

Id Cendoj: 28079130032009100126
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 162 / 2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural. Recurrente: GAS NATURAL SDG, S.A.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de abril de dos mil nueve

En el recurso contencioso-administrativo nº 1/162/2007, interpuesto por la Entidad GAS NATURAL SDG, S.A., representada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, con asistencia de letrado, contra el *Real Decreto nº 1068/2007, de 27 de julio*, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural; habiendo intervenido como parte demandada la Entidad UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS, S.L., representada por el Procurador Don Luis Fernando Alvarez Wiese, con asistencia de letrado, IBERDROLA, S.A., representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, con asistencia de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de julio de 2007 se publicó el *Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio*, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.

SEGUNDO.- Contra dicho Real Decreto se interpuso por la Entidad GAS NATURAL SDG, S.A. el presente recurso contencioso-administrativo, formalizando la demanda mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2008, en el que suplicó a la Sala, tenga por formulada la demanda y dicte en su día sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho del RD impugnado en su conjunto y subsidiariamente, del *artículo 4.2* del mismo, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento, con expresa imposición de costas, interesando mediante otrosí, se fije la cuantía indeterminada para el presente recurso, así como que tenga lugar el correspondiente trámite de conclusiones.

TERCERO.- Dado traslado a la parte demandada, ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, el Abogado del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2008, en el cual, tras exponer los razonamientos que estimó pertinentes, solicitó se dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto.

CUARTO.- Por providencia de fecha 10 de septiembre de 2008 se acordó dar traslado conjuntamente de la demanda a las demás partes personadas para que contestaran a la misma.

Mediante escrito de fecha 14 de octubre de 2008, por la representación procesal de IBERDROLA, S.A., evacuó el trámite de contestación a la demanda, solicitando se resuelva estimar la misma con los demás pronunciamientos que en Derecho procedan, interesando mediante otrosí la práctica de conclusiones escritas.

Por providencia de la Sala, de fecha 29 de octubre de 2008, se acordó tener por decaído en su

derecho de contestación a la Entidad UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS, S.L., se estima indeterminada la cuantía de este procedimiento, y no siendo necesaria la celebración de vista pública, ni haberse solicitado el recibimiento a prueba, se acuerda continuar el procedimiento por el trámite de conclusiones, que fue evacuado por la parte recurrente mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2008, solicitando se dicte sentencia de conformidad con lo solicitado en el escrito de demanda. Iberdrola, S.A. mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2008, solicitando se dicte sentencia conforme a lo señalado en su escrito de contestación a la demanda. El Abogado del Estado mediante escrito de fecha 11 de diciembre de 2008, solicitando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, al ser el mismo *Real Decreto plenamente conforme a Derecho. Por diligencia de fecha 17 de diciembre de 2008 se tuvo por caducado el trámite de conclusiones a la Entidad Unión Fenosa Multiservicios, S.L.*

QUINTO.- Por providencia de 3 de febrero de 2009 se señaló para su Votación y Fallo el día 14 de abril siguiente, en que tuvo lugar.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- GAS NATURAL SDG, S.A. ha interpuesto el presente recurso contra el *Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio*, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural. La pretensión impugnatoria tiene una doble vertiente: una formal, que afecta a la totalidad del Real Decreto relativa a la inobservancia del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de normas reglamentarias, consistente en la falta de los informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado, y otra material que afecta a la validez del *artículo 4.2, por considerarlo contrario tanto a la Directiva 2003/55*, como a la *Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre*, en la redacción dada por la *Ley 12/2007, de 2 de julio*. Dicho artículo dispone que:

"Desde la entrada en vigor del presente real decreto, si un consumidor con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso opta por cambiar de suministrador, ni el suministrador original, ni ninguna otra empresa comercializadora del mismo grupo empresarial podrán realizar contraofertas a ese consumidor hasta que transcurra 1 año, siempre que el suministrador original fuera un comercializador de último recurso.

Una vez hecho efectivo el cambio, ni el suministrador original, ni ninguna otra empresa comercializadora podrán contratar el suministro con dicho consumidor en el plazo de 1 año, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 del presente real decreto .

