



Roj: **SAN 3839/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3839**

Id Cendoj: **28079230042023100354**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/07/2023**

Nº de Recurso: **792/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000792 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 13196/2019

Demandante: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a cinco de julio de dos mil veintitrés.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **792/19** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.** representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla y asistida del Letrado D. José Giménez Cervantes contra la Resolución de la CNMC, de 5 de julio de 2019, por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a ESCAL UGS, S.L. relativos al almacenamiento subterráneo Castor (R/075/18); y contra la Resolución de la CNMC, de 25 de julio de 2019, sobre la cesión de derechos de cobro del déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014 de ESCAL UGS, S.L. (CDC/DE/007/17).

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 25 de septiembre de 2019, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 27 de septiembre de 2019, 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: (a) la Resolución de 5 de julio de 2019, dictada en el "procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a Escal UGS, S.L. relativos al almacenamiento subterráneo Castor" (expediente R/AJ075/18); y (b) la Resolución de 25 de julio de 2019, "sobre la cesión de derechos de cobro del déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014 de Escal UGS, S.L." (expediente CDC/DE/007/17), en la medida en que decide no tener por comunicada la cesión del Derecho de Cobro por el déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014 en la parte referida a la retribución financiera reconocida a Escal ("Resuelvo" Primero y Cuarto). (ii) Y, en consecuencia, reconozca: (a) el derecho de Santander a recuperar las cantidades dejadas de percibir del sistema gasista en ejecución de las Resoluciones Impugnadas, con los intereses legales correspondientes desde la fecha en que debieron ser cobradas hasta que sean efectivamente abonadas; y (b) el derecho de Santander a cobrar íntegramente en el futuro el Derecho de Cobro cedido por Escal por el déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014, en los términos en los que ese Derecho de Cobro fue regulado por las Ordenes 1977/2016 y 1367/2018. (iii) Imponga las costas a la Administración demandada. >>.

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 16 de septiembre de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO. - Acordado 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. - Se señaló para votación y fallo 28 de junio de 2023, fecha en que tuvo lugar.

SEXTO - La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en este proceso la conformidad a Derecho de dos resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC):

a) Resolución de 5 de julio de 2019, por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a ESCAL UGS, S.L. relativos al almacenamiento subterráneo Castor (R/075/18).

b) Resolución de 25 de julio de 2019, sobre la cesión de derechos de cobro del déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014 de ESCAL UGS, S.L. (CDC/DE/007/17).

SEGUNDO.- Los hechos de los que traen causa las resoluciones impugnadas 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 subterráneos y la extinción de la concesión Castor. Además, se asigna a ENAGAS TRANSPORTE, S.A.U la administración de las instalaciones 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.

En lo que a este proceso interesa, el art. 4 del 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.

3. La cantidad anterior se entenderá sin perjuicio de los derechos retributivos devengados por ESCAL UGS S.L en el periodo comprendido entre el acta de puesta en servicio provisional y la fecha de entrada en vigor del presente real Decreto- ley que comprenderán una retribución financiera, el abono los costes de operación y mantenimiento incurridos e incluidos los costes de mantenimiento desde la suspensión de la operación, en los términos actualmente establecidos en la Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre y demás normativa de aplicación.

c) Mediante Resolución de 12 de noviembre de 2015, la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, cuantificó los derechos retributivos de ESCAL devengados al amparo del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 13/2014 en un total de 295.585.813,59 euros (253.305.937,30 euros en concepto de retribución financiera de la inversión; 42.279.876,30 euros por "costes de operación y mantenimiento" del almacén durante el periodo transcurrido entre la puesta en servicio provisional y la entrada en vigor del Real Decreto-ley).

d) Mediante resolución de 24 de noviembre de 2016 (LIQ/DE/228/16), se aprobó la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector del gas natural correspondiente al ejercicio 2014, en la cual se reconoció a ESCAL un importe de 253.305.937,30 euros en concepto de *retribución financiera* establecida en el artículo 4.3 de dicho Real Decreto-ley. Este importe se calculó tomando como base de cálculo la suma de 1.350.729.000 euros en que el artículo 4.1 del mismo Real Decreto-ley fijó el valor neto de la inversión. La liquidación definitiva de 2014 devino firme en lo relativo al abono de la señalada retribución financiera a ESCAL.

