



Roj: **STS 4164/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4164**

Id Cendoj: **28079130032016100362**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/09/2016**

Nº de Recurso: **379/2013**

Nº de Resolución: **2040/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/379/2013, interpuesto por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la mercantil IBERDROLA, S.A., con asistencia del letrado don Fernando Castedo Álvarez, contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013. Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las mercantiles ENDESA, S.A., representada por el procurador don Carlos Piñeira de Campos (en sustitución de su compañero Manuel Lanchares Perlado fallecido); E.ON ESPAÑA, S.L., representada por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves; ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), representada por la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez; GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé; OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE), representada por el procurador don Eduardo Codes Pérez-Andújar; la ASOCIACIÓN NACIONAL DE PRODUCTORES E INVERSORES DE ENERGÍA FOTOVOLTAICA (ANPIER), representada por la procuradora doña Mónica de la Paloma Fente Delgado; y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA, representada por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la mercantil IBERDROLA, S.A., interpuso con fecha 2 de octubre de 2013, el presente recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, presentado el 8 de julio de 2014, la representación procesal de la mercantil IBERDROLA, S.A. recurrente, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos adjuntos, se sirva admitirlo y tenga por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de IBERDROLA, S.A.; y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia.

I.- DECLARE:

1º. La ilegalidad, y consiguiente anulación, del artículo 1 y del Anexo I al que se remite, de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al aprobar unos peajes de acceso que no son suficientes para que, junto con los



ingresos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado para 2013 legalmente previstos y exigibles, puedan cubrirse todos los costes del Sistema eléctrico, infringiendo así el principio de suficiencia tarifaria que se proclama en los artículos 15.2 , 17.1 y 18.1 y la DA 21 de la LSE de 1997 , en la versión vigente a la sazón.

2º. La ilegalidad, y consiguiente anulación, del artículo 1 y del Anexo I al que se remite, de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al aprobar con carácter definitivo para el primer período de 2013 una retribución a la distribución aplicando en su actualización el IPC subyacente a impuestos constantes con base en el artículo 1 del RDL 2/2013 , cuya inconstitucionalidad se insta por ser contrario al artículo 9.3 de la CE .

3º. La ilegalidad, y consiguiente anulación, del artículo 1 y del Anexo I al que se remite, de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al aprobar para el segundo período de 2013 una retribución a la distribución fundada en lo dispuesto en los artículos 4.1 y 6, apartados 1 y 2, del RDL 9/2013 , retribución de carácter provisional en los términos que resultan de la Disposición Transitoria Segunda de dicho RDL, texto de rango legal cuya inaplicación se solicita por infringir la Directiva 2009/72/CEE y cuya inconstitucionalidad se insta más adelante en este escrito por vulnerar los artículos 9.3 , 33 y 38 de la Constitución Española ; lo que implica igualmente que la Orden esté aprobando de este modo unos peajes de acceso insuficientes.

4º. La ilegalidad, y consiguiente anulación, del artículo 1 y del Anexo I al que se remite, de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al aprobar unos peajes de acceso que no incluyen los suplementos territoriales para cubrir los sobrecostes derivados de los tributos y recargos autonómicos, infringiendo de este modo el artículo 17.4 de la LSE 54/1997, en la redacción dada al mismo por el artículo 38 del RDL 20/2012 .

5º. La ilegalidad y consiguiente anulación de la Orden impugnada al asumir la vigencia del artículo 3.2 de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, manteniendo un tipo de interés provisional para los derechos de cobro del desajuste temporal de las liquidaciones del sistema eléctrica para 2012 del 2 por ciento, a devengar desde el 1 de enero de 2013, infringiendo con ello lo dispuesto en el apartado 5 de la DA 21 de la LSE y la doctrina sentada al respecto por ese Alto Tribunal.

6º. La ilegalidad y consiguiente anulación de la Orden impugnada al reproducir la vigencia de la Disposición Adicional Tercera de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por infringir la Directiva 2009/72/CEE al suprimir el coste de la prima de riesgo en la determinación del coste de la energía en la tarifa de último recurso (TUR).

