

Roj: **STS 3945/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3945**Id Cendoj: **28079130032017100420**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **07/11/2017**Nº de Recurso: **1376/2016**Nº de Resolución: **1681/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo, registrado bajo el número 1/1376/2016, interpuesto por la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en representación de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A., bajo la dirección letrada de don Joan Prat Rubí, contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales. Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las mercantiles CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELECTRICA, representada por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Sanmartín Fenollera; y VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.L., representada por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, bajo la dirección letrada de doña Nuria Encinar Arroyo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en representación de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A. interpuso el 11 de febrero de 2016, recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 8 de noviembre de 2016, la representación procesal de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A. demandante, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito de Demanda con sus copias, se sirva admitirla y tenga por formalizada la demanda contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales , y previos los trámites legales, dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde la estimación del presente Recurso y en consecuencia:



a) Declare que no son conformes a Derecho y **anule** las siguientes previsiones contenidas en la Orden IET/2660/2015:

- Respecto de la **metodología del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión** :

i) El artículo 6, apartado cuarto

ii) Del Anexo VIII:

a) la expresión "Si LiBT < 0,5 · #BT-sector # kdispiBT = 0,85"

b) la expresión "Si LiBT # 0,5 · #BT-sector y LiBT # 1,5 · #BT-sector

c) la expresión "Si LiBT > 1,5 · #BT-sector # kdispiBT = 1,15"

- **Respecto de la metodología del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de alta tensión:**

i) El artículo 6, apartado quinto

ii) Del Anexo IX:

a) la expresión "Si LiAT < 0,5 · #AT-sector # kdispiAT = 0,85"

b) la expresión "Si LiAT # 0,5 · #AT-sector y LiAT # 1,5 · #AT-sector

c) la expresión "Si LiAT > 1,5 · #AT-sector # kdispiAT = 1,15"

b) Condene en costas a la Administración demandada.

Por Primer Otrosí fija como indeterminada la cuantía del presente recurso.

Por Segundo Otrosí solicita se acuerde el recibimiento del proceso a prueba, que habrá de versar sobre los puntos de hecho indicados.

Por Tercer Otrosí interesa trámite de conclusiones. » .

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 14 de noviembre de 2016, se acordó tener por formalizada la demanda y dar traslado de la misma al Abogado del Estado para que la conteste en el plazo de veinte días, lo que efectuó en escrito presentado el 21 de diciembre de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, por recibidos los autos y el expediente administrativo que ahora se devuelven, para, previa la tramitación legal correspondiente, resolver este proceso por sentencia que DESESTIME el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su totalidad. Con costas. » .

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 19 de enero de 2017, se tiene por contestada la demanda por la representación de la Administración del Estado, y se da traslado a la representación de las mercantiles CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORA ENERGÍA ELÉCTRICA y VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS S.L. a fin de que contesten a la demanda en el plazo de veinte días, lo que efectuó la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de la mercantil VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGETICAS, S.L. en escrito de 21 de febrero de 2017, en que en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito, junto con sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulada, en tiempo y forma, la presente contestación a la demanda y, tras los trámites oportunos, continúe con la tramitación procesal del presente procedimiento.

Por Otrosí Primero dice que se tenga por fijada la cuantía en indeterminada.

Por Otrosí Segundo solicita la presentación de conclusiones escritas. » .

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de febrero de 2017, se tiene por caducado el derecho y perdido el trámite de contestación a la demanda a la mercantil CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORA ENERGÍA ELÉCTRICA, al no haberse presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

SEXTO.- La Letrada de la Administración de Justicia dictó Decreto el 1 de marzo de 2017, por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

SÉPTIMO.- La **Sección Tercera** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 15 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva dice literalmente:



« Recibir el recurso a prueba, habida cuenta de la disconformidad en los hechos y siendo éstos de trascendencia para la resolución del pleito.

Se admite y declara pertinente la prueba propuesta por la demandante.

En relación a la prueba I.Documental pública se tiene por reproducido el expediente administrativo, así como por aportado y reproducido el documento número dos adjunto a la demanda, consistente en el informe de la CNMC " Propuesta de Orden y su complemento por la que se establece la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para el año 2016.

Respecto a la prueba II. Pericial, se tiene por aportado y por reproducido, el documento número uno, consistente en el informe pericial elaborado por D. Aquilino .

