



Roj: **STS 5679/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5679**

Id Cendoj: **28079130032013100322**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/11/2013**

Nº de Recurso: **4436/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 469/2010,**  
**STS 5679/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número 4436/2010, interpuesto por el Procurador Don José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación de la entidad mercantil NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 25 de mayo de 2010, que estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos acumulados números 770/2003 y 856/2003, promovidos por las representaciones procesales de las entidades mercantiles REPSOL BUTANO, S.A. y GESA GAS, S.A. contra la resolución del Consejero de Innovación y Energía de 14 de abril de 2003, por la que se otorga a la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., la autorización administrativa previa para el suministro de gas natural por canalización a diversas zonas de la isla de Menorca, que comprenden los núcleos urbanos de Maó, Es Castell, Sant Lluís, Es Mercadal, Ferreries, Alaior, Es Migjorn Gran i Ciutadella, y contra la resolución de esa Autoridad administrativa de 23 de mayo de 2003, por la cual se establece el pago del coste del transporte marítimo del gas natural en Menorca. Han sido partes recurridas las entidades mercantiles REPSOL BUTANO, S.A., representada por el Procurador Don Juan Torrecilla Jiménez, y GESA GAS, S.A., representada por el Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, sustituido con posterioridad por el Procurador Don Noel de Dorremocha Guiot.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En los procesos contencioso-administrativos acumulados números 770/2003 y 856/2003, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares dictó sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, cuyo fallo dice literalmente:

« 1º) Que **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que **declaramos disconformes al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados y en consecuencia los ANULAMOS.**

3º) **No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales. ».**

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil NATURCORP REDES, S.A. recurso de casación que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Islas Baleares tuvo por preparado mediante providencia de fecha 6 de julio de 2010 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil NATURCORP REDES, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 20 de septiembre 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*« que tenga por presentado este escrito y se sirva admitirlo y, a su vista, me tenga por personado en nombre y representación de quien comparezco ordenando que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y tenga igualmente por formulado el escrito de interposición de Recurso de Casación en la misma representación que ostento; prosiga el procedimiento por sus trámites legales y, en su día, dicte Sentencia casando y anulando la Sentencia recurrida, y resolviendo de conformidad con el suplico del escrito de nuestra contestación. ».*

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 16 de diciembre de 2010, se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 13 de enero de 2011 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (las entidades mercantiles REPSOL BUTANO, S.A. y GESA GAS, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

**1º.-** El Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, en representación de la entidad mercantil GESA GAS. S.A., en escrito presentado el 1 de marzo de 2011, efectuó las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*« que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, lo admita, teniendo por evacuado el traslado conferido y por formalizada nuestra OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la mercantil NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. y, previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día sentencia desestimando el referido recurso y confirmando la del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears tantas veces citada, con imposición de costas. » .*

**2º.-** El Procurador Don Juan Torrecilla Jiménez, en representación de la entidad mercantil REPSOL BUTANO, S.A., en escrito presentado el 1 de marzo de 2011, efectuó, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*« que, tenga por presentado, en nombre de mi mandante, REPSOL BUTANO, S.A., el presente escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A., acordándose dictar sentencia desestimatoria del mismo, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.*

*Subsidiariamente, y para el supuesto de estimación de dicho recurso de casación, mi mandante SOLICITA que, conforme con lo establecido en el art. 95.2.d) de la Ley Reguladora de esa Jurisdicción, esa Excm. Sala enjuicie y dicte sentencia estimatoria de la demanda formulada por mi representada correspondiente al recurso contencioso administrativo por ella interpuesto como procedimiento ordinario 770/2003, al haber quedado imprejuzgada por la Sala a quo, o, nuevamente con carácter subsidiario, devuelva las actuaciones a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares para que enjuicie y dicte la sentencia correspondiente a dicha demanda. ».*

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 12 de julio de 2013, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2013, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.**

