

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 933/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1991/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente

D. Eduardo Espín Templado

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 27 de julio de 2016.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 1/933/2014, interpuesto por Ham Criogénica, S.L., representada por el procurador D. David García Riquelme y bajo la dirección letrada de D.^a Blanca Manzanares Martín y de D. Alfredo Hernández Pardo, contra la Orden IET/2446/2013, de 27 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. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado; Enagás Transporte del Norte, S.L., representada por la procuradora D.^a Pilar Iribarren Cavalle; Naturgás Energía Comercializadora, S.A.U.,

representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia; Fertiberia, S.A., representada por la procuradora D.ª Amparo Naharro Calderón, y Madrileña Red de Gas, S.A., representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de febrero de 2014 la representación procesal de la demandante ha interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/2446/2013, de 27 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, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 30 de diciembre de 2013.

Turnado el recurso a la Sección Cuarta de la mencionada Sala, se ha admitido a trámite el recurso por decreto del Secretario de la misma de 13 de marzo de 2014 y a continuación, previa audiencia de las partes y del Ministerio fiscal, en fecha 24 de abril de 2014 ha dictado auto declarando su incompetencia y inhibiéndose en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ordenando remitir lo actuado a ésta.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, se ha tramitado la cuestión de competencia número 31/2014, finalizando ésta por auto de 23 de octubre de 2014 que declara la competencia de la Sala para conocer del recurso, a cuya Sección Tercera se remiten las actuaciones para su tramitación.

TERCERO.- Tras convalidarse las actuaciones, se ha concedido plazo a la parte actora, con entrega del expediente administrativo recibido, para formular

la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se anule y deje sin efecto la Orden ministerial recurrida en su integridad o, subsidiariamente, declare la nulidad radical de su artículo 5. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, exponiendo los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios probatorios de que intentaría valerse.

CUARTO.- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se resuelva el proceso por sentencia que desestime el recurso, con costas. Por otrosí expone que debe estimarse como indeterminada la cuantía del recurso y manifiesta su oposición al recibimiento a prueba solicitado de contrario; además, dice que no se opone a la realización de conclusiones por escrito.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, sin que ninguno de ellos haya cumplimentado el trámite, por lo que se ha tenido por caducado.

QUINTO.- En decreto de 17 de junio de 2015 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose a continuación auto de 25 del mismo mes acordando el recibimiento a prueba del mismo y admitiendo los medios probatorios pertinentes, procediéndose seguidamente a la práctica de las pruebas admitidas, con ratificación por el perito del dictamen aportado por la actora con el escrito de demanda.

SEXTO.- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de las codemandadas, declarándose a

continuación conclusas las actuaciones por resolución de 2 de noviembre de 2015.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 30 de mayo de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de julio de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planeamiento del recurso.

La sociedad mercantil Ham Criogénica, S.L, impugna la Orden IET/2446/2014, de 27 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.

Solicita que se declare la nulidad de la disposición impugnada o, subsidiariamente, la del artículo 5 de la misma.

La sociedad actora funda su impugnación en la omisión del dictamen del Consejo de Estado sobre la Orden impugnada y, en su defecto, sobre el artículo 5 de la misma. Además, aduce la concurrencia de los siguientes defectos legales que, en su opinión, invalidan el artículo 5 de la Orden: a) exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Ministerio de Industria; b) infracción de la reserva de ley; c) falta de motivación; d) infracción de la Ley del Sector de Hidrocarburos por imponer una obligación de gasto no prevista por la ley; e) discriminación respecto a los afectados con una distancia superior a los 2 kilómetros de la planta de suministro; y f) arbitrariedad en la distancia establecida para la imposición de las limitaciones impugnadas.

SEGUNDO.- Sobre la omisión del dictamen del Consejo de Estado.

Los dos primeros motivos pueden ser examinados conjuntamente, puesto que ambos se basan en la omisión del dictamen del Consejo de Estado, bien en relación con la Orden en su totalidad, bien en relación con su artículo 5. Los motivos han de ser rechazados.

