



Roj: **SAN 5161/2013 - ECLI: ES:AN:2013:5161**

Id Cendoj: **28079230042013100429**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/12/2013**

Nº de Recurso: **2587/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil trece.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número **2587/2012**, interpuesto por **GAS NATURAL SUR SDG, S.A**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza contra resolución de **La Comisión Nacional de la Energía**; habiendo sido parte en las presentes actuaciones, además del actor, la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, **E.ON COMERCIALIZADORA DE ULTIMO RECURSO, S.L.**, representada por la Procuradora **D^a M^a Jesús Gutiérrez Aceves y HC- NATURGAS COMERCIALIZADORA ULTIMO RECURSO S.A**. representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso jurisdiccional contra la resolución de 29 de noviembre de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de Energía (en adelante, CNE) por la que se inadmite el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 29 de septiembre de 2011 sobre contestación a la consulta de un particular.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo; una vez recibido, se confirió traslado del mismo a la parte demandante para que en el plazo legal formulase Demanda.

TERCERO.- La parte actora basa sus pretensiones, en síntesis, en los razonamientos:

1º Mediante la carta de 3 de octubre de 2011 la CNE le comunicó el criterio para interpretar el artículo 21 y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes de mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica. Tal criterio procede de la decisión del Consejo de la CNE de 29 de septiembre de 2011 en el que se contesta a la consulta de un particular.

2º No niega que la CNE pueda contestar a consultas de particulares, sino que al contestarlas acuerde cómo debe interpretarse una Orden Ministerial. Por tanto, lo que no puede hacer es remitir una comunicación a todas las Comercializadoras de Último Recurso (en adelante, CUR) indicándolas cómo deben declarar los recargos a los que se refieren los preceptos antes indicados de la Orden ITC/1659/2009, estableciendo además que lo contrario se tendrá como incumplimiento de una obligación de derecho público sujeta a las facultades de inspección y sanción por parte de la CNE.

3º El RD 1339/1999, de 31 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE en su artículo 4 atribuye a la CNE las funciones previstas en la Disposición Adicional Undécima.3º de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LSH), y en el punto 7 se le atribuye la función de dictar circulares de desarrollo y ejecución de normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la normativa energética. Tras la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, no se ha añadido a esa Disposición Adicional título competencial alguno a la CNE para dictar el acto como el que trae causa del presente recurso, lo que se



confirma tras el nuevo apartado 6 de la Disposición Adicional Undécima.3º introducido por el RD-ley 13/2012, de 30 de marzo .

4º La Orden ITC/1659/2009 no habilita a la CNE para que dicte una Circular de desarrollo y ejecución de dicha norma, por lo que, ni aún el supuesto de que el Consejo de la CNE hubiera dictado el acto que trae causa del presente recurso en forma de Circular, hubiera estado habilitado para ello.

5º A tenor del artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, el acto impugnado es nulo de pleno derecho por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

6º En cuanto a que la resolución recurrida no sea recurrible no constituir ni una disposición ni un acto administrativo, alega que es un acto administrativo, que además produce un perjuicio a la actora pues más que contestar a una consulta, expresando la opinión e interpretación que da la CNE, se erige en un acuerdo de obligado cumplimiento remitir una comunicación a todas las CUR indicando, en base a dicha interpretación, cómo deben declarar los recargos, con las advertencias antes indicadas.

7º En cuanto a la interpretación del artículo 21 y de la Disposición Transitoria 4ª de la Orden ITC/1559/2009 en sí, la CNE entiende que debe hacerse sobre la base de los artículos 18 y 19 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) y del artículo 4 del RD 2017/1997, de 26 de diciembre . Por tanto, los recargos en cuestión han de ser facturados a efectos de la liquidación de las actividades reguladas del RD 2017/1997.

8º Alega la actora que frente a ese criterio debe prevalecer el principio de especialidad de las normas, luego estar a la literalidad del artículo 21 y de la Disposición Transitoria 4ª de la Orden ITC/1659/2009, como norma más específica que el RD 2017/1997 , aparte de que el obligado a liquidar es el distribuidor y no el CUR.

9º Según tales preceptos los abonos que debe realizar el CUR al distribuidor por los ingresos obtenidos por recargos aplicados a la tarifa de último recurso en virtud del artículo 21.2 y de la Disposición Transitoria 4ª solo proceden en el caso de que se hayan recibido tales ingresos, luego cuando se hayan cobrado del cliente final.

