



Roj: **STS 5989/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5989**

Id Cendoj: **28079130032013100338**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/12/2013**

Nº de Recurso: **319/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil trece.

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 1/319/2.012, interpuesto por E.ON DISTRIBUCIÓN, S.L., representada por la Procuradora D^a M^a Jesús Gutiérrez Aceves, contra la Orden IET/290/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 en lo relativo al plan de sustitución de contadores.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña; CIDE SOCIEDAD COOPERATIVA, representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), representada por la Procuradora D^a Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 11 de abril de 2.012 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso- administrativo ordinario contra la Orden IET/290/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 en lo relativo al plan de sustitución de contadores, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial de 21 de febrero de 2.012. Se ha tenido por interpuesto el recurso mediante diligencia de ordenación de fecha 16 de abril de 2.012.

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 documentos y en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la Orden impugnada por no ser conforme a derecho, condenando además a la Administración demandada a indemnizar a la demandante por los daños provocados como consecuencia de la derogación del inicial plan de sustitución de contadores y cumplimiento del nuevo, concretándose el importe de esa indemnización en fase de ejecución; subsidiariamente, suplica que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y, en consecuencia, el derecho de la actora a ser indemnizada por los daños provocados por la alteración del plan de sustitución realizada por la Orden impugnada, determinándose la cuantía concreta de la indemnización en fase de ejecución. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse indeterminada la cuantía del recurso, y solicita el recibimiento a prueba del mismo, exponiendo los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar así como proponiendo los medios de que se valdría, así como que se acuerde la realización del trámite de conclusiones escritas.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, al que acompaña documentación, y en el que suplica que se



dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada y condenando en todo caso al actor de las costas incurridas. Mediante otrosí solicita que se acuerde el recibimiento a prueba, proponiendo los medios de que intentaría valerse.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, trámite que sólo ha cumplimentado la Asociación de Empresas Eléctricas, cuya representación procesal ha presentado un escrito, al que acompaña documentación, que finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en costas a la recurrente. Por otrosí solicita que se acuerde el recibimiento a prueba, proponiendo los medios probatorios que considera necesarios.

CUARTO .- En decreto de 20 de marzo de 2.013 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto del día 2 del siguiente mes denegándose el recibimiento a prueba del mismo.

A continuación se ha concedido plazo a las partes por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones escritas, que han evacuado a excepción de las codemandadas Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Cide Sociedad Cooperativa. Se han declarado con posterioridad conclusas las actuaciones, mediante resolución de 20 de mayo de 2.013.

QUINTO .- Por providencia de fecha 19 de septiembre de 2.013 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de diciembre de 2.013, 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.

La entidad mercantil E.On distribución, S.L., interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/290/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, en lo relativo al plan de sustitución de contadores.

La mercantil recurrente entiende que la modificación del plan de sustitución de contadores aprobado en la Orden impugnada es contrario a derecho; por un lado, porque antes debería de haberse derogado el plan anterior; por otro, porque la Orden impugnada, que modifica el plan inicial, carece de motivación y de racionalidad; supone una desviación de poder; vulnera el principio de no discriminación; es contraria a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima; desconoce los objetivos de eficiencia energética y adecuación al consumo y los principios de objetividad, transparencia y libre competencia. Solicita el resarcimiento de los daños causados por la Orden recurrida.

SEGUNDO .- Sobre la alegación relativa a la previa derogación del plan de sustitución de contadores.

Sostiene la entidad recurrente que el plan de sustitución de contadores es un acto administrativo, que se adopta en cumplimiento del mandato establecido por el Real Decreto 809/2006; este mandato sí tendría naturaleza de disposición general, pero no así el plan, ni en su versión original, aprobada por la Orden ITC/3860/2007, ni en la modificada, aprobada por la Orden impugnada en el presente procedimiento. El plan de sustitución de contadores es, afirma, un acto administrativo general dirigido a una pluralidad de interesados y que se agota con su propio cumplimiento. Y entiende E.On que siendo el plan de sustitución un acto administrativo, se ha cometido un error sustancial de procedimiento, puesto que se ha omitido la previa y preceptiva revocación del plan inicial, en aplicación de lo previsto en el artículo 105 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), con audiencia a los interesados y con respeto a los intereses de los mismos.

