



Roj: **STS 4611/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4611**

Id Cendoj: **28079130032015100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/11/2015**

Nº de Recurso: **395/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil quince.

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 ordinario número 1/395/2.014, interpuesto por GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Pilar Iribarren Cavalle, contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; E.ON ESPAÑA, S.L.U., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Gutiérrez Acebes; IBERDROLA, S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia; la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICA (ASEME), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez; OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA POLO ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andújar, y EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En fecha 28 de mayo de 2.014 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de marzo de 2.015. Se ha tenido por interpuesto el recurso mediante diligencia de ordenación de fecha 3 de junio de 2.014.

**SEGUNDO** .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare contraria a derecho e inaplicable la disposición adicional octava del Real Decreto 216/2014 por vulnerar los principios de suficiencia tarifaria, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad, ordenando a la Administración el establecimiento de un nuevo valor del margen de comercialización suficiente para cubrir los costes de comercialización en los que incurren las empresas comercializadoras y el reconocimiento del derecho de Gas Natural Sur a ser resarcida de los daños y perjuicios que desde el año 2.012 viene sufriendo por la insuficiencia del valor fijado para el margen de comercialización, que se determinarán en ejecución de sentencia. Mediante respectivos otrosíes manifiesta que debe considerarse indeterminada la cuantía del recurso, y solicita el recibimiento a prueba del mismo, manifestando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y los medios probatorios de que intentará valerse, así como que se acuerde la realización del trámite de conclusiones.

**TERCERO** .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia por la



que sea desestimado el recurso contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, al ser el mismo plenamente conforme a derecho, con imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar a la demanda, sin que ninguno de ellos haya cumplimentado dicho trámite, por lo que se ha tenido por caducado el mismo en resolución de 3 de diciembre de 2.014.

**CUARTO** .- En decreto de fecha 16 de enero de 2.015 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose a continuación auto de 26 de febrero acordando el recibimiento a prueba del mismo y admitiendo los medios de prueba considerados pertinentes, procediéndose seguidamente a la práctica de los mismos.

**QUINTO** .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido plazo a las partes en el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de los codemandados, declarándose concluidas las actuaciones por resolución de 26 de mayo de 2.015.

**SEXTO** .- Por providencia de fecha 29 de junio de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de octubre de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

Gas Natural SDG, S.A., interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

La mercantil actora solicita que se declare contraria a derecho e inaplicable la disposición adicional octava del Real Decreto impugnado y funda su petición en tres alegaciones. En primer lugar, por la vulneración del principio de suficiencia tarifaria recogido en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 24/2014, de 26 de diciembre), ya que la referida disposición adicional fija la remuneración por los costes de comercialización en 4 euros kW/año, lo que sería manifiestamente inferior a los costes efectivos de dicha actividad. En segundo lugar, se alega la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, al haberse fijado la referida remuneración sin la menor justificación ni explicación ni en el expediente administrativo ni en el propio Decreto impugnado. Finalmente, considera la actora que se ha vulnerado el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y el principio de proporcionalidad, por imponer a las comercializadoras de referencia una obligación sin garantizar la obtención de una remuneración equitativa.

**SEGUNDO** .- Sobre la fijación de los costes de comercialización del precio voluntario para el pequeño consumidor (PVPC).

La nueva Ley del Sector Eléctrico (Ley 24/2013, de 26 de diciembre) ha supuesto algunos cambios de importancia respecto a la anteriormente vigente. En lo que afecta al presente recurso y tal como explican las partes en sus respectivos escritos, la anterior tarifa de último recurso, que se aplicaba a la mayor parte de los consumidores eléctricos, recibe ahora la denominación de precio voluntario para el pequeño consumidor (artículo 17.1 y 2), mientras que la antigua denominación queda ahora reservada para el suministro a colectivos vulnerables (artículo 17.3).

El PVPC se establece y regula en sus aspectos básicos en los apartados 1 y 2 del citado artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico en los siguientes términos:

"Artículo 17. *Precios voluntarios para el pequeño consumidor y tarifas de último recurso* .

1. Los precios voluntarios para el pequeño consumidor, que serán únicos en todo el territorio español, serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que, a tenor de lo previsto en el párrafo f) del artículo 6, asuman las obligaciones de suministro de referencia, a aquellos consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente, cumplan los requisitos para que les resulten de aplicación.

Dichos precios se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos, actividad y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado.

2. Los precios voluntarios para el pequeño consumidor tendrán en cuenta las especialidades a las que se refiere el artículo 16.2 que correspondan. Para su cálculo, se incluirán de forma aditiva en su estructura los siguientes conceptos:

- a) El coste de producción de energía eléctrica, que se determinará con arreglo a mecanismos de mercado en los términos que se desarrollen reglamentariamente.
- b) Los peajes de acceso y cargos que correspondan.
- c) Los costes de comercialización que correspondan."