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 25 de mayo de 2010 , que estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos acumulados números 770/2003 y 856/2003, promovidos por las representaciones procesales de las mercantiles REPSOL BUTANO, S.A. y GESA GAS, S.A. contra la resolución del Consejero de Innovación y Energía de 14 de abril de 2003, por la que se otorga a la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., la autorización administrativa previa para el suministro de gas natural por canalización a diversas zonas de la isla de Menorca, que comprenden los núcleos urbanos de Maó, Es Castell, Sant Lluís, Es Mercadal, Ferreries, Alaior, Es Migjorn Gran i Ciutadella, y contra la resolución de esa Autoridad administrativa de 23 de mayo de 2003, por la cual se establece el pago del coste del transporte marítimo del gas natural en Menorca.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de anulación de las referidas resoluciones del Consejero de Innovación y Energía del Gobierno de les Illes Balears de 14 de abril de 2003 y de 23 de mayo de 2003, con base a las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] ACLARACIONES RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN. EXAMEN DE LAS IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES.

El art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos , en la redacción entonces vigente, establecía lo siguiente:

*"Artículo 73 . Autorización de instalaciones de distribución de gas natural*

*1. Se consideran instalaciones de distribución de gas natural los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor, partiendo de un gasoducto de la red básica de transporte secundario.*

*2. Estarán sujetas a autorización administrativa previa, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, la construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural con independencia de su destino o uso.*

*La transmisión de estas instalaciones deberá ser comunicada a la autoridad concedente de la autorización original.*

*La autorización administrativa de cierre de una instalación podrá imponer a su titular la obligación de proceder a su desmantelamiento.*

*3. Los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de gas relacionadas en el apartado anterior deberán acreditar suficientemente el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

*a) Las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas.*

*b) El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente.*

*c) La adecuación del emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio.*

*d) Su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto.*

*e) Los solicitantes deberán revestir la forma de sociedad anónima de nacionalidad española o, en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España.*

*4. Las autorizaciones a que se refiere el apartado 2 de este artículo serán otorgadas por la Administración competente, sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables, la correspondiente legislación sectorial y, en especial, las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente.*

*El procedimiento de autorización incluirá el trámite de información pública y la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización.*

*Otorgada la autorización y a los efectos de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el titular deberá constituir una garantía en torno a un 2 por 100 del presupuesto de las instalaciones.*

*La autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos.*

*La falta de resolución expresa de las solicitudes de autorización a que se refiere el presente artículo, tendrá efectos desestimatorios. En todo caso, podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad administrativa correspondiente.*

*5. Las autorizaciones de instalaciones de distribución contendrán todos los requisitos que deban ser observados en su construcción y explotación, la delimitación de la zona en la que se debe prestar el suministro, los compromisos de expansión de la red en dicha zona que debe asumir la empresa solicitante y, en su caso, el plazo para la ejecución de dichas instalaciones y su caracterización.*

*Cuando las instalaciones autorizadas hayan de conectarse a instalaciones ya existentes de distinto titular, éste deberá permitir la conexión en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.*

*6. El incumplimiento de las condiciones, requisitos establecidos en las autorizaciones o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento podrán dar lugar a su revocación.*

La Administración competente denegará la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos legalmente o la empresa no garantice la capacidad legal, técnica y económica necesarias para acometer la actividad propuesta.

7. Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución podrán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente."

De lo anterior se desprende que sin tratarse de procedimiento que deba ajustarse miméticamente a la Ley de Contratos del Estado o de otorgamiento de concesión administrativa, sí que se contempla la posibilidad de que en el caso de que puedan existir varias empresas interesadas en la autorización, se conceda la misma por un procedimiento que asegure la concurrencia.

Dicho "procedimiento" no está completamente regulado en la norma legal, pero de la misma pueden extraerse una serie de principios:

1º) que es posible que la iniciativa de establecer dicho procedimiento recaiga en la Administración competente (art. 37.7º), la cual puede fijar las condiciones en las que se va a otorgar la autorización.

2º) que corresponde a la Administración la fijación de un "procedimiento de autorización" (art. 73.4º) que marque la pauta a seguir por las empresas interesadas en la autorización.

3º) que el procedimiento incluirá el trámite de información pública y "la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización", lo que significa establecer unas bases en las que de modo previo se establezcan los criterios de valoración de las ofertas.

