

## Resumen

*Gas. Peajes. El TS confirma la Orden del Ministerio de Industria por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso a terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, pues no pretende regular las características esenciales de ese peaje específico de carácter temporal, sino que persigue iniciar un proceso de convergencia del peaje aplicable a los usuarios que destinan a gas a usos como materia prima, fijando criterios orientadores del marco regulatorio aplicable a dichos suministros, una vez que desaparezca el referido peaje, y no resulta procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE, al no resultar la normativa impugnada compatible con la normativa comunitaria (FJ 2).*

### NORMATIVA ESTUDIADA

O IET/849/2012 de 26 abril 2012. Se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

art.5.4

O IET/3587/2011 de 30 diciembre 2011. Se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

dtr.un

Dir. 73/2009 de 13 julio 2009. Normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

art.32 , art.39 , art.41

RD 949/2001 de 3 agosto 2001. Regulación de acceso de terceros a instalaciones gasistas y establecimiento de sistema económico integrado del sector de gas natural

art.25

Ley 34/1998 de 7 octubre 1998. Sector de Hidrocarburos

art.92

Trat. de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE

art.267.2 , art.267.3

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	7

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CÁNONES

INDUSTRIALES

DOMINIO PÚBLICO

MINAS

Recursos mineros

Hidrocarburos

Cuestiones generales

GAS, COMBUSTIBLES GASEOSOS

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración estatal (funciones legislativas); Desfavorable a: Empresa

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Desestima el recurso interpuesto contra art.5.4 de O IET/849/2012 de 26 abril 2012. Se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

Declara la legalidad en la redacción dada por el apdo. 4 del art. 5 de la O IET/849/2012, de 26 abril dtr.un de O IET/3587/2011 de 30 diciembre 2011. Se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

Aplica art.32, art.39, art.41 de Dir. 73/2009 de 13 julio 2009. Normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

Aplica art.25 de RD 949/2001 de 3 agosto 2001. Regulación de acceso de terceros a instalaciones gasistas y establecimiento de sistema económico integrado del sector de gas natural

Aplica art.92 de Ley 34/1998 de 7 octubre 1998. Sector de Hidrocarburos

Aplica art.267.2, art.267.3 de Trat. de 25 marzo 1957. Tratado de Roma, constitutivo CEE

Cita O IET/849/2012 de 26 abril 2012. Se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

Cita O IET/3587/2011 de 30 diciembre 2011. Se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

Cita Ley 37/2011 de 10 octubre 2011. Medidas de agilización procesal

Cita art.13 de Rgto. 715/2009 de 13 julio 2009. Sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Rgto (CE) nº 1775/2005

Cita Rgto. 1775/2005 de 28 septiembre 2005. Condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural

Cita Dir. 55/2003 de 26 junio 2003. Normas comunes para mercado interior del gas natural y derogación Dir. 98/30/CE

Cita art.241.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.1, art.25, art.69.c, art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre GAS, COMBUSTIBLES GASEOSOS, DOMINIO PÚBLICO - MINAS - Recursos mineros - Hidrocarburos - Cuestiones generales ATS Sala 3ª de 16 julio 2013 (J2013/149262)

Cita en el mismo sentido sobre GAS, COMBUSTIBLES GASEOSOS, DOMINIO PÚBLICO - MINAS - Recursos mineros - Hidrocarburos - Cuestiones generales, CÁNONES - INDUSTRIALES STS Sala 3ª de 18 febrero 2013 (J2013/13956)

Cita STribunal de Justicia (UE) Sala 11ª de 18 octubre 2011 (J2011/236476)

Cita STribunal de Justicia (UE) de 6 octubre 1982 (J1982/11559)

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil catorce.