Del importe reconocido únicamente se abonó a ESCAL 181.533.351,68 euros, puesto que la entidad debió soportar el déficit del ejercicio. En las sucesivas liquidaciones definitivas de 2016 (aprobada por resolución de 30 de noviembre de 2017, LIQ/DE/176/17) y de 2017 (aprobada el 28 de noviembre de 2018, LIQ/DE/008/18), la CNMC continuó abonando a ESCAL los importes correspondientes al déficit soportado en la liquidación de 2014 en lo relativo a la cantidad reconocida a ESCAL por el concepto indicado.

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 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 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 inició un procedimiento de revisión de oficio de la liquidación definitiva de las actividades reguladas en el sector del gas natural del ejercicio 2014, en relación exclusivamente a los pagos efectuados a ESCAL relativos al almacenamiento subterráneo Castor, así como de las liquidaciones de los ejercicios 2016 y 2017 en lo relativo a los derechos de cobro reconocidos a favor de ESCAL, derivados del déficit soportado en la liquidación definitiva de 2014.



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 anulación de la retribución financiera reconocida a ESCAL en la liquidación definitiva del ejercicio 2014 y, consecuentemente, también la reconocida en las liquidaciones sucesivas a las que se trasladó el pago de las cantidades reconocidas en ese concepto pero no satisfechas con cargo a la liquidación de 2014. Se acordaba igualmente la obligación de reintegro de las mencionadas cantidades con los intereses legales procedentes. En concreto, la parte resolutoria del acuerdo impugnado dispuso:

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

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

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

g) Por otra parte, el artículo 10 de la Orden TEC/1367/2018, de 20 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para el año 2019, previó que los derechos de cobro correspondientes al déficit acumulado a 31 de diciembre de 2014, serán libremente disponibles por los titulares iniciales o sucesivos, y, en consecuencia, podrán ser total o parcialmente cedidos, transmitidos, descontados, pignoralados o gravados a favor de terceros.

Al amparo de esta previsión, el 1 de diciembre de 2017, ESCAL y Banco Popular Español, S.A. (hoy BANCO SANTANDER) firmaron un contrato de cesión, por el que aquella sociedad transmitía al BANCO SANTANDER el Derecho de Cobro en el importe que restaba por percibir, incluyendo tanto el principal restante del déficit tarifario, en la parte correspondiente a ESCAL, como los intereses que se devengasen a partir del 1 de diciembre de 2017. A cambio de la cesión, el BANCO SANTANDER abonó a ESCAL el importe pactado (79.431.533,83 euros).

La entidad demandante comunicó a la CNMC la cesión plena, irrevocable e incondicionada del 100 % del Derecho de cobro del Déficit Acumulado a 31 de diciembre de 2014 del que es titular ESCAL, en virtud de lo establecido en el artículo 10 de la Orden TEC/1367/2018, de 20 de diciembre.

A la vista de que el derecho al cobro de las cantidades en concepto de retribución financiera había sido anulado en la resolución a la que acabamos de referirnos, la CNMC tuvo por efectuada la cesión *"únicamente respecto al derecho a la retribución por operación y mantenimiento reconocido a ESCAL UGS, S.L. en la liquidación definitiva de las actividades reguladas de 2014"*. Se reconocía eficacia a la cesión frente al sistema gasista desde el 20 de febrero de 2019 (inclusive).

Ambos pronunciamientos son, como ya hemos anticipado, el objeto de este recurso.