Asimismo el apartado 4, referido tanto al PVPC como a la tarifa de último recurso, dice lo siguiente:

"4. El Gobierno establecerá la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor y de las tarifas de último recurso. Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se dictarán las disposiciones necesarias para el establecimiento de estos precios voluntarios para el pequeño consumidor y tarifas de último recurso."

A tenor de la regulación que se acaba de transcribir y en lo que atañe al presente recurso, hay que destacar las siguientes notas. En primer lugar, la Ley establece que los PVPC han de respetar el principio de suficiencia y no ocasionar distorsiones de la competencia en el mercado (art. 17.1, segundo párrafo). En segundo lugar, se definen los elementos que integran los PVPC: coste de producción de la energía eléctrica, peajes de acceso y cargos que correspondan y los costes de comercialización que correspondan (art. 17.2). Finalmente, se prevé que dichos precios voluntarios para el pequeño consumidor se han de fijar mediante una metodología de cálculo establecida por el Gobierno (art. 17.4). El presente litigio versa, como ya se ha indicado, sobre el tercero de los elementos que integran los PVPC, los costes de comercialización.

El recurso se dirige contra el Real Decreto 216/2004, de 28 de marzo que, según su propia denominación, tiene como objeto precisamente el establecer la metodología de cálculo de los PVPC, así como el régimen jurídico de contratación, aspecto éste que resulta ajeno a la litis. La disposición impugnada dedica al desarrollo de las previsiones legales sobre los PVPC el Título III y establece que los mismos "serán los resultantes de aplicar la metodología de cálculo prevista en el presente Real Decreto y se fijarán considerando la estructura de peajes de acceso y cargos en vigor en cada momento" (art. 5.2).

Fiel al citado objetivo, el Real Decreto recoge la metodología de cálculo de los PVPC en los artículos 6 y 7. En el artículo 6 (*Cálculo de los PVPC*), apartado 2 reitera los elementos que los componen (costes de producción de la energía eléctrica, peajes y costes de comercialización), pero sólo respecto al primero de ellos añade algunas precisiones, sin que se establezca nada respecto a los costes de comercialización. Los artículos 7 y 8 son los que establecen realmente la metodología, fijándose en ellos la fórmula y métodos de cálculo de los elementos que componen los PVPC. Ahora bien, los costes de comercialización son mencionados tan sólo al definir uno de los elementos de los PVPC (el término de potencia, integrado por el término de potencia del peaje de acceso y cargos más el margen de comercialización) en el apartado 2 del artículo 7, en los siguientes términos:

"MCF: Margen de comercialización, expresado en euros/kW y año que será fijado por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos."

El referido margen de comercialización es, precisamente, el factor mediante el que se han de cuantificar la retribución por los costes de comercialización que integren los PVPC.

Ninguno de los restantes preceptos del Título II -ni de los restantes Títulos del Real Decreto- tiene que ver con los costes de comercialización. Vemos pues que en el cuerpo del Real Decreto, que tiene por objeto precisamente fijar la metodología para la fijación de los PVPC, no se establece en concreto la que se refiere a uno de sus tres elementos básicos, la correspondiente a los costes de comercialización, ni se establece ningún criterio o especificación respecto a los mismos - excepto que su factor de cálculo, el margen de comercialización fijo, se han de expresar en euros/kW y año-, sino que su fijación queda plenamente deferida a una orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo.

El Real Decreto sí se ocupa, sin embargo, de indicar de manera precisa en la disposición adicional octava -que materialmente podría considerarse una resolución singular y que es la impugnada de manera específica en el recurso-, cuál ha de ser el valor inicial del citado margen de comercialización en los siguientes términos:

"2. El valor del margen de comercialización fijo, MCF, definido en el artículo 7, para cada una de las tarifas aplicables al precio voluntario para el pequeño consumidor a partir de 1 de abril de 2014 será de 4 euros/kW y año.

Este valor podrá ser modificado por Orden del Ministro de Industria, Energía y turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

3. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia elaborará y enviará al Ministerio de Industria, Energía y Turismo un informe sobre el margen comercial que corresponde aplicar a la actividad de comercialización de referencia para realizar el suministro de energía eléctrica a precio



voluntario del pequeño consumidor y a tarifa de último recurso, donde se detallan cada uno de los costes de comercialización que incorpora.

Este informe, a salvo de la información que tenga carácter confidencial, será objeto de publicación en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el plazo máximo de 15 días desde su remisión."

La fijación directa en el apartado 2 del valor del margen de comercialización se hace, por lo que acabamos de exponer, sin una previa metodología en el propio Real Decreto, y se admite que se pueda modificar por Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo sin necesidad de que se apruebe previamente la misma.