Para la práctica de la prueba pericial, ratificación y aclaraciones del informe pericial aportado que soliciten las partes, previa declaración de pertinencia por esta Sala, se señala la audiencia del próximo día **30 de marzo de 2017 a las 13,00 horas de su mañana**, librándose por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, la oportuna cédula de citación para la comparecencia del perito D. Aquilino en este Tribunal, que será entregada a la Procuradora demandante, para su diligenciado, quedando las partes citadas a dicho acto con la notificación de la presente resolución. » .

OCTAVO.- Por providencia de 17 de abril de 2017, se declara terminado y concluso el periodo de práctica de prueba concedido; unir las practicadas a los autos, y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, conceder al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, lo que efectuó la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez por escrito presentado el 8 de mayo de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO.

« tenga por presentado este escrito se sirva admitirlo y en sus méritos tenga por evacuado el trámite conferido, lo admita y, en su virtud, tenga por presentado en tiempo y forma ESCRITO DE CONCLUSIONES, dictando en su día Sentencia, de conformidad con el *petitum* de nuestro escrito de demanda. » .

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2017, se otorga a las partes demandadas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y las mercantiles CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORA ENERGÍA ELÉCTRICA y VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.L.) el plazo de diez días para que presenten sus conclusiones, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, presentó escrito el 26 de mayo de 2017, en el que efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y 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. » .

2º.- La procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., presentó escrito el 26 de mayo de 2017, en el que efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito, junto con sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por evacuado, en tiempo y forma, el trámite de conclusiones y en sus méritos y en el de la contestación a la demanda, continúe la tramitación procesal del presente procedimiento. » .

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2017, se tiene por caducado el derecho y perdido el trámite de conclusiones de la mercantil codemandada VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.L., al no haberse presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

UNDÉCIMO.- Por providencia de fecha 16 de junio de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 17 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A., tiene por objeto la pretensión de que se declare que no son conformes a Derecho y se anulen las previsiones contenidas en el artículo 6, apartados 4 y 5 y en los Anexos



VIII y IX de la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales.

En aras de una adecuada comprensión de la controversia planteada en este recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de las disposiciones de la norma concretamente impugnadas:

El artículo 6 de la Orden IET/2660/2015, bajo la rúbrica «Determinación de parámetros retributivos», en los apartados 4 y 5, dispone:

4. El valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión, $K_{inv, BT}$, se calculará de acuerdo con lo previsto en el anexo VIII.
5. El valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de alta tensión, $K_{inv, AT}$, se calculará de acuerdo con lo previsto en el anexo IX.

El recurso contencioso-administrativo se fundamenta, en primer término, en la alegación de que la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión de las instalaciones de baja tensión y de alta tensión contenida, respectivamente, en los apartados 4 y 5 del artículo 6 y en los Anexos VIII y IX de la Orden IET/2660/2015, infringe el principio de empresa eficiente en un mercado similar contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013 .

Se aduce que a la hora de determinar el coeficiente de eficiencia y/o su metodología como contraste del inventario real de instalaciones con el inventario que debería tener una empresa eficiente que distribuyera energía eléctrica en ese mercado, deben tenerse en cuenta factores como la orografía, tensión de alimentación de los consumidores que demandan el suministro, su ubicación, potencia demandada y la dispersión del mercado en cuestión, so pena de contradecir la propia definición del coeficiente de eficiencia, contenida en el Real Decreto 1048/2013.

Se alega que las empresas distribuidoras de menos de 100.000 clientes, reivindican la necesidad de que el parámetro de eficiencia tenga en cuenta las circunstancias históricas que han condicionado y moldeado el desarrollo de las redes de distribución, al tiempo que dichos coeficientes.

Se arguye que el factor de dispersión como elemento para caracterizar más adecuadamente los «mercados» no cumple su función, en la medida que la limitación que se contempla incide de forma negativa en la retribución, penalizando a las empresas con elevado grado de dispersión, lo que resulta contrario al principio de «empresa eficiente en un mercado similar», contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013 .

En segundo término, se preconiza que se declare la invalidez del artículo 6, apartados 4 y 5, y de los Anexos VIII y IX de la Orden IET/2660/2015 objeto de impugnación, relativos a la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión y alta tensión, respectivamente, por falta de motivación, incurriendo en infracción del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno , del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y asimismo del artículo 14.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico , y artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía sostenible.