La alegación no puede prosperar. El artículo 105 de la Ley 30/1992 dice lo siguiente:

"Artículo 105. *Revocación de actos y rectificación de errores* .

1. Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos."



Tiene razón la parte recurrente en que el plan es un acto administrativo, más que una disposición normativa que se incorpore de manera indefinida al ordenamiento, ya que el plan prevé y ordena una serie de actuaciones (la sustitución de los contadores eléctricos) que, una vez cumplidas, significan que el plan está ya plenamente ejecutado y a partir de ese momento carece ya de virtualidad aplicativa.

En relación con la invocación del artículo 105 de la Ley 30/1992, resulta indiferente si un plan de sustitución de contadores, que constituye un acto de ordenación del sector eléctrico determinado por la conveniencia de habilitar una mejor gestión del consumo eléctrico final y que impone obligaciones a determinadas compañías en el marco de un sector sometido a una intensa regulación en defensa de intereses generales, puede calificarse propiamente de acto de gravamen o desfavorable. Lo relevante, por el contrario es que el artículo 105 de la Ley en ningún caso impone la obligación de que tales actos desfavorables o de gravamen tengan que ser revocados en caso de pretenderse su modificación ni excluye su directa reforma o modificación. Lo que el precepto prevé es simplemente la posibilidad que tienen las Administraciones públicas de revocar tales actos en cualquier momento, no que deban hacerlo preceptivamente en caso de que quieran modificarlos. Otra cosa es que dicha modificación deba tener en cuenta los derechos e intereses de los sujetos afectados, pero no más que el propio acto desfavorable o de gravamen inicial

Así pues, en ningún caso el precepto impide la modificación de los actos desfavorables o de gravamen, por lo que la modificación del plan de sustitución de contadores -sea o no un acto de tal naturaleza- era perfectamente posible sin necesidad de la previa derogación del plan inicial. Tanto más, podría añadirse, cuanto que la modificación se limita a una revisión de los plazos intermedios de la sustitución en un sentido favorable a las compañías obligadas, dándoles más tiempo para cumplir determinados objetivos, y no a una alteración substancial del plan o a un endurecimiento de sus requisitos.

TERCERO .- Sobre la alegación relativa a la necesidad de determinados informes.

Aduce la compañía actora que en el caso de que se considere que la Orden impugnada es una disposición general, debía haberse sometido al dictamen del Consejo de Estado y hubiera requerido informe del Ministerio de Administraciones Públicas por afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Tampoco esta objeción procedimental puede ser estimada. En lo que respecta al informe del Consejo de Estado, porque tal como sostiene la propia parte con carácter preferente a esta alegación, el plan de sustitución de contadores o su modificación no pueden ser calificados de norma general que se incorpore de manera permanente al ordenamiento jurídico, sino que tiene una aplicación restringida a su propio cumplimiento. Esta ausencia de carácter normativo y la naturaleza puramente ejecutiva del plan le eximen de la necesidad del informe del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley reguladora del citado órgano consultivo del Gobierno (Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril).

En cuanto al informe del Ministerio de Administraciones Públicas requerido por el apartado 3 del artículo 24 de la citada Ley del Gobierno, no sería preceptivo por la misma razón ya vista de que no se trata de una disposición general. Por otra parte, no puede sostenerse que el plan de sustitución de contadores afecte a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, el hecho de que las Comunidades Autónomas intervengan en la puesta en marcha del plan o de que el mismo afecte a los consumidores, cuya protección es competencia de las mismas, no implica afectar a la distribución de competencias, criterio que significa tener incidencia en los criterios de reparto competencial, lo que no es el caso.