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 1/418/2012 interpuesto por la Procuradora Doña Amparo Naharro Calderón, en representación de la entidad mercantil FERTIBERIA, S.A., con asistencia de Letrado, contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/849/2012, de 26 de abril, por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista. Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades mercantiles ENAGAS, S.A., representada por la procuradora Doña Pilar Iribarren Cavallé, MADRILEÑA RED DE GAS, S.A., representada por el Procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, IBERDROLA, S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), representada por la Procuradora Doña Concepción Villaescusa Sanz, y ESCAL UGS, S.L., representada por la Procuradora Doña María del Carmen Giménez Cardona.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Doña Amparo Naharro Calderón, en representación de la entidad mercantil FERTIBERIA, S.A., interpuso ante la esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con fecha 27 de junio de 2012, recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo ET/849/2012, de 26 de abril, por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, presentado el 11 de enero de 2013, la representación procesal de la entidad mercantil FERTIBERIA, S.A. recurrente, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« tenga por presentado este escrito, junto con sus copias y la documentación aportada, y admita la presente demanda contra la Orden IET/849/2012, de 26 de abril, por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista (publicada en el BOE núm. 101 de 27 de abril de 2012), y tras los trámites que procedan en derecho, dicte en su día sentencia en que se declare la nulidad del apartado 4º de la Disposición Transitoria Única de la Orden IET/3587/2011 tras su modificación por el artículo 5.Cuatro de la Orden IET/849/2012 (4. "Este peaje se incrementará de forma gradual con objeto de igualarlo con los peajes ordinarios una vez finalizado el periodo extraordinario"), por las razones expuestas con anterioridad.

Por Primer Otrosí manifiesta que en caso de que a la Sala se le planteen dudas sobre la interpretación de los artículos 32.1, 41.1.a) y 41.6.1a) de la Directiva 2009/73/CE, eleve cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por Segundo solicita el recibimiento del procedimiento a prueba.

Por Tercer Otrosí interesa se acuerde el carácter confidencial del documento núm. 2 aportado junco con la demanda.

Por Cuarto Otrosí interesa la formulación de conclusiones escritas.

Por Quinto Otrosí pide que la cuantía de este recurso se fije como indeterminada.

Por Sexto Otrosí manifiesta que se tenga por devuelto el expediente administrativo del presente recurso contencioso- administrativo. ».

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2013, se acordó conferir al Abogado del Estado el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó en escrito presentado escrito el 17 de abril de 2013, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito y documentos que lo acompañan con su copia, se sirva admitirlo, teniendo por contestada la demanda, dictándose 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 diligencia de ordenación de 15 de abril de 2013, se acuerda dar traslado de la demanda a las representaciones procesales de las mercantiles ENAGAS, S.A., MADRILEÑA RED DE GAS, S.A., NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A., GAS ARAGON, S.A., IBERDROLA, S.A., GAS NATURAL SDG, S.A., ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO. S.A. y ESCAL UGS, S.L., para que en el plazo de veinte días, la contesten.

QUINTO.- Por diligencias de ordenación de 13 y 17 de mayo de 2013, se tiene por apartadas de la prosecución de las presentes actuaciones a las mercantiles GAS NATURAL SDG, S.A. e HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A., dictándose Decreto el 23 de mayo de 2013, por el que se se tiene por caducado el trámite de contestación a la demanda de todos los codemandados, excepto el Abogado del Estado, y se considera indeterminada la cuantía de este recurso contencioso- administrativo.

SEXTO.- Por Auto de 30 de mayo de 2013, se acordó recibir el procedimiento a prueba.

SÉPTIMO.- Practicadas las pruebas propuestas por las partes y admitidas, por providencia de 3 de julio de 2013 se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba concedido; unir las practicadas a los autos; y no estimándose necesaria la celebración de vista pública se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas sobre os hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción, evacuando dicho trámite la Procuradora Doña Amparo Naharro Calderón, por escrito presentado con fecha 19 de julio de 2013, el cual lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, tenga por presentado este escrito en unión de las copias que al mismo se acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por evacuado, en tiempo y forma, el trámite de conclusiones y, en su día, dicte sentencia en los términos solicitados por esta parte en su escrito de demanda, con expresa imposición de costas a la demandada. ».

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2013, se tiene por apartada de la prosecución de las presentes actuaciones a la entidad mercantil GAS ARAGÓN, S.A.

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2013, se concede a las partes demandadas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y las entidades mercantiles ENAGAS, S.A., MADRILEÑA RED DE GAS, S.A., NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A., IBERDROLA, S.A., ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), y ESCAL UGS, S.L.) el plazo de diez días para que presenten sus conclusiones, evacuándose dicho trámite por el Abogado del Estado, en escrito presentado el 24 de julio de 2013, en el que pide se den por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho del escrito de contestación a la demanda.