TERCERO.- Procede en primer término rechazar la falta de legitimación activa de BANCO SANTANDER para impugnar la resolución por la que se revisa de oficio la liquidación definitiva de 2014, declarándose la nulidad de la misma en cuanto a la retribución de financiera establecida en el art. 4.3 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre. La razón para proponer la falta de legitimación estribaría en que la CNMC no ha reconocido a la demandante la condición de cesionaria en lo que se refiere a la retribución financiera.

Sin embargo, es lo cierto que Banco de Santander, S.A. impugna también la resolución por la que no se le reconoce su condición de cesionario y que ambas resoluciones están tan íntimamente ligadas, que su condición de cesionaria depende precisamente de la conformidad con el Ordenamiento Jurídico de la revisión de oficio de la liquidación de 2014. De manera que ha de afirmarse con rotundidad que BANCO SANTANDER tiene interés legítimo en la impugnación de la resolución por la que se revisa de oficio la liquidación definitiva de 2014 en cuanto a una de las partidas que componen el Derecho de Cobro en el que afirma haberse subrogado.



Del propio modo hemos de rechazar que la falta de audiencia de BANCO SANTANDER en el procedimiento de revisión de oficio tenga los efectos anulatorios que la entidad demandante pretende. En efecto, al tiempo de iniciarse el procedimiento de revisión de oficio -10 de octubre de 2018- la CNMC no había tenido por efectuada la cesión a efectos administrativos, de modo que no podría afirmarse que BANCO SANTANDER tuviera la condición de interesado, carácter que adquirió sólo cuando la cesión fue tenida por efectuada por la CNMC -25 de julio de 2019-. Pero es que, además, la entidad demandante tenía conocimiento de la existencia del procedimiento de revisión de oficio por cuanto, paralelamente, se tramitaba la revisión de oficio para la anulación de la misma liquidación en lo relativo al derecho de cobro establecido en el art. 5 del Decreto-ley 13/2014, procedimiento en el que sí intervino y que se basaba también en la inconstitucionalidad declarada en la STC 152/2017. De modo que bien pudo haber tomado la iniciativa a fin de intervenir en el procedimiento, y si no lo hizo no puede pretender la existencia de indefensión que pudo evitar con una conducta más diligente.

Por lo demás, no basta con invocar una indefensión formal para que se anude a ella el efecto invalidante, sino que es necesario justificar en qué medida la falta de intervención de la que se duele le ha causado indefensión material. Sin embargo, en el caso sometido a nuestra consideración la falta de intervención de la entidad demandante no se ha traducido en la tramitación del expediente con déficits probatorios o de diligencias que hayan determinado una viciada formación de la voluntad expresada en la resolución impugnada. De suerte que una pretendida retroacción de las actuaciones sólo conduciría, con quiebra de la economía procesal, a la alegación de los argumentos que ahora se esgrimen ante nosotros.

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.

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.

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 CNCC 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.- 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.

En este sentido, no concurriría la causa de nulidad alegada por la CNMC (carencia de los requisitos esenciales para adquirir derechos, del art. 47.1.f de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, "LPAC").

El derecho de ESCAL a ser retribuida por la operación de Castor preexistía al Real Decreto-ley 13/2014 y la determinación del parámetro (la cuantía de la inversión) llevada a cabo por el Real Decreto-ley 13/2014 es una cuestión fáctica, que existiría con independencia de que fuera recogido en la norma inconstitucional.

Si el derecho a la retribución preexistía y el importe del parámetro relevante estaba bien fijado en el Real Decreto-ley 13/2014, no podría sostenerse que ESCAL (ahora su cesionario BANCO SANTANDER) careciera de los requisitos esenciales para cobrar la cantidad.

c) Tampoco procedería la revisión de las liquidaciones, al ser actos de ejecución de actuaciones normativas y administrativas previas que delimitan el importe que la CNMC debía liquidar. Así:

- La Resolución de 12 de noviembre de 2015 de la DGPEM, que no ha sido revisada y es un acto administrativo firme, fijó el importe de la retribución de ESCAL. La CNMC tiene el deber de incluir ese importe de manera íntegra en la liquidación de 2014, sin que esté habilitada para dejar sin efecto una resolución que no ha dictado y que es firme.