El incumplimiento de esta disposición será considerado infracción administrativa a los efectos señalados en la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, sin perjuicio de que pueda ser, en su caso, una infracción de las previstas en la Ley 15/2007, de 3 de junio, de la Defensa de la Competencia .

La Oficina de Cambios de Suministrador comunicará los incumplimientos de lo establecido en la presente disposición a la Comisión Nacional de la Energía a los efectos oportunos".

En el proceso se ha personado con el carácter de codemandado IBERDROLA, S.A., habiendo realizado en su contestación una serie de alegaciones que son propias de una parte que actúa como recurrente, lo que implica que al no responder a su verdadera consideración de parte pasiva, no pueden ser tenidas en cuenta.

SEGUNDO.- Tal como se solicita en la demanda, las omisiones de los informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado van a determinar la nulidad del Real Decreto impugnado.

I. Con respecto al primero, se ha de señalar que dicho informe viene impuesto por la *Disposición Adicional Undécima, Tercero.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que atribuye como función Segunda* de la CNE "participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afectan a los mercados energéticos y, en particular, en el desarrollo reglamentario de la presente Ley". El carácter preceptivo del informe viene además determinado en el *artículo 5.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía .

El informe de esa Comisión de 26 de julio de 2007 al que se refiere el Preámbulo del Real Decreto impugnado se emitió en relación con el proyecto del ahora en vigor *Real Decreto 871/2007, de 29 de julio*, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir de 1 de julio de 2007, en el cual se incluía una Disposición Adicional Duodécima, suprimida en el que resultó aprobado, que regulaba la figura de suministrador de último recurso.

Es cierto que en dicho informe de la CNE se recomendaba la supresión de la DA y la regulación separada en una norma independiente de esa figura, y se señalaban unos criterios generales que convendrían seguirse en su régimen jurídico, pero ello no es suficiente para considerar emitido el preceptivo informe en relación con la nueva norma en la que ya se concreta el régimen jurídico del suministrador de último recurso, pues la CNE no ha tenido oportunidad de examinar y dictaminar sobre ella, máxime cuando la inicial Disposición Adicional se limitaba a crear esa figura, atribuir al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la potestad de nombrarla, e imponer a las empresas distribuidoras de gas la obligación de publicar en sus páginas web los suministradores de último recurso de su zona de distribución, sin que en ella se estableciera el régimen jurídico de los consumidores con derecho a acogerse a tarifa de último recurso, ni los derechos y obligaciones de los suministradores de último recurso, ni las concretas medidas de promoción de la competencia, que aparecen extensamente regulados en los *artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto* impugnado.

No resulta, por tanto, lógico que se entienda cumplido el requisito de informe de la CNE, por remisión a uno que se había emitido con anterioridad a la iniciación del procedimiento de elaboración de la norma respecto de la cual es preceptivo, pues ello implica que en el momento de emisión ni se conocía la existencia del proyecto y menos su contenido, por lo que mal puede decirse que se haya pronunciado sobre la conveniencia y oportunidad del Real Decreto impugnado y de las medidas en el mismo adoptadas.

II. El Real Decreto debe anularse, también, por la falta del informe preceptivo del Consejo de Estado, que viene establecido en el *artículo 22.3 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril*, respecto de "Reglamentos o disposiciones de carácter general que dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones", corroborado por el *artículo 24.2 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre*.

El Real Decreto impugnado es un reglamento de naturaleza ejecutiva, según se desprende de su propio Preámbulo, que habla, en primer término, de adaptación por medio del Real Decreto de toda la normativa actualmente en vigor que desarrolla la *Ley 34/1998, de 7 de octubre*, del sector de hidrocarburos, con el fin de acomodarla al nuevo modelo de la *Ley 12/2007, de 2 de julio*, en segundo lugar, de la introducción de medidas pertinentes para la aplicación de lo dispuesto en la *disposición transitoria quinta de esta última Ley* en lo que se refiere a la determinación de los precios que deberán pagar aquellos consumidores que transitoriamente no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador, y, en último término, porque se somete al informe preceptivo de la CNE precisamente por su carácter de norma que afecta a la energía, de acuerdo con lo que preceptúa la *Disposición Adicional undécima de la Ley 34/1998*.

