



Roj: **STS 2621/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2621**

Id Cendoj: **28079130032013100139**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/05/2013**

Nº de Recurso: **45/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 45/2012 interpuesto por "PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNTO, S.A.", representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Adela Canto Lantero, contra la Orden ITC/3128/2011, de 17 de noviembre, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U.", representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, "FERTIBERIA, S.A.", representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Amparo Naharro Calderón, "IBERDROLA, S.A.", representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, y "GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.", representada por el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** "Planta de Regasificación de Sagunto, S.A." interpuso ante esta Sala, con fecha 18 de enero de 2012, el recurso contencioso-administrativo número 45/2012 contra la Orden ITC/3128/2011, de 17 de noviembre, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

**Segundo.-** En su escrito de demanda, de 11 de julio de 2012 recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "en la que tenga por deducida demanda [...] contra el artículo 5 de la Orden ITC/3128/2011 [...] y, con íntegra estimación de este recurso, declare su nulidad de pleno derecho y restablezca la situación jurídica individualizada de mi representada acordando, respecto de ella, la aplicación del régimen normativo en materia de mermas vigente hasta la aprobación de la Orden impugnada". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de septiembre de 2012, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas".

**Cuarto.-** Por decreto de 22 de octubre de 2012 se tuvo por caducado el trámite de contestación a la demanda a "Naturgás Energía Distribución, S.A.U.", "Gas Natural Comercializadora, S.A.", "Fertiberia, S.A." e "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A."

**Quinto.-** No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 7 de febrero de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 21 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Tal como ha sido concretado en el escrito de demanda, el recurso se dirige en exclusiva contra el artículo 5 de la Orden ITC/3128/2011, de 17 de noviembre, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas. El precepto impugnado instaura un incentivo a la reducción de mermas en la red de transporte de gas similar al ya establecido para la red de distribución y para las plantas de regasificación.

Tal como expone el preámbulo de la Orden ITC/3128/2011, el sistema español de acceso de terceros a las instalaciones gasistas reconoce al titular de las instalaciones por donde circula el gas la potestad de retener un porcentaje preestablecido del gas en concepto de mermas, porcentaje que se determina sobre la base de unos promedios calculados a partir de valores históricos.

A fin de mantener "los bajos niveles de mermas actuales y garantizar una utilización eficiente de las instalaciones" gasistas, con la subsiguiente reducción del consumo energético asociado a la gestión del sistema en su conjunto, la Orden ITC/3128/2011 fija un incentivo para reducir las mermas en la red de transporte, "mediante la aplicación de una fórmula semejante a la que se aplica en la actualidad en las plantas de regasificación".

La sociedad recurrente considera que la fórmula matemática establecida en la Orden para calcular la distribución, entre los titulares de las instalaciones de transporte, de las mermas que dan derecho al incentivo es contraria a derecho. Añade, por lo demás, que en la tramitación de la Orden ITC/3128/2011 se produjeron ciertos vicios formales determinantes de su nulidad.

**Segundo.-** El defecto formal imputado al procedimiento de elaboración de la Orden ITC/3128/2011 es que la propuesta sometida al preceptivo informe de la Comisión Nacional de Energía no incluía "la fórmula de distribución de las mermas entre transportistas". A juicio de la recurrente, el hecho de que tal fórmula -que considera un "elemento esencial de la propia Orden"- fuese introducida después del informe de la Comisión Nacional de Energía privó a este órgano consultivo (y a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) de su conocimiento y del ejercicio de su "potestad consultiva", lo que supondría una infracción del artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno y de la Disposición Undécima de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos . Y añade que tampoco se refirió a esta cuestión la memoria de impacto normativo.

En la propuesta de Orden ministerial figuraba un artículo (el 7) cuyo contenido coincide sustancialmente con el que sería después aprobado como artículo 5, uno y otro bajo el mismo título de "incentivo a la reducción de mermas en la red de transporte". En concreto, el criterio básico aplicable a la regulación de las mermas es igual en el apartado primero de ambos textos: "de la totalidad del gas propiedad de los usuarios, el transportista descontará en concepto de mermas por pérdidas y diferencias de medición en la red las cantidades de gas que resulten de la aplicación de los porcentajes que estén en vigor. En caso de que la cantidad total de gas descontada por el titular de la red de transporte por la aplicación del coeficiente en vigor exceda de las mermas reales de la instalación, la diferencia permanecerá temporalmente bajo titularidad del Gestor Técnico del Sistema como gas de maniobra. Si la cantidad retenida fuera inferior a las mermas reales, la diferencia se cubrirá temporalmente mediante una disminución del saldo de la misma cuenta". Coinciden también, en líneas generales, los apartados tres y cuatro.

