

**Tribunal Supremo****TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 5 octubre 2015**

JUR\2015\235305

Autorización administrativa previa para la distribución de gas natural. Distribuidora de zona. Ha lugar al recurso de casación y estimación del recurso contencioso-administrativo.

**Jurisdicción:**Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 91/2013

**Ponente:**Excmo Sr. Eduardo Calvo Rojas

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 91/2013 interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, representada y asistido por el Letrado de sus servicios jurídicos, y ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN S.A.U, representada por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 342/2010 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U., representada por el Procurador D. Ludovico Moreno Martín.

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO**

La Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 342/2010 ) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<FALLAMOS: Que estimamos el Recurso Contencioso-Administrativo nº 343/2010 interpuesto por la representación procesal de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, en la actualidad "MADRILEÑA DE GAS, S.A." contra la Resolución de 11 de marzo de 2010 dictada por la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid que desestima el recurso de alzada interpuesto contra anterior resolución de 4 de septiembre de 2009 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas por la que

se otorga a ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN S.A.U. autorización administrativa previa para la distribución de Gas Natural en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares Campamento" del Término Municipal de Madrid, y en consecuencia, se anula por no ajustarse a Derecho. Sin costas>>.

## SEGUNDO

La referida sentencia en su fundamento jurídico, recoge los siguientes antecedentes y hechos:

<<PRIMERO. - Del expediente administrativo y de la documentación aportada nos encontramos con los siguientes hechos:

- Con fecha de 27 de abril de 2009 la empresa Endesa Gas Distribución S.A.U. presentó solicitud de autorización administrativa previa para la distribución de gas natural en la actuación urbanística "APR.12.02 INSTALACIONES MILITARES CAMPAMENTO" del término municipal de Madrid, adjuntando proyecto básico y demás documentación. La citada solicitud fue sometida a información pública (B.O.C.M. 31.07.2009).

- Gas Natural Distribución SDG, cuenta con autorización administrativa previa para la distribución de gas natural canalizado en todo el término municipal de Madrid.

- Cumplidos los trámites reglamentarios en el expediente instruido al efecto, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) , del Sector de Hidrocarburos, el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre (RCL 2002, 3091) , así como las competencias transferidas a la Comunidad de Madrid en materia de industria, energía y minas por Real Decreto 1860/1984 de 18 de julio (RCL 1984, 2462) , sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad de Madrid, y el Decreto 25/2009, de 18 de marzo (LCM 2009, 118) , por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, teniendo en cuenta que Endesa Gas Distribución S.A.U. cumple los requisitos establecidos en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, para ser solicitante de autorización administrativa previa para la distribución de gas natural, no habiéndose presentado alegaciones durante el periodo de información pública de la solicitud, esta Dirección General de Industria, Energía y Minas, en uso de las atribuciones que tiene legalmente establecidas RESUELVE Otorgar a Endesa Gas Distribución S.A.U. autorización administrativa previa para la distribución de gas natural en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares Campamento", del término municipal de Madrid (folios 18 a 21 expediente).

- Por vía de alzada, la Consejería de Economía y Hacienda de la CAM, confirmó esta resolución (folios 87 a 93 expediente).

A continuación, el fundamento jurídico segundo de la sentencia hace una reseña de la normativa aplicable al caso, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO.-En el presente recurso (a diferencia de otros similares resueltos por esta misma Sala y Sección), teniendo en cuenta que la solicitud de ENDESA tuvo lugar el 27 de abril de 2009 resulta de aplicación la Ley del Sector de Hidrocarburos, Ley 12/2007 de 2 de julio (RCL 2007, 1291) , cuyo artº 20, da nueva redacción al apartado 7 del artº 73 de la originaria Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y precisamente antes de la redacción de la presente Sentencia, se vino en conocimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 135/2012 de 19 de junio de 2012 (RTC 2012, 135) , publicada en el Boletín Oficial del Estado el 9 de julio de 2012 desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid que se dirige contra la nueva redacción que el art. único. 20 , de la Ley 12/2007, de 2 de julio -por la que se modifica la

Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE (LCEur 2003, 2135 y LCEur 2004, 161) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural- otorga al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos y contra la disposición final primera de la misma Ley 12/2007, de 2 de julio , en cuanto atribuye a dicho apartado el carácter de básico al amparo de los títulos competenciales recogidos en los números 13 y 25 del art. 149.1 CE (RCL 1978, 2836) .