- Además, la Ley 18/2014 impone a la CNMC la obligación de cuantificar el déficit a 31 de diciembre de 2014. La eliminación de la cantidad correspondiente a la retribución financiera de ESCAL, a la que aquella sociedad tenía derecho y que no había sido abonado, vulnera ese deber.

El hecho de que uno de los parámetros de la retribución hubiera sido anulado por razones formales no justifica otra cosa, por dos motivos: (i) se podrá cuestionar el *quantum* de la retribución, pero ésta no podrá ser cero; y (ii) el valor del parámetro suprimido es una cuestión fáctica y, si éste no era incorrecto, carece de sentido revisarlo ahora.

- La revisión de las liquidaciones definitivas de 2016 y 2017 vulnera las órdenes ministeriales que fijaron el importe del Derecho de Cobro de ESCAL y ordenaron los pagos. Ambas órdenes siguen siendo válidas y eficaces y, en el caso de la Orden 1977/2016, su legalidad ha sido confirmada por las SSTS de 2020.



- d) Los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica impiden la revisión de oficio en este expediente.
- e) Subsidiariamente a todo lo anterior, cualquier devolución no debe incluir intereses, al haber sido causada la situación por el poder público y no por BANCO SANTANDER.

OCTAVO.- Dada su íntima conexión, daremos respuesta conjunta a los motivos a), b) y c).

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 omite 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 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.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- 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 retribución financiera- 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 retribución financiera correspondiente al periodo que media entre el acta de puesta en servicio provisional y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2014, en sí mismo considerado, no resulta cuestionado ni afectado por la STC que, aun cuando comprende en el fallo anulatorio la totalidad del art. 4 del Real Decreto-ley 13/2014 ha de entenderse únicamente en cuanto resulta afectado por la cuantificación del "*valor neto de la inversión*" en el propio Real Decreto-ley. Así lo reconoce el propio Abogado del Estado en la contestación a la demanda cuando, para centrar el alcance de la resolución impugnada, afirma que "*la CNMC no considera que el Real Decreto-ley 13/2014 -y su inconstitucionalidad- esté afectando al derecho de cobro, sino a su cuantificación, que es distinto. Y es que el art. 4 del Real Decreto-ley 13/2014 anulado por la STC 152/2017 cuantificaba el valor neto de la inversión (art. 4.1) a efectos de la retribución financiera a calcular conforme al mismo (artículo 4.3). Y por ello, la nulidad de la cuantificación del valor neto de la inversión priva, sin lugar a dudas, de dicho elemento esencial al cálculo de la retribución financiera prevista a favor de ESCAL por el artículo 4.3, también anulado*".

De esta manera, la declaración de inconstitucionalidad de tan reiterada mención no afectó a los elementos esenciales del derecho a percibir la retribución financiera, es decir, los determinantes de su propia existencia, sino a la cuantificación de la misma por resultar nulo uno de los parámetros -que no presupuestos- que sirven para su cuantificación a tenor de lo dispuesto en 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. Más concretamente, en su art. 2.4 se fija la retribución financiera de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica tomando como uno de los parámetros de cálculo el valor de la inversión neta, la cual se determina por la Dirección General del Política Energética y Minas conforme dispone en art. 5.3 de la Orden, precisamente en la resolución prevista en el art. 6.1 mediante la cual se acuerda la inclusión de los almacenamientos subterráneos incluidos en la red básica en el régimen retributivo previsto en la Orden.

Consecuentemente, la declaración de inconstitucionalidad de la que tratamos no afectó a "*los requisitos esenciales para su adquisición*" [del derecho a la retribución financiera], sino a elementos necesarios para su cuantificación que no pueden ser considerados requisitos esenciales 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.

UNDÉCIMO.- 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 la retribución financiera reconocida a SCAL UGS, S.L. 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, los cálculos de la retribución financiera que toman como base aquel valor.