II.- CONDENE a la Administración General del Estado, en correspondencia con los derechos de mi mandante al incremento de los peajes y a la existencia de una prima de riesgo, derechos que se han visto vulnerados, a lo siguiente:

1º. A adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada en mi mandante vulnerada por la Orden, mediante la modificación y consiguiente incremento de los peajes de acceso aplicables a partir de 3 de agosto de 2013 en la medida que exijan las ilegalidades declaradas y para que, en todo caso, mediante ellos se obtengan en 2013 los recursos precisos a fin de que en dicho año no se produzca desfase entre ingresos y gastos del sistema eléctrico; dando las instrucciones precisas para que se practiquen las oportunas refacturaciones necesarias para la aplicación efectiva, desde el 1 de agosto de 2013, de los nuevos peajes de acceso y las nuevas tarifas de último recurso que se aprueben.

2º. A aprobar una prima de riesgo aplicable a la determinación de la tarifa de último recurso, con efectos desde 1 de enero de 2013.

3º. A aprobar los suplementos territoriales que han de incluirse en los peajes de acceso a partir de 1 de agosto de 2013.

4º. Al abono de los intereses correspondientes en todos estos casos.

III.- Asimismo, DECLARE la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y (i) el correlativo derecho de las empresas distribuidoras y comercializadoras integradas en el GRUPO IBERDROLA a ser indemnizadas en la cantidad necesaria para quedar resarcidas de los daños y perjuicios ocasionados por los costes tanto económicos como financieros de las refacturaciones que hayan de practicarse en razón de las ilegalidades en que incurre la Orden impugnada y se han invocado en los presentes autos, más los intereses legales de la cantidad en que se evalúen desde la fecha en que las refacturaciones tengan lugar hasta la fecha que dicha indemnización sea efectivamente satisfecha a mi mandante; así como (ii) el derecho que asiste a IBERDROLA a ser indemnizada en la cantidad necesaria para quedar íntegramente resarcida del quebranto económico ocasionado por razón de los costes financieros que ha soportado para financiar los déficit transitorios de 2013, desde su puesta de manifiesto en la primera Liquidación provisional de dicho ejercicio y en las sucesivas hasta la Liquidación de cierre; CONDENANDO a la Administración al pago de todo ello en cantidades a determinar en cada caso en ejecución de Sentencia.

Por Primer Otrosí insta el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.



Por Segundo Otrosí pide, que caso de entenderse necesario, se procede a elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas que, acerca de la retribución de la actividad de distribución eléctrica, se contienen en el artículo 6, apartados 1 y 2, del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio .

Por Tercer Otrosí solicita con carácter subsidiario al Segundo Otrosí, planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Por Cuarto Otrosí, se proceda, en su caso, a elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas que resultan de la Orden impugnada, al mantener lo prevenido en la disposición adicional tercera de la Orden IET/221/2013.

Por Quinto Otrosí solicita el recibimiento a prueba de los presentes autos, fijando los puntos de hecho sobre los que intenta valerse.

Por Sexto Otrosí interesa el trámite de conclusiones.

Por Séptimo Otrosí dice que es procedente fijar la cuantía del recurso como indeterminada. » .

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 12 de septiembre de 2014, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos acompañados y sus copias, junto con el expediente que se devuelve, ser sirva admitirlo y, en su virtud, tener por formulada contestación a la demanda y que, previos los trámites de ley, dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por IBERDROLA, S.A., contra la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Por Primer Otrosí formula petición de planteamiento de cuestión previa de inconstitucionalidad si la Sala abrigase dudas sobre la constitucionalidad del art. 6.1 y 2 del Real Decreto-ley 9/2013 .

Por Segundo Otrosí solicita planteamiento previo de cuestión prejudicial si la Sala abrigase dudas sobre la conformidad del art. 6.1 y 2 del Real Decreto-ley 9/2013 con el Derecho comunitario.

Por Tercer Otrosí solicita el recibimiento de los autos a prueba para que se tengan por reproducidos los documentos públicos acompañados con este escrito.

Por Cuarto Otrosí formula oposición al recibimiento a prueba solicitado de adverso por lo que hace a la documental 2ª y a la pericial judicial 5ª. » .

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2014, se tiene por precluido el trámite de contestación a la demanda del resto de las partes personadas [ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA, S.L., ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), GAS NATURAL SDG, S.A., OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE), ASOCIACIÓN NACIONAL DE PRODUCTORES E INVERSORES DE ENERGÍA FOTOVOLTAICA (ANPIER), y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA], al haber transcurrido en exceso el plazo concedido en la resolución de 10 de octubre de 2014, sin haber presentado escrito alguno.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 25 de marzo de 2015, se acuerda unir a las actuaciones la versión no confidencial de la documentación aportada por el Abogado del Estado con su escrito de contestación a la demanda, remitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de lo solicitado en providencia de 19 de noviembre de 2014, y dar traslado nuevamente a las representaciones de ENDESA, S.A., ASOCIACIÓN NACIONAL DE PRODUCTORES E INVERSORES DE ENERGÍA FOTOVOLTAICA (ANPIER), CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), E.ON ESPAÑA, S.L., OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE) y GAS NATURAL SDG, S.A., a fin de que contesten a la demanda en el plazo de veinte días; y, no habiéndose presentado escrito alguno en el plazo otorgado, se les declara caducado dicho trámite.