En tercer lugar, se postula que se declare la invalidez del artículo 6, apartados 4 y 5 y de los Anexos VIII y IX de la Orden objeto de impugnación, relativos a la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión y alta tensión, respectivamente, por infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , al omitirse los trámites preceptivos legales para su aprobación.

Se aduce, al respecto, que la incorporación de los Anexos VIII y IX a la Orden finalmente aprobada, supone la introducción de una modificación sustancial no sometida al trámite de audiencia, que sería preceptivo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por ello, se manifiesta que el proceso de tramitación de la Orden IET/2660/2015 requería de un nuevo trámite de informe por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, teniendo en cuenta que este organismo ya habría advertido de la deficiencia que suponía que la metodología no constara en el articulado y ante la ausencia de justificación de la aparición de la limitación del factor de dispersión.

SEGUNDO.-Sobre el marco jurídico en que se inserta la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre.

Antes de abordar los concretos motivos de impugnación formulados contra la Orden IET/2660/2015, cabe partir, como premisa para el adecuado enjuiciamiento de este recurso contencioso-administrativo, del contenido del Preámbulo de la propia Orden que, tal como señalamos en la sentencia de esta Sala de 23



de octubre de 2017 (RCA 1386/2016), expone que la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece en su artículo 14 que las metodologías de retribución de las actividades de transporte y distribución se establecerán reglamentariamente atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones de acuerdo al principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema eléctrico según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la propia Ley.

Cabe, asimismo, poner de relieve que la metodología de retribución fue aprobada por el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. Esta norma recoge los principios retributivos establecidos en la nueva ley del sector eléctrico para la actividad de distribución de energía eléctrica y regula los siguientes aspectos:

- a) El cálculo de la retribución de la operación y mantenimiento por aplicación de unos valores unitarios de referencia sobre las instalaciones en servicio.
- b) Una valoración a coste de reposición de los activos en servicio no amortizados hasta el año que se toma como base (dos años antes del inicio del primer periodo regulatorio), empleando para ello unos valores unitarios de referencia de inversión.
- c) Una valoración del inmovilizado con derecho de retribución a cargo del sistema de los activos puestos en servicio con posterioridad al año base. Para ello se ha recogido una formulación que pondera el valor de inversión en que ha incurrido la empresa y el valor del activo empleando valores unitarios de referencia de inversión.

El Real Decreto 1048/2013, regula en su Capítulo V el procedimiento de establecimiento de los valores unitarios de referencia y la actualización de los mismos. Así en el artículo 19 , dispone que por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y a propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se establecerán los valores unitarios de referencia para las instalaciones de distribución ubicadas en la península. Los valores unitarios peninsulares de referencia se determinarán de acuerdo con los valores medios representativos del coste de las infraestructuras cuyo diseño técnico y condiciones operativas se adapten a los estándares utilizados en el sistema eléctrico peninsular. Prescribe también este artículo que los valores unitarios de referencia serán únicos para todo el territorio español.

La sala de supervisión regulatoria de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobó con fecha 26 de junio de 2014 una «propuesta de valores unitarios de referencia para los costes de inversión y de operación y mantenimiento para la instalaciones de distribución de energía eléctrica» y remitió dicha propuesta al Ministerio de Industria, Energía y Turismo. El Ministerio solicitó información adicional a la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, que, en respuesta, remitió al Ministerio un informe aprobado por la sala de supervisión regulatoria con fecha 13 de noviembre de 2014.

A diferencia del transporte, en el caso de la distribución no existían valores unitarios. Por ello, la propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había definido unas instalaciones tipo, asignándoles una serie de elementos constructivos. Una vez realizado este diseño de instalaciones tipo y asignados los elementos que constituyen cada una de ellas, se dio una valoración económica a estas partidas para obtener así los valores unitarios de inversión y de operación y mantenimiento de cada una de las instalaciones tipo.

Una vez realizado el trámite de audiencia y recibido el informe sobre esta propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la citada Comisión consideró adecuadas las medidas señaladas en los apartados precedentes si bien con algunos cambios.

El artículo 6 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre , establece que el año anterior al del inicio de cada periodo regulatorio, el Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá el conjunto de parámetros técnicos y económicos que se utilizarán para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución durante todo el periodo regulatorio. Entre los parámetros que podrán ser fijados por dicha orden ministerial, se recogen expresamente «los valores unitarios de referencia que se emplean en el cálculo de la retribución por otras tareas reguladas recogidas en el artículo 13».

