



Roj: **STS 1554/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1554**

Id Cendoj: **28079130032018100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **1373/2016**

Nº de Resolución: **620/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 1554/2018,**  
**ATS 8707/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 620/2018**

Fecha de sentencia: 17/04/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 1373/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 1373/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 620/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 1/1373/2016 interpuesto por la procuradora D.<sup>a</sup> Cecilia Díaz-Caneja, en nombre y representación de la mercantil Bassols Energía, S.A., bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Irene Bartol Mir, 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 General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las mercantiles Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Sanmartín Fenollera, y Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María Jesús Gutiérrez Aceves, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Nuria Encinar Arroyo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal de la mercantil Bassols Energía, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/2660/2015 de referencia, mediante escrito presentado el 11 de febrero de 2016, y por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2016 se admitió a trámite el recurso y se ordenó la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

« [...] 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 alta tensión:

i) El artículo 6, apartado quinto

ii) Del Anexo IX:

a) la expresión "Si  $Li AT < 0,5 \mu AT$ -sector  $kdispi AT = 0,85$ "

b) la expresión "Si  $Li AT = 0,5 \mu AT$ -sector y  $Li AT = 1,5 \mu AT$ -sector

c) la expresión "Si  $Li AT > 1,5 \mu AT$ -sector  $kdispi AT = 1,15$ "

- Respecto de la metodología del cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria:

i) El artículo 6.2 y el Anexo VI.

b) Condene a la Administración a:

- Fijar la metodología para el cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria, en función de la vida útil real de las instalaciones, atendiendo al acta de puesta en marcha de las instalaciones.-

- Subsidiariamente, para el supuesto en que no se estime el anterior criterio, o no sea posible por no disponerse de la totalidad de las actas de puesta en marcha de las instalaciones, se condene a la Administración a fijar la metodología para el cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria, atendiendo a criterios objetivos y homogéneos de amortización, sin perjuicio de los criterios contables individualizados aplicados por cada empresa.



c) 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 4 de mayo de 2017, 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 1 de junio de 2017, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, solicitó:

« 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 9 de junio 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 codemandadas Cide Asociación de Distribuidores de 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 D.<sup>a</sup> María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de la mercantil Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L.. en escrito de 1 de julio de 2017, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho y solicitó:

« 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, desestime íntegramente el recurso interpuesto de contrario y, en concreto, las siguientes pretensiones de la demandante:

a) en cuanto solicita la anulación del apartado 2 del art. 6 y el Anexo VI de la Orden, por el que se establecen los criterios de cálculo de la vida residual de las empresas distribuidoras -primer inciso del apartado a) de la súplica de la demanda;

b) en cuanto solicita la condena de la Administración a fin de fijar la metodología para el cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base, atendiendo al acta de puesta en marcha de las instalaciones.

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 13 de julio de 2017, se tiene por caducado el derecho y perdido el trámite de contestación a la demanda a la codemandada Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, al no haberse presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

**SEXTO.**- La Letrada de la Administración de Justicia dictó decreto el 19 de julio de 2017, por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**SÉPTIMO.**- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y, tras los escritos de conclusiones de las partes, y previa a la votación y fallo, por diligencia de ordenación de fecha 2 de marzo de 2018, se acordó dar traslado a las partes para alegaciones respecto del informe presentado por la demandante, al amparo del art. 271.2, de cuya admisión y alcance se decidirá en sentencia.

**OCTAVO.**- Mediante providencia de fecha 13 de marzo de 2018, se designa nuevo Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia y se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Objeto del recurso* .

Es objeto del presente recurso ordinario, interpuesto por BASSOLS ENERGIA, S.A. (en adelante BASSOLS), 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.- Marco jurídico en el que se inserta la Orden impugnada .**

En línea con lo expuesto en nuestra **STS nº 1.681/2017, de 7 de noviembre (RC 1376/2016)** , antes de abordar los concretos motivos de impugnación formulados contra la Orden IET/2660/2015 y para el adecuado enjuiciamiento de este recurso contencioso-administrativo, debemos referirnos al contenido del Preámbulo de la propia Orden. En éste -tal como señalamos en su momento en la **STS de 23 de octubre de 2017 (RCA 1386/2016)** - se indica que la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, dispone 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 la 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 las 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 ».