10º Tras la cita del artículo 21.3 concluye que de ser otra la voluntad del legislador, la norma hubiera remitido a los artículos que menciona la CNE o hubiera dispuesto claramente que «... en un plazo no superior a 10 días desde que se hubiesen facturado », no siendo tan claro al especificar «... desde que tales ingresos se produzcan », o lo que es lo mismo los diez siguientes a que el comercializador de último recurso haya cobrado del cliente final esas cantidades a liquidar a la distribuidora.

11º Cuestión es cómo debe liquidar esos ingresos la distribuidora, lo que queda al margen del presente proceso.

CUARTO.- Conforme a tales fundamentos, es pretensión de la demandante que se estime el recurso declarando la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado en su día por falta de competencia de la CNE en dicha materia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992 .

QUINTO.- Conferido traslado al Abogado del Estado fundó su pretensión desestimatoria en lo siguiente:

1º Invoca la causa de inadmisibilidad del artículo 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) en relación con el artículo 25.1 pues la resolución de la CNE expresa su forma de interpretar ciertas normas pero sin plasmarla en una actuación formal, es más, la resolución combatida se emitió en contestación a la consulta de un particular y se dirigió a la demandante a efectos informativos. A estos efectos invoca la doctrina del Tribunal Supremo respecto de respuesta a consultas, que se configuran como trámites informativos y carecen de la entidad para vincular a la Administración, sin conferir derechos.

2º Esta Sala y Sección dictó Sentencia de 4 de julio de 2012 (recurso 1109/2011), en el que se estimó la causa de inadmisibilidad planteada por la Abogacía del Estado en un recurso idéntico al de autos.

3º En cuanto al fondo del asunto, lo planteado es si el recargo sobre la Tarifa de Último Recurso (en adelante, TUR) que debe recaudar los CURs de los clientes sin derecho a TUR, temporalmente suministrados por un CUR, debe pagarse por dichos CURs a los distribuidores con independencia de que los CURs perciban o no el pago de tal recargo del cliente final al que suministran.

4º Los CURs siguen el criterio del cobro por el que el recargo sólo debe pagarse al distribuidor si se cobra del cliente, mientras que la CNE sigue el criterio de facturación, de forma que el recargo, como ingreso liquidable, debe pagarlo los CURs a los distribuidores desde que se facture, con independencia de su cobro, regla aplicable a todo ingreso liquidable, luego al recargo.



5º Desde que entró en funcionamiento el suministro de último recurso los distribuidores dejaron de suministrar a los consumidores, asumiendo dicha actividad los comercializadores. Hay consumidores con derecho al suministro de último recurso que realizan los CURs al precio regulado que supone la TUR, fuera de lo cual el suministro se realiza a mercado libre.

6º En el caso de que haya consumidores sin derecho a TUR que tengan suministrados temporal por un CUR, ése debe aplicar a esos consumidores un recargo sobre la TUR que incentive su paso al mercado libre al no tener derecho a TUR. Este recargo se regula en las normas a las que este pleito se refiere de la Orden ITC/1659/2009

7º Se está ante un ingreso liquidable por las normas interpretadas forman parte del sistema de liquidaciones de ingresos y costes regulados que establece el RD 2017/1997. Tal recargo debe declararse por los distribuidores en el sistema de liquidaciones regulado en esa norma.

8º Los CURs tienen una obligación de derecho público consistente en la recaudación del ingreso regulado correspondiente al 20% de recargo sobre la tarifa TUR a clientes no-TUR a los que temporalmente suministren y abonarlo al distribuidor tales ingresos regulados según el criterio de facturación luego su incumplimiento supondría incurrir en la infracción del artículo 61.a).20 LSE .

9º La interpretación de la demandante implicaría de que el carácter de ingresos liquidables dependería de que los consumidores o comercializadores decidieran pagar o no.

SEXTO.- No habiendo contestado a la demanda los codemandados, ni pedido el recibimiento a prueba del pleito y fijada la cuantía del presente pleito como indeterminada, tras formular escritos de conclusiones, se acordó señalar para votación y fallo el día 27 de noviembre de 2013, en el que tuvo lugar a las 10,30 horas.

SÉPTIMO.- Que en la tramitación de la presente causa se ha observado las prescripciones legales previstas en la LJCA y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, Presidente de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala conforme a los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Plantea la Abogacía del Estado la causa de inadmisibilidad del artículo 69.c) de la LJCA en relación con el artículo 25.1 de la misma. Entiende que el acto impugnado es irrecurrible tal y como ya apreció esta Sala y Sección en Sentencia de 4 de julio de 2012 (recurso 1109/2011), recurso en el que también la allí recurrente -ENDESA ENERGÍA XXI- había recibido la comunicación de 3 de octubre de 2011.