4º) que el procedimiento ha de basarse en el principio de libre concurrencia.

5º) que la aplicación al caso de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, debe hacerse en consonancia con la interpretación jurisprudencial que de los mismos principios se realiza en materia de contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto responden a la misma pretensión de salvaguarda de las garantías en procedimientos de concurrencia de licitadores.

Sobre la base de lo anterior, conviene despejar el debate resolviendo la controversia respecto a unas irregularidades de entidad menor, pero denunciadas por las partes recurrentes. En concreto:

A) No hay deficiencia alguna en que el procedimiento se iniciase con "invitación" de la Administración a las empresas del Sector, ya que precisamente el art. 73.7º de la Ley 34/1998, se refiere a la posibilidad de procedimiento "promovido" por la Administración, lo que es el caso.

B) No hay irregularidad invalidante en el "extravío" del sobre D que contenía la propuesta económica de la entidad SOCIEDAD GAS DE EUSKADI, S.A. ya que se constató que ello se debió a que se presentaron dos sobres D, uno con la propuesta económica y otro con la solución organizativa. Al estar cerrados, la Administración entendió que uno era copia del otro, archivando el que contenía la propuesta económica, siendo recuperado -sin abrir- y reanudándose el procedimiento sin más trascendencia.

[...] ACERCA DEL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LAS BASES EN LA PRESENTACIÓN DE OFERTA ECONÓMICA NO AJUSTADA A LA ORDEN MINISTERIAL ECO 301/2002, DE 15 DE FEBRERO.

Como ya se ha indicado, al tiempo de presentarse las ofertas ya estaba en vigor la Orden Ministerial ECO 301/2002, de 15 de febrero (BOE 18.02.2002), por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

Dicha Orden contempla que la retribución económica de la actividad de distribución tenía tres componentes:

- a) "retribución de la actividad de distribución".
- b) "retribución por la actividad de suministro de gas a tarifa".
- c) "retribución específica".

La "retribución específica" constituye aquellas cantidades que el Ministerio de Economía abonará a las empresas por aquellas instalaciones que permitan el acceso a nuevos núcleos de población y para hacer rentable el suministro a dichas nuevas poblaciones.

Por lo que se desprende de los informes técnicos de la Administración demandada que fundamentaron la autorización, el componente "retribución específica" fue el decisivo en la determinación de la concesión de la autorización a la empresa SOCIEDAD GAS DE EUSKADI, S.A.. Concretamente en el informe técnico que sirvió de base a la autorización, se apunta que "el factor que se valorará con mayor peso específico es el de la retribución específica que se demanda a las administraciones y que es el factor decisivo para decidir la concesión de la



autorización" y que "esta retribución se refiere a la cantidad que el sistema gasista debe aportar para que la inversión asociada al proyecto pueda acometerse con una rentabilidad suficiente para su equilibrio financiero".

Como quiera que uno de los aspectos a considerar en la oferta económica era la forma en que habían de participar los fondos ajenos en la financiación de las inversiones a realizar, necesariamente debía especificarse el importe de la retribución ajena que el sistema gasista debía aportar.

En consecuencia, las propuestas económicas de las empresas interesadas debían contener concreción de la retribución que pretendían obtener de la Administración por la implantación de la red.

La codemandada SOCIEDAD GAS DE EUSKADI,S.A. alega que en las bases del "procedimiento" no se indicaba (apéndice D) la exigencia de que el solicitante realizase su propuesta económica con desglose de la retribución específica que se demandaba.

No obstante, aún sin la exigible claridad, podría entenderse sobreentendida la necesidad de que la propuesta económica contemplase detalladamente dicho aspecto por cuanto:

1º) En el apéndice D punto 1.- "aspectos económicos" sí se indicaba la necesidad de detallar el volumen de la inversión a realizar con la indicación de la forma de financiación (fondos propios y "fondos ajenos"), para cuya determinación era necesaria la indicación de la cantidad esperable por la retribución económica pública de la actividad de distribución.

2º) que la retribución económica para las actividades de distribución era un elemento determinante de la oferta económica conforme a las bases del procedimiento, se desprende del punto 3º del referido procedimiento, en el que se describen las mismas.