El apartado 3, por su parte, establece un mandato a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para que elabore y envíe al Ministerio citado "un informe sobre el margen comercial que corresponde aplicar a la actividad de comercialización", en el que se habrán de detallar "cada uno de los costes de comercialización que incorpora".

**TERCERO** .- Sobre las alegaciones sobre la insuficiencia del valor del margen de comercialización y la ausencia de metodología de cálculo.

Como se ha indicado al principio, tres son las alegaciones formuladas por la mercantil Gas Natural, la insuficiencia del valor del margen de comercialización establecido por la disposición adicional octava del Real Decreto, la fijación del mismo sin una previa metodología y la vulneración de determinados principios de derecho comunitario en la imposición de prestaciones de servicio público en materia eléctrica.

Aunque la sociedad actora trata primero la insuficiencia del citado valor y se practicó prueba al respecto, razones metodológicas y conceptuales obligan a resolver primero la alegación relativa a la falta de metodología. En efecto, la recurrente y el informe pericial aportado a los autos y respecto al que hubo ratificación ante la Sala, especifica determinados elementos que constituyen costes de comercialización, a los que habría que sumar -se añade- una remuneración razonable. Sin embargo, de conformidad con lo establecido por la Ley del Sector Eléctrico, es al Gobierno a quien corresponde establecer la metodología para la elaboración de dicho valor, y ha de ser la metodología elaborada de conformidad con lo dispuesto por la Ley la que debe determinar qué concretos costes deben computarse, si en su integridad o si sometidos a algún tipo de ponderación que resulte justificada, qué remuneración ha de considerarse razonable, etc.: en fin, no es posible hablar propiamente de suficiencia o insuficiencia con la simple referencia a los costes de los factores propuestos por la parte, sino que es preciso antes haber determinado una metodología para la determinación exacta del valor del margen de comercialización fijo previsto por el Real Decreto impugnado y que ha de servir para compensar los costes de comercialización, así como la remuneración razonable que pudiera proceder.

De lo dicho se deduce, por tanto, que es preciso estimar la alegación relativa a la falta de metodología. Hemos visto, en efecto, en el fundamento de derecho anterior, que la Ley impone un mandato al Gobierno para establecer la metodología para elaborar el PCPC. Y que, en principio, el Gobierno ha dado cumplimiento a dicho mandato con el Real Decreto 216/2014, que responde precisamente a dicha denominación. Pero también hemos visto que dicha disposición no cumple con su cometido respecto a uno de los tres elementos que configuran los PVPC, los costes de comercialización, que suponen la parte de los PVPC destinada a compensar y remunerar a los comercializadores eléctricos de referencia por la actividad de comercialización de la electricidad a los usuarios de los PVPC, que son la mayoría de la población. Tal ausencia de regulación supone una omisión normativa, puesto que la metodología para la fijación de los PVPC debe ser completa para cumplir con el mandato legal.

Pero además de incurrir en dicha omisión, contrariando lo establecido por la Ley del Sector Eléctrico, la disposición adicional que la recurrente impugna procede a fijar un valor al margen de comercialización sin especificar directa ni indirectamente el método por el que se llega a dicho valor. La fijación es, por tanto, contraria a derecho, puesto que no se ajusta a una metodología previa elaborada por el Gobierno. Ciertamente es el Gobierno quien fija ese valor, pero lo hace no ya sólo contrariando la exigencia legal de una previa metodología, sino además de forma inmotivada y sin explicar en absoluto los criterios empleados para llegar a dicha cifra -aunque no se ofreciera una metodología propiamente dicha-, incurriendo por tanto en arbitrariedad. Tanto más cuanto que el valor fijado es el mismo que se determinó en 2.009 (seis años antes del Real Decreto, por tanto) de forma que se entendía como provisional y asimismo sin memoria justificativa, como señala la mercantil actora.

La infracción jurídica se agrava con la autorización que hace el Gobierno para que dicho valor pueda ser modificado mediante Orden ministerial. Y no porque ello no sea posible, sino porque la autorización es para su modificación también sin requerir que exista previa metodología y esta vez por una autoridad (el Ministro) que ni siquiera es el competente para la elaboración de la metodología.



A lo anterior no obsta el hecho de que en el apartado tres se encomiende a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la elaboración de un informe "sobre el margen comercial que corresponde aplicar [...] donde se detallen cada uno de los costes de comercialización que incorpora". La redacción del apartado -de una deliberada ambigüedad- no permite determinar si es un informe sobre el valor ya fijado por el Gobierno -lo que no parece lógico, puesto que el Ministerio proponente del Real Decreto tiene en sus propias manos esa información- o sobre la futura posible determinación del mismo; pero, en todo caso, no se requiere al regulador que elabore una propuesta de metodología, sino que parece más bien un informe destinado a explicar el margen que se haya fijado, aunque la fijación se atribuya al Ministro.