CUARTO .- Sobre los principios de falta de motivación y racionalidad de la Orden impugnada.

La entidad recurrente alega que la argumentación presente en el expediente administrativo y en la propia exposición de motivos de la Orden impugnada no está sustentada con documentación, informes o estudios objetivos e imparciales. Según afirma E.On, cuenta con informaciones sobre que el cumplimiento del plan era posible en los plazos previstos inicialmente. Todo ello hace que la motivación sea insuficiente y arbitraria, lo que supone la invalidez de la misma.

La alegación no puede prosperar. La Orden incorpora una motivación clara y razonable, cual es la dificultad que un porcentaje importante de empresas distribuidoras tenían para cumplir los plazos previstos en el plan, en gran medida debido a los problemas iniciales sobre existencias de contadores con las nuevas características, circunstancia puesta de manifiesto por la Comisión Nacional de la Energía en sus informes. Así las cosas no puede decirse que la motivación sea insuficiente y arbitraria, sin que sea relevante el hecho de que un determinado número de distribuidoras (en concreto, 18), entre ellas la recurrente, logran cumplir el plan hasta el momento de dictarse la Orden controvertida. En efecto, aunque fuese cierto que un determinado número de distribuidoras hubieran sido más diligentes o eficaces y hubieran cumplido con tales plazos, nada le impide al Gobierno considerar las dificultades -que no necesariamente la imposibilidad- de la mayor parte



de ellas para lograrlo y atender su solicitud de flexibilizar el cumplimiento del plan de sustitución retrasando determinados plazos intermedios. Ninguna previsión legal impide dicha modificación que no pasa de ser una opción sobre la política eléctrica en el sentido de facilitar el proceso de sustitución de contadores que se juzga necesario por razones técnicas, en función del grado de cumplimiento del plan de la generalidad de las empresas distribuidoras.

QUINTO .- Sobre la desviación de poder.

Alega también E.On que la decisión de modificar el plan de sustitución de contadores incurre en desviación de poder, en la medida que pese a la motivación oficial y formal incorporada en la exposición de motivos de la propia Orden, la finalidad real ha sido servir al interés particular de determinadas compañías en obtener una prórroga o nuevos plazos de sustitución, más beneficiosos para sus proyectos de inversión.

No puede estimarse tampoco este alegato que no va más allá de la simple afirmación de la parte. Teniendo en cuenta lo dicho en el fundamento de derecho anterior sobre la ausencia de restricción o imposibilidad legal para modificar los plazos del plan de sustitución, la afirmación de que dicha decisión se debe al intento de favorecer a algunas empresas del sector y no a atender a una petición amplia de las mismas carece de todo acervo probatorio. Debe insistirse en que ninguna previsión legal requiere que el cambio de los plazos estuviese determinado por una imposibilidad absoluta de cumplir el plan original, por lo que atender a las peticiones de la mayor parte de las empresas distribuidoras con una modificación parcial del plan no puede considerarse que atente al interés público ni que se deba a una utilización desviada de una potestad pública.

SEXTO .- Sobre el principio de no discriminación.

La mercantil actora considera que la modificación del plan de sustitución de contadores ha significado una discriminación en varios sentidos. En primer lugar supondría una discriminación en perjuicio de las compañías cumplidoras y a favor de las que no han acreditado la menor intención de cumplir con el plan de sustitución. Así, en vez de actuar en el sentido de penalizar a las empresas que no cumplían con el plan, se actúa en sentido contrario, flexibilizando plazos y condiciones. Ello supone, afirma la parte, atribuir un desvalor a la conducta diligente y otorgar crédito a la conducta contraria. En segundo lugar, también supone una discriminación respecto de los consumidores, pues establece una diferencia entre los que ya disfrutaban de los contadores inteligentes y los que debe esperar más de lo previsto inicialmente.