3º) una vez que por lo anterior se entiende decisivo la necesidad de fijar las retribuciones económicas en la oferta, sin duda esta indicación debía ajustarse a la Orden Ministerial ECO 301/2002, de 15 de febrero (BOE 18.02.2002), por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

Pues bien, la oferta inicial (la única válida) presentada por SOCIEDAD GAS DE EUSKADI,S.A. no incluía previsión de retribución específica por lo que bien podía interpretarse que no la solicitaba o la solicitaba en cantidad indeterminada al no haberla desglosado.

De las primeras aclaraciones (29 de octubre y 6 de noviembre) se desprende que sí la interesa pero no conforme al sistema retributivo de la Orden 301/2002, de 15 de febrero (BOE 18.02.2002), por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

Del segundo bloque de aclaraciones (las de 21.11.2002 y de 19.12.2009) ya sí se remiten los datos de retribución específica de la oferta, esta vez adaptados al esquema retributivo de la Orden 301/2002.

Por lo anterior cabe entender que por la vía de "aclaraciones", la entidad SOCIEDAD GAS DE EUSKADI,S.A. - indebidamente inducida por la Administración- procedió a detallar un aspecto de la oferta económica que, por su carácter esencial, debería haberse desglosado en la oferta inicial, que por ello debería haber sido la única a considerar.

La ausencia de detalle de la oferta económica impedía su valoración o puntuación. Máxime cuando dicha oferta estaba presentada conforme a un sistema retributivo no vigente. Fue en trámite de "aclaraciones" cuando se procede a la adaptación de la oferta -es decir, su modificación- para ajustarla al nuevo marco retributivo, pero esta modificación/adaptación no puede realizarse con posterioridad a la apertura del sobre, ya que el más elemental respeto al principio de concurrencia ( art. 73.7º Ley 24/1998 [sic]) exige que la oferta se realice en unidad de acto.

[...] ACERCA DE LA QUE OFERTA INICIAL YA CONTENÍA LA PREVISIÓN DE LA RETRIBUCIÓN ESPECÍFICA.

Recordemos que el argumento de la SOCIEDAD GAS DE EUSKADI,S.A. es el de que dicha entidad no modificó su oferta económica y lo que se presentó como margen bruto en la oferta inicial, es equivalente a la suma de los tres conceptos retributivos del sistema de la Orden ECO 301/2002.

A continuación, la codemandada explica que dentro del sistema retributivo de dicha orden, los conceptos "retribución de la actividad de distribución" y "retribución por la actividad de suministro de gas a tarifa", tienen una cuantía determinada resultante de la aplicación de sendas fórmulas establecidas en la Orden, por lo que no son conceptos de cuantía variable y en consecuencia, a partir del margen bruto indicado en la oferta inicial, no podía resultar otras cuantías en concepto de "retribución específica" que las que en fase de aclaraciones se le desglosaron a la Administración.

O lo que es lo mismo: se argumenta que no es cierto que en fase de aclaraciones se modificase la oferta a la vista de las ofertas económicas de las demás competidoras, porque la cifra de retribución específica a partir



de la cifra del "margen bruto", ya había quedado fijada en la oferta inicial y no podía ser alterada. Lo anterior se justificaría en informe contable acompañado a la demanda.

Pues bien, esta afirmación de la parte codemandada decae desde el momento en que, sin alterar el punto de partida (margen bruto), en dos fechas diferentes (21.11.2002 y 19.12.2002) presenta ante la Administración dos listados diferentes con el desglose de la retribución específica.

De ser cierta la tesis de la recurrente y que con simple cálculo matemático y a partir del dato de los márgenes brutos, la Administración podría haberse obtenido lo que se reclamaba en concepto de retribución específica, no se entiende porqué la empresa codemandada presentó dos listados con importes diferentes, cuando según su tesis no había más que unas cifras posibles.