A lo expuesto se suma, aunque no haya ya necesidad de extenderse sobre ello, la obligación de respetar los principios de transparencia y proporcionalidad en la exigencia de prestaciones de servicio público -alegación desarrollada por actora en el tercer fundamento de su demanda-, pues sin duda es una obligación de esa naturaleza la imposición a los comercializadores de referencia de distribuir la energía eléctrica a los sectores a los que se dirigen los PVPC, principios reconocidos derivadas tanto en la normativa española como en la comunitaria.

De todo lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso en un doble aspecto. Por un lado, sin duda el Real Decreto incurre en omisión contraria a derecho, puesto que teniendo por objeto cumplir el mandato legal de establecer una metodología para el cálculo de los PVPC, lo hace de una manera incompleta, al no prever la relativa al cálculo de los costes de comercialización. Ciertamente, no resulta legalmente obligado que la metodología para el cálculo de los PVPC esté comprendida en una única disposición, y no podría considerarse contrario a derecho que la fijación del margen de comercialización se previera en una disposición distinta. Pero el Real Decreto impugnado si incurre en una omisión contraria a la Ley del Sector Eléctrico en la medida en que se presenta como una metodología completa para dicho cálculo, siendo así que omite el procedimiento para fijar uno de los elementos que integran los PVPC.

En segundo lugar, hemos de estimar el recurso en lo que respecta a la solicitud de nulidad de la disposición adicional octava, si bien sólo en cuanto a su apartado 2. De lo dicho en el anterior fundamento de derecho se deriva de manera clara la ilegalidad del apartado segundo, puesto que fija el valor del margen de comercialización sin la aplicación de una previa metodología y sin justificar o motivar al menos las razones que abonan ese concreto valor. No ocurre lo mismo, en cambio, con el apartado 3, pues aunque su formulación no satisface la exigencia de una metodología para la fijación del margen de comercialización, no resulta contrario a la Ley del Sector Eléctrico el mandato a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para la elaboración de un informe sobre el margen de comercialización que corresponde aplicar, con cada uno de los costes de comercialización que lo integran, bien sea como base para la aprobación por el Gobierno de la correspondiente metodología, bien como explicación de la aplicación de la metodología que en su momento haya aprobado el Gobierno. En el bien entendido de que ha de ser el Gobierno quien apruebe dicha metodología y de que la fijación del margen de comercialización como elemento integrador de los PVPC habrá de realizarse, en todo caso, en aplicación de tal metodología.

Debemos por el contrario rechazar la petición de que declaremos que el margen fijado por el apartado 2 de la disposición adicional octava es insuficiente y que establezcamos uno que comprenda los costes efectivos de comercialización y su remuneración. En efecto, no sería posible fijar que el margen anulado es insuficiente, como tampoco podríamos fijarlo en otra cantidad, debido a la falta de metodología, como ya se indicó también, ya que corresponde al Gobierno la elaboración de la misma en los términos ya vistos del artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico .

Finalmente, ha de rechazarse también la pretensión de que se le resarza de los daños y perjuicios sufridos desde 2.012 por la insuficiencia del valor fijado para el margen de comercialización en ejercicios anteriores. Lo que aquí se ha impugnado es el Real Decreto 216/2014 y la nulidad que se decreta es la fijación por esta disposición de dicho valor en 4 euros kW/año. Las consecuencias de dicha nulidad se limitan al momento de entrada en vigor de la disposición anulada, y supondrán la necesidad de regularizar las cantidades derivadas de la actividad de comercialización de conformidad con el valor que se fije atendiendo a una metodología a partir de dicha entrada en vigor de la norma ahora anulada. Cualquier reclamación por insuficiencia del margen de comercialización fijo anterior a la entrada en vigor de la disposición adicional anulada queda fuera del alcance del presente recurso.

#### **CUARTO** .- Conclusión y costas.

A tenor de las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho procede estimar en parte el recurso contencioso administrativo entablado por la sociedad mercantil Gas Natural SDG, S.A., contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para



el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, y anular el apartado 2 de la disposición adicional octava de la citada disposición. Se desestima el recurso en todo lo demás.

No se hace imposición de las costas ocasionadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción .

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

#### **FALLAMOS**

1. Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Gas Natural SDG, S.A. contra el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, y ANULAMOS el apartado 2 de la disposición adicional octava del mismo.

2. DESESTIMAMOS el recurso en cuanto al resto de pretensiones.

3. No se hace imposición de las costas procesales.

4. Procédase a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-