Es cierto que el texto final de la Orden introdujo un nuevo inciso en el segundo apartado del artículo 5, en cuya virtud se fijó la fórmula para distribuir las mermas de un determinado año entre los titulares de las redes de transporte. Tal medida no era, en realidad, sino un complemento o añadido a la versión original de aquel apartado, pues en esta última ya se contemplaba que los titulares de las redes de transporte debían presentar al Gestor Técnico del Sistema, a la Comisión Nacional de Energía, y a la Dirección General de Política Energética y Minas un informe sobre la cantidad de gas retenido el año anterior por aplicación en cada red de transporte de los coeficientes en vigor, las mermas reales producidas y el saldo positivo o negativo resultante. A partir de dichos datos el gestor técnico del sistema debía realizar un estudio de las mermas reales en las redes de transporte durante año anterior.

La Comisión Nacional de Energía no fue ajena a la introducción de la fórmula que aparece en la versión final. Basta leer el epígrafe 4.6 de su informe número 31/2011 para advertir que, además de considerar elogiable (la reputaba "beneficiosa para el conjunto de agentes y el mejor funcionamiento del sistema") la introducción de incentivos para la mejor gestión de la red de transporte, sobre el modelo de las plantas de regasificación, el organismo consultivo había subrayado que la propuesta original no indicaba ni describía "cómo deben calcularse las mermas reales en cada red de transporte de distinto titular, ni cómo debe hacerse



con posterioridad el reparto entre los distintos transportistas, e incluso su afección a los distribuidores en los puntos frontera entre transporte y distribución". Precisamente por esta razón proponía que se establecieran "en detalle criterios únicos de cálculo del saldo de mermas y su reparto en transporte y distribución" y reseñaba que el gestor técnico del sistema (Enagás) había sugerido en el mismo procedimiento de tramitación el modo de hacerlo.

Siendo ello así, la censura de nulidad radical por vicios de forma debe ser rechazada. Hemos dicho de modo reiterado que cuando el titular de la potestad reglamentaria, tras haber respetado el procedimiento de elaboración de los reglamentos según las pautas del artículo 24 de la Ley 50/1997 (como aquí ha sucedido), introduce ulteriormente alguna modificación o adición que deriva de los informes u observaciones formuladas en aquél, no está obligado a reiniciar de nuevo todos los trámites para aprobar válidamente la disposición general. Sólo habría lugar a la incoación de un nuevo procedimiento si se tratara de una modificación sustancial de la propuesta, de modo que sus contenidos esenciales resultasen irreconocibles o muy difícilmente asimilables a los originales, lo que en este caso obviamente tampoco se ha producido.

En ese mismo sentido, el hecho de que la fórmula final de reparto de las mermas entre transportistas de gas no figurase en la memoria de análisis de impacto normativo ni a ella se hubiera referido la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente tampoco serían, por análogas razones, defectos determinantes de la nulidad radical de la Orden finalmente aprobada. En todo caso, hay que añadir que el informe de la Secretaría General Técnica de 10 de noviembre de 2011 se refiere de modo expreso a la fórmula de reparto introducida en lo que después sería el artículo 5 de la Orden ITC.

**Tercero.-** Las críticas de la sociedad recurrente a la fórmula matemática empleada para fijar el porcentaje de mermas que corresponderá a cada titular de las instalaciones de transporte de gas se centran en el criterio que adopta el artículo 5. A su juicio, dicho criterio (en virtud del cual las mermas se distribuirán "entre las redes de transporte, proporcionalmente al producto del volumen geométrico de los gasoductos por las entradas durante el año anterior", factor que determinará "el saldo positivo y negativo resultante de cada red de transporte") es incongruente y arbitrario, carece de justificación objetiva y resulta discriminatorio.

La "Planta de Regasificación de Sagunto, S.A." considera, en síntesis, que el volumen geométrico de las redes de transporte de gas es independiente de las mermas "reales" pues éstas "no sólo responden a pérdidas físicas de gas en la propia instalación" sino también a eventuales diferencias en la medición del gas en los puntos de entrada y de salida del gasoducto, esto es, a deficiencias de los sistemas de medidas. Destaca que así lo habría reconocido la propia Comisión Nacional de Energía en el informe 31/2011. Y añade, también en síntesis, que la fórmula es desfavorable para los titulares -como ella misma- de redes de transporte de escasa longitud.

**Cuarto.-** Las alegaciones de la sociedad actora no denuncian ninguna infracción de preceptos legales, sino de principios generales rectores de la actuación administrativa. La aplicación de estos principios a la actividad propiamente normativa debe hacerse con prudencia para no interferir indebidamente en el legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria ni invalidar disposiciones generales por el mero hecho de que su contenido resulte más o menos acertado desde el punto de vista técnico o económico, o menos favorable para algunos de los agentes afectados. Las opciones que entren dentro del amplio margen de configuración normativa correspondiente al titular de aquella potestad deben ser en principio respetadas, cualquiera que sea la crítica que se les pudiera hacer en otros órdenes de consideraciones.

