I. Martín Valero**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La entidad Bankia, S.A impugna en este proceso la Resolución de 5 de julio de 2019 (R/AJ/077/18) del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que, resolviendo el procedimiento de revisión de oficio de las liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a dicha entidad, relativos al almacenamiento subterráneo Castor, se acuerda:

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 BANKIA, 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 BANKIA, 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 22.671.278,53 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.

SEGUNDO. - Los hechos de los que traen causa la resolución impugnada son los siguientes:

a) Mediante Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, se otorgó a Escal UGS, S. L. (ESCAL), la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor».

b) Como consecuencia de determinadas incidencias ocurridas durante la explotación de la concesión (movimientos sísmicos), se dictó el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares.

En él se acuerda la hibernación de la instalación de almacenamientos subterráneo y la extinción de la concesión Castor. Además, se asigna a ENAGAS TRASPORTE, S.A.U (ENAGAS) la administración de las instalaciones

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

asociadas al almacén subterráneo de gas natural, y se acuerda el pago de determinadas cantidades para la extinción de la totalidad de las obligaciones económicas derivadas de la concesión de explotación y cualquier derecho retributivo de ESCAL.

El Real Decreto-ley impuso a 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, entre las que se encuentra BANKIA, aquí demandante.

c) En lo que a este proceso interesa, el Decreto-ley 13/2014 dispone:

Artículo 4. Reconocimiento de inversiones y costes a ESCAL UGS, S.L.

1. Se reconoce como valor neto de la inversión a que hace referencia el apartado 3 del artículo 5 de la Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre, por la que se establece la retribución de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica, la suma de 1.350.729 miles de euros (un millón trescientos cincuenta mil setecientos veintinueve miles de euros).

2. Este importe será abonado, en un solo pago a ESCAL UGS, S.L., en el plazo máximo de 35 días hábiles desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, por la sociedad ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.

(...)

Artículo 5. Derechos de cobro con cargo al sistema gasista.

1. La sociedad ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., será titular, por razón de la obligación de pago prevista en el artículo 4.2 del presente real decreto-ley, de un derecho de cobro por parte del sistema gasista, por el importe que resulte de la aplicación de los apartados siguientes, con cargo a la facturación por peajes de acceso y cánones del sistema gasista durante 30 años hasta la total satisfacción del importe correspondiente al pago estipulado en el artículo 4.2 y a la retribución financiera establecida en el apartado 3 de este artículo.

El derecho de cobro se abonará con independencia de que subsista o no la hibernación de la instalación durante el plazo fijo de 30 años y comenzará a abonarse a partir de la primera liquidación del sistema gasista correspondiente a la facturación mensual por peajes de acceso y cánones devengados desde el 1 de enero de 2016.

A estos efectos, el titular del derecho de cobro o los titulares del mismo, en el caso de cesión realizada de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se considerarán sujetos del sistema de liquidaciones de actividades reguladas de gas natural teniendo esta partida prioridad en el cobro sobre el resto de costes del sistema en las liquidaciones correspondientes, incluyendo los previstos actualmente en los artículos 61.2 párrafo cuarto y 66 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio , de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

2. 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 reconocerá de forma expresa la anualidad correspondiente para hacer frente a dicho derecho de cobro.

La satisfacción del derecho de cobro anual se realizará a través de los pagos que realice el órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista. Para ello, el órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista comunicará a los respectivos sujetos del sistema de liquidaciones, el importe que deberán ingresar en la cuenta que dicho órgano abrirá en régimen de depósito a este exclusivo objeto.

En caso de impago, total o parcial, por parte de un sujeto del sistema de liquidaciones, dicho órgano descontará al sujeto incumplidor la cantidad impagada de sus derechos de cobro resultantes de la liquidación, en la siguiente liquidación o posteriores, si fuese necesario. Dichas cantidades serán transferidas a la cuenta a la que se hace referencia en el párrafo anterior.

Los posibles intereses que pueda generar dicha cuenta se aplicarán para el mismo fin en el año siguiente.

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.

La cantidad a pagar en virtud del derecho de cobro será calculada según se indica en el apartado 3 e incluirá tanto la retribución financiera como la amortización del principal.

3. (...)

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

4. El derecho de cobro será libremente disponible por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., o sus ulteriores titulares y, en consecuencia, podrá ser, total o parcialmente, cedido, transmitido, descontado, pignorado o gravado a favor de cualesquiera terceros, incluyendo fondos de titulización de activos u otros vehículos o sociedades de propósito especial, nacionales o extranjeros, que en ningún caso tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el titular cedente o pignorante a efectos de lo previsto en los artículos 93 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , con sujeción a las leyes generales y en este artículo.

5. La cesión del derecho de cobro deberá realizarse por escrito en un documento, en el que deberá incluirse al menos:

a) Nombre o razón social del adquirente y del transmitente, con los datos identificativos del mismo.

b) El porcentaje del derecho de cobro cedido.

c) Fecha de efectividad de la adquisición del derecho.

En caso de concurso del cedente, los cesionarios iniciales o ulteriores gozarán de un derecho absoluto de separación en los términos prevenidos en el artículo 80 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal .

La cesión del derecho de cobro sólo podrá rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores.