En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho en relación con las órdenes de fijación de peajes, tanto para el sector eléctrico como para el de hidrocarburos, que se trata de disposiciones que carecen de contenido normativo que vaya a quedar incorporado con carácter estable al ordenamiento jurídico, pues su contenido propio es el de fijación de valores concretos para un período de tiempo en aplicación de la metodología establecida en normas sustantivas. Así las cosas, las órdenes de peajes no constituyen reglamentos de ejecución de leyes que requieran dictamen del alto órgano consultivo, puesto que son más bien actos de ejecución de los mismos.

En la medida en que la orden de peajes no requiere dicho informe, tampoco puede predicarse dicha necesidad de un concreto precepto de la misma, al menos no en tanto que dicho precepto se mantenga dentro del contenido propio de la disposición en cuestión. De esta manera, si con la necesaria habilitación una orden de peajes incluye un contenido regulatorio que se incorpora de manera estable al ordenamiento jurídico, habría que valorar si ese contenido es por sí mismo determinante de la obligación de ser informado por el Consejo de Estado. Pero en todo caso, tal contenido no sería una regulación típica de una orden de peajes, y habría de contar, tal como se ha indicado, de la preceptiva habilitación.

En el caso de autos, la cuestión se plantea respecto al artículo 5 de la Orden impugnada, que constituye en realidad, tal como expresamente afirma la empresa recurrente, el auténtico objeto de la litis. Ahora bien, para valorar si el artículo 5 de la Orden hacía necesario por sí solo que la misma fuera sometida a informe por el Consejo de Estado resulta necesario examinar el contenido del citado precepto, tanto para comprobar si es propio de una orden de peajes como para valorar si hubiera determinado la necesaria intervención

del Consejo de Estado, lo que vemos en el siguiente fundamento de derecho. En principio y tratándose de una Orden de peajes, no puede afirmarse que la misma resulte inválida por no haber sido sometida al informe del Consejo de Estado en relación con el artículo 5 de la misma.

TERCERO.- Sobre la alegación relativa al exceso en la potestad reglamentaria.

La primera de las infracciones de legalidad que enumera la sociedad actora en el tercer fundamento de su demanda es el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al utilizar la habilitación contenida en el artículo 92.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que comprende la fijación de los peajes y resto de los costes del sistema, para imponer una serie de obligaciones a los particulares que excede el alcance de dicha habilitación. Tiene razón la recurrente y ha de estimarse esta queja.

Tal como explica el preámbulo de la Orden impugnada, el artículo 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en la redacción que dio a dicho precepto el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo) atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la elaboración de la metodología para el cálculo de peajes y cánones de los servicios básicos de acceso, transporte y distribución, regasificación y almacenamiento y carga de cisternas. Transitoriamente y hasta que la citada Comisión establezca la citada metodología, son de aplicación los criterios recogidos en la propia Ley 34/1998 y lo dispuesto en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, que recoge en su artículo 25 los criterios para la determinación de tarifas, peajes y cánones, así como los objetivos de los mismos.

Pues bien, en el marco de dicha metodología, y esto es lo que aquí resulta determinante, tanto la Ley 34/1998 (artículo 92.4, segundo párrafo), como el Real Decreto 949/2001, que regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural (artículo 25.1), atribuyen al Ministro de Industria, Energía

y Turismo la fijación anual de los peajes y cánones del sistema. Así, el artículo 92.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos estipula

"4. La Comisión Nacional de Energía establecerá las metodologías para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso: transporte y distribución, regasificación, almacenamiento y carga de cisternas dentro del marco retributivo y tarifario definido en la presente Ley y su normativa de desarrollo.

El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, aprobará los valores de dichos peajes de acuerdo con la metodología establecida por la Comisión Nacional de Energía y el resto de costes del sistema que sean de aplicación."

Por su parte el artículo 25.1 del Real Decreto 949/2001 dispone:

"1. El Ministro de Economía, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de las tarifas de venta de gas natural, los precios de cesión de gas natural para los distribuidores, y de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros.