SEXTO.- La Secretaria Judicial por Decreto de 21 de mayo de 2015 resuelve considerar indeterminada la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo.

SÉPTIMO.- Por Auto de 1 de junio de 2015, se acuerda recibir el proceso a prueba, teniéndose por reproducidos los documentos aportados con el escrito de interposición y de demanda, librar los oportunos oficios y requerir a la parte recurrente para que aporte el informe pericial señalado en su escrito de 31-3-15. Se admiten los documentos aportados por el Abogado del Estado en su escrito de contestación; y, para la práctica de la Pericial Judicial, oficiar a la Secretaría de Gobiernos a fin de que se nombre un perito, con categoría de Economista, para que emita el informe interesado.



OCTAVO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2015, se acuerda continuar la tramitación al no haberse presentado escrito alguno por las partes personadas acerca del traslado otorgado por diligencia de ordenación de 23 de junio de 2015, para que efectuasen alegaciones sobre la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 11 de junio de 2015, aportada por el Abogado del Estado en su escrito de 19 de junio de 2015.

NOVENO.- Practicadas las pruebas propuestas por las partes y admitidas, por providencia de fecha 15 de enero de 2016, se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba; 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 de los hechos por él mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción, evacuando dicho trámite por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en escrito presentado el 3 de febrero de 2016, el cual lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tener por formuladas en tiempo y forma Conclusiones sucintas; y, en su virtud, previos los trámites procedentes, dicte en su día Sentencia por la que estime el presente recurso, realizando las declaraciones y consiguientes condenas que resultan de lo suplicado en los siguientes apartados del escrito de Demanda: 1º) Apartado I, sub-apartados 3º y 4º; 2º) Apartado II, sub-apartados 1º, 3º y 4º; y 3º) Apartado III, sub-apartado "i". Debiendo entenderse por renunciadas en este escrito el resto de las pretensiones formuladas por IBERDROLA ESPAÑA, S.A.U., que se contenían en los restantes sub-apartados del Suplico de la Demanda.

Por Otrosi solicita que si la Sala lo estimare necesario, acuerde para mejor proveer requerir a la CNMC para que calcule el coste de capital medio ponderado de la actividad de distribución eléctrica (denominado "Weighted Average Cost of Capital" O "WACC" en el año 2014 siguiendo la metodología aprobada por la extinta Comisión Nacional de Energía en el año 2008. » .

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 5 de febrero de 2016, se concede a las partes demandadas [ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, y las mercantiles ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA, S.L., ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), GAS NATURAL SDG, S.A., OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE), ASOCIACIÓN NACIONAL DE PRODUCTORES E INVERSORES DE ENERGÍA FOTOVOLTAICA (ANPIER), y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA] el plazo de diez días para que presenten, asimismo, sus conclusiones, evacuándose dicho trámite únicamente por el Abogado del Estado en escrito presentado el 1 de marzo de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el traslado al que corresponden; y, previa la tramitación que proceda dicte sentencia en los términos interesados en el suplico de su escrito de contestación a la demanda. » .

UNDÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2016, se tiene por caducado el trámite de conclusiones al resto de los codemandados [ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA, S.L., ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), GAS NATURAL SDG, S.A., OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE), ASOCIACIÓN NACIONAL DE PRODUCTORES E INVERSORES DE ENERGÍA FOTOVOLTAICA (ANPIER), y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA], al no haber presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

DUODÉCIMO.- Por providencia de fecha 30 de mayo de 2016, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 12 de julio de 2016, suspendiéndose el señalamiento, por necesidades del servicio, por providencia de 6 de julio de 2016, y señalándose nuevamente para el día 13 de septiembre de 2016.

DECIMOTERCERO.- La representación procesal de la mercantil IBERDROLA ESPAÑA, S.A.U, presentó escrito el 5 de septiembre de 2016, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« tenga por formulada por esta parte actora la presente solicitud de desistimiento parcial del recurso 379/2013 y, en la forma y previos los trámites que sean procedentes, acuerde dicho desistimiento sin condena en costas. » .