En fin, procede recordar que el objeto de la Orden IET/2660/2015 lo delimita el artículo 1 de la propia Orden en los siguientes términos:

<< Artículo 1. Objeto.

1. Constituye el objeto de la presente orden:



a) El establecimiento para el primer período regulatorio de:

1.º Los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado de las instalaciones de distribución de energía eléctrica.

2.º Los valores unitarios de referencia que se emplearán en el cálculo de la retribución por otras tareas reguladas.

b) El establecimiento de los valores o la formulación para el cálculo de determinados parámetros retributivos.

c) La definición de los conceptos de crecimiento vegetativo y por aumento relevante en la potencia del elemento a reforzar.

d) La fijación de la compensación por uso de locales para ubicación de centros de transformación.

2. El primer período regulatorio comprenderá desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, de conformidad con la disposición transitoria primera del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica>>.

Así mismo, procede poner de relieve que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 14 de julio de 2016 (RCA 182/2014), hemos rechazado la impugnación formulada por la Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME) contra el artículo 10.1 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, que regula la metodología de cálculo de la retribución de la actividad de distribución, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Se solicita la nulidad del artículo 10.1 del RD 1048/2013 por no respetar el procedimiento por el que se establece la metodología de cálculo de la retribución de la actividad de distribución, con infracción de los artículos 73 y 84 de la Ley 30/1992.

a) En primer lugar, se alega la infracción de los principios reguladores de la acumulación de expedientes (art. 73 de la Ley 30/1992), considerando que el art. 10 del RD 1048/2013, cuando regula la determinación de la retribución de la actividad de distribución, no prevé un procedimiento individualizado para cada una de las empresas sino que fija la retribución a más de 300 distribuidores en una única resolución; ni se garantiza suficientemente el derecho de las empresas en tanto no prevé la tramitación de un expediente individualizado para cada una de ellas; y la acumulación de la retribución de todas las empresas distribuidoras de energía en una misma resolución genera indefensión al impedir la participación de estas empresas en el procedimiento. Argumenta que el artículo 73 de la Ley 30/1992 prevé que la acumulación de expedientes solo será posible cuando guarden una identidad sustancial o íntima conexión, sin que en el supuesto que nos ocupa se dé la identidad de objeto que permita dicha acumulación.

Lo cierto es que el hecho de que el art. 10 prevea una resolución conjunta, que bajo la forma de orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en la que se determine la retribución de los distribuidores no implica, como parece entender el recurrente, que ello impida que se tomen en cuenta las peculiaridades retributivas de cada distribuidor. De hecho, basta proceder a la lectura del art. 10 para constatar que en diferentes apartados se aclara que la retribución ha de hacerse de forma individualizada ("para cada distribuidor", la "propuesta deberá contener la retribución total a percibir por cada una de las empresas", "un anexo en formato digital de hoja de cálculo con el desglose de la retribución de cada empresa", o que la "retribución de cada una de las empresas afectadas será establecida por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo"), por lo que no puede concluirse que la Orden, aun siendo única, no debe individualizar la remuneración de los distribuidores.

Aduce finalmente que la Orden IET/107/2014 de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía para 2014, dictada en aplicación del RD 1048/2013, acumula la retribución de todas las empresas distribuidoras a través de un Anexo sin justificación alguna de los parámetros utilizados para el cálculo de la retribución de cada una de ellas. Y lo mismo sucede con la Orden IET/2444/2014, de 19 de diciembre por la que se determinan los peajes de acceso de energía eléctrica para el 2015.

Lo cierto es que esta alegación desborda el objeto del proceso que nos ocupa, pues dichas Órdenes no están impugnadas en este recurso y la justificación de las retribuciones fijadas en las mismas habrá de analizarse en el recurso en el que éstas se impugnen, caso de que éste llegara a plantearse.

Se desestima esta alegación.

b) En segundo lugar, se denuncia la infracción del derecho de audiencia del interesado (art. 84 de la Ley 30/1992). Considera que la falta de un procedimiento individualizado, prevista en el art. 10 del RD, trae consigo la omisión del preceptivo trámite de audiencia a cada una de las empresas distribuidoras de energía eléctrica.