Es más, otro elemento que hace poner en duda de que la oferta inicial contuviese previsión de "retribución específica" inalterable, radica en la carta de aclaraciones presentada el 06.11.2002 en la que recordemos que se detalla el que:

"3. Con relación a la retribución específica mínima que el Mineco debe reconocernos para hacer el proyecto viable, consideramos que en el planteamiento económico de nuestra oferta entendemos que, al ser el sistema de distribución de gas natural en Menorca un sistema "aislado", el margen íntegro entre los precios regulados de venta y compra de gas constituiría el margen bruto de la Sociedad Distribuidora.

Es decir, el margen bruto entre el precio de cesión y las tarifas de venta lo incorporamos íntegramente a nuestra cuenta de explotación como un ingreso sin afectar al sistema de liquidaciones peninsular.

En el caso de que el Mineco no aceptara este planteamiento, deberíamos negociar con ellos un sistema que permita obtener un margen global equivalente, según la tabla adjunta".

Es decir, se propone en aquellas fechas un mecanismo de retribución distinto del que resulta de la Orden 301/2002, y por tanto sin desglose de retribución específica.

Será después, en posteriores aclaraciones de 21.11.2002 y 19.12.2002, cuando se modifique los términos de la propuesta.

Una vez puesta en duda la tesis de la codemandada, con la simple posibilidad de que del mismo dato inicial de márgenes brutos quepa extraer diferentes cifras de "retribución específica" -como eran diferentes los listados de 21.11.2002 y de 19.12.2002-, entonces se confirma el argumento del fundamento jurídico anterior en el sentido de que durante fase de aclaraciones se pudo modificar el contenido de la oferta inicial al introducir datos económicos no desglosados en la misma y que podían ser modificados o introducidos por primera vez en fase de aclaraciones, es decir, contrariando el principio elemental de que las ofertas queden inalteradas y se abran en unidad de acto.

El insuficiente detalle en el documento administrativo del "procedimiento" con respecto al contenido de las ofertas, trató de paliarse a posteriori por medio del trámite de "aclaraciones", pero dándole una amplitud tal que se rompió la regla de la invariabilidad de las ofertas.

Y una vez que ya se entró en la tortuosa senda de "aclaraciones" y "suplemento de aclaraciones", algunas sin que conste acto administrativo de requerimiento de las mismas (como la presentada por la SOCIEDAD el 21.11.2002, pese a que ya había contestado el 06.11.2002, o la presentada el 19.12.2002), el procedimiento de formulación de ofertas que debería haber quedado completamente cerrado antes del 01.10.2002, en realidad permaneció abierto con posibilidad de que las empresas formularan precisiones sobre sus ofertas, modificándolas una vez que ya tenían conocimiento de las ofertas de las competidoras y produciéndose situaciones tan esperpénticas como la todavía inexplicada de que el decisivo "informe técnico" de fecha 18.12.2002 emitido por el Jefe del Servicio de Ordenación y Planificación, puntuando las ofertas, tomase como referencia los datos de retribución específica de la SOCIEDAD GAS DE EUSKADI, S.A. fechado ¡el día siguiente! (19.12.2002).

Aunque hubiese un error en la fecha del informe técnico y fuese del 19.12.2002 (mismo día de la reunión de la Mesa de Contratación), no parece lógico que el dato decisivo de la oferta, que debería haber quedado definido en la oferta inicial abierta el 01.10.2002, se fundamente en escrito fechado el mismo día de la reunión de la Mesa que debía efectuar la adjudicación, remitido por telefax y sin que se explique porqué esta información económica difiere de la que se presentó el 21.11.2002. En este punto, véase y compárense los puntos 8º y 10º del relato de hechos del Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia y se apreciará como en el determinante escrito de 19.12.2002 se modifican al alza las cifras de retribución específica, siendo estas las tomadas en consideración en el informe técnico del ¿día anterior?, sin que el informe explique porqué estas segundas cifras son las que se ajustan a la oferta inicial y no las primeras.