En este sentido, la redacción del apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998 (L.S.H.) era la siguiente: "*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*".

El artículo único.20 , de la Ley 12/2007, de 2 de julio, da nueva redacción al art. 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, en los siguientes términos:

" *Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista*">> .

El mismo fundamento segundo de la sentencia dedica a la prueba pericial practicada en el proceso las siguientes consideraciones:

<< (...) Así las cosas, en el presente recurso contencioso-administrativo y a instancia de la parte actora se practicó prueba pericial judicial consistente en que se designe por insaculación perito judicial, ingeniero industrial, especialista en instalaciones de gas , con el fin de que emita dictamen, previa comprobación sobre el terreno en la actuación urbanística "APR.10.02", Instalaciones Militares Campamento y con la asistencia si lo estimara conveniente de personal técnico de Gas Natural Distribución SDG, S.A., sobre:

1. Si la red de distribución de gas natural actualmente existente en esta actuación urbanística coincide con la que consta plasmada en el plano aportado junto con la demanda de Gas Natural Distribución SDG, S.A. como Anexo A (folio 93 autos).

2. Si esta red de gas natural existente se encuentra en servicio.

3. Y sí desde un punto de vista técnico se trata de una red de distribución diseñada para lograr el paso del gas natural a otras zonas o actuaciones distintas a la actuación urbanística "APR.10.02" Instalaciones Militares Campamento o bien la red construida está diseñada, preparada y construida como una red de gas para la distribución capilar de este combustible para esta actuación urbanística "APR.10.02".

El dictamen pericial emitido consta a los folios 787 a 832 de los autos en el que se expresa como conclusiones:

1. A tenor del análisis realizado, se puede concluir que la red de distribución de gas existente en la actuación APR 10.02 coincide, según lo inspeccionado, con la red que figura en la zona de actuación del plano del Anexo A del expediente, (plano nº 4455-PT 1.1 Rev.00 de Gas Natural Distribución S.D.G. S.A.).

2. A su vez, según las pruebas efectuadas, la red de distribución de gas existente se encuentra en servicio. La última parte de este informe incluye pruebas fotográficas de las instalaciones inspeccionadas, donde es posible apreciar la indicación de algunos de los manómetros revisados.

3. La red de distribución de gas existente en la actuación APR 10.02 se trata de una red mallada

consolidada no capilar, que podría permitir el paso del gas natural a otras zonas o actuaciones diferentes a la actuación APR 10.02, en caso de futuras ampliaciones y mejoras>>.

También en relación con la prueba pericial, el fundamento cuarto de la sentencia recoge las aclaraciones realizadas por el Perito a instancias de la parte codemandada; y a continuación, los dos últimos párrafos de ese fundamento señalan:

<< (...) Tras estos datos dictaminados por el Perito Judicial, vienen a demostrar que la nueva redacción del apartado 7 del artº 73 de la Ley 34/1998 , que sienta el principio de preferencia a favor del distribuidor de la zona, en el presente recurso se da por demostrado pues tal como se expresa en el Fundamento Jurídico 4 de la S.T.C.:

*" El interés general o la finalidad perseguida por el apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998 es reducir los precios en todo el territorio nacional. En este sentido, como señala el Abogado del Estado, es cierto que la abundancia de redes genera ineficacia que redundará en un perjuicio para el consumidor porque habría que hacer frente a los mayores costes que supondría retribuir unas inversiones no eficientes. Por este motivo, el legislador ha previsto que la empresa que ya tenga la autorización de una zona dispone de una ventaja sobre la zona de influencia aneja a su zona autorizada al gozar de preferencia para obtener una nueva autorización previa. Por tanto, no hay duda de que el principio de preferencia sobre las zonas adyacentes, así como el resto de criterios previstos en el art. 73.7, priman la eficiencia en beneficio del sistema gasista para lograr unas menores inversiones y, por extensión, una menor carga para los consumidores, en línea con los principios sentados por el art. 89.2 d) (obtener la mayor racionalidad y aprovechamiento económico de las instalaciones), 92.1 c) (determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores) y 92.5 (tomar en consideración a la hora de fijar los peajes y cánones los costes incurridos por el uso de la red de manera que se optimicen el uso de las infraestructuras) de la ley ">>.*

Por último, el fundamento cuarto de la sentencia se ocupa de la prueba documental y expone la conclusión de la Sala de instancia basada en una valoración conjunta de la prueba:

<< (...) CUARTO. - Así mismo, a instancia de la parte actora se ha practicado en este recurso prueba documental consistente en que a los efectos demostrativos de que la Administración ha autorizado la construcción de instalaciones de distribución de gas natural en la actuación urbanística "APR.10.02, Instalaciones Militares Campamento", que se requiera a la Dirección General de Industria y Energía para que informe si ha autorizado, en diferentes fases, la ejecución de la instalación de distribución de gas natural que consta plasmada en el plano aportado junto con la demanda de Gas Natural Distribución SDG, S.A. como Anexo A, y, en caso de que la respuesta fuere negativa, se le requiera para que aporte a este proceso las resoluciones que han autorizado la ejecución de instalaciones y la puesta en marcha de instalaciones de distribución de gas natural a Gas Natural Distribución SDG, S.A. en la citada actuación urbanística "APR.10.02, Instalaciones Militares Campamento".

El Informe para esta documental es emitido por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la CAM con fecha 13 de abril de 2011 (folios 301 a 304 autos) y la representación de la codemandada se apoya en este Informe para afirmar la incierta condición de la recurrente Gas Natural de distribuidor efectivo en la Zona APR 10.02 "Instalaciones Militares de Campamento". En este Informe se niega dicha autorización al afirmar que " desde esta Dirección General no se ha autorizado a Gas Natural Distribución SDG, S.A., la ejecución de ninguna instalación para el suministro de gas natural en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares de Campamento".

Ahora bien, esta afirmación no es tan rotunda, al afirmar a continuación que *"pudiera ser que exista alguna instalación de distribución en servicio que discurra por el ámbito geográfico de esa actuación urbanística, para dar suministro a otras zonas y cuya ejecución y puesta en servicio haya sido autorizada por esta Dirección General. Estas instalaciones deberán adecuarse al instrumento urbanístico por el que se desarrolle la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares de Campamento"*.

En definitiva en la valoración conjunta de ambas pruebas, no se puede negar la evidencia de que en la actuación urbanística cuestionada existen unas instalaciones gasísticas en funcionamiento de la titularidad de la recurrente GAS NATURAL preexistentes a la fecha en que la codemandada ENDESA solicitó el 27 de abril de 2009 autorización administrativa previa para la distribución de gas natural en esa zona, y cuya concesión resulta contraria a Derecho en confirmación de la interpretación que la Sentencia del Tribunal Constitucional realiza del artº 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (L.S.H.) reformada por la Ley 12/2007 de 2 de julio.

Por todo ello, la parte dispositiva de la sentencia termina estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando la autorización administrativa previa otorgada a Endesa Gas Distribución S.A.U.

### TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de la Comunidad Autónoma de Madrid y de Endesa Gas Distribución S.A.U.

### CUARTO

La representación procesal de Endesa Gas Distribución S.A.U. formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2013 en el que, después de exponer los antecedentes del caso, aduce tres motivos de casación, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741) . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

**1.-** Infracción, por aplicación errónea y vulneración del artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) por un doble motivo:

- Por inadecuada interpretación de los fundamentos que rigen la Ley del Sector de Hidrocarburos en supuestos de esta naturaleza y recogidos en el articulado de la misma (artículo 73.7 y disposición adicional 23).

- Por inadecuada interpretación de las conclusiones que con respecto al sentido de dicho artículo 73.7 se recogen en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 135/2012 (RTC 2012, 135) .

Aduce la recurrente que el procedimiento administrativo del que trae causa la resolución impugnada tenía un objeto distinto (concesión de una "autorización administrativa previa", que no supone en absoluto la autorización para la construcción de instalaciones), por lo que decae el armazón argumental de la sentencia, que aplica a un supuesto de hecho (autorización previa) las normas aplicables a otro distinto (autorización de ejecución). Razona que si la sentencia hubiera aplicado correctamente el citado artículo 73.7 sobre los fundamentos en los que se basan los preceptos de la Ley del Sector de Hidrocarburos antes citados debiera haber desestimado el recurso, pues si las citadas normas impiden o condicionan la concesión de "autorizaciones de ejecución o construcción de instalaciones de distribución de gas" y la autorización concedida en el expediente del caso no es de tal naturaleza, al ser una "autorización administrativa previa", no resulta necesario siquiera entrar a valorar si existe o no otro distribuidor de zona o si existe otra autorización de ejecución, pues se trata de supuestos de hecho distintos al del caso

presente, al que no es aplicable tal restricción sin necesidad de razonar nada más respecto a ese supuesto distribuidor.