A partir de estas premisas el recurso será desestimado también en cuanto al fondo. Dado que la necesidad de distribuir las mermas entre los transportistas no resulta objetada en sí misma (como tampoco lo es que sea el gestor técnico del sistema quien establezca finalmente el saldo de aquéllas) el criterio de reparto que atiende a un doble factor objetivo -por un lado, el "volumen geométrico" de cada gasoducto y por otro "las entradas durante el año anterior", factores cuyo producto determina la proporción del reparto-, dicho criterio, decimos, podrá resultar tan criticable como cualquiera de los demás posibles, pero no por ello puede ser tildado de arbitrario.

La sociedad recurrente no aportó a la demanda, como hubiera sido necesario en una materia eminentemente técnica, un informe pericial contrastable que avalase su opinión sobre la mayor incidencia que el factor "volumen geométrico" pudiera tener en la cifra final, tras ser multiplicado por las entradas de gas durante un año en el correspondiente gasoducto y, a partir de este dato, comparase las ventajas e inconvenientes de dicha fórmula con relación a otras posibles.

Por el contrario, en la contestación a la demanda que ha formulado el Abogado del Estado se describen, someramente, otros posibles sistemas distintos del que adopta la Orden impugnada, cada uno de los cuales tiene sus pros y sus contras, siendo todos "de desarrollo muy complejo" e indiferentes desde el punto de vista estrictamente jurídico, en ausencia de regla legal que imponga ninguno de ellos. La Administración del Estado admite que, en teoría, el coeficiente reparto podría hacerse de mutuo acuerdo entre los transportistas (lo que



equivaldría a posponer el conflicto) o que cabría la fórmula de suprimir las retenciones (con lo que, afirma, "el sistema pierde la garantía de suplir las mermas") o la de establecer segundas retenciones (lo que, siempre a su juicio, impediría establecer "un coeficiente de retención homogéneo para todos los transportistas, produciendo además un efecto indeseado de retenciones en cascada"). Se trata, en todo caso, de mecanismos cuyo mayor o menor acierto es ajeno a su validez en Derecho.

A falta, repetimos, de un informe pericial que la parte podría haber incorporado a su demanda, los reproches de arbitrariedad, carencia de toda justificación y discriminación que la sociedad recurrente imputa a la Orden ITC/3128/2011 se traducen más en afirmaciones, sin duda respetables, que en argumentos jurídicos de peso. Frente a dichas afirmaciones la Sala no considera que resulte arbitrario (en el sentido de carente de justificación) el criterio establecido por el artículo 5 de la Orden cuando fija el coeficiente de reparto en función de los dos parámetros ya dichos, esto es, el producto del volumen geométrico del gasoducto por la cantidad de gas que a través de él circula. La arbitrariedad o carencia manifiesta de justificación podrían admitirse si la fórmula elegida comprendiese factores del todo ajenos al cálculo de las mermas. Pero están vinculadas a estas últimas y no es, por tanto, irrazonable utilizarlas a los efectos que aquí proceden, las dos variables antes apuntadas ya que las mermas en la fase de transporte se calculan en principio sobre el volumen del gas que circula por los gasoductos, y la longitud y diámetro de éstos también incide en su determinación.

Cuestión distinta es que la fórmula matemática finalmente empleada pueda dar mayor relevancia a una u otra variable, esto es, a la cantidad del gas o a las dimensiones del gasoducto, o prescindir de otros factores de difícil estimación (las relativas al sistema de medidas). Pero ello no debe ser juzgado desde el prisma de la arbitrariedad cuando, en realidad, no deja de ser un problema más de acierto de la solución elegida que de validez jurídica de la ecuación de reparto. Y en cuanto a la discriminación, si no es irrazonable en sí misma aquella fórmula, las diferencias resultantes de su aplicación derivan de un criterio objetivo, aplicable a todos los operadores de la red de transporte por igual.

Añadiremos que la falta del recibimiento a prueba del litigio vino determinada porque los "hechos" que en cuanto tales fijaba la demanda (la descripción del mecanismo, la tramitación de la Orden y del recurso planteado frente a ella, y la propuesta de modificación normativa ulterior) no eran propiamente objeto de controversia. Sí lo era la viabilidad jurídica de la fórmula de reparto, en relación con la cual, vista la naturaleza técnica de los problemas que suscitaba, la pretensión anulatoria era y es muy difícilmente acogible si la propia parte no aportaba, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un dictamen de peritos.

En todo caso, la petición de recibimiento a prueba tampoco se atenía a la "nueva" exigencia procesal introducida en el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, a tenor de la cual es preceptivo que las partes expresen, en los escritos de demanda y contestación, no sólo los hechos sujetos a prueba sino también los específicos medios de prueba de que intenten valerse. Como quiera que en el otro sí del escrito de demanda no se cumplía esta segunda exigencia, no procedía, también por esta razón, recibir el proceso a prueba.

**Quinto.-** Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes contrarias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

**Primero.-** Desestimar el recurso contencioso-administrativo 45/2012 interpuesto por la "Planta de Regasificación de Sagunto, S.A." contra la Orden ITC/3128/2011, de 17 de noviembre, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

**Segundo.-** Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente



que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