6. La cesión del derecho de cobro será eficaz frente al sistema gasista desde la fecha de la comunicación del documento con los requisitos incluidos en el apartado anterior y las firmas del cedente y del cesionario, al órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista. También se comunicarán los datos de la cuenta bancaria del titular del derecho en el que dicho órgano ha de efectuar los pagos que procedan. A estos efectos, el citado órgano mantendrá un registro de titulares del derecho de cobro.

7. Los titulares del derecho de que se trate podrán recabar del órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista cuanta información sea necesaria para contrastar la corrección de los cálculos en cuya virtud se hayan determinado las cantidades que hayan percibido.

8. El derecho de cobro tendrá la consideración de derecho de crédito a efectos del artículo séptimo. c) del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo , de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

La pignoración o cesión en garantía del derecho de cobro tendrá siempre la consideración de acuerdo de garantía financiera a efectos de la aplicación del capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, aun cuando ninguna de las partes intervinientes esté incluida en una de las categorías del artículo 4 del mismo. En particular:

a) no será aplicable a la misma la última frase del artículo 90.1. 6º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ;

b) podrá, en todo caso, ser ejecutada al producirse un supuesto de ejecución con arreglo al artículo undécimo.2 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo , bien mediante venta, apropiación o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. En este último caso, el acreedor garantizado podrá proceder a la ejecución del acuerdo de garantía financiera requiriendo el pago directo del derecho de cobro, o la parte correspondiente, al órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista hasta la completa satisfacción de las cantidades adeudadas al mismo.

Lo dispuesto en este apartado 8 será igualmente de aplicación a la pignoración o cesión en garantía de las cuentas bancarias en que hayan de abonarse los pagos correspondientes al derecho de cobro, así como los derechos derivados de cualquier contrato de cesión del derecho de cobro, en su caso.

d) En cumplimiento del Real Decreto-ley 13/2014, la CNMC ha ido efectuando pagos a dichas entidades bancarias en virtud de los derechos de cobro que adquirieron por cesión de ENAGÁS, entre las que se encuentra la hoy demandante BANKIA. 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.

e) La STC 152/2017, de 21 de diciembre, estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado frente al Real Decreto-ley 13/2014.

Concretamente, la STC consideró que únicamente concurría el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad constitucionalmente requerido (art. 86 CE) para la adopción del Real Decreto-ley en lo relativo a la decisión de hibernación de la instalación de almacenamiento subterráneo "Castor", así como que se respetaban las exigencias propias de las leyes singulares impuestas en la doctrina constitucional en lo relativo al establecimiento de un régimen jurídico específico para la hibernación de la instalación, toda vez que

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

no existía un régimen jurídico general al efecto y es preciso que tal régimen se contenga en una norma de rango legal. Del propio modo, la STC avala la extinción del título concesional mediante una norma de rango legal y la asignación de la administración de las instalaciones a ENAGAS.

Por el contrario, la STC no considera justificado el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para la ordenación de las consecuencias económicas de la hibernación acordada en el propio Real Decreto-ley. El fallo de la STC 152/2017, fue el siguiente:

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

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

f) A la vista de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto-ley 13/2014, la CNMC dejó de abonar las cantidades correspondientes a los derechos de cobro pendientes de pago e inició un procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural en lo relativo a los pagos efectuados a BANKIA, S.A. derivados de la extinción de la concesión del almacenamiento subterráneo, esto es, de las liquidaciones 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017, con el fin de reintegrar esas cantidades, con sus correspondientes intereses, al sistema de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural.

El procedimiento concluyó con la resolución que aquí directamente se impugna. En ella se considera que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en la STC 152/2017 determinaba la nulidad de los pagos efectuados a BANKIA como cesionaria de los derechos de cobro cedidos por ENAGAS, acordándose por ello el reintegro de las cantidades percibidas (22.671.278,53 euros) con los intereses legales, tal como ha quedado transcrito en el fundamento primero de esta sentencia.

TERCERO. - El presente recurso se plantea en los mismos términos que el PO 952/2019, interpuesto por el BANCO DE SANTANDER, y en relación con el cual se ha dictado sentencia en esta misma fecha, cuyos argumentos vamos a compartir.

Hemos de comenzar por señalar que tras la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en la citada STC 152/2017, las entidades de crédito cesionarias iniciaron una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador que, al no obtener respuesta, dio lugar a que interpusieran recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

El recurso fue estimado parcialmente en STS de 27 de octubre de 2020 (rec. núm. 454/2018), reconociendo a las entidades demandantes *"el derecho a la indemnización, en concepto de responsabilidad del Estado Legislador"* por la totalidad de la deuda reconocida -1.350.729.000 euros-, esto es, no sólo por las cantidades pendientes de satisfacer en concepto de derechos de cobro, sino también por las cantidades satisfechas en este concepto que las entidades habían tenido que devolver como consecuencia de la declaración de nulidad efectuada en la resolución aquí impugnada. Además, se declaraba que *"las correspondientes cantidades devengarán el interés legal desde la fecha de la reclamación, a excepción de las cantidades obligadas a su devolución, que lo serán desde la fecha de dicho reintegro"*.