Este motivo de impugnación pretende la nulidad del art. 10 del RD no por lo que dice sino por lo que omite, esto es, por no establecer un trámite de audiencia. El hecho de que el precepto tan solo disponga que la retribución de cada una de las empresas afectadas se establecerá por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, no implica que en ella se esté regulando un procedimiento de elaboración de dicha orden, sino que ha de entenderse que dicho precepto se limita a fijar el contenido mínimo que ha de tener la propuesta relativa a los términos retributivos que deben fijarse. Son otras las normas las que regulan los procedimientos, trámites y garantías que han cumplir tales ordenes, sin que la falta de previsión en este precepto de un trámite de audiencia impida que éste exista en aplicación de las previsiones generales contenidas en la Ley de procedimiento administrativo. Es más, el Abogado del Estado afirma que este trámite de audiencia se ha concedido en las dos últimas órdenes de aprobación de la retribución de los distribuidores, afirmación que no ha sido desmentida por la parte recurrente en el trámite de conclusiones. Y, en todo caso, el incumplimiento de las garantías de tramitación y del principio de audiencia en la elaboración de tales Ordenes, serán cuestiones que deberán plantearse con motivo de la impugnación de las mismas, caso de que dicha indefensión se haya producido.».

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

a) Sobre el motivo de impugnación fundado en la infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, basado en la infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , que, por su carácter formal, examinamos prioritariamente, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que procede declarar la invalidez de los Anexos VIII y IX de la Orden IET/2660/2015, porque fueron incorporados al texto finalmente aprobado sin ser sometidos al trámite de audiencia.

Cabe referir, al respecto, que no advertimos que en el procedimiento de elaboración de la Orden ministerial IET/2660/2015, se hayan violentado las reglas de elaboración de los reglamentos, establecidas en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , tal como han sido interpretadas por esta Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de febrero de 2010 (RCA 186/2007), en que, siguiendo una consolidada doctrina jurisprudencial, sostuvimos que es consustancial al procedimiento de elaboración de una disposición general que se vayan introduciendo modificaciones al texto inicialmente aprobado, a medida que avanza la tramitación del procedimiento y se evacuan los informes y dictámenes preceptivos, como resultado, en su caso, de las observaciones que se consideren pertinentes.

Cabe significar al respecto que, según el Tribunal Supremo, «sólo debe retrotraerse el procedimiento para conceder un nuevo trámite de audiencia cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial, lo que entendemos no acontece en es presente supuesto».

Por ello, no estimamos que fuera necesario que el texto del proyecto de Orden ministerial que enjuiciamos debiera haber sido sometido a un nuevo trámite de informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos de que pudiera pronunciarse sobre la justificación de las limitaciones introducidas en el factor de dispersión previsto en los Anexos VIII y IX, porque en la Memoria del análisis de impacto normativo de la citada Orden ministerial, elaborada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, ya se contenía una información suficiente sobre la metodología aplicable para el cálculo de los coeficientes de eficiencia de la instalación, que fue aplicada en dichos Anexos y que permitió al órgano regulador formalizar adecuadamente su informe de 11 de diciembre de 2014.

Cabe, asimismo, poner de relieve que, tal como aduce el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el hecho de que la Orden finalmente aprobada se aparte en algunos extremos de la opinión del referido Organismo regulador no constituye ningún motivo de ilegalidad, en cuanto sus observaciones no tienen carácter vinculante.

b) Sobre el motivo de impugnación fundado en la infracción del principio de «empresa eficiente en un mercado similar» contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1049/2013 .

El motivo de impugnación formulado contra los apartados 4 y 5 del artículo 6 y los Anexos VIII y IX de la Orden IET/2660/2015, fundado en que la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión de las instalaciones de baja tensión y de las instalaciones de alta tensión infringe el principio de empresa eficiente en un mercado similar, contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013 , de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, no puede ser estimado.



En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla, con carácter sustancial, la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que las disposiciones impugnadas infringen el principio de empresa eficiente en un mandato similar, contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, en cuanto para el cálculo de la retribución base de la inversión, operación y mantenimiento de la empresa distribuidora, correspondiente a las instalaciones puestas en servicio hasta el año base (2014), no se tiene en cuenta las singularidades de aquellas empresas que desarrollan su actividad en un mercado que presenta un elevado grado de dispersión.