En cuanto a la errónea interpretación de las conclusiones que con respecto al sentido de dicho artículo 73.7 se recogen en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 135/2012 , la recurrente sostiene que, en contra de lo que razona la sentencia del recurrida, se permite que, en los supuestos a los que se refiere el arto 73 .7 de la LSH (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) , las "autorizaciones de construcción de instalaciones de distribución" sean concedidas en libre concurrencia a un solicitante distinto al "distribuidor de zona", el cual sólo tendría preferencia pero no exclusividad.

2.- Infracción, por aplicación errónea y vulneración, del artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional nº 135/2012 , porque no ha quedado en absoluto acreditado que Gas Natural Distribución SDG, S.A. (en la actualidad Madrileña Red de Gas II, S.A.) ostente la condición de "distribuidor de zona" a la que se refiere el citado artículo 73.7. En este mismo motivo y en relación con lo anterior, la recurrente alega que la sentencia incurre en arbitrariedad al asumir que la recurrente sea el distribuidor de zona remitiéndose a los informes pericial y documental de las actuaciones.

3.- Infracción, por inaplicación de la jurisprudencia de esta Sala -cita STS de 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 818) (casación 2162/19999 )-que establece que "e l ámbito jurisdiccional del juez contencioso-administrativo queda restringido al control en Derecho del sometimiento de la Administración a la Ley, sin que pueda sustituir a la Administración, invadiendo arbitrariamente el espacio de responsabilidad que le corresponde como poder público en la definición del interés general en base a criterios de oportunidad o conveniencia ".

Termina el escrito de Endesa Gas Distribución S.A.U. solicitando que se case y anula la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra desestimando la demanda y confirmando el acto administrativo impugnado.

## QUINTO

La representación procesal de la Comunidad de Madrid formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2013 en el que formula dos motivos de casación, ambos al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741) . El contenido de estos motivos, en síntesis, es el siguiente:

1.- Infracción del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) , del Sector de Hidrocarburos , aduciendo la recurrente que la sentencia de instancia porque aplica a un supuesto de hecho, existencia de autorización previa, las normas establecidas para otro distinto, autorización para construcción o ejecución. Afirma que en el presente caso, Gas Natural Distribución SDG, S.A., en la actualidad Madrileña Red de Gas II, S.A., no cuenta con autorización de construcción o de ejecución de ninguna instalación en la actuación urbanística "APR.IO.02 Instalaciones Militares Campamento", del término municipal de Madrid; y tampoco ostenta el título de distribuidor exclusivo en la misma, por lo que la sentencia no realiza una correcta aplicación de lo dispuesto en la normativa de referencia.

Para poner de manifiesto la confusión en que a su entender incurre la sentencia, la Administración recurrente parte de los establecido en la disposición adicional 23ª de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (<< Sobre la zona de distribución de gas natural de una autorización administrativa no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de

*distribución, debiendo cumplir las obligaciones de servicio de interés general y extensión de las redes, impuestas en la legislación y en la propia autorización administrativa. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 78 >>>).* Aduce la recurrente que la sentencia no parece tener en cuenta la existencia de esa primera aproximación para la distribución de gas natural, cual es la autorización previa. Insiste en que se trata de un paso anterior a la autorización de construcción o ejecución, siendo la resolución de la Comunidad de Madrid ajustada a derecho. Se trata de conceptos diferentes que son tratados en la sentencia de manera indistinta. Aduce también que el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre (RCL 2002, 3091) , por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone en su artículo 70 que la construcción de las instalaciones gasistas requiere, entre otras, la "autorización administrativa al proyecto genérico", que es lo que se ha denominado autorización previa. Ahora bien, para la construcción de las instalaciones es precisa la autorización del proyecto de ejecución, según el procedimiento descrito en los artículos 83 y 84 del mismo Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre . Y señala la recurrente que en tanto que no se autorice la ejecución de instalaciones en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares Campamento" del término municipal de Madrid, ninguna compañía distribuidora que cuente con autorización administrativa previa puede ejecutar instalación de distribución de gas natural alguna, con lo que Gas Natural Distribución SDG, S.A., en la actualidad Madrileña Red de Gas II, S.Á., no está habilitada para distribuir gas natural en todo el ámbito de la repetida actuación. No solo no está habilitada aquélla, sino que tampoco lo estaría Endesa Gas Distribución, S.A.U.