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 lo fuera 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 exigirle así la efectividad de esta declaración, sin que a tal efecto sea obstáculo que las liquidaciones concreten los derechos retributivos de ESCAL a partir de otras resoluciones previas en el proceso liquidatorio (Resolución de 12 de noviembre de 2015), las cuales tomaron como punto de partida para su cálculo el mismo parámetro declarado inconstitucional a causa de su fijación mediante Decreto-ley. Todo ello aun cuando, como se verá, no resultase afectada la existencia misma del derecho a su cobro en la cuantía que resulte de su fijación con respeto al sistema de fuentes.

DUODÉCIMO.- Hasta aquí las consideraciones que conducen a la desestimación del recurso frente a la declaración de nulidad de las liquidaciones en cuanto reconocen a ESCAL una concreta cuantía por el concepto de retribución financiera a partir de la cuantificación de la inversión neta efectuada en el Decreto Ley 13/2014, lo que tiene también incidencia -transitivamente- en las liquidaciones de 2016 y 2017 en la cantidad en ellas reconocida por el déficit soportado en la liquidación de 2014 en lo relativo a la retribución financiera.

Ahora bien, como ya hemos dejado traslucir en lo que llevamos razonado, ha de precisarse que la anulación de las liquidaciones en las cuantías concretamente reconocidas por los conceptos acabados de mencionar se limita a la específica cuantía establecida como consecuencia de utilizar el valor neto de la inversión fijado por el Decreto-ley 13/2014 para su cálculo. Pero ello no incide en el derecho de ESCAL a la retribución financiera desde el acta de puesta en servicio provisional, retribución que no nace del Decreto-ley declarado nulo, sino de las normas que disciplinan la retribución de los almacenes subterráneos, en particular 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, y de las resoluciones que lo aplicaron.

Así lo reconoce el Abogado del Estado, el propio dictamen del Consejo de Estado, y así se desprende con claridad de la STS de 18 de febrero de 2020 (rec. 161/2017) que enjuició la legalidad de la Orden ETU/1977/2016, de 23 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para 2017. En ella el Tribunal Supremo no aborda la corrección de la cuantificación de los derechos de ESCAL, pero sí se manifiesta sobre su derecho a tal retribución al rechazar la alegación de los allí demandantes que negaban a ESCAL la condición de sujeto del sistema de liquidaciones. Lo hacía en los siguientes términos:

En todo caso, tienen razón las partes demandada y codemandada cuando señalan que las previsiones del artículo 4 y del Anexo II, letra a), de la Orden ETU/1977/2016, en lo que se refiere al reconocimiento a Escal UGS S.A de una participación en el déficit acumulado a 31 de diciembre de 2014, traen causa de devengos previos y ajenos a las previsiones del Real Decreto-ley 13/2014, devengos que no se vieron afectados por la entrada en vigor de dicha norma ni por su ulterior declaración de inconstitucionalidad.

Sucede que ya mediante resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 16 de julio de 2010 se había reconocido este derecho a Escal UGS S.A, al amparo de la redacción entonces vigente del artículo 6.2 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, en el que se establecía que "podrá fijarse un régimen retributivo provisional, a petición del titular de la concesión de explotación del almacenamiento, para el periodo comprendido entre la fecha de entrada en vigor de la misma y la fecha del acta de puesta en marcha de las instalaciones o, en su caso, la solicitud de extinción de la concesión de explotación de almacenamiento". Más aun, el artículo 14 del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que modificó el régimen retributivo de los almacenamientos subterráneos de gas natural, señalaba en su apartado 4, tras referirse al acta de puesta en servicio provisional, que "a partir del día siguiente al de la eficacia de dicha acta provisional y previa solicitud de los promotores, podrá abonarse a cuenta la retribución definitiva", señalando que "tendrá consideración de transitoria hasta la emisión del acta de puesta en servicio definitiva, de forma que los importes abonados no se considerarán firmes hasta la emisión de dicho acta". En fin, el acta de puesta en servicio provisional de Castor fue otorgada el 5 de julio de 2012 (así lo admite la propia actora en la página 29 de la demanda); y como vino a señalar la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 13/2014, dicha acta provisional "...además de habilitar para la inyección del gas colchón establece el inicio del devengo de la retribución regulada de la instalación".