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 12 de septiembre de 2013, se acuerda unir el escrito de conclusiones del Abogado del Estado y tener por precluido dicho trámite de conclusiones al resto de las demandadas, al no haber presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

UNDÉCIMO.- Por providencia de fecha 11 de febrero de 2014, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de mayo de 2014, fecha en que tuvo lugar el acto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

El presente recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil FERBITERIA, S.A., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de un inciso del artículo 5, apartado cuatro, de la Orden

del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

Para una adecuada comprensión de la controversia jurídica planteada, procede transcribir el contenido íntegro del artículo 5, apartado cuatro, de la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/849/2012 recurrida EDL 2012/63698 , que modifica la disposición transitoria única de la Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre EDL 2011/297854 , por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, que regula el peaje temporal para antiguos usuarios de la tariga para materia prima (PA).:

«1. Con carácter extraordinario y hasta el 31 de diciembre de 2014, los consumidores anteriormente acogidos a la tarifa específica para usos de materia prima se podrán acoger a este peaje que engloba el peaje de transporte y distribución (incluyendo el término de reserva de capacidad), el peaje de descarga de buques y el peaje de regasificación.

2. El valor de este peaje será el siguiente:

Término fijo: 0,3664 cent/kWh/día/mes.

Término variable: 0,0058 cent/kWh.

3. Este peaje será facturado por la empresa titular del punto de salida.

4. Este peaje se incrementará de forma gradual con objeto de igualarlo con los peajes ordinarios una vez finalizado el periodo extraordinario.».

La pretensión anulatoria del apartado 4 de la disposición transitoria única de la Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre EDL 2011/297854 , por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, tras su modificación por la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , que estipula que «este peaje se incrementará de forma gradual con objeto de igualarlo con los peajes ordinarios una vez finalizado el periodo extraordinario», se fundamenta, en primer término, en el argumento de que para no infringir lo dispuesto en los artículos 32, 39 y 41 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 EDL 2009/170903, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE EDL 2003/30631 , era necesario que la Comisión Nacional de Energía hubiera aprobado con carácter previo una metodología para la determinación de los peajes de transporte y distribución que resulte eficiente para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema gasista.

Al respecto, se aduce que la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , debe anularse, en cuanto fue aprobada sin que previamente se hubiera aprobado por parte de la Comisión Nacional de Energía la metodología para el cálculo de peajes y cánones de los servicios básicos de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución del sistema gasista exigido por la normativa comunitaria.

En segundo término, se alega que la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , vulnera el artículo 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos EDL 1998/45503 , que establece los criterios para la fijación de peajes y cánones, que han de responder al uso que se haga de la red y determinarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada clase o tipo de consumo, de modo que, en el caso del peaje para usuarios de gas como materia prima, habría que atender al menor uso que Fertiberia hace de la red, al volumen de consumo -muy superior al de las plantas de ciclo combinado- y a la estabilidad del consumo durante todo el año, por lo que resulta improcedente la progresiva desaparición de este peaje y su equiparación con los peajes ordinarios que dispone el apartado 4 de la disposición transitoria única de la Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre EDL 2011/297854 , introducida por el apartado 4 del artículo 5 de la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 .

En tercer término, se aduce la vulneración del artículo 25 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto EDL 2001/25010 , por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, por ausencia de habilitación legal para la aprobación de la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , fuera del plazo anual ordinario, en cuanto modifica los peajes establecidos en la precedente Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre EDL 2011/297854 , por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas.

Se afirma que nada existe en el expediente que justifique la concurrencia de circunstancias nuevas y no conocidas que pudieran fundamentar la aprobación de la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , recurrida, sin esperar a los plazos ordinarios establecidos por la normativa, pues no queda acreditado que en el momento que se aprueba dicha Orden exista un auténtico déficit de ingresos en el sistema gasista.

En último término, se postula que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de los artículos 32.1, 41.1 a) y 41.6 a) de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 EDL 2009/170903, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE EDL 2003/30631 .

SEGUNDO.- Sobre la improsperabilidad del recurso contencioso-administrativo.

La pretensión anulatoria del inciso del apartado cuatro del artículo 5 de la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas

medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista, que modifica la disposición transitoria única de la Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre EDL 2011/297854 , introduciendo una cláusula a cuyo tenor «este peaje se incrementará de forma gradual con objeto de igualarlo con los peajes ordinarios una vez finalizado el periodo extraordinario», que concluye el 31 de diciembre de 2014, no puede prosperar, en cuanto que consideramos que dicha disposición tiene un contenido prescriptivo limitado, ya que más que pretender regular las características esenciales de este peaje específico de carácter temporal, persigue iniciar un proceso de convergencia del peaje aplicable a los usuarios que destinan el gas a usos como materia prima, fijando criterios orientadores del marco regulatorio aplicable a dichos suministros una vez que desaparezca el referido peaje.