SEGUNDO.- Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Tercero.1º, mediante tal escrito se comunica a las mercantiles afectadas el acuerdo del Consejo de la CNE de 29 de septiembre de 2011, acto originario también impugnado en autos, que se dicta a raíz de la consulta hecha por el Director de Suministro de Último Recurso de IBERDROLA, IBERCUR.

TERCERO.- A diferencia del recurso que citado como precedente, la ahora demandante ha impugnado en reposición el acuerdo de 29 de septiembre de 2011, recurso que es inadmitido CNE por la resolución de 29 de noviembre de 2011 también impugnada en autos. La consecuencia es, por tanto y a diferencia de ese otro procedimiento, que lo ahora impugnado no es directamente el acuerdo de 29 de septiembre -a través de la comunicación de 3 de octubre de 2011- sino el acto de inadmisión del recurso de reposición.

CUARTO.- Lo dicho implica que el enjuiciamiento se traslade de la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del artículo 69.c) LJCA en relación con su artículo 25, a la aplicación del artículo 107 de la Ley 30/1992 por la CNE y del criterio según el cual la contestación a una consulta o un informe de contestación no es un acto administrativo recurrible. Según la CNE con tal tipo de actos, lejos de producirse un perjuicio a los particulares, se interpreta el derecho positivo en su beneficio y desde el principio de colaboración. Según la CNE sí serán impugnables los actos que apliquen el criterio recogido en la consulta.

QUINTO.- La CNE al inadmitir el recurso de reposición invoca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 2ª, de 10 de febrero de 2001 (recurso 7957/1995) referida a la impugnación de una consulta tributaria y que declara que esa contestación responde al deber general de información y asistencia a los contribuyentes, correlativo al derecho de estos a ser informado y asistido. Rechaza así que se trate tanto de una disposición reglamentaria como de un acto administrativo pues, en este caso, no emana del ejercicio de una potestad ni reglamentaria ni interpretativa, sino de ese deber general de información y asistencia a los contribuyentes.

SEXTO.- Ya se trate de la inadmisión del recurso de reposición como contencioso-administrativo , hay una comunidad de fundamentos entre ambas causas de inadmisión. En esa Sentencia la Sala también se remitía a la reiterada la jurisprudencia que considera que las contestaciones a las consultas hecha a la Administración



no son actos fiscalizables jurisdiccionalmente pues en ellos no hay voluntad decisoria de la Administración, sino que se informa según la consulta formulada y concluía con la cita de la Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso 7181/1997).

SÉPTIMO.- La Sala se aparta ahora de ese criterio sin incurrir en arbitrariedad contraria al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley pues se hace razonadamente, lo que permite una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vgr. Sentencia, Sala 3ª, Sección 4ª, de 23 de julio de 2012, recurso 3763/2011). La razón es que el informe de 29 de septiembre de 2011 responde a una consulta, cierto, pero además acuerda « remitir a todos los CURs oficio en el que se clarifique que es el criterio de facturación el que debiera emplearse...» a los efectos de la facturación. Ese oficio clarificador es el escrito de 3 de octubre de 2011 en el que, sobre la base de ese informe de 29 de septiembre de 2011, se acuerda "poner en conocimiento" de todos los CURs una interpretación y les advierte que si facturan de forma contraria incumplirían una obligación de derecho público susceptible de inspección y sanción.

OCTAVO.- Lo que para IBERCUR sería la respuesta a su consulta, para el resto de los CURs es más bien un acuerdo que presenta los caracteres propios de una suerte de orden comunicada, circular o instrucción pero no de servicio, pues no surte efectos en un ámbito doméstico o interno sino externo, en un ámbito sujeto a una relación de sujeción especial. En definitiva, impone una obligación de hacer, luego se adentra en la esfera de intereses jurídicos de los destinatarios con tal fuerza que su desconocimiento puede ser objeto de inspección y sanción, con lo que para esos terceros distintos de la consultante ya no se está en el ámbito de la mera información y asistencia al ciudadano.

NOVENO.- Por razón de lo dicho se desestima la causa de inadmisibilidad invocada por la Abogacía del Estado pues lo primeramente juzgado es la resolución de 29 de noviembre de 2011 que inadmite el recurso de reposición, resolución que sí es enjuiciable pues se trata de enjuiciar si tal inadmisión administrativa es o no conforme a Derecho. De esta manera se entra a enjuiciar las pretensiones de la demandante en cuanto al fondo, comenzando por la nulidad del pleno Derecho del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 y que se basa en la incompetencia de la CNE no para evacuar consultas, sino para interpretar normas mediante una circular de desarrollo.