Por tanto, Escal UGS S.A. ya era, con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 13/2014, perceptora de retribución regulada y, como tal, sujeto del sistema de liquidaciones, habiendo devengado primero el derecho a la percepción de la retribución provisional y luego de la retribución definitiva a cuenta. Y no perdió esta condición como consecuencia de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley: así, como se expresa en su exposición de motivos, a la hora de calcular el importe reconocido como valor neto de la inversión se había descontado "la retribución provisional ya abonada de 110.691,36 miles de euros" (entendiendo por tal, como detalla el apartado 4.5 de la Memoria del Real Decreto-ley 13/2014, la retribución provisional que fue abonada en los ejercicios 2009 a 2011 en virtud de la resolución de 16 de julio de 2010); pero tal descuento no comprendía los derechos retributivos devengados desde el ejercicio 2012 y, particularmente, desde el acta de puesta en servicio provisional hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2014, razón por la que el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 13/2014 señalaba que la cantidad así reconocida como valor neto de inversión "se entenderá sin perjuicio de los derechos retributivos devengados por Escal UGS S.L en el periodo comprendido entre el acta de puesta en servicio provisional y la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley que comprenderán una retribución financiera, el abono los costes de operación y mantenimiento incurridos e incluidos los costes de mantenimiento desde la suspensión de la operación, en los términos actualmente establecidos en la Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre y demás normativa de aplicación."

Vemos así que Escal UGS S.A. era sujeto del sistema de liquidaciones con anterioridad al Real Decreto-ley 13/2014. Y, al propio tiempo, el nuevo régimen jurídico y económico establecido en dicho Real Decreto-ley no sustituía ni anulaba los derechos retributivos que correspondían a Escal en concepto de retribución financiera y costes de operación y mantenimiento desde la fecha del acta de puesta en servicio provisional hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2014; derechos económicos estos que, por tanto, se incluían entre los integrantes del déficit del sistema acumulado a 31 de diciembre de 2014.

DECIMOTERCERO.- 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 un acto administrativo como es la Liquidación Definitiva de 2014. Tras esa cuantificación, la Administración reafirmó el importe en otro acto posterior, la Orden 1977/2016, que concretó el importe adeudado a la empresa concreta y las anualidades en que se abonaría. Después de todo ello, el titular de la deuda, Escal, decidió celebrar un negocio jurídico con un tercero sobre ese título de crédito, de modo que ese tercero, el BANCO SANTANDER, adquirió el Derecho de Cobro a cambio del pago de una cantidad equivalente al principal. La CNMC acepta que esta transacción fue válida y surtió efectos entre las partes (hasta que se previó normativamente la posibilidad de hacer la cesión oponible al sistema gasista). 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.

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 1.08 Cc), reproche que en absoluto puede realizarse ni a BANCO SANTANDER ni 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.- Se impugna también la resolución de la CNMC de 25 de julio de 2019, por la que, en lo que aquí interesa, se acuerda "no tener por comunicada, a los efectos del artículo 1.527 del Código Civil ni a los efectos previstos en el artículo 10 de la Orden TEC/1367/2018, de 20 de diciembre, la cesión del derecho de cobro comunicada por ESCAL UGS, S.L., como cedente, y BANCO SANTANDER, S.A, como cesionario, por el Déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014, en lo que respecta a la retribución financiera reconocida a ESCAL UGS, S.L."

Tal como acepta la demandante, el éxito de la impugnación de la limitación de la cesión excluyendo la retribución financiera, es ancilar al éxito o fracaso de la revisión de oficio que afecta a este concepto. De ahí que, rechazada la impugnación de la revisión de oficio, decae también la impugnación de la resolución de la que ahora tratamos.