En conclusión:



*\* si con la oferta inicial sólo era posible una tabla de retribución específica, ni la administración ni la recurrente explican porqué se presentaron dos tablas distintas, por lo que dicha tesis entra en quiebra.*

*\* si manteniendo la oferta inicial, cabían varias opciones distintas de retribución específica, es que una vez ya cerrada la fase de ofertas, la SOCIEDAD estuvo en condiciones de ajustar los valores de la retribución específica a aquellos que le fueran más favorables en relación a las restantes ofertas.*

*La ruptura del principio de libre competencia y concurrencia, motiva la estimación del recurso en cuanto a la anulación de la autorización concedida a la empresa SOCIEDAD DE GAS DE EUSKADI, S.A. » .*

El recurso de casación, tras una prolija petición de integración de hechos probados, se articula en la formulación de tres motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

En el primer motivo de casación se denuncia que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, y el principio de aseguramiento de la concurrencia, al estimar que se han producido irregularidades en la tramitación del procedimiento de otorgamiento de autorización administrativa previa para el suministro de gas natural por canalización a diversas zonas de la Isla de Menorca, en cuanto no toma en consideración que la oferta inicial de la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., se presentó según el Documento de Procedimiento y sin omisión de la indicación explícita de la retribución específica.

El segundo motivo de casación imputa a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , por cuanto la Sala de instancia anula unos actos administrativos que eran totalmente válidos, al no incurrir en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad contemplados en dichos preceptos legales.

El tercer motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 68 , 70 y 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , porque la sentencia recurrida anula unos actos administrativos que son plenamente conformes con el ordenamiento jurídico, por lo que el pronunciamiento de la Sala debió ser de desestimación en su integridad de los recursos contencioso-administrativos acumulados.

#### **SEGUNDO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.**

Con carácter previo a abordar el examen de los motivos de casación articulados contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 25 de mayo de 2010 , ante las objeciones de carácter procesal formuladas por la defensa letrada de las entidades mercantiles recurridas Repsol Butano, S.A. y Gesa Gas, S.A., no resulta ocioso recordar que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impone a la parte recurrente la carga de exponer en el escrito de interposición de forma razonada los motivos en que se ampara, debiendo, a tal efecto, consignar las normas y la jurisprudencia que reputa infringidas con el desarrollo de argumentos congruentes para fundamentar la pretensión revocadora de la sentencia recurrida, sin que quepa introducir cuestiones nuevas o pretender la revisión de los hechos declarados probados por la Sala de instancia.

En este sentido, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2006 (RC 882/2003 ), dijimos:

*« Refiere esta Sala en la sentencia de 9 de mayo de 2001 (RC 1049/1996 ), que, en el recurso de casación, es necesario: en primer lugar, que los preceptos o la jurisprudencia que se citen como infringidos, tanto en los motivos formales como en los de fondo, guarden relación con la cuestión o cuestiones debatidas en la instancia, como se desprende de la lectura del artículo 100.2.b) de la Ley Jurisdiccional, que permite declarar la inadmisión del recurso "cuando no se citan las normas o la jurisprudencia que se reputan infringidas" y cuando las citas hechas "no guardan relación alguna con las cuestiones debatidas"; y, en segundo término, que no se introduzcan a través de los motivos casacionales, del 4º del art. 95.1 fundamentalmente, cuestiones jurídicas que no hayan sido planteadas ni debatidas en la instancia, esto es, "cuestiones nuevas", entendiéndose por tales aquellas en que se postule una nueva calificación jurídica o la aplicación de un precepto o de una doctrina jurisprudencial, hasta el momento no invocada, que comporte unas consecuencias jurídicas que en la instancia no se hayan planteado ni debatido. Este último requisito es fundamental para no confundir la "cuestión nueva" en casación con la simple aportación de nuevos argumentos o, incluso, la cita de nuevos preceptos o nuevas sentencias que sirvan para sustentar la misma calificación o consecuencia jurídica, esto es, que no supongan la alteración del punto de vista jurídico. Téngase presente que, siendo la pretensión principal que se hace valer en un proceso contencioso administrativo una pretensión de anulación, la "causa petendi" está integrada no solo por los hechos individualizadores de esa pretensión, sino también por el título jurídico en virtud del cual se solicita la anulación. Por consiguiente, si la cita de un distinto precepto como infringido comporta un cambio del título o motivo de*