A raíz de este pronunciamiento, el Abogado del Estado solicita que se declare la pérdida de objeto de este recurso, puesto que la demandante ya habría obtenido ante el Tribunal Supremo lo que verdaderamente interesa, esto es, que *"reconozca el derecho de Bankia a recuperar las cantidades reintegradas al sistema gasista en cumplimiento de dicha Resolución Recurrida, con los intereses correspondientes desde la fecha del reintegro por Bankia hasta la fecha de pago"*. En este sentido importa destacar que aun cuando en el proceso tramitado ante el Tribunal Supremo las entidades demandantes manifestaron su intención de desistir del proceso que ahora nos ocupa si se les reconocía el derecho a ser indemnizados en la totalidad de los derechos de cobro, no lo han hecho hasta el momento.

Pues bien, la STS ya advierte de que en ningún caso la estimación de este recurso podría dar lugar a la estimación de la pretensión de plena jurisdicción por cuanto ciertamente la demandante ya ha obtenido lo que aquí pide por el título de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Sin embargo, ello no hace perder su objeto al presente recurso, en el cual ha de resolverse sobre la conformidad a Derecho de la resolución impugnada, cualesquiera que sean los efectos que de este pronunciamiento pudieran derivarse, claro está, distintos de la devolución de las cantidades devueltas por la demandante al sistema gasista **.**

CUARTO. - Abordaremos primeramente el reproche de incompetencia de la CNMC para tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

La demandante sostiene que, en ausencia de un precepto específico que atribuya la competencia para la revisión de oficio de los actos de la CNMC, la norma general aplicable es el art. 111.c), apartado 1º, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según el cual:

Artículo 111. Competencia para la revisión de oficio de las disposiciones y de actos nulos y anulables en la Administración General del Estado.

En el ámbito estatal, serán competentes para la revisión de oficio de las disposiciones y los actos administrativos nulos y anulables:

(...)

c) En los Organismos públicos y entidades de 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.

Como la CNMC está adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos según el art. 2.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la demandante afirma que la competencia para la revisión de oficio de los actos de la CNMC corresponde al Ministro del Departamento de adscripción (el Ministerio).

Para llegar a esta conclusión sostiene que la CNMC no es una " *autoridad administrativa independiente"* de las previstas en el art. 84.1.b) LRJSP, sino que tiene su encaje jurídico entre *"los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado"* a los que se refiere el art. 84.1.a). Más en concreto, afirma que *"la CNMC es un organismo autónomo con un régimen jurídico especial determinado en su ley de creación. En ausencia de disposición especial en dicha ley de creación, se rige por el régimen general de esta clase de entes de Derecho público"* (nota 10, pág. 20 demanda) .

Añade que, con independencia de que la CNMC sea o no una autoridad administrativa independiente de las previstas en los artículos 84.1.b), 109 y 110 de la LRJSP, se le aplica el artículo 111.c) LPAC, porque las *"autoridades administrativas independientes"* del artículo 84.b) LRJSP son uno de los *"organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado"* de los que habla el artículo 111.c) LPAC. Y ello porque, las autoridades administrativas independientes serían una especie dentro del género de *"entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado"* y les resultaría directamente aplicable el artículo 111.c) LPAC.

Concluye en este punto el demandante que, incluso si se aceptase la condición de autoridad administrativa independiente de la CNMC, el apartado 1º del art. 111.c) LPAC le sería aplicable de modo supletorio, por ordenarlo así el art. 101.1 LRJSP, según el cual:

Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

Una vez afirmada por el demandante la aplicación supletoria del mencionado art. 111 LRJSP, considera que el apartado aplicable es el a) y no el b) como apuntaba el Consejo de Estado. La razón estribaría en que el Pleno y la Sala del Consejo de la CNMC no son órganos diferentes y subordinados jerárquicamente, sino dos composiciones de un único órgano: el Consejo de la CNMC.

QUINTO. - La Sala no comparte este criterio. Es cierto que no contamos con una norma atributiva de la competencia controvertida, pero también lo es que el precepto invocado por la parte tiene como presupuesto de aplicación un modelo de relación entre los Organismos públicos y entidades de derecho público y el Departamento ministerial al que están adscritos que no se compadece con la configuración legal de la relación de la CNMC y el Ministerio de adscripción.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Los arts. 84, 109 y 110 LRJSP disponen:

Artículo 84. Composición y clasificación del sector público institucional estatal.

1. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:

a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:

1. Organismos autónomos.

2. Entidades públicas empresariales.

3. Agencias estatales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

(...)

Artículo 109. Definición.

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las 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.

2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

3. Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

Artículo 110. Régimen jurídico.

1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala:

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial

Pues bien, la lectura del último precepto transcrito conduce a incardinar a CNMC entre las autoridades administrativas independientes, pues desarrolla las funciones que tiene atribuidas en el sector gasista con plena autonomía respecto del Gobierno y de la Administración General, exigencia de autonomía funcional que, por lo demás, viene impuesta por la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (cfr. art. 39.4).

A esta caracterización de la CNMC responde también el art. 3 de su ley de creación al restringir la actuación del Gobierno al ejercicio de potestades normativas:

Artículo 3. Independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas.