En efecto, aunque consideramos que no procede acordar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, como postula el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda, con base en lo dispuesto en los artículos 1, 25 y 69 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323 , por no ser la norma recurrida un acto o disposición susceptible de impugnación, «al constituir -según se aduce- una mera declaración de deseo no de voluntad», no obstante, rechazamos que concurren las infracciones de la normativa comunitaria europea y de la legislación regulatoria del sector de hidrocarburos aducidas, en cuanto que del contenido de la disposición recurrida, interpretada en su sentido auténtico, se infiere que se trata de un mero mandato dirigido al titular de la potestad reglamentaria acerca de la evolución del referido peaje, que sólo producirá efectos jurídicos si es objeto de conservación por decisión del legislador, del Gobierno o del propio Ministro de Industria, Energía y Turismo mediante la aprobación de una disposición de igual o superior rango normativo.

En este sentido, cabe significar que consideramos que carece de fundamento el enjuiciamiento de la legalidad de la disposición recurrida desde el parámetro normativo que proporcionan los artículos 32, 39 y 41 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 EDL 2009/170903, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE EDL 2003/30631 , y otras disposiciones concurrentes, que establecen la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso de terceros a las redes de distribución y transporte del sistema gasista, fijando peajes, tarifas y cánones que aseguren la sostenibilidad económico-financiera del mencionado sistema, en la medida que los motivos de impugnación desarrollados están desvinculados del objeto del recurso contencioso-administrativo.

Al respecto, constatamos que el planteamiento que subyace en la exposición impugnatoria del Letrado defensor de la mercantil recurrente, se dirige, más que a demostrar la existencia de una clara contradicción entre la disposición controvertida adoptada por el Ministro de Industria, Energía y Turismo y el ordenamiento jurídico comunitario europeo, a que se reconozca su derecho a que se mantenga inalterable el peaje transitorio para materia prima, que beneficia, entre otros usuarios, a consumidores como Fertiberia, que consumen intensivamente gas natural en el proceso de fabricación de fertilizantes, lo que no resulta compatible con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 18 de febrero de 2013 (RCA 177/2011) EDJ 2013/13956 , en que hemos sostenido la imposibilidad de petrificar o congelar el régimen económico del sistema gasista, en cuanto que su regulación debe adaptarse y ajustarse a las características de carácter económico y social que inciden en la sostenibilidad, competencia y eficiencia del sistema gasista.

Por estos mismos argumentos, estimamos que carecen de fundamento los motivos de impugnación deducidos contra la Orden IET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , sustentados en la infracción del artículo 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos EDL 1998/45503 , y del artículo 25 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto EDL 2001/25010 , por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, en cuanto se desarrollan argumentos que también están desconectados del supuesto regulatorio que, con carácter prospectivo, contempla la disposición recurrida, que delimita el objeto del recurso contencioso-administrativo.

En último término, estimamos que no resulta procedente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto sostenemos que no concurren, en el caso enjuiciado, los presupuestos que exige el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea EDL 1957/52 para su promoción, atendiendo además a que el artículo 13 del Reglamento (CE) 715/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 EDL 2009/170901 , sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) num. 1775/2005 EDL 2005/164991 , establece que las tarifas o los métodos para calcularlas serán transparentes y deberán favorecer la competencia y el comercio eficiente del mercado gasista, evitando subvenciones cruzadas entre los usuarios de la red, y proporcionarán incentivos para la inversión y mantenimiento o creación de la interoperatividad de las redes de transporte, y deberán aplicarse de forma no discriminatoria, lo que impide calificar a dicha disposición, en abstracto, de incoherente o incompatible con la normativa comunitaria europea.

A estos efectos, cabe recordar que, según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se recuerda en la sentencia de 18 de octubre de 2011 (C-134/09 y C-135/09) EDJ 2011/236476 , el planteamiento de la cuestión prejudicial resulta pertinente en los siguientes supuestos:

« (...) un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho de la Unión, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros, 283/81, Rec. p. 3415, apartado 21 EDJ 1982/11559 ). ».