DECIMOCUARTO.- Por diligencia de ordenación de 7 de septiembre de 2016, se acordó estar a la espera del transcurso del plazo de cinco días, conforme al artículo 74 de la LJCA, al haberse dado traslado del citado escrito a las partes el día 5 de septiembre. El Abogado del Estado por escrito de fecha 7 de septiembre de 2016 evacuó el referido trámite, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó suplicando «que se admita el desistimiento parcial, limitando el objeto del recurso a la parte no afectada por el mismo, y desestimando el recurso en lo demás, e imposición de las costas causadas a la contraparte».



DECIMOQUINTO.- La votación y fallo del presente recurso contencioso-administrativo tuvo lugar el 13 de septiembre de 2016, fecha en la que había sido señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de IBERDROLA, S.A. contra la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013.

La pretensión formulada en el escrito de demanda, que se mantiene tras la formalización del escrito de conclusiones, respecto de que se declare la ilegalidad del artículo 1 y del Anexo I de la mencionada Orden ministerial, al aprobar para el segundo periodo de 2013 una retribución de la distribución, fundada en lo dispuesto en los artículos 4.1 y 6, apartados 1 y 2, del Real Decreto-Ley 9/23013, que tiene un carácter provisional en los términos que resultan de la disposición transitoria segunda de dicha norma, que resulta insuficiente, infringiendo la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y siendo contraria a los artículos 9.3 , 33 y 38 de la Constitución .

En este sentido se aduce que la arbitrariedad de la Orden IET/1491/2013 se evidencia en relación con la reducción de la tasa de retorno aplicable a la actividad de distribución al ser insuficiente la explicación dada por el legislador de que se trata de una actividad de bajo riesgo. Se cuestiona, en concreto, que se establezca un diferencial de 100 puntos básicos que carece de justificación y que obedece a un ejercicio de «puro voluntarismo político».

También se pretende la declaración de ilegalidad del artículo 1 y del Anexo I de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, al aprobar unos peajes de acceso que no incluyen los suplementos territoriales necesarios para cubrir los sobrecostes derivados de los tributos y recargos autonómicos infringiendo el artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en la redacción dada por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, vigente al tiempo de su aprobación.

Al respecto, se aduce que la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 102/2013 , declaró la nulidad del artículo 9.1 de la precedente Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, por no incluir los peajes aprobando los suplementos territoriales, infringiendo el mandato contenido en el artículo 17.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 .

La parte actora, teniendo conocimiento de los pronunciamientos de esta Sala formulados en las sentencias número 103/2016, de 26 de enero, dictada en el recurso contencioso-administrativo 13/2014 , y número 1708/2016, de 11 de julio, dictada en el recurso contencioso-administrativo 157/2014 , en las que rechazamos los argumentos esgrimidos relativos a la insuficiencia de la retribución de la actividad de distribución para el segundo periodo de 2013 y para 2014, procedió ulteriormente a desistir de la pretensión impugnatoria contenida en el fundamento de derecho III, apartado III.22º del escrito de demanda, por lo que el objeto del proceso quedó definitivamente delimitado a enjuiciar la pretensión deducida en el apartado 4 del suplico de la demanda, respecto de la anulación del artículo 1 y del Anexo I de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, impugnada, por infringir la Ley del Sector Eléctrico de 1997 , por no incluir los suplementos territoriales necesarios para cubrir los sobrecostes que gravan las actividades eléctricas, y a la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluyendo el resarcimiento de los daños y perjuicios soportados a consecuencia de las medidas denunciadas en el recurso contencioso- administrativo .

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

La pretensión que formula la mercantil IBERDROLA, S.A., relativa a que se declare la ilegalidad y, en consecuencia, la nulidad del artículo 1 y del Anexo I de la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013, por infringir el artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre , en la redacción introducida por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio , de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, debe ser acogida.



Esta Sala considera que procede declarar la nulidad del artículo 1 y del Anexo I de la Orden IET/1045/2014 impugnada, en cuanto la revisión de los precios de los peajes de acceso a las redes aplicables en el segundo periodo de 2013 no incluye las partidas correspondientes a los suplementos territoriales contraviniendo lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción introducida por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que resulta aplicable *ratione temporis* ya que dicha disposición fue derogada por la disposición derogatoria 1 a de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Cabe consignar que a tenor de la previsión normativa contenida en el artículo 38 del citado Real Decreto-ley 20/2012, que modificó el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, que estaba habilitado para dictar las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes, debe incluir en la determinación del peaje de acceso el suplemento territorial en caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente, con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales, que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma, por lo que estimamos que la Orden IET/1491/2013, al no contemplar los suplementos territoriales como costes de la actividad de distribución, infringe el principio de jerarquía normativa.