2. En el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Rechazamos así la calificación como organismo autónomo con regulación especial que propugna la demandante, pues no se da en la CNMC la nota de dependencia propia de los organismos autónomos en tanto que *"organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta* [Administración Pública]" (art. 98 LRJSP).

Por lo demás, sin atisbo del exceso reglamentario denunciado por el demandante, el Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, confirmaría esta caracterización al señalar en su art. 2.7 que *"la CNMC y la CNMV se vinculan a esta Secretaría de Estado en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre "*. Esto es, con el carácter de autoridad administrativa independiente.

Finalmente, tal como aduce el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo ha acogido esta interpretación al concretar la presunción de concurrencia de interés casacional respecto de los recursos preparados contra sentencias que resuelven *"recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional."* Así, el ATS de 18 de octubre de 2017 (rec. 3206/2017), reiterado en los AATS de 10 de julio de 2020 (rec. 517/2020) y 07 de junio de 2019 (rec. 194/2019) afirma respecto de estos órganos reguladores que:

"se trata de organismos que tienen su encaje fuera del organigrama de la Administración General del Estado y que poseen independencia o autonomía funcional. Y así se desprende también de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 40/2015 del Sector Público al definir a las autoridades administrativas independientes como aquellas "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 [...]". En definitiva, la consideración de organismos reguladores o supervisores descansa, a los efectos que nos ocupan, en su independencia y autonomía funcional respecto de la Administración del Estado cuando ejercen sus funciones de regulación y supervisión.

SEXTO. - Caracterizada la CNMC como autoridad administrativa independiente, distinto por ello de los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado que también integran el sector público ex art. 84 LRJSP, es claro que cuando el art. 111 LPAC se refiere a estos últimos, no comprende a las autoridades administrativas independientes. Aun cuando la equivocidad en el manejo de algunas de estas categorías administrativas puede ser consecuencia del distinto momento de promulgación de las normas que los utilizan, la proximidad temporal de las leyes 39/2015 y 40/2015 permite descartar todo equívoco al respecto. Concluimos por tanto que el art. 111 LPAC no es aplicable directamente.

En cuanto a la aplicación supletoria del art. 111 LPAC a la CNMC, cumple advertir que la llamada a su aplicación supletoria que se contiene en el art. 110 LRJSP se *realiza "en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía"*, y ya hemos señalado que la independencia de actuación de la CNMC no es una mera característica, sino su misma razón de ser. Tal independencia se compadece mal con el control, aunque sea de legalidad, ejercido a través de la revisión de oficio. Salvando las distancias, la doctrina constitucional relativa a la incompatibilidad de controles de legalidad con el concepto de autonomía -forjada en relación con la autonomía municipal- proporciona elementos interpretativos valiosos, aun cuando con evidentes matices.

Ahora bien, una cosa es que el art. 111 LPAC no sea de aplicación directa ni supletoria para determinar conforme a él qué concreto y específico órgano es el competente para la revisión de oficio de los actos dictados por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, y otra muy distinta que no podamos extraer de él criterios atributivos de competencia respetuosos con la autonomía de la CNMC. En tal sentido, del precepto analizado puede extraerse con facilidad el criterio de que cuando el acto ha sido dictado por el órgano superior que carece además de otro al que se subordina con relación de dependencia, es a él mismo a quien se atribuye la competencia para resolver el expediente de revisión de oficio.

En este sentido, participamos del criterio del demandante según el cual el Consejo de la CNMC es un órgano que puede componerse en Pleno o en Sala sin que por ello se altere su identidad como órgano de la CNMC. Que el Pleno tenga la facultad de recabar para sí el conocimiento de aquellos asuntos que lo requieran *"por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión"* no altera las cosas. Pero forzoso es reconocer la semejanza entre esta forma de recabar la competencia para un asunto concreto con la avocación entre órganos subordinados entre sí prevista en el art. 10 LRJSP.

De manera que, la *analogía iuris* nos lleva a concluir en que el Pleno de la CNMC es el competente para la revisión de oficio, tanto acudiendo al criterio de carecer de órgano jerárquicamente superior como si atendemos a lo que podríamos llamar una subordinación impropia entre la Sala y el Pleno del Consejo de la CNMC.

SÉPTIMO. - Aduce la demandante que el hecho de que los Derechos de Cobro se incorporasen a las liquidaciones provisionales 1 a 12 de 2016 y 1 a 9 de 2017 del sector gasista, conlleva que no quepa su revisión de oficio, dado que las liquidaciones provisionales no son actos definitivos.

Ciertamente la Sala ha declarado con reiteración que las liquidaciones provisionales de los sectores eléctrico y gasista no son actos definitivos frente a los que quepa interponer recurso contencioso-administrativo por su carácter provisional y a cuenta de las definitivas, de modo que quien se considere perjudicado por ellas habrá de impugnar la liquidación definitiva.

Asiste la razón al Abogado del Estado cuando señala que aun cuando el pago de los derechos de cobro se instrumentase a través del sistema de liquidaciones y las entidades cesionarias de tales derechos adquiriesen la condición de sujetos del sistema de liquidaciones, los Derechos de Cobro de los que tratamos no tienen la misma naturaleza que los créditos y obligaciones ordinarias que los sujetos del sistema tienen frente a él. Ya desde el pórtico del párrafo tercero del art. 5.1 del Decreto-ley 13/2014, se alude a que los titulares (originarios o cesionarios) de los derechos de cobro no son sujetos del sistema, sino que "serán considerados" como tales "a estos efectos".