Cabe poner de relieve que la pretensión que subyace en la formulación de este motivo de impugnación trata de imponer unilateralmente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que determine los coeficientes de eficiencia de la inversión para las instalaciones de baja y alta tensión, tomando en consideración, además de los vectores de cálculo utilizados (longitud de la red de baja tensión de la empresa distribuidora y el número de clientes de la empresa, la longitud media por cliente de la red de baja tensión a nivel sectorial y el factor de dispersión), otros factores específicos que a su juicio serían pertinentes (las condiciones orográficas de la zona donde se presta el servicio de suministro eléctrico, la tensión de alimentación de los usuarios, potencia demandada y grado de dispersión), eludiendo el margen de discrecionalidad técnica de que goza dicha autoridad administrativa en el desarrollo de las previsiones contenidas en la regulación del régimen económico de la actividad de distribución de energía eléctrica, contenida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Cabe subrayar al respecto que la petición que se formula en el suplico del escrito de demanda, relativa a que se modifiquen determinadas «expresiones» contenidas en el artículo 6 y en los Anexos VIII y IX de la Orden ministerial impugnada, relativas a las instalaciones de baja y alta tensión, la expresión (concretamente las expresiones "Si $LiBT < 0,5 \cdot \#BT$ - sector # $kdispiBT = 0,85$ ", "Si $LiBT \# 0,5 \cdot \#BT$ -sector y $LiBT \# 1,5 \cdot \#BT$ -sector", "Si $LiBT > 1,5 \cdot \#BT$ -sector # $kdispiBT = 1,15$ ", "Si $LiAT < 0,5 \cdot \#AT$ -sector # $kdispiAT = 0,85$ ", "Si $LiAT \# 0,5 \cdot \#AT$ -sector y $LiAT \# 1,5 \cdot \#AT$ -sector y "Si $LiAT > 1,5 \cdot \#AT$ -sector # $kdispiAT = 1,15$ "), se fundamenta en que dicha regulación contraviene el principio de empresa eficiente en un mercado similar, en cuanto penaliza a las empresas distribuidoras con un elevado grado de dispersión.

Este alegato no tiene en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.8 de la Ley 24/2013, el Gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria, debe fijar los parámetros retributivos de la actividad de distribución atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones, de acuerdo con el principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema eléctrico, garantizando la percepción de una rentabilidad adecuada.

Y en este sentido, no resulta ocioso recordar la reiterada jurisprudencia de esta Sala acerca del alcance y límites del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, que se recoge entre otras muchas en sentencias de 28 de junio de 2004 (recurso 74/2002), 7 de octubre de 2008 (recurso 73/2007), 11 de noviembre de 2008 (recurso 76/2007) y 14 de mayo de 2013 (recurso 173/2012) y 30 de octubre de 2017 (RCA 1378/2016), entre otras, que señalan que «además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno ; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992); LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/97 . Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.

En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE . Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la "naturaleza de las cosas" o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar,



careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 , y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTS 26 de febrero y 17 de mayo de 1999 , 13 de noviembre , 29 de mayo y 9 de julio de 2001 , entre otras).»

c) Sobre el motivo de impugnación fundado en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución , del artículo 14.2 de la Ley 24/2013 y del artículo 4 de la Ley 2/2011 , de marzo, de Economía Sostenible.

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/2660/2015, sustentado en la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución , así como del artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , y el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible , no puede ser estimado.

Cabe referir, que no resulta convincente el planteamiento en que se funda este motivo de impugnación que imputa a la Orden IET/2660/2015 impugnada «falta de motivación en el ejercicio de la potestad reglamentaria», y, específicamente, falta de justificación con la Memoria de análisis de impacto normativo, en lo que se refiere a la limitación introducida en el factor de dispersión, que evidenciaría la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como de los principios de transparencia y buena administración.

En la sentencia de esta Sala jurisprudencial de 30 de octubre de 2017 (RCA 137/2016), ya hemos rechazado este argumento, sosteniendo que cuando a la falta de motivación o de justificación del coeficiente de eficiencia que se establece en el artículo 6, apartados 4 y 5, y anexos VIII y IX, como ya hemos adelantado, la propuesta de orden contemplaba un factor de eficiencia de la inversión que se basaba exclusivamente en el número de clientes de la empresa distribuidora, pero por razón de las críticas del Informe de la CNMC, se incorporó en la metodología para el cálculo de dicho coeficiente de eficiencia un factor de dispersión, con el propósito de caracterizar más adecuadamente los mercados en los que operan las empresas distribuidoras, en atención a sus particularidades geográficas y de concentración de la población.