La propia Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en su informe al proyecto de fecha 26 de julio de 2007, señala bajo su epígrafe 2 que constituye "desarrollo reglamentario de lo dispuesto en los *artículos 82 y 93 de la LSH* y en la *disposición transitoria quinta de la Ley 12/2007*", para más adelante añadir que "se ha evacuado el preceptivo trámite de audiencia por tratarse de una disposición de carácter general que afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos".

Aparte de este informe suficientemente expresivo, la naturaleza no independiente del Real Decreto impugnado se deduce de sus propios términos, ya que no se establecen en él normas internas o organizativas propias de la estructura administrativa o del régimen de sumisión especial, sino que contiene, por el contrario, normas de carácter general que afectan a los consumidores, cuyo régimen jurídico para aquellos que tengan derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, se establece en su *artículo 2º*, y a los suministradores se les acotan sus derechos y obligaciones en el *artículo 3º*, finalizando el *artículo 4* con el establecimiento de una serie de medidas de promoción de la competencia, que sin duda incide en el mercado del gas y afecta, por tanto, a los sujetos -operadores y consumidores- en el intervinientes.

Aunque es cierto que en alguno de sus preceptos, el Real Decreto remite a otras normas, no puede ponerse en duda que contiene su propio régimen jurídico, estableciendo derechos y obligaciones y adoptando medidas competenciales con una configuración propia, que hace superar los límites de una mera remisión normativa. Así el *artículo 2º* contiene una atribución de cualidad o carácter a un determinado tipo de consumidores, y, aunque remite a otra norma para su regulación, la propia remisión tiene, en sí misma considerada, un contenido jurídico determinado. En igual sentido, el *artículo 3º* establece obligaciones y

derechos propios de los suministradores de último recurso, con un régimen jurídico independiente, y con propias características, que aunque pudieran estar recogidos en otras normas, les da su particular configuración y plazo. Y no se diga del *artículo 4*, en el cual se adoptan medidas de defensa de la competencia, limitando derechos de los suministradores, e incluso de los usuarios respecto de la elección del suministrador, y que son las que se discuten en este recurso.

La restricción temporal de la norma no implica que por ello pierda su carácter de reglamento de desarrollo. En efecto, como en el propio Preámbulo se reconoce, "en tanto no se produzca dicha adaptación -la de la normativa anterior a la *Ley 12/2007* - y para evitar incertidumbres en la aplicación de la *Ley*, resulta necesario especificar el régimen jurídico a aplicar a los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, una vez que haya desaparecido el mercado a tarifa". Es decir, tiene un periodo limitado de aplicación, pero en tanto no se derogue, sus efectos tienen plena operatividad.

Debe en consecuencia declararse la nulidad de la norma impugnada, sin que se oponga a esta conclusión, ni, en primer lugar, la sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2003, citada por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, pues no se contempla en ella un caso similar al presente, habida cuenta de que lo que en se examinaba era un Acuerdo del Consejo de Ministros carente de naturaleza de *reglamento o disposición general*, como el que aquí se examina, ni, en segundo término, la jurisprudencia que en su escrito de conclusiones cita como superadora del dictamen del Consejo de Estado, pues dicha jurisprudencia ha sido rectificada por la más moderna recogida, entre otras, en la de 17 de enero de 2000 y las que en ella se citan, en la que se expresa:

"que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurando en el artículo 106 CE, casi siempre casuística o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria."

TERCERO.- No procede hacer declaración de condena en costas, por falta de las *circunstancias previstas en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional* para su imposición.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos ESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº 1/162/2007, interpuesto por la Entidad GAS NATURAL SDG, S.A., contra el *Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio*, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, debemos declarar la nulidad del mismo por contrario a Derecho. Sin costas.

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el *artículo 72 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.