Al respecto, cabe señalar que, en relación con el enjuiciamiento de la precedente Orden ministerial IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, este Tribunal ya sostuvo que ante la claridad e incondicionalidad del mandato contenido en el artículo 17.4 de la Ley de Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997 de incluir en la determinación de los peajes de acceso a las redes el denominado «suplemento territorial», no cabía que el Ministro de Industria, Energía y Turismo incumpliera esa obligación legal, amparándose en la falta de un desarrollo reglamentario del precepto, ya que dicha autoridad administrativa estaba habilitada para desarrollar dicha disposición legal, determinando previamente todos los impuestos autonómicos a los que se refiere el artículo 17.4 de la LSE, así como para resolver los mecanismos necesarios para la gestión y liquidación de los suplementos territoriales.

Asimismo, procede dejar constancia de que en el proceso contencioso-administrativo que enjuiciamos, el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, manifiesta una cierta desafección por el recurso, aunque no se traduzca formalmente en una petición de allanamiento, al limitarse a responder al motivo impugnatorio del artículo 1 de la Orden IET/1491/2013, formulado con base en la infracción del artículo 17.4 de la Ley del Sector Eléctrico, que «se reserva su oportuna valoración al trámite de conclusiones», al deber estarse a lo que resuelva el Tribunal Supremo al escrito de aclaración presentado por el defensor de la Administración del Estado a la meritada sentencia de 11 de junio de 2014.

Y, precisamente, en el Auto de esta Sala de 9 de septiembre de 2014, que acuerda no haber lugar a aclarar la sentencia dictada con fecha de 11 de junio de 2014, en los términos interesados por el Abogado del Estado, la Sala se reitera, por criterio procesal, cuáles son las razones jurídicas que avalan la decisión de anular la Orden IET/221/2013, por no incluir los suplementos territoriales, que procedemos a transcribir por su relevancia en la resolución de este proceso:

«[...] A) La razón de ser del fallo anulatorio es la vulneración de las normas de rango legal que obligaban a la Administración a incorporar una determinada partida en la Orden de peajes, como ingreso a favor de las empresas que, llevando a cabo actividades -o siendo titulares de instalaciones- destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas con tributos o recargos propios de las Comunidades Autónomas.

La Orden impugnada, afirmábamos en la sentencia, incurre en una omisión contraria al ordenamiento jurídico al no haber respetado la Administración demandada, en lo que respecta al año 2013, las previsiones sobre los suplementos territoriales contenidas en el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, según la redacción que le dio el Real Decreto-ley 20/2012. Según estos preceptos, a los peajes de acceso se debe añadir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado por aquellos tributos o recargos, suplemento que deben abonar los consumidores ubicados en las respectivas Comunidades Autónomas. La omisión en la Orden de este coste adicional para los sujetos que realizan aquellas actividades determina en la sentencia la nulidad de su artículo 9.1.

El fallo es suficientemente claro en cuanto declara la nulidad del precepto y las razones expuestas en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia no requieren de consideraciones adicionales.

B) La segunda pretendida "aclaración" se refiere a la naturaleza del suplemento territorial, que para el Abogado del Estado sería un mero "ingreso regulado" no destinado a resarcir específicamente a los sujetos pasivos



de los impuestos o recargos autonómicos, sino un ingreso más del sistema eléctrico, en general. Premisa a partir de la cual el único perjuicio resarcible, a su juicio, sería el causado no a las empresas -éstas no deberían recibir el importe correspondiente de modo directo- sino a los consumidores que se hubieran visto obligados a soportar unos peajes de acceso más elevados para sufragar unos sobrecostos generados por la imposición de tributos y recargos por Comunidades Autónomas distintas a aquella en la que radicasen sus puntos de suministro.