LA Memoria del análisis normativo de la Orden impugnada explica (páginas 28 a 32) la metodología seguida para el cálculo de los coeficientes de eficiencia en la inversión, así como detalla la fórmula empleada en la obtención del factor de dispersión, señalando que este factor de dispersión no podrá tomar valores superiores a 1,15 para empresas con una longitud de red superior en un 50% a la media sectorial. Asimismo tampoco podrá tomar valores inferiores a 0,85 para empresas con una longitud por cliente inferior en un 50% a la media sectorial, y es en el establecimiento de esta limitación del factor de dispersión, más precisamente, en el establecimiento del límite del 1,15 para empresas con una longitud de red superior en un 50% a la media sectorial, donde la parte recurrente aprecia la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, pues considera que en ningún momento se ha motivado ni justificado el porqué de dicha limitación.

Estimamos que el motivo no puede prosperar, pues la Orden impugnada ha fijado un límite superior para el factor de ponderación de la dispersión en el valor de 1,15, del que discrepa la parte recurrente por considerar que ese límite debería ser más elevado, sin que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sea precisa una justificación de cada una de las variables y factores empleados en las fórmulas de cálculo.

En este sentido, la sentencia de esta Sala, de 22 de enero de 2011 (recurso 105/2009), indicaba que *"Aun cuando ciertamente la Orden no contiene una explicación pormenorizada de esta variable singular, la omisión no vicia de nulidad a la propia Orden. Repetidamente hemos dicho que, cuando se trata de disposiciones generales de orden marcadamente técnico o económico, no es exigible que se justifiquen de modo pormenorizado todos y cada uno de los parámetros, variables, coeficientes o fórmulas empleadas para establecer un determinado valor. El deber de motivación de las disposiciones generales de aquel género no incluye, como si se tratara de actos administrativos, la necesaria explicación en el preámbulo de la norma de todos y cada uno de aquellos componentes técnicos o económicos."*

De acuerdo con los razonamientos y explicaciones anteriores, no cabe considerar que la Orden impugnada incurra en falta de motivación determinante de su nulidad en los aspectos a que se refiere la demanda.

Cabe añadir que consideramos que el dictamen pericial aportado a las actuaciones y ratificado en sede judicial, relativo a la aplicación de la metodología de cálculo del término Kimm (coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de alta y baja tensión) establecida en la Orden IET/2660/20915, de 11 de diciembre, no resulta determinante para apreciar que el Ministro de Industria, Energía y Turismo haya incidido en falta de objetividad, transparencia o en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes



públicos, al determinar la metodología de cálculo del coeficiente de eficiencia de las instalaciones, por no ponderar los indicados factores diferenciadores de la empresa distribuidora demandante en este proceso.

La valoración del referido dictamen pericial, que considera que «la limitación del parámetro K_{disp} entre 0,85 y 1,15 no contribuye al principio de que el coeficiente de eficiencia de la inversión debe ajustarse al inventario de instalaciones que debería tener una empresa eficiente que distribuyera energía eléctrica en un mercado similar, dado que una empresa en zonas rurales y semiurbanas con mayor dispersión siempre verá perjudicado el valor de su K_{inv} tal como está establecida la fórmula de cálculo en los Anexos VIII y IX de la Orden IET/2660/2015, con independencia de si es más o menor eficiente en un mercado similar, y en consecuencia se verá penalizada su retribución, la cual debe garantizar adecuadamente los costes de inversión y mantenimiento de sus activos eléctricos», no permite deducir o inferir que sea irrazonable o carezca de objetividad y sea contrario a los principios de transparencia y de buena regulación que rigen la normativa reguladora del sector eléctrico y la fijación del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión de las instalaciones de baja tensión y de las instalaciones de alta tensión, contenida en la Orden IET/2660/2015.

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A. contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales.

CUARTO.- 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 demandante.

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 la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de tres mil euros, más IVA, si procede, a cada una de las partes demandadas que se han opuesto al presente recurso contencioso-administrativo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la mercantil ELECTRA DEL CARDENER, S.A. contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales. **Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandante, en los términos fundamentados.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.