La queja ha de ser igualmente rechazada. La discriminación constitucionalmente prohibida significa, como la parte recurrente misma recuerda, tratar de forma perjudicial a un sujeto o conjunto de ellos respecto al trato dado a otros, encontrándose todos ellos en una situación substancialmente semejante. Pues bien, las comparaciones que realiza la mercantil actora no pasan de ser una expresión retórica dadas las circunstancias de hecho que concurren. En efecto, a partir de un plan de instalación progresiva de determinados aparatos -en el caso de autos, contadores de electricidad- siempre se van a dar diferentes situaciones entre las empresas que han de cumplir con dicho plan, pero ello no supone una comparación entre situaciones semejantes y que se pueda hablar de trato discriminatorio. Así, no existe diferencia de trato entre empresas cumplidoras o incumplidoras por el hecho de la flexibilización del plan; esta modificación se debe a las razones ya expuestas con anterioridad, y la mayor facilidad de cumplimiento beneficia a todas las empresas afectadas, incluyéndose a las que hasta el momento vinieran cumpliendo íntegramente los plazos de sustitución; el hecho de que algunas de ellas pudieran cumplir o estuviesen cumpliendo en plazo el plan no supone que resulten directamente perjudicadas por la modificación, pues ellas ya habrán cumplido o podrán cumplir antes con sus obligaciones, con lo que podrán prestar antes mejores servicios a los consumidores y obtener así una ventaja competitiva. No puede hablarse, por tanto de trato discriminatorio entre las empresas obligadas al cumplimiento del plan por su modificación.

En cuanto a la discriminación entre consumidores la afirmación carece del menor fundamento. En un plan de aplicación progresiva como el que es objeto de la Orden impugnada, siempre habrá consumidores que disfruten antes de los nuevos equipos y tal diferencia de situación es connatural a cualquier plan progresivo de esa naturaleza. En consecuencia, el que algunos de ellos sufran un cierto retraso por la mayor amplitud de algunos plazos no implica variación relevante ni permite calificar su situación como discriminatoria respecto a la que hubieran tenido sin la modificación; con o sin modificación dicha situación sería menos beneficiosa que la de otros consumidores y mejor que la de los atendidos con posterioridad, pero ni ello supone discriminación para nadie ni puede afirmarse, por tanto, que la modificación del plan sea causa de un trato discriminatorio. La modificación del plan de sustitución constituye una medida que tiene su explicación en el grado deficiente de cumplimiento del plan por parte de un amplio grupo de empresas distribuidoras y ello justifica de forma razonable y suficiente la decisión de la Administración, al no haber apreciado que el retraso en el cumplimiento se deba a una actitud negligente u opuesta de tales empresas a atender las obligaciones derivadas del plan.

SÉPTIMO .- Sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.



Según la entidad recurrente la modificación del calendario de plan de sustitución de contadores ha provocado a todos los agentes intervinientes en el proceso una evidente inseguridad sobre la fiabilidad del plan. Asimismo, se habría defraudado la confianza legítima de las empresas que se han esforzado por cumplir con sus obligaciones, pues la Administración no ha adoptado todas las medidas que estaban en su mano (desde medidas facilitadoras del plan hasta otras de carácter sancionador) para que el plan se llevase a cabo en sus plazos previstos.

Ninguna de las dos quejas tiene fundamento. El cumplimiento de un plan determinado siempre puede estar sujeto a dificultades e imprevistos, y es función de la Administración el adoptar las medidas necesarias para hacer frente a dichas circunstancias. Tanto un plan como su adaptación a las dificultades que vayan apareciendo en su cumplimiento pueden suscitar apoyo o crítica, pero no puede afirmarse que una modificación, adoptada tras la pertinente tramitación y convenientemente publicada, genere inseguridad de ningún tipo, sobre todo cuando no es una decisión imprevista o repentina, sino pública y reiteradamente solicitada por la mayor parte de las empresas distribuidoras afectadas.