Las Órdenes ministeriales establecerán los valores concretos de dichas tarifas y precios, o un sistema de determinación y actualización automático de los mismos. Asimismo, para los peajes y cánones, se establecerán los valores concretos o un sistema de determinación de los mismos y se modificarán anualmente o en los casos en que se produzcan causas que incidan en el sistema que así lo aconsejen."

En definitiva, existe una habilitación legal, reiterada luego por el Reglamento que por el momento desarrolla la metodología para la fijación de peajes y cánones, para que el Ministro de Economía (remisión hoy día aplicable al Ministro de Industria, Energía y Turismo), mediante Orden y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dicte las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros, así como de otros valores y precios del sistema gasista.

Pues bien, la Orden impugnada da cumplimiento a esta habilitación y, de conformidad con el objeto que define su artículo 1, determina los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir del 1 de enero de 2014, además de otros valores retributivos.

Ahora bien, tal como denuncia la sociedad recurrente, el contenido del artículo 5 no tiene que ver propiamente con el objeto de la Orden definido en su artículo 1 ni con la habilitación que hemos reproducido de los artículos 92.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y del artículo 25.1 del Real Decreto 949/2001. El citado precepto establece lo siguiente:

"Artículo 5. Contratación de capacidad de carga de GNL con destino a plantas satélites

1. A efectos de la contratación de nueva capacidad o ampliación de la capacidad ya contratada para la carga de cisternas de gas natural licuado (GNL) destinadas a plantas satélites, los usuarios deberán acreditar al titular de la planta de regasificación que no existe una red de transporte o distribución de gas natural próxima al punto de consumo susceptibles de alimentarlo. Para ello, los usuarios deberán acreditar que no existe ninguna red de transporte o distribución en un radio inferior a 2.000 m desde el punto de consumo. Todas las instalaciones de consumo que dispongan de conexión con la red de transporte o distribución se deberán alimentar desde la misma en un plazo no superior a dos meses desde la entrada en vigor de la presente orden.

2. Esta limitación se aplicará de forma individualizada a cada punto de suministro, y en consecuencia la contratación de capacidad de carga de cisternas en una planta de regasificación por parte de un comercializador requerirá verificar el cumplimiento del requisito establecido de distancia de forma particular para cada punto de consumo. A estos efectos no se considerarán como incrementos de capacidad la contratación de capacidad destinada a suministrar a clientes que hayan cambiado de comercializador, siempre que dichos clientes no amplíen la capacidad contratada.

3. No se aplicará la limitación anterior si entre el punto de consumo y el punto de consumo la inversión necesaria para realizar la conexión tuviera un coste superior a cinco veces el valor resultante de la aplicación de los valores unitarios en vigor. En el caso de que la conexión se realice mediante un gasoducto a presión inferior a 16 bares se aplicarán los valores correspondientes a los gasoductos secundarios. Este coste de la conexión deberá acreditarse al titular de la planta mediante el correspondiente presupuesto elaborado por el titular de la red más próxima al consumidor.

4. En el caso de que existiese una red en una distancia inferior a 2 km del consumidor, y esta no contase con la capacidad suficiente para hacer efectivo el suministro, la limitación anterior solo será de aplicación cuando se disponga de la capacidad necesaria.

5. Con el objeto de facilitar la conexión a la red de nuevos clientes, se admitirá temporalmente la contratación de carga de cisternas de GNL a clientes que dispongan de conexión en un radio de 2 km siempre que se verifiquen las siguientes condiciones:

a) El cliente ha de haber solicitado la conexión por escrito al transportista o al distribuidor titular de la red.

b) El distribuidor o transportista habrá de haber aceptado la petición de conexión, y habrá de haber enviado el presupuesto de la instalación correspondiente que deberá haber sido aceptado y firmada por el cliente.

6. Este suministro temporal de GNL finalizará en el plazo de menor de los siguientes:

a) Cuando el distribuidor o transportista finalice y ponga en servicio la instalación de conexión.

b) Cuando hayan pasado dos años desde la aceptación del presupuesto, salvo retraso justificado ante la Dirección General de Política Energética y Minas.