El planteamiento del Abogado del Estado no es compatible, sin embargo, con el tenor de los preceptos legales reguladores del sector eléctrico, tal como han sido interpretados por la Sala en la sentencia, y su aceptación significaría tanto como modificar de modo significativo el contenido de ésta, lo que no es posible por medio de una mera "aclaración". Tampoco lo es por la vía del artículo 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reservada exclusivamente a los supuestos en que las sentencias (o autos) hubieren "omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso". En todo caso, incluso ante una de aquellas omisiones no le sería dado al Tribunal "modificar ni rectificar lo que hubiere acordado".

El Abogado del Estado ni siquiera llega a identificar con precisión qué "pronunciamiento" hubiera sido manifiestamente omitido, siendo lo cierto que la Sala no ha hecho sino acoger -de modo parcial- una de las pretensiones específicas de nulidad deducidas por la sociedad recurrente. Por lo demás, en sus escritos de contestación a la demanda (folios 271 a 275 de los autos) y de conclusiones (folio 363) el defensor de la Administración del Estado no suscitó, ni siquiera a título subsidiario, ninguna de las cuestiones que ahora trata, inadecuadamente, de hacer valer ante el fallo parcialmente estimatorio.

C) En fin, la tercera y última "aclaración" sobre si los suplementos territoriales que han de ser incluidos tras la anulación del artículo 9.1 de la Orden IET/221/2013 deben de abarcar, o no, sólo los siete primeros meses del año 2013 (a juicio del Abogado del Estado, ello resultaría de la aprobación de la ulterior Orden IET /1491/2013, de 1 de agosto) tampoco es acogible. El fallo de la sentencia se limita a exigir que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo dé cumplimiento a la exigencia legal prevista en el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta del citado Real Decreto-ley 20/2012. Cualquier otra cuestión al respecto tendrá su sede natural en el eventual incidente de ejecución de sentencia que pudiera plantearse.».

La aplicabilidad del artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la revisión de los precios de los peajes de acceso a las redes de energía eléctrica correspondientes al segundo periodo de 2013, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, resulta acorde con la redacción de dicha disposición que habilita al Ministro de Industria, Energía y Turismo, a que previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, revise los precios de los términos de potencia y de los términos de energía activa, apelando a la normativa establecida en el artículo 9 de dicho Real Decreto-ley y a la Ley del Sector Eléctrico de 1997, y su normativa de desarrollo.

Cabe referir, en último término, que, como se infiere implícitamente del contenido de la fundamentación jurídica de la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 2015 (RCA 382/2013), la declaración sobrevenida de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 38 y de la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que se formula en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 2015, basada en que la « justificación de la extraordinaria y urgente necesidad de modificación de los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, así como de la disposición adicional decimoquinta, que guarda un íntima conexión con aquéllos de suerte que no existía sin ellos, no supera el canon de control constitucional sobre la concurrencia del presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE », « ante la falta de justificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la circunstancia de la extraordinaria y urgente necesidad », que determina, en su caso, la inaplicación de la mencionada obligación legal contenida en dicha disposición, una vez publicado el fallo constitucional en el Boletín oficial del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución, no puede alterar dicho pronunciamiento, en cuanto el régimen legal de los suplementos territoriales, establecidos en el artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, estaba vigente cuando se dictó la Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013.

En consecuencia con lo razonado, procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil IBERDROLA, S.A. contra la Orden del Ministro de Industria, Energía y



Turismo IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013; y declarar que el artículo 1 y el Anexo I de dicha Orden IET/1491/2013 son contrarios al ordenamiento jurídico en la medida en que no incluyen entre los costes que han de sufragar los peajes de acceso para el segundo periodo de 2013 los suplementos territoriales a los que se refiere el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, debiendo el Ministro de Industria, Energía y Turismo proceder a su inclusión en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta del citado Real Decreto-ley 20/2012.

Cabe, asimismo, reconocer la pretensión deducida con el objeto de que se resarza de los daños y perjuicios ocasionados por la no inclusión de los suplementos territoriales, cuya cuantía económica se determinará en ejecución de sentencia.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandada.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros, más IVA si procede.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: **Primero.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil IBERDROLA, S.A. contra la Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013. **Segundo.-** Declarar que el artículo 1 y el Anexo I de dicha Orden IET/1491/2013 no son conformes al ordenamiento jurídico en la medida en que no incluyen entre los costes que han de sufragar los peajes de acceso para el segundo periodo de 2013 los suplementos territoriales a los que se refiere el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, debiendo el Ministro de Industria, Energía y Turismo proceder a su inclusión en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta del citado Real Decreto-ley 20/2012. **Tercero.-Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandada, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía. **Cuarto.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ordena la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.