En cuanto al principio de confianza legítima tampoco ha resultado infringido. La actora ha cumplido con los plazos establecidos inicialmente, y ello es lo único que le compete a ella; que otras empresas menos diligentes hayan solicitado y obtenido la ampliación de tales plazos no defrauda la confianza respecto al plan, puesto dicha modificación no supone que no hayan de cumplir con su obligación de sustitución de contadores. Esto es, no supone que la recurrente haya efectuado una inversión que a la postre haya resultado innecesaria, y su mayor esfuerzo económico o de actividad de sustitución de contadores se ve recompensada por su mejor posición competitiva frente a las empresas que no hayan cumplido el plan en los plazos iniciales. No hay, por tanto, tal vulneración.

OCTAVO .- Sobre el objetivo de eficiencia energética y adecuación al consumo y los principios de objetividad, transparencia y libre competencia.

La parte aduce la infracción de los objetivos citados de eficiencia energética y adecuación al consumo que están presentes en la Ley del Sector Eléctrico. Sin embargo, pese a las quejas que expresa la actora, difícilmente puede afirmarse que un alargamiento de unos plazos de sustitución de equipos pueda considerarse que infringe dichos objetivos, salvo que pudiera afirmarse de manera tajante la absoluta arbitrariedad de tal modificación. Rechazada ya en motivos anteriores la alegación de arbitrariedad y falta de justificación de la modificación del plan, decae también esta alegación.

Lo mismo cabe decir respecto a la invocación de los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, puesto que ya se ha argumentado las razones que explican la modificación de los plazos intermedios del plan inicial, solicitada por la mayor parte de las empresas del sector y que no afecta al cumplimiento final de dicho plan. Dadas las razones que justifican la modificación del plan y a las que ya se ha hecho referencia antes y habida cuenta que la modificación afecta a todas las empresas sometidas al mismo, debe rechazarse igualmente que los principios invocados hayan sido conculcados.

NOVENO .- Sobre la exigencia de resarcimiento de daños.

De todo lo expuesto se deduce que la modificación del plan de sustitución de contadores no puede considerarse disconforme a derecho ni discriminatorio contra la actora. Asimismo, tampoco se deduce de las circunstancias concurrentes ni de las afirmaciones de la actora que se le hayan irrogado perjuicios de ningún tipo. Las inversiones que haya realizado han cumplido unos objetivos a los que quedaba obligada y de no haber efectuado dicho esfuerzo inversor todavía habría de hacerlo. El mayor precio que habría abonado por los equipos en razón de la urgencia dista mucho de ser una circunstancia mínimamente acreditada como para tomarla en consideración, pues no pasa de ser una simple afirmación de la parte; a lo que hay que añadir que muchas otras empresas, hayan o no cumplido íntegramente con el calendario de sustitución previsto en el plan original, han adquirido también equipos en el mismo período temporal, verosíbilmente a precios similares.

Finalmente, en contra de lo que afirma E.On, el cumplimiento en plazo de la sustitución de contadores y los beneficios que los nuevos equipos proporcionan a los consumidores -según la propia actora- difícilmente pueden haber perjudicado la imagen de la empresa. Al contrario, su imagen, tanto por las mayores prestaciones de los nuevos contadores como por el hecho de haber sido una empresa cumplidora, sólo puede haber resultado beneficiada, contrarrestando sobradamente los perjuicios que aduce haber sufrido por la intensidad del esfuerzo inversor.

No cabe apreciar, por tanto, la existencia de perjuicios patrimoniales que hagan acreedora a la parte de ninguna indemnización ni que genere ningún tipo de responsabilidad patrimonial del Estado.

DÉCIMO .- Conclusión y costas.



Las razones expuestas en los anteriores fundamentos justifican la desestimación del recurso. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la actora hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

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

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por E.On Distribución, S.L. contra la Orden IET/290/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 en lo relativo al plan de sustitución de contadores. Se imponen las costas del recurso a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho décimo.

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.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-