7. Las instalaciones de suministro de gas o gas natural licuado (GNL) a vehículos y/o buques quedan excluidas de lo dispuesto en el presente artículo."

Como puede comprobarse de su tenor, el precepto no se refiere a los peajes, sino que establece una serie de limitaciones y condiciones para contratar carga de cisternas de gas natural licuado con destino a plantas satélite, de forma que para contratar nueva capacidad de carga o ampliar la existente mediante transporte terrestre los sujetos interesados deben acreditar que no existe ninguna red de transporte o distribución de gas natural en un radio inferior a 2.000 metros desde el punto de consumo. Esto es, si existe red de transporte o distribución a menos de dicha distancia de la planta satélite han de obtener ese gas mediante un oleoducto (dentro de ciertas condiciones estipuladas en el precepto), lo que sin duda supone la imposición de un coste (la construcción del oleoducto) en vez del transporte por carretera mediante cisternas.

Ha de señalarse que el fundamento de dicha limitación es tanto optimizar el uso de la red de transporte y distribución como minorar los riesgos de seguridad asociados al transporte de gas por carretera, así como que dicha previsión no es una novedad, sino que estaba ya contemplada (aunque con menor detalle) en la Orden IET/2812/2012, de 27 de diciembre (artículo 4), ahora derogada por la disposición impugnada.

Pues bien, tal regulación, que supone una limitación a las condiciones de acceso a las instalaciones gasistas, a más de suponer la imposición de una determinada inversión en una infraestructura necesaria para conectar la planta de regasificación con la planta satélite, excede manifiestamente la habilitación legal al Ministro para la fijación de peajes y cánones y otros valores retributivos en la que se apoya la Orden.

Por otra parte, el apartado 5 del mismo artículo 92 de la Ley del Sector de Hidrocarburos atribuye al Gobierno el establecimiento de la estructura y condiciones de aplicación de los peajes y cánones de acceso a las instalaciones gasistas. Pues bien, la previsión de la referida limitación contemplada en el artículo 5 de la Orden recurrida viene a ser el establecimiento de una condición de aplicación de peajes y cánones, puesto que se incide en el acceso a la red de gas mediante la imposición de una

condición para tener derecho a contratar carga de gas desde una planta de regasificación. Y tal regulación corresponde al Gobierno, según establece el citado precepto, y no al Ministro mediante Orden.

Lo anterior es suficiente para estimar la alegación y anular el artículo 5, que excede, tal como denuncia la actora, la habilitación reglamentaria del artículo 92.4, segundo párrafo, de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Una tal regulación debe estar en un reglamento de desarrollo de la Ley elaborado por el Gobierno como lo es actualmente el Real Decreto 949/2001, lo que a su vez implicaría el sometimiento de dicha regulación al dictamen del Consejo de Estado. En el supuesto presente esto no deja de ser, sin embargo, una consecuencia derivada de lo dicho en cuanto al exceso en el uso de una habilitación reglamentaria, sin que suponga pronunciarse o afirmar que una medida como la del artículo 5 que anulamos pudiera suponer por sí misma la necesaria intervención del Consejo de Estado. Por otra parte, debemos añadir que no empece a la anterior conclusión que la Orden IET/2812/2012 hubiese aprobado en su momento una regulación semejante.

La estimación de la queja respecto al artículo 5, por exceso en el uso de la potestad reglamentario por parte del Ministro responsable de la Orden, lo que constituye la razón de la impugnación de la Orden, nos exime de examinar el resto de alegaciones sobre dicho precepto.

CUARTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, procede estimar en parte el recurso entablado por Ham Criogénica, S.L. contra la Orden IET/2446/2013 y anular su artículo 5 por exceso en el uso de la potestad reglamentaria al exceder dicho precepto la habilitación en virtud de la que se dicta la Orden.

No procede la imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Ham Criogénica, S.L. contrala Orden IET/2446/2013, de 27 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.

2. Anular el artículo 5 de la citada Orden.

3. No imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

4. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro José Yagüe Gil.-Eduardo Espín Templado.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-José María del Riego Valledor.-Diego Córdoba Castroverde.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