Más allá de lo anterior, el régimen jurídico al que se sometía la gestión de los derechos de cobro revela su naturaleza singular y distinta a la del resto de ingresos y gastos del sistema. Así, las cantidades que los sujetos de liquidación debían abonar al sistema para hacer frente al pago de los derechos de cobro se ingresaban en una cuenta especial y distinta, y desde ella se transfería a los titulares en la proporción en la que participaban. Pero es que, además, el derecho de cobro se configura con régimen jurídico singular. Así:

- Tiene un especial vigor y seguridad si se compara con el régimen ordinario de los derechos y obligaciones frente al sistema al disponer que *"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."*

- Se le dota de un singular carácter transmisible: "e *l derecho de cobro será libremente disponible por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., o sus ulteriores titulares y, en consecuencia, podrá ser, total o parcialmente, cedido, transmitido, descontado, pignorado o gravado a favor de cualesquiera terceros, incluyendo fondos de titulización de activos u otros vehículos o sociedades de propósito especial, nacionales o extranjeros, que en ningún caso tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el titular cedente o pignorante a efectos de lo previsto en los artículos 93 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , con sujeción a las leyes generales y en este artículo.*

- Se le proporciona una especial seguridad: " *En caso de concurso del cedente, los cesionarios iniciales o ulteriores gozarán de un derecho absoluto de separación en los términos prevenidos en el artículo 80 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal .*

La cesión del derecho de cobro sólo podrá rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores".

- Se le dota del carácter de crédito a efectos de constituir garantía financiera de acuerdo con el art. 7.c) del Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

Con todo, lo decisivo es que los pagos de los derechos de cobro, aun cuando se instrumenten a través de las liquidaciones provisionales, no se realiza a cuenta de la liquidación definitiva, sino que *"la cantidad mensual a pagar en virtud del derecho de cobro con cargo a la facturación por peajes de acceso y cánones del sistema gasista, se calculará para cada año, a partir de la suma de la retribución financiera anual y la amortización anual, dividiendo el resultado entre 12. Los pagos se abonarán el día 25 de cada mes o, en su caso, del día hábil inmediatamente posterior realizándose el primero el 25 de abril de 2016, o en fecha que corresponda según lo anterior".*

Pues bien, a tenor de lo dispuesto por el art. 5.2 del Decreto-ley, este *"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".*

De este modo, el derecho de cobro se configura como un derecho especialmente vigoroso e inmune a los riesgos propios de un derecho de crédito ordinario, y su pago se realiza a través del sistema de liquidaciones con carácter firme, separándose así del carácter a cuenta de los derechos y obligaciones que se liquidan provisionalmente en el sistema de liquidaciones del sector gasista.

OCTAVO. - El resto de los motivos de impugnación se resume por el demandante, para su posterior desarrollo a lo largo de la demanda, del siguiente modo:

a) La declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no permite revisar los actos administrativos firmes, por exigencia del principio de seguridad jurídica.

b) Incluso aunque cupiera tal revisión, el acto no sería nulo de pleno derecho sino anulable, y solo podría ser revisado por la vía de la declaración de lesividad.

c) Los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica impiden la revisión de oficio en este expediente.

d) Subsidiariamente a todo lo anterior, cualquier devolución no debe incluir intereses, al haber sido causada la situación por el poder público y no por Bankia.

NOVENO. - Dada su íntima conexón, daremos respuesta conjunta a los motivos a) y b).

Nuestro punto de partida ha de ser el de la delimitación de los efectos de la STC 152/2017 que declaró inconstitucionales y nulos determinados preceptos del Real Decreto-ley 13/2014. El fallo de la STC es del siguiente tenor literal:

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

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

Los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con rango de ley se disciplinan, en desarrollo del art. 164 CE, en el art. 39.1 CE, al disponer:

Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia

Pues bien, aun cuando ni la CE ni la LOTC aluden al efecto *ex tunc* de la invalidez que declaran las SSTC, no puede dejar de reconocerse que el legislador orgánico ha optado por un sistema en el cual la consecuencia de la inconstitucionalidad es la nulidad del precepto declarado inconstitucional, y que al hacerlo así ha ligado a tal declaración los efectos propios de una categoría jurídica bien conocida en nuestro acervo jurídico, entre los cuales tiene especial significación el carácter declarativo de su apreciación y los efectos *ex tunc* que tal declaración produce. Así lo vino entendiendo el TC ya en la temprana STC 14/1981, de 29 de abril, en la cual, con ocasión del estudio de la aplicación del efecto propio de la disposición derogatoria tercera de la CE, afirma que *"en términos más generales, que no son los de este caso, el tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad varían porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC "*.

Que el TC parte de esta concepción de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, lo evidencian afirmaciones relativas al *"carácter declarativo de las Sentencias que ponen fin"* a los procesos de constitucionalidad (STC 99/1986, de 11 de julio); así como a la pérdida de objeto de una cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma ya declarada inconstitucional, *"declaración que, como es sabido, tiene eficacia ex tunc*" (STC 171/1985, de 13 de diciembre). Incluso, ya en tiempos más próximos, algunos votos particulares que, con ocasión de pronunciarse el TC sobre el alzamiento de la suspensión de una ley impugnada por el Gobierno con invocación del art. 161.2 CE, ponen el acento en el perjuicio que pudiera derivarse de una hipotética Sentencia estimatoria dada *"la incertidumbre de los efectos ex tunc que caracterizan a todo fallo de inconstitucionalidad que pudiera afectar a todo o parte de los preceptos recurridos"* (voto particular al ATC 349/2003 de 29 de octubre).

Consecuentemente con lo hasta ahora expuesto, esto es, con la existencia de una opción normativa que a la inconstitucionalidad liga la nulidad y los subsiguientes efectos declarativos de la misma con efecto *ex tunc,* cuando el TC excepciona el efecto de la nulidad o limita su alcance, lo fundamenta en la protección de otros relevantes valores e intereses constitucionalmente protegidos. Así, encontramos todo un abanico de sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin que ello lleve consigo la nulidad o en las cuales se modula la nulidad: sentencias que declaran la nulidad limitada al carácter orgánico o básico de la ley enjuiciada; sentencias interpretativas; sentencias que no declaran la nulidad del precepto inconstitucional porque lo consideran derogado, porque la inconstitucionalidad está en lo que omita la ley, o porque así lo exija la

salvaguarda de otros bienes o intereses constitucionalmente protegibles; sentencias que declaran únicamente la inaplicabilidad de la norma al caso concreto; o cuando la inconstitucionalidad no se predica de un concreto precepto de la ley enjuiciada; y, finalmente, sentencias en las que la nulidad de la ley de difiere a un momento posterior.

De acuerdo con el efecto *ex tunc* de la nulidad por inconstitucionalidad, el precepto legal no podrá ser ya aplicado por ningún operador jurídico por más que el supuesto de hecho o la relación jurídica contemplada se haya producido con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad: la norma es nula desde su origen y una vez declarada tal nulidad no puede ser ya aplicada ni a hechos futuros ni a hechos pretéritos. Todo ello sin perjuicio de las previsiones específicas que la sentencia constitucional pudiera establecer al respecto.

DÉCIMO. - Cuestión sustantivamente diferente es la relativa a si los actos de aplicación de la norma declarada luego inconstitucional pueden o no ser revisados con sustento en la invalidez de la ley en la que encontraron cobertura. No estamos aquí ante un problema de la eficacia *ex tunc* de la nulidad por inconstitucionalidad -que no se niega-, sino ante una cuestión distinta, cual es el de la intangibilidad de la actuación de los poderes públicos realizada al amparo de la norma inconstitucional en su origen.

La disciplina de esta cuestión la encontramos en el art. 40.1 LOTC, según el cual:

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.

Pronto la doctrina del TC extendió el ámbito de aplicación de este precepto a los actos administrativos no impugnados, de modo que la declaración de inconstitucionalidad no permitiese amparar la revisión, no sólo de aplicaciones de la ley inconstitucional realizadas en sentencias firmes antes de la anulación de la ley, sino tampoco su aplicación mediante actos administrativos no impugnados. Expresión de la extensión del efecto excluyente de la revisión lo encontramos, por citar un caso reciente y controvertido, en la STC 182/2021, de 26 de octubre, cuyo fallo expresamente establece que la inconstitucionalidad declarada no permitirá la revisión de situaciones que hayan sido decididas definitivamente no sólo mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también *"mediante resolución administrativa firme"* o cuando se trate de *situaciones consolidadas* en los términos definidos en su fundamento jurídico sexto, apartado b).

Ahora bien, una cosa es que el art. 40 LOTC ponga en la existencia de sentencia firme el límite a la revisión con sustento en la ley declarada inconstitucional, y otra muy distinta que de este precepto quepa deducir que, no mediando sentencia firme, la revisión proceda en todo caso e incondicionalmente. Para que proceda la revisión del acto dictado con la cobertura de la ley declarada inconstitucional habrá de concurrir, merced precisamente a la declaración de inconstitucionalidad, una causa de nulidad o de anulabilidad y, además, que exigencias de salvaguarda de otros valores constitucionalmente relevantes no lo impidan.

UNDÉCIMO. - En el caso sometido a nuestro examen, la resolución impugnada afirma que la declaración de inconstitucionalidad del Decreto-ley implica que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 471.f) LPAC, según el cual:

Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

f) Los actos 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.

Se razona a tal efecto, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado que:

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"

La Sala no comparte este criterio, toda vez que, aplicado del modo incondicional en que lo hace la resolución impugnada, acabaría por vaciar de contenido la regla general, según la cual la anulación de la ley por

inconstitucional no conlleva por sí misma la anulación de los actos dictados a su amparo. Para afirmar la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho aplicada será preciso concretar de qué requisito esencial para la adquisición del derecho -a la indemnización en el valor neto de la inversión- se carece como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad realizada en la STC 152/2017, y lo cierto es que la resolución administrativa no lo hace ni expresa ni implícitamente.

Antes al contrario, el derecho a la indemnización por el valor neto de la inversión, en sí mismo considerado, no resulta cuestionado ni afectado por la STC, que únicamente se refiere a la cuantificación que de él se realiza en el art. 4 del Real Decreto-ley 13/2014. El derecho de ESCAL a ser indemnizado en el valor neto de la inversión se deriva de su art. 2 a través de la remisión que en él se hace al art. 14 del Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, por el que se otorga a Escal UGS, S. L. la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor». Precepto que, a su vez, *"en coherencia con lo establecido en el artículo 92.1.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos "*, alude a la previsión de compensar a la empresa *"por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que estas continúen operativas"*.

En definitiva, el derecho de ESCAL a la indemnización por la extinción (origen remoto de los derechos de cobro cedidos por ENAGAS a BANKIA) de la concesión deriva del propio Real Decreto-ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad y del régimen jurídico aplicable a la hibernación de la instalación y la extinción declarada en el Real Decreto-ley sin tacha de inconstitucionalidad. La nulidad declarada a causa de la inconstitucionalidad afecta únicamente a la fijación de su cuantía por el propio Real Decreto-ley y al régimen jurídico del Derecho de Cobro instituido en el Real Decreto-ley.

Consecuentemente, la declaración de inconstitucionalidad de la que tratamos no afectó a *"los requisitos esenciales para su adquisición"* [del derecho a la indemnización por la extinción de la concesión], sino a su directa fijación por el Real Decreto-ley que no puede ser considerado un requisito esencial de adquisición del derecho salvo que se dé a este concepto una extensión que consideramos desmesurada y ajena a la finalidad de la norma de restringir la nulidad de pleno derecho a los supuestos más graves.

DUODÉCIMO. - Todo lo hasta aquí expuesto no atendería, sin embargo, a la totalidad de las vertientes que la cuestión suscita y que, en buena medida fueron puestas de manifiesto en el dictamen de Consejo de Estado y sometidas al debate procesal.

Nos referimos a que la enumeración de causas prevista en el art. 47.1 LPAC no agota el abanico de causas de nulidad, tal como, por lo demás lo muestra la remisión a las que pudiera establecer una norma con rango de ley.

Es aquí donde cobra relevancia la naturaleza de la norma (Decreto-ley) declarada inconstitucional, esto es, su carácter de ley singular. Naturaleza sobre la que primeramente se pronuncia la STC en su FJ 5, *in fine*, pero en relación con la cual también lo hace el FJ 6.b) sobre los concretos aspectos de los que ahora tratamos al señalar (FJ 6.b) que:

La propia literalidad del precepto reproducido recuerda poderosamente el tenor propio de las resoluciones administrativas, e ilustra acerca de la función que de nuevo viene a desempeñar el Real Decreto-ley, que actúa como una norma singular de carácter autoaplicativo.

A partir de aquí la nulidad radical de las liquidaciones controvertidas en cuanto a los derechos de cobro fluye con naturalidad como una consecuencia inexorable de la efectividad de la jurisdicción constitucional que anula una norma legal de carácter singular. La anulación por la STC 152/2017 de la concreta determinación del *"valor neto de la inversión"* (no por su condición de ley singular, sino por falta del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE para la utilización del Decreto-ley), quedaría vacía de contenido y efectividad si permanecieran incólumes las consecuencias de su aplicación, entre ellas, la instrumentación del pago de la indemnización por extinción de la concesión a través los Derechos de Cobro regulados en preceptos del Real Decreto-ley declarados también inconstitucionales.

Importa destacar que la desautorización al Gobierno de la Nación, en cuanto a que la fijación mediante Decreto-ley del valor neto de la inversión *"representa una inadecuada alteración del sistema de fuentes del Derecho que no encuentra cobertura en la regulación que del artículo 86.1 contiene nuestra Constitución "* (FJ 6, in fine) quedaría sin efectividad práctica si se mantuvieran las liquidaciones en los concretos aspectos anulados en la resolución impugnada, produciéndose así un indeseado efecto desalentador del respeto al sistema de producción normativa constitucionalmente previsto.

Insistimos en que no estamos aquí ante un problema de mantenimiento de actos administrativos dictados al amparo de una ley declarada inconstitucional, sino ante el de la pervivencia de un acto que es la consecuencia inmediata del contenido singular de la ley declarada inconstitucional, pervivencia que pondría en jaque la propia eficacia de la sentencia constitucional. Dicho de otro modo, la conexión entre la anulación de la ley singular

(aunque sea por vulneración del art. 86 CE) y los actos anulados es tan estrecha que no puede concebirse la efectividad de la anulación de aquella sin la anulación de estos.

En definitiva, las liquidaciones anuladas de oficio por la CNMC son nulas de pleno derecho (y no meramente anulables) por haberse realizado a partir de un acto legislativo declarado nulo por el Tribunal Constitucional y exigirlo así la efectividad de esta declaración.

DÉCIMOTERCERO. - Se aduce seguidamente que la revisión de oficio impugnada vulnera los principios de buena fe y confianza legítima, principios que, con respecto a la revisión de oficio, encuentran reconocimiento en el art. 110 LPAC, según el cual:

Artículo 110. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión establecidas en este capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Sostiene a tal efecto que en este caso se trata de un título de deuda que, por imposición legal, había sido cuantificado con carácter "oficial" por la CNMC en actos administrativos como son las liquidaciones anuladas. En esos casos, la pugna entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica del administrado ha de resolverse a favor de esta última, siempre y cuando quede acreditado que la Administración ha quebrantado la legítima confianza que el administrado puso en la actuación administrativa.

Sin embargo, no podemos aceptar la quiebra del principio de confianza legítima si atendemos a la configuración que de él ha hecho el Tribunal Supremo (por todas STS de 15 de marzo de 2018, rec. 3500/2015) al señalar lo siguiente:

Como hemos expuesto en nuestra sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (rec. cas. núm. 5959/2001), y que se reproduce en la sentencia de 15 de diciembre de 2007 (rec. cas. núm. 1830/2005), el principio de confianza legítima tiene el siguiente ámbito de protección, condicionado a la concurrencia de estos presupuestos:

«El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 , recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general".

(...)pues como precisamos en nuestra sentencia de 1 de febrero de 1999 (recurso de casación 5475/1995) "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos

en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa"» (FD segundo).

Consecuentemente, no estamos aquí ante una actuación de la administración que pudiera haber generado en el administrado una legítima esperanza en el modo en el que la Administración actuaría en el futuro en el ejercicio de cierta discrecionalidad, sino que la Administración liquidó los derechos de un sujeto de liquidación de acuerdo con la legalidad vigente, legalidad que se ha visto declarada contraria a la CE por el Tribunal Constitucional haciendo perder a su actuación liquidatoria su sustento legal. No hay, pues, ninguna defraudación de expectativas sino el dictado de un acto exigido para la acomodación a lo declarado por el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, la demandante pretende que el ejercicio de la potestad de revisión de oficio es contraria al derecho de los particulares (de ella misma) y a la equidad porque el Tribunal Supremo ha reconocido su derecho a que le sean devueltas las cantidades pagadas en cumplimiento de la resolución aquí impugnada. Pero precisamente porque el Tribunal Supremo ha reconocido este derecho como contenido de la responsabilidad patrimonial del estado legislador, carece de sentido el análisis de este motivo sustancial del recurso (asimilado a las pretensiones mismas ex art. 33.1 LJCA) al haber tenido ya satisfacción en la STS más arriba citada.

DECIMOCUARTO. - De modo subsidiario aduce la entidad demandante que no está obligada a satisfacer intereses por las cantidades que debe reintegrar como consecuencia de la anulación de las liquidaciones controvertidas.

Razona a tal efecto que la indemnización de daños y perjuicios consistente en el abono de los intereses sería consecuencia de la intervención de algún genero de dolo, culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones (arts. 1.101 y 1.108 Cc), reproche que en absoluto puede realizarse ni a Banco Santander ni a ESCAL. Antes al contrario, la demandante sería una perjudicada por la actuación de la Administración que ha dado lugar a la anulación de las liquidaciones. En apoyo de su tesis cita las SSTS de 11 de junio de 2013 y 24 de octubre de 2016 (cas. 769/2011 y 1432/2014) en las que se afirma la obligación de pagar intereses a quienes ven reconocidos unos mayores derechos económicos a cargo del sistema eléctrico, esto es, interviniendo culpa de las autoridades, siendo así que el caso que nos ocupa es precisamente la situación inversa.

La Sala no puede aceptar el anterior razonamiento. La obligación de reintegro que se deriva de la anulación de las liquidaciones controvertidas supone que el *accipiens* ha percibido unas cantidades a las que no tiene derecho y, en consecuencia, ha disfrutado de un capital durante cierto tiempo que ha de reintegrar con los frutos que produce, esto es, con los intereses correspondientes. De manera que la obligación de satisfacer intereses no está vinculada a una conducta culpable por su parte, sino a la obligación de resarcir completamente al sistema de liquidaciones por las cantidades indebidamente percibidas y dejar a este indemne de todo perjuicio que fuera consecuente al cobro de unas cantidades no debidas a consecuencia de la anulación de la resolución que se las reconocía.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sustentado la obligación de pagar intereses en el principio de indemnidad o *restitutio in integrum*. Así, precisamente en el ámbito de las liquidaciones del sistema gasista, las SSTS de 28 de noviembre de 2017 y 25 de mayo de 2018 (cas. 1453/2016 y 778/2015) declaran:

En efecto, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2017 (RC 390/2015), esté 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>>.

El criterio anteriormente expuesto no depende de si el obligado al pago es el sujeto de liquidación o el sistema gasista.

Por lo demás, la obligación de restitución con intereses como consecuencia de la anulación de la relación jurídica que dio lugar al pago es un principio general que tiene reflejo en el art. 1.303 Cc.

DECIMOQUINTO. - Todo lo anterior conduce a la desestimación del recurso, con imposición de costas a la parte actora ex art. 139.1 LJCA.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS, el recurso contencioso-administrativo **núm. 95/2020**, interpuesto por la representación procesal de **BANKIA, S.A**., contra la Resolución de 5 de julio de 2019 (R/AJ/077/18) del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones de las actividades reguladas del sector del gas natural en relación con los pagos efectuados a Bankia, S.A relativo al almacenamiento subterráneo Castor.

CONDENAMOS a la demandante al pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