En fin, la recurrente señala que, pese a la conclusión que alcanza la sentencia recurrida, el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos pone claramente de manifiesto la posibilidad de concurrencia de solicitudes de construcción y explotación de instalaciones de distribución presentadas por empresas distribuidoras aun existiendo una empresa distribuidora de la zona.

**2.-** Vulneración de los artículos 319.2 y 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , por haber realizado la Sala de instancia una valoración arbitraria de la prueba.

Según la recurrente, el informe emitido con fecha 13 de abril de 2011 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid niega que Gas Natural Distribución SDG, S.A. (en la actualidad Madrileña Red de Gas II, S.A.) sea el distribuidor efectivo en la actuación urbanística "APR 1 0.02 Instalaciones Militares de Campamento" del término municipal de Madrid. Y si bien el informe pericial debe valorarse según las reglas de la sana crítica, la valoración efectuada por la Sala no resulta racional, al no desvirtuar aquélla la legalidad de la resolución recurrida, ni acreditar que el demandante fuera distribuidor efectivo. En definitiva, y en contra de lo expresado en la sentencia, no ha quedado acreditado que Gas Natural Distribución SDG, S.A. (en la actualidad Madrileña Red de Gas, S.A.), ostente autorizaciones para la ejecución de instalaciones en la actuación urbanística. Siendo este hecho esencial de la demanda y, a su vez, base de la sentencia para la estimación del recurso, no puede sino concluirse la vulneración de los preceptos señalados.

Termina el escrito de la Comunidad de Madrid solicitando que se dicte sentencia revocatoria de la sentencia recurrida.

**SEXTO**

Por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 24 de abril de 2013 se acordó la admisión de los recursos de casación y la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

**SÉPTIMO**

Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta, por diligencia de ordenación de 8 de mayo de 2013 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación procesal de Madrileña Red de Gas, S.A.U. mediante escrito presentado el 20 de junio de 2013 en el que, tras exponer los fundamentos de su oposición a los motivos formulados por las recurrentes, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando los recursos de casación y confirmando la sentencia recurrida.

**OCTAVO**

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 29 de septiembre de marzo de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO**

El presente recurso de casación nº 91/2013 lo interponen las representaciones procesales de la Comunidad Autónoma de Madrid y de Endesa Gas Distribución S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2012 (recurso nº 342/2010 ) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Gas Natural Distribución SDG -en la actualidad Madrileña de Gas, S.A.-, se anula la resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid de 4 de septiembre de 2009, luego confirmada en alzada por resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid de 11 de marzo de 2010, que otorgó a Endesa Gas Distribución S.A.U. autorización administrativa previa para la distribución de Gas Natural en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares Campamento" del término municipal de Madrid.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación formulados por ambas recurrentes, cuyo contenido hemos resumido en los antecedentes cuarto y quinto, quedando señalado desde ahora que abordaremos de manera conjunta aquellos motivos en los que suscite la misma cuestión. Veamos.

## SEGUNDO

En el motivo primero del recurso interpuesto por Endesa Gas Distribución S.A.U. se alega la infracción, por aplicación errónea, del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318), del Sector de Hidrocarburos, aduciendo la recurrente que el procedimiento administrativo en el que se dictó la resolución administrativa impugnada en el proceso no tenía por objeto una autorización para la ejecución ni para la explotación de las instalaciones, pues lo que Endesa Gas solicitó -y la Administración otorgó- es una "autorización administrativa previa", que no supone en absoluto la autorización para la construcción de instalaciones. Decae por ello el armazón argumental de la sentencia, que aplica a un supuesto de hecho (autorización previa) las normas aplicables a otro distinto (autorización de ejecución). Y esa misma línea de argumentación es seguida en el motivo primero del recurso de la Comunidad de Madrid, donde también se alega la infracción del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, señalando la Administración recurrente que la sentencia de instancia aplica a un supuesto de hecho, existencia de autorización previa, las normas establecidas para otro distinto, autorización para construcción o ejecución; y añade la representación de la Comunidad de Madrid Aduce que el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre (RCL 2002, 3091), por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone en su artículo 70 que la construcción de las instalaciones gasistas requiere, entre otras, la "autorización administrativas al proyecto genérico", que es lo que se ha denominado autorización previa, mientras que para la construcción de las instalaciones es precisa la autorización del proyecto de ejecución, según el procedimiento descrito en los artículo 83 y 84 del propio Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

Ambos motivos de casación deben ser acogidos. Y para justificar esta conclusión debemos comenzar reseñando aquí el tenor literal de los preceptos concernidos.

El artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en la redacción que resulta aplicable al caso (que fue dada por el artículo único.20 de la Ley 12/2007, de 2 de julio (RCL 2007, 1291)) establece lo siguiente:

*(...) 7. Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista>>.*

Por su parte, el artículo 70 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, diferencia varias clases de autorizaciones referidas a las instalaciones gasistas. El contenido de este precepto, en lo que ahora interesa, es el que sigue:

### *Artículo 70. Actos administrativos de la autorización.*

*1. La construcción, ampliación, modificación y explotación de todas las instalaciones gasistas a las que se refiere el artículo 67.1 del presente Real Decreto requieren las resoluciones administrativas siguientes:*

*a) Autorización administrativa, que se refiere al proyecto genérico de la instalación como documento técnico-económico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, y otorga a la empresa autorizada el derecho a realizar una instalación concreta en determinadas condiciones.*

b) *Aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o de ejecución de las mismas, que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular realizar la construcción o establecimiento de la misma.*

c) *Autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en gas las instalaciones y proceder a su explotación comercial, y se concretará mediante el levantamiento del acta de puesta en servicio de las instalaciones.*

2. *Las solicitudes de autorización administrativa y aprobación del proyecto de ejecución definidas en los párrafos a) y b) del presente artículo podrán efectuarse de manera conjunta o separada.*

3. [...]

4. [...]>>.

Resulta así que la preferencia que el artículo 73.7 de la Ley 34/1998 establece en favor de la empresa distribuidora de la zona viene referida a las "autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución", esto es, las contempladas en los apartados b / y c/ del artículo 70.1 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , sin que aquel criterio de preferencia opere, en cambio, respecto de la autorización administrativa relativa al proyecto genérico de la instalación como documento técnico-económico, que es la contemplada en el apartado a/ del mismo artículo 70.1 del Real Decreto (autorización administrativa previa).

Es cierto que, según el artículo 70.2 del Real Decreto 1434/2002 , las solicitudes de autorización administrativa (artículo 70.1.a/) y aprobación del proyecto de ejecución (artículo 70.1.b/) pueden formularse de manera conjunta o separada. Pero en este caso no hubo solicitud conjunta pues lo que Endesa Gas Distribución S.A.U. pidió, y la Administración le otorgó en la resolución impugnada en el proceso, fue únicamente la denominada "autorización previa", señalando expresamente el apartado segundo de la propia resolución que la autorización "... en ningún caso se concede con derechos exclusivos de uso" (condición segunda) y que la autorización que se otorga "...no faculta para la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones que deberán ser autorizadas expresamente por esta Dirección General" (condición tercera).

Por tanto, no existiendo aquí ninguna autorización de construcción ni de explotación de instalaciones, no resultaba procedente invocar ni aplicar en este caso el artículo 73.7 de la Ley 34/1998 .

### TERCERO

Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, por haber aplicado la Sala de instancia indebidamente el artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) como sustento de su pronunciamiento, esa misma constatación de que en este caso no opera el criterio de preferencia establecido en dicho precepto sería por sí misma suficiente para concluir que el recurso contencioso-administrativo debió ser desestimado, al no existir razón para anular la resolución que otorgó la autorización previa Endesa Gas Distribución S.A.U.

No obstante, procede que hagamos algunas consideraciones sobre las cuestiones suscitadas en los demás motivos de casación.