En este sentido, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 (RC 3667/2010) EDJ 2013/149262, dijimos:

« (...) El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el Derecho europeo a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros ( STJCE de 16 de diciembre 1981, Foglia/Novello, 244/80). Sólo al juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho Derecho europeo y que el monopolio jurisdiccional del TJUE solo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias ( STJCE, de 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/85). De manera que el artículo 267 TFUE EDL 1957/52 no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho europeo para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: -) aplicabilidad de las disposiciones de Derecho europeo al litigio; -) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho europeo aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y -) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho europeo.

En síntesis, sustituido, en la propia doctrina del TJUE, el criterio de la "separación" por el de la "cooperación" al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (STJCE de 11 de diciembre de 1965, Schwarze, 16/65), corresponde a éste: la iniciativa de la remisión ( SSTJCE de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, y 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81); y decidir si es "necesario para dictar su fallo" que el TJCE se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada ( STS de 3 de noviembre de 1993), sobre algún extremo del Derecho europeo ("pertinencia de la cuestión planteada"). Así, pues, conforme al sistema resultante del artículo 267 TFUE, "el Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento de los hechos del asunto así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas en el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial, para poder dictar su resolución" ( STJCE de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/78).

Los párrafos 2 y 3 del citado artículo 267 TFUE EDL 1957/52 distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros y la "obligatoriedad" de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del "órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno". En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho europeo, teniendo en cuenta, además, el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional supremo, se impone la obligación de plantear, antes de decidir el litigio, la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la "pertinencia" o efectuar el "juicio de relevancia" para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los términos que pasamos a señalar.

(...) La valoración de la pertinencia de la cuestión prejudicial suscitada, que corresponde efectuar al juez nacional, incluso, como se ha dicho, cuando culmina la instancia judicial interna, según deriva de la propia formulación del artículo 267 del Tratado EDL 1957/52 que se refiere a "si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo", ha estado presidida, paradigmáticamente, por el criterio del "acto claro". Esta doctrina, utilizada tanto por el Consejo de Estado francés (A. 11604 Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit, resolución de 22 de diciembre de 1987) como por el Tribunal Federal de Finanzas alemán (Bundesfinanzhof, resoluciones de 16 de julio de 1981 y 24 de abril de 1985), fue cuestionada sosteniéndose que debía ser automático el reenvío al TJUE de toda cuestión suscitada ante un órgano jurisdiccional nacional de última instancia porque éste carecía de competencia, en virtud del artículo 267, apartado 3, TFUE, para retener aquella, porque el pronunciamiento sobre la claridad de la cuestión es precisamente el resultado de la interpretación, y porque la noción de "acto claro" no se adapta a la complejidad del ordenamiento europeo. Sin embargo, si el TJCE, en un primer momento, pareció considerar que la obligación contenida en el artículo 177, apartado 3 TCEE, era absoluta, al menos, desde la sentencia CILFIT (TJCE, 6 de octubre de 1982) ha precisado que existen dos hipótesis que dispensan al juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que exista una jurisprudencia establecida del TJCE que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda se produce cuando la aplicación correcta del Derecho europeo se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión o, en sus propias palabras, "la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada"; en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que "la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia", podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia. La misma doctrina del "acto claro" ha tenido reflejo en algunas decisiones de este Alto Tribunal (SSTS de 17 de abril de 1989, 13 de junio de 1990 y de 20 de septiembre de 1996). En consecuencia, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJUE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita ( SSTJCE de 22 de noviembre de 1978, Mattheus y 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, entre otras); cuando pueda afirmarse la evidencia en la respuesta porque no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el TJUE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra "aclarada" la duda

objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con un litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria, como señaló ya la STJCE de 27 de marzo de 1963, Da Costa, 28 a 30/62. ».

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil FERTIBERIA, S.A. contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo ET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323 , en la redacción introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre EDL 2011/222122 , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte actora.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional EDL 1998/44323 , 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 cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer al Abogado del Estado.

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,

## FALLO

Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil FERTIBERIA, S.A. contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo ET/849/2012, de 26 de abril EDL 2012/63698 , por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte actora, en los términos fundamentados.

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 José Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- María 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. José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130032014100135**