*nulidad esgrimido en la instancia, que no ha sido debatido en ella ni ha podido ser considerado en la sentencia que le hubiera puesto fin, se estaría ante una "cuestión nueva" no susceptible de articulación en un recurso de casación, situación distinta a la de cambios que signifiquen una ampliación, matización o complemento del punto de vista jurídico mantenido en la instancia ».*

Y en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de junio de 2005 (RC 2775/2002 ), hemos precisado los requisitos de forma exigidos al escrito de interposición del recurso de casación, en los siguientes términos:

*« El artículo 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, prescribe como requisito formal, cuya carga corresponde a la parte recurrente, que el escrito de interposición del recurso de casación exponga razonablemente el motivo o motivos en que se ampara, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas, de modo que el incumplimiento de estos presupuestos puede dar lugar a la inadmisibilidad del recurso como establece el artículo 93.2 b) de la referida Ley procesal , o a su desestimación por apreciar que el recurso de casación carece de fundamento.*

*Estos deberes procedimentales que exigen al recurrente cumplimentar con rigor jurídico los requisitos formales que determinan el contenido del escrito de interposición descansan en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que, según de forma unánime y reiterada viene sosteniendo esta Sala, como se refiere en la sentencia de 15 de julio de 2002 (RC 5713/1998 ), interesan las siguientes directrices jurisprudenciales:*

*« a) Que la naturaleza del recurso de casación es la de un recurso extraordinario, sólo viable por motivos tasados y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre o los principios generales del derecho, - artículo 1.6º del Código Civil -. No es, por consiguiente, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal " a quo " resuelve el caso concreto controvertido. No puede ser, y no lo es, pues, suficiente el vencimiento para abrir la entrada a un recurso de casación, como sucede en el ámbito de otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, en concreto la apelación*

*b) Siendo por tal naturaleza, de motivos tasados, y no estableciéndose como motivo de casación el de "error de hecho en la apreciación de la prueba", una, también, consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala declara que cuando de resolver un recurso de casación se trata, este Tribunal ha de basarse siempre en los hechos que el Tribunal de Instancia haya declarado probados, salvo que las conclusiones alcanzadas por aquel hayan sido combatidas correctamente por infringir normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorar las pruebas, o se hubiesen establecido tales conclusiones de manera ilógica, irracional o arbitraria . » .*

Las consideraciones expuestas no son óbice para rechazar la causa de inadmisibilidad deducida por la defensa letrada de la mercantil Gesa Gas, S.A., con el amparo del artículo 93.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por carecer el recurso de casación manifiestamente de fundamento, en cuanto que apreciamos que en la formulación del primer motivo de casación se suscita una cuestión jurídica relativa a la interpretación del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, que estimamos relevante, en la medida que puede afectar a la resolución de otros recursos contencioso-administrativos.

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción, por aplicación indebida, del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya realizado una aplicación inadecuada o extravagante del principio de libre concurrencia, que recoge dicho precepto legal, al sostener que se ha producido la quiebra o ruptura de dicho principio, en cuanto en el procedimiento licitatorio convocado por la Consejería de Innovación y Energía del Gobierno de les Illes Balears, se otorga la autorización a la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., a pesar de que en su propuesta inicial de oferta económica no contenía la previsión desglosada concerniente a la retribución específica, y que fue posteriormente determinada mediante la admisión de sucesivos documentos aclaratorios remitidos tras el acto público de apertura de los sobres que contenían las propuestas presentadas por las empresas participantes, lo que promueve la declaración de nulidad de la resolución del Consejero de Innovación y Energía de 14 de abril de 2003.

En efecto, cabe consignar que la Sala de instancia partiendo de la premisa de que la solicitud para obtener la autorización, conforme al documento aprobado el 26 de junio de 2012, bajo la denominación Procedimiento para la obtención de autorización administrativa de la distribución de gas natural en la Isla de Menorca, en un marco de libre concurrencia y competencia, debía incluir en un sobre cerrado identificado como D