DÉCIMO.- La CNE no es el interprete auténtico de las disposiciones generales que emanen del órgano de la Administración Central del Estado al que se adscribe -el Ministerio de Industria-, pero como organismo regulador sí que puede sustentar criterios interpretativos plasmados en actos sujetos control jurisdiccional. Lo relevante no es la materia sino la potestad pues la tiene para dictar dos tipos de circulares: las previstas en la función 1.Séptima del apartado Tercero de la Disposición Undécima de la LSH -de desarrollo de disposiciones generales- y las circulares informativas de la función Cuarta del apartado Tercero que, por cierto, sí son recurribles (cf. último párrafo de la Disposición Undécima).

UNDÉCIMO.- Para que sean de la primera clase -circulares de desarrollo- se exige la expresa habilitación de las disposiciones reglamentarias que desarrolle y ejecute, lo que no ocurre en el caso de autos (cf. Disposición Final Tercera de la Orden ITC/1659/2009), aparte de que al participar tal tipo de circulares de una naturaleza normativa hubiera tenido que atenerse para su dictado al procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Pero tampoco cabe identificarlas con las de la segunda clase pues, por razón de su contenido, la CNE no se dirigió a los CURs reclamando información sino marcando e imponiendo un criterio interpretativo.

DUODÉCIMO.- Así las cosas hay que concluir que la CNE no está apoderada para dictar un acuerdo que reviste los caracteres de instrucción, circular u orden comunicada, sin que la Sala admita la posibilidad de una potestad implícita. Debe recordarse que la CNE, como Administración que es, está sujeta al principio de la vinculación positiva, principio que está en la base del principio de legalidad (cf. artículos 9.1 , 97 , 103.1 y 106.1 de la Constitución) y supone que actúa en la medida que una norma le apodere para hacerlo, esto es, le atribuya una potestad.

DÉCIMO TERCERO.- La consecuencia es que el acuerdo de 29 de septiembre de 2011, comunicado el 3 de octubre de 2011, incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 .Tal incompetencia reúne el requisito de ser manifiesta al deducirse sin especial dificultad interpretativa ni de apreciación así como material, no por razón contenido de lo razonado por la CNE -sin entrar en la legalidad de fondo del mismo- sino por razón de la potestad que se ejerce el acto originario impugnado.

DÉCIMO CUARTO.- La conclusión a la que llega la Sala no quita para que, materialmente y al margen de su contenido interpretativo, ese tipo de circulares o instrucciones que comunica la CNE genere seguridad jurídica y facilite la impugnabilidad en cuanto que se sabe qué criterio sustenta y se sabe por todos los CURs. Significa esto que el criterio que sustenta -de facturación frente al de cobro-, tras la declaración de nulidad que ahora se hace siempre podrá hacerlo valer en los actos particulares que dicte y la disconformidad con él deberá ventilarse acto a acto.



DÉCIMO QUINTO.- Desaparecida la CNE y sustituida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la norma de creación de ésta -Ley 3/2013, de 4 de junio- da cobertura a los actos como los impugnados. Así apodera a este nuevo regulador para dictar circulares, de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales, como circulares de requerimiento de información dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados (artículo 30.1 y 2). Como novedad le apodera en el artículo 30.3 para dictar comunicaciones generales por las que aclaren los principios que guían su actuación, categoría esta que se identifica ya con los actos ahora impugnados.

DÉCIMO SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa tras la reforma vigente a partir del 31 de octubre de 2011 (Ley 37/2011, de 10 de octubre) no se hace imposición de costas a la parte demandada, pese a rechazarse todas sus pretensiones, pues su oposición se basa en el precedente de esta Sala que invoca del que la Sala ahora se separa.

FALLAMOS

1º Que se rechaza la causa de inadmisibilidad invocada por la Abogacía del Estado.

2º Que en cuanto al fondo se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **GAS NATURAL SUR SDG, S.A** contra la resolución de 29 de noviembre de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de Energía, que se anula por ser contraria a Derecho en cuanto que inadmite el recurso de reposición contra el acuerdo de 29 de septiembre de 2011

3º Que debemos declarar y declaramos que el acuerdo de 29 de septiembre de 2011 es nulo de pleno Derecho en los términos expuestos en esta Sentencia.

4º Que no se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la cual cabe recurso de casación que podrá prepararse en el plazo y forma previsto en el artículo 89 LJCA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.