Asimismo, conviene poner de relieve que esta Sala se ha pronunciado anteriormente sobre la legalidad de diversos aspectos de la Orden ahora impugnada en las siguientes sentencias:

**STS nº 1.607/2017, de 25 de octubre (RC 1379/2016 )**

**STS nº 1.608/2017, de 25 de octubre (RC 1386/2016 )**

**STS nº 1.633/2017, de 30 de octubre (RC 1378/2016 )**

**STS nº 1.635/2017, de 30 de octubre (RC 1216/2016 )**

**STS nº 1.681/2017, de 7 de noviembre (RC 1376/2016 )**

**STS nº 1.753/2017, de 16 de noviembre (RC1370/2016 )**

**STS nº 77/2017, de 23 de enero de 2018 (RC 1212/2016 ).**

Por ello, a efectos de una mayor claridad expositiva y para asegurar el debido cumplimiento del principio de unidad de doctrina, trasunto de los de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, indicaremos en cada caso, con referencia a las distintas vulneraciones legales que la parte demandante imputa a la Orden recurrida, los pronunciamientos incluidos en las sentencias dictadas por esta Sala que han ido dando respuesta -desestimatoria en todos los casos- a cuestiones suscitadas en otros recursos que son sustancialmente asimilables a las que ahora se plantean.

### **TERCERO.- Motivos de impugnación y de oposición a los mismos .**

I. La parte recurrente plantea los siguientes motivos de impugnación:

1.- Invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, relativo al cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria, por infracción del artículo 14, apartados 2, 3 y 8 de la Ley 24/2013, al no garantizar una retribución adecuada que garantice la recuperación de la inversión y por resultar discriminatoria.

2.- Invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación por vulneración del artículo 14 CE, al incurrir en infracción del principio de igualdad y consiguiente infracción del artículo 9.3 CE.

3.- Invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, por falta de análisis de su impacto normativo, con evidente infracción del artículo 24.1 a) de la Ley 50/1997, del Gobierno.

4.- Invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, por incumplimiento del debido trámite de audiencia previa, y consiguiente infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno y artículo 4.6 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

5.- Invalidez del artículo 6, apartado 5, y Anexo 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 alta tensión, por infracción del principio de empresa eficiente en un mercado similar, contenido en el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre.

6.- Invalidez del artículo 6, apartado 5 y Anexo IX de la Orden objeto de impugnación, relativos a la metodología de cálculo coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de alta tensión, por falta de motivación, incurriendo en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ), artículo 14.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, y artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía sostenible.

II. Las partes demandada y codemandada se opusieron en sus respectivos escritos a las pretensiones de la actora por las razones que indican, precisando la Abogacía del Estado en su escrito de conclusiones que las cuestiones suscitadas por la recurrente han sido resueltas por la sentencia dictada por esta Sala en fecha 30 de octubre de 2017 (recurso 1216/2016 ) y en otras posteriores.

**CUARTO.- Sobre el primer motivo de impugnación, referido a la invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, relativo al cálculo de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria, por infracción del artículo 14, apartados 2 , 3 y 8 de la Ley 24/2013 , al no garantizar una retribución adecuada que garantice la recuperación de la inversión y por resultar discriminatoria.**

La parte recurrente se refiere bajo esta rúbrica a las siguientes cuestiones:

- 1) Relevancia del parámetro de la vida residual promedio a 31 de diciembre del año base, de las instalaciones de la empresa que no hayan superado su vida útil regulatoria, en el cálculo de la retribución por inversión correspondiente al año 2016 y años sucesivos.
- 2) Metodología prevista en el Anexo VI de la Orden IET/2660/2015 para el cálculo de la vida residual promedio.
- 3) Perjuicio derivado de considerar el cálculo de la vida residual promedio atendiendo al criterio contable, como consecuencia del método de amortización aplicado.
- 4) Infracción del artículo 14, apartados 2 , 3 y 8 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico , por no permitir una retribución adecuada, no tener en cuenta los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones, y resultar discriminatoria.
- 5) Posibilidad de establecer la vida residual promedio a partir de la vida útil real, en función de las actas de puesta en marcha.

Estas cuestiones han sido ya analizadas y resueltas por esta Sala con anterioridad. Así, en la **STS nº 1.635/2017, de 30 de octubre (RC 1216/2016 )** dijimos:

«QUINTO.- Sobre el primer motivo del recurso: el criterio para la determinación de la "vida residual promedio" no garantiza la recuperación de la inversión, con infracción del artículo 14.2 y 8 de la Ley del Sector Eléctrico .

La demanda se basa en una supuesta ilegalidad en el procedimiento para el cálculo de la vida residual promedio regulada en el Anexo VI de la Orden. Alega, en primer lugar, que el cálculo de la *vida residual promedio* previsto en la Orden debería ser modificado ya que no garantiza la recuperación de la inversión vulnerando, pues, el artículo 14.2 y 8 de la Ley 24/2013 .

Se sostiene que el criterio al que se refiere el Anexo VI de la Orden que remite a la *amortización contable* para el cálculo de la *vida residual promedio* criterio que no garantiza la recuperación de la inversión realizada por el distribuidor.

Para la Asociación recurrente, el hecho de que la Orden aplique el criterio de *amortización contable* equiparando el periodo de vida útil regulatoria de estas instalaciones con su periodo de vida útil contable-fiscal implica que aquellas empresas que han considerado periodos de vida útil contable-fiscal inferiores a 40 años, percibirán una retribución sensiblemente inferior a aquellas que su amortización fiscal coincida con la vida regulatoria que está fijada en 40 años.

Y añade que el cálculo de la *vida residual promedio* por remisión a la *amortización contable* supone que el nuevo modelo retributivo conduce a un trato diferenciado y discriminatorio. Y tal circunstancia conllevaría una infracción del artículo 14.2 de la Ley 24/2013 y que, al mismo tiempo, no garantiza la recuperación de todos los costes necesarios para construir, mantener y operar las instalaciones de distribución.

Pues bien, el Anexo VI de la Orden establece la *vida residual promedio* a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora y que no hayan superado su vida útil regulatoria.

Recordemos que el artículo 14 de la Ley 24/2013 establece:

«2. La retribución de las actividades se establecerá reglamentariamente con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico».



A la hora de calcular dicho valor residual se debe partir de una premisa que no es otra que la imposibilidad ( *carencia* en palabras de la CNMC) de determinar con exactitud el año de puesta en marcha de todas y cada una de las instalaciones que conforman el inventario a 31 de diciembre de 2014. Ya que la única forma de conocer la vida física real de todos y cada uno de los activos sujetos a retribución sería conocer el momento en que se instalaron y comenzamos a emplearse.

Sin embargo, ante tal imposibilidad por distintas razones (no necesidad de contar con actas de puesta en servicio para las instalaciones de baja tensión, por ejemplo), parece lógico pensar que el único criterio homogéneo que pueda resultar de aplicación a todas y cada una de las instalaciones es el de atender al registro contable de las empresas, que refleja la información que las diferentes empresas guardan sobre sus propios activos. Sobre todo si dicho criterio contable resulta auditado por un tercero independiente.

Como pone de manifiesto la codemandada VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, la normativa contable permitiría la aplicación de determinados criterios contables a la hora de calcular la depreciación experimentada por los activos. Sin embargo, tales criterios no pueden ser elegidos de forma arbitraria sino que deben establecerse de forma sistemática y racional en función de los activos concretos de que se trate atendiendo a la realidad física de su funcionamiento, uso y disfrute, según ordena el Plan General Contable.

A estos efectos cabe recordar la obligación que tiene toda empresa, de conformidad con el vigente Plan General Contable de que el valor de los activos inmovilizados y, por supuesto, la amortización de los mismos debe ser un fiel reflejo de la realidad física de los mismos.

En este sentido, si los libros contables de una determinada compañía, según afirmaría la actora, reflejan una amortización acelerada de determinados activos inmovilizados, tal circunstancia podría deberse a que los mismos habrían sufrido un deterioro técnico o comercial mayor (o cualquier otra motivo que implique su depreciación) y, por ende, estarían amortizados en un periodo más breve de tiempo. Ya que, lo que no se puede compartir es que si una empresa refleja una amortización acelerada, tal circunstancia se haya realizado por un capricho y que no responda a la fiel realidad del estado de los activos en cuestión.

Pero es que, además, las empresas que reflejen en sus libros contables tal actuación, con posterioridad, no podrían ir contra sus propios actos. Ya que, de hacerlo así, o bien no habrían reflejado de forma correcta la amortización contable en sus libros en su momento o bien estarían realizando manifestaciones contrarias a la realidad ahora.

Por tanto, si la forma de calcular la vida residual promedio respeta los principios y metodología prevista en la normativa jerárquicamente superior (Ley 24/2013 y Real Decreto 1048/2013) entonces no parece que vulnere el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, ni mucho menos que caiga en la arbitrariedad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución.

Ya adelantamos antes la relevancia que tiene a los efectos del presente recurso, la Sentencia de 14 de julio de 2016 -recurso núm. 182/2014 - frente a la impugnación por la ahora recurrente del Real Decreto 1048/2013. A la misma nos remitimos.

El procedimiento empleado para la determinación de la *vida residual promedio* parece racional y lógico.

La Ley del Sector Eléctrico 24/2013 en su artículo 14.8 establece respecto de la metodología para la retribución de la actividad de distribución : «*b) La retribución en concepto de inversión se hará para aquellos activos en servicio no amortizados tomando como base para su retribución financiera el valor neto de los mismos*».

Se desarrolla en el artículo 11.2 del Real Decreto 1048/2013, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. La retribución base de la inversión es la suma de la retribución por amortización lineal del inmovilizado base bruto y la retribución financiera.

Como apunta el Abogado del Estado, la retribución por amortización lineal del inmovilizado base bruto - explicado sencillamente, porque tiene otros componentes, básicamente el coeficiente de eficiencia y el porcentaje de financiación o cesión por terceros o subvenciones- es la división del importe de tal inmovilizado por el número de años de vida útil regulatoria.

La retribución financiera se calcula aplicando a la inversión neta la tasa de retribución financiera.

Para hallar la inversión neta se toma la inversión regulatoria pendiente de amortizar, es decir la inversión regulatoria neta. Para ello se calcula la vida residual promedio -la vida útil que queda todavía- y se divide por la vida útil media total, aplicando este porcentaje a la inversión regulatoria bruta. De donde se obtiene la inversión neta.



Por consiguiente, la *vida útil residual* se aplica solamente para determinar la cuantía de la retribución financiera, no de la amortización pendiente. De aquí que no se tiene en cuenta para la recuperación del inversión -que se recupera mediante la retribución de la amortización-.

Definiendo la *vida residual promedio* como: "Para el cálculo de este valor se tomará la *vida útil residual* de las instalaciones de cada una de las empresas. Su valor será propuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la Dirección General de Política Energética y Minas y remitido junto a la propuesta de retribución efectuada para el primer año del primer periodo regulatorio".

Para el cálculo de la *vida residual promedio* se pueden usar dos métodos. Un primero, tomando en cuenta la fecha de puesta en marcha de cada instalación y aplicándole la *vida útil regulatoria*, con lo que sabremos la *vida residual* de cada elemento en el año que se considera para practicar la retribución. O bien, un segundo, dividiendo la amortización pendiente contable (la inversión bruta menos la amortización contable) por la inversión bruta contable -que nos da la proporción pendiente de amortizar- y multiplicando la cifra que resulte por la total *vida útil*. De donde obtendremos la *vida pendiente de amortizar*, esto es la *vida residual*.

El primer método no puede ser usado. Porque de un lado no se conoce la fecha de puesta en funcionamiento de todas las instalaciones y porque no refleja el valor neto de los activos. Ya que en caso de haber adoptado la empresa distribuidora un plazo de amortización inferior al de la *vida útil regulatoria*, se obtendría un resultado del valor neto superior al real.

Y resulta imposible la utilización de la *vida física real* de los activos, porque no se emitían actas de puesta en servicio de las instalaciones de baja tensión, al no ser esta preceptiva en el marco anterior. Adicionalmente, las empresas tampoco disponen de actas de puesta en servicio de todos los activos de alta tensión.

Siendo imprescindible el cálculo en función del segundo método -proporción pendiente de amortizar- si se desconocen las fechas reales de puesta en funcionamiento de las instalaciones. Como dice la CNMC, en particular, ante la carencia del año de puesta en marcha de todas y cada una de las instalaciones que conforman el inventario a 31 de diciembre de 2014 de las empresas distribuidoras, las mismas se deberían calcular a partir de las Cuentas Anuales auditadas.

De esta forma se homogenizan todas las inversiones de todas las empresas de distribución, aplicando el mismo tiempo de *vida útil*.

De acuerdo con el artículo 14.8 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, la retribución de la actividad de distribución debe responder al criterio del *coste necesario* y el *menor coste*, tomando como base para su retribución financiera el *valor neto de los mismos*. Y según los apartados 2 y 3 del mismo artículo la retribución debe responder a *criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios* con la *aplicación de criterios homogéneos*.

Si no se hiciera en la forma establecida en el Anexo VI no se establecerían criterios homogéneos, de menor coste, y coste necesario, ya que dependerían de cada empresa de distribución, en función del criterio contable que hubiera usado.

Pudiendo concluir que el sistema empleado se ajusta a la legalidad que le sirve de cobertura.

En relación con la práctica de la prueba, ésta se ha basado, esencialmente, en el expediente administrativo. La actora, además de apelar a la documentación obrante, ha aportado con su escrito de demanda un informe pericial elaborado por el catedrático D. Donato que fue objeto de ratificación. No aporta ningún argumento ni fundamentación adicional a los inicialmente empleados en su escrito de demanda. No siendo las pretensiones formuladas suficientes para que se declare la anulación de la Orden discutida, en cuanto a su regulación de la *vida residual promedio* impugnada en el presente recurso.

Se rechaza pues este primer motivo del recurso.

SEXO.- Sobre los