En el motivo segundo de su recurso la representación de Endesa Gas Distribución S.A.U. alega nuevamente la infracción, por aplicación errónea, del artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos , en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional n° 135/2012 (RTC 2012, 135) , señalando la recurrente que no ha quedado en absoluto acreditado que la entidad demandante en el proceso -Gas

Natural Distribución SDG, S.A.- ostentase la condición de "distribuidor de zona" a la que se refiere el citado artículo 73.7, incurriendo la sentencia en arbitrariedad al asumir que la demandante era el distribuidor de zona basándose para ello en el informe pericial y la prueba documental obrantes en las actuaciones. En términos sustancialmente coincidentes, la Comunidad de Madrid alega, en el motivo segundo de su recurso de casación, la vulneración de los artículos 319.2 y 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836), por haber realizado la Sala de instancia una valoración arbitraria de la prueba, pues el informe emitido con fecha 13 de abril de 2011 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid niega que Gas Natural Distribución SDG, S.A. (en la actualidad Madrileña Red de Gas II, S.A.) sea el distribuidor efectivo en la actuación urbanística "APR 10.02, Instalaciones Militares de Campamento", del término municipal de Madrid; y tampoco el informe pericial acredita que Gas Natural Distribución SDG, S.A. fuese distribuidor efectivo en la zona.

En realidad, más que una valoración arbitraria de la prueba, lo que sucede en este caso es que la Sala de instancia, basándose en las conclusiones fácticas derivadas de la valoración probatoria que realiza - que aunque discutible, no puede ser tachada de arbitraria- aplica indebidamente la previsión del artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

La sentencia recurrida en ningún momento afirma que en la fecha en que Endesa presentó la solicitud de autorización la empresa Gas Natural fuese *distribuidora de la zona*. Difícilmente podría la Sala de instancia haber hecho una afirmación de esa índole cuando la propia sentencia (fundamento jurídico cuarto) reseña el informe emitido por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid en el que de manera clara se afirma que "... desde esta Dirección General no se ha autorizado a Gas Natural Distribución SDG, S.A. la ejecución de ninguna instalación para el suministro de gas natural en la actuación urbanística APR.10.02".

Pero sucede que, basándose en una indicación imprecisa que ese mismo informe de la Dirección General añade ("...podiera ser que exista alguna instalación de distribución en servicio que discorra por el ámbito geográfico de esa actuación urbanística, para dar suministro a otras zonas y cuya ejecución y puesta en servicio haya sido autorizada por esta Dirección General..."), y basándose también en el resultado de la prueba pericial, pruebas ambas que la sentencia dice valorar de manera conjunta, la Sala de instancia afirma que "...en la actuación urbanística cuestionada existen unas instalaciones gasísticas en funcionamiento de la titularidad de la recurrente Gas Natural preexistentes a la fecha en que la codemandada Endesa solicitó el 27 de abril de 2009 autorización administrativa previa...".

Pues bien, lo relevante no es que esa conclusión fáctica a que llega la Sala de instancia sea discutible sino que, aun aceptándola, en ningún caso permite considerar que Gas Natural Distribución SDG, S.A. tuviese la consideración a que se refiere el artículo 73.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos de empresa a distribuidora de la zona. Y faltando esa condición, la invocación y aplicación del citado precepto legal resulta improcedente.

Por tanto, deben ser acogidos los dos motivos que hemos examinado, siendo ya innecesario el examen del motivo tercero del recurso de Endesa Gas Distribución S.A.U., que, por lo demás, tiene un carácter meramente complementario de los anteriores.

#### CUARTO

Alcanzada así la conclusión de que la sentencia recurrida debe ser casada, procede que entremos a resolver lo que corresponda en los términos en que apareciera planteado el debate ( artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (RCL 1998, 1741) ).

Abordando entonces esa tarea, las mismas razones que hemos expuesto al examinar los motivos de casación formulados por ambas recurrente nos llevan a concluir que la resolución que otorgó la autorización previa a Endesa Gas Distribución S.A.U no vulnera el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (RCL 1998, 2472 y RCL 1999, 318) , del Sector de Hidrocarburos ; y no habiéndose justificado que dicha resolución vulnere cualquier otro precepto legal o reglamentario, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Gas Natural Distribución SDG -luego Madrileña de Gas, S.A.-debe ser desestimado.

#### QUINTO

De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741) , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

#### FALLAMOS

1

Ha lugar al recurso de casación N° 91/2013 interpuesto en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y de ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 342/2010) , que ahora queda anulada y sin efecto.

2

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG -ahora MADRILEÑA DE GAS, S.A.- contra la resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid de 11 de marzo de 2010 dictada que desestima el recurso de alzada interpuesto contra anterior resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 4 de septiembre de 2009 en la que se otorga a ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN S.A.U. autorización administrativa previa para la distribución de Gas Natural en la actuación urbanística "APR.10.02 Instalaciones Militares Campamento" del Término Municipal de Madrid.

3

No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.