la propuesta económica del proyecto de distribución y las soluciones organizativas para la operación de la misma, en caso de ser adjudicatario con la suficiente concisión y claridad para poder ser correctamente valorada, que debe contemplar específicamente la retribución económica de las actividades de distribución y, singularmente, la previsión de retribución específica de la Orden ECO/301/2002, de 15 de febrero, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, por lo que no resulta irrazonable, tras el análisis del proceso seguido por la Administración y el examen de las actuaciones desarrolladas por Sociedad de Gas de Euskadi S.A., la conclusión a que llega la Sala de instancia sobre la irregular tramitación del procedimiento licitatorio, al no ser admisible que la propuesta económica pudiera ser modificada o alterada con posterioridad al término de presentación de las solicitudes para participar en el referido procedimiento, y, sobre la inadecuada valoración de la propuesta presentada por la que resultaría adjudicataria, al ser indeterminada y no correspondiera la oferta económica inicialmente presentada al marco regulatorio de la retribución específica, establecido en la mencionada Orden Ministerial.

Por ello, carece de fundamento la crítica que se formula a la sentencia recurrida, por no apreciar que la oferta inicial de la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A. era conforme al procedimiento establecido por el Gobierno Balear al no omitir la inclusión de la retribución específica que se demandaba, pues no tiene en cuenta que era exigible su concreción de forma previa y determinada, de tal modo que no puedan suscitarse dudas al órgano de valoración.

La circunstancia de que las aclaraciones de la empresa Sociedad de Gas de Euskadi, S.A. fueran presentadas a requerimiento de la Administración no es determinante para cuestionar la apreciación de la Sala de instancia sobre las irregularidades cometidas en el procedimiento licitatorio, en cuanto que el órgano de valoración está vinculado a respetar el principio de aseguramiento de la concurrencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, por lo que resulta improcedente la integración de hechos que se solicita al amparo del artículo 88.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación a que los cuatro escritos aclaratorios presentados por la entidad recurrente lo fueron a instancias o requerimiento de la Administración.

Al respecto, cabe señalar que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (RC 2438/2007) ya expusimos que no procedía que esta Sala del Tribunal Supremo, en su función de Tribunal de Casación, en virtud de la aplicación del artículo 88.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, promueva la facultad procesal de integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico, cuando la defensa letrada de la parte recurrente pretende, en apelación a este precepto, modificar la apreciación de la Sala de instancia sobre las circunstancias concurrentes que considera acreditadas.

El segundo motivo de casación, fundamento en la infracción de los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogido, pues su formulación argumental carece de fundamento, ya que se sustenta en la alegación de que los actos administrativos impugnados son válidos, en cuanto no han incurrido en la infracción que señala la sentencia, que se revela poco convincente, una vez que hemos apreciado que la resolución del Consejero de Innovación y Energía de 14 de abril de 2003, por la que se otorga a la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., la autorización administrativa previa para el suministro de gas natural por canalización a diversas zonas de la isla de Menorca, y la resolución de esa Autoridad administrativa de 23 de mayo de 2003, por la cual se establece el pago del coste del transporte marítimo del gas natural en Menorca, debieron ser anuladas por vulnerar el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

El tercer motivo de casación, que descansa en la infracción de los artículos 68, 70 y 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe desestimarse, porque, asimismo, consideramos que resulta infundada la crítica que se formula a la sentencia recurrida por estimar los recursos contencioso-administrativos interpuestos por REPSOL BUTANO, S.A. y GESA GAS, S.A., al ser una consecuencia obligada de la declaración de que las resoluciones del Consejero de Innovación y Energía de 14 de abril de 2003, por la que se otorga a la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A., la autorización administrativa previa para el suministro de gas natural por canalización a diversas zonas de la isla de Menorca, y la resolución de esa Autoridad administrativa de 23 de mayo de 2003, por la cual se establece el pago del coste del transporte marítimo del gas natural en Menorca, eran disconformes al ordenamiento jurídico, por contravenir lo dispuesto en el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. contra la sentencia



de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 25 de mayo de 2010, dictada en los recursos contencioso- administrativos acumulados números 770/2003 y 856/2003 .

### **TERCERO.-Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional , 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 la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer la parte recurrente condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a cada una de las partes recurridas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

### **FALLAMOS**

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 25 de mayo de 2010, dictada en los recursos contencioso- administrativos acumulados números 770/2003 y 856/2003 .

**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando 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 en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.