Con independencia de lo anterior, en la demanda se esgrime un motivo autónomo de impugnación de esta segunda resolución articulado en dos apartados. A saber, que el derecho de la demandante, en cuanto cesionaria del Derecho de Cobro fue creado por la Orden 1977/2016, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66.a) *in fine* de la Ley 18/2014. De manera que este Derecho de Cobro se configura como autónomo respecto de los derechos de crédito que los sujetos del sistema de liquidaciones tenían previamente frente al sistema gasista. Este derecho de cobro que ostenta la demandante-cesionaria sería independiente de las vicisitudes de los derechos que le dan origen y habría nacido antes incluso de la revisión de oficio de las liquidaciones, tal como, por lo demás, se desprendería de la propia resolución impugnada en cuanto reconoce los efectos de la cesión de derechos a partir del día de su comunicación a la CNMC.

Pues bien, tal alegación no puede prosperar. En primer término porque el Derecho de Cobro que es objeto de cesión no es sino la cantidad pendiente de abono por el sistema gasista a 31 de diciembre de 2014, concretado en la liquidación definitiva correspondiente a ese año. Que ese derecho de cobro se cuantifique mediante la Orden 1977/2016 para ser objeto de una consideración jurídica global no lo desconecta causalmente de las distintas partidas que lo componen, de manera que las vicisitudes de los derechos integrados en el Derecho de Cobro incidirán en su cuantificación. No existe base alguna para sostener que se haya producido una novación objetiva de los derechos de ESCAL frente al sistema de liquidaciones mediante su extinción y correlativo nacimiento de un Derecho de Cobro abstracto e independiente: no lo es que la cuantificación del déficit del sistema dé lugar a un derecho de cobro con un plazo de satisfacción de quince años; ni que devengue intereses; ni que se le reconozca prioridad de cobro. Se trata simplemente de una previsión que permita a las entidades acreedoras del sistema ceder el conjunto de sus derechos originados por el déficit y, en definitiva, hacer de él objeto de tráfico jurídico.

De otra parte, la demandante afirma que por su cualidad de cesionario tiene una posición de tercero inmune a las vicisitudes del crédito cedido, orillando que el principio general es precisamente el contrario. Así se desprende del art. 1.529 CC, el cual, al regular la cesión de créditos, dispone que "el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia



fuese anterior y pública". Si el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito cedido es porque el cesionario no es inmune a ello.

En definitiva, el Derecho de Cobro objeto de la cesión no es sino una fórmula de agrupación del "la cantidad correspondiente al déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014" - art. 66.a) Ley 18/2014- que se determina en la liquidación definitiva de 2014, para su cobro durante quince años, con posibilidad de ser cedido en su conjunto como modo de financiación de sus titulares, pero que no hace perder sustantividad propia a las distintas partidas que se integran en el referido Derecho de Cobro.

DECMOSEXTO.- Todo lo anterior conduce a la desestimación del recurso, bien entendido que la conformidad a Derecho de los acuerdos impugnados se ciñe a la anulación de la concreta cuantificación de la "retribución financiera" a partir del "valor neto de la inversión" fijado en el art. 4 del Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, declarado inconstitucional por la STC 152/2017, de 21 de diciembre.

DECIMOSEPTIMO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la parte demandante.

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

FALLAMOS

DESESTIMAMOS, con el alcance fijado en el penúltimo fundamento jurídico, el recurso contencioso-administrativo **núm. 792/2019**, interpuesto por la Procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre de **BANCO SANTANDER**, contra la Resolución de la CNMC, de 5 de julio de 2019, por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de liquidaciones definitivas de las actividades reguladas del sector del gas natural con relación a los pagos efectuados a ESCAL UGS, S.L. relativos al almacenamiento subterráneo Castor (R/075/18); y contra la Resolución de la CNMC, de 25 de julio de 2019, sobre la cesión de derechos de cobro del déficit acumulado del sistema gasista a 31 de diciembre de 2014 de ESCAL UGS, S.L. (CDC/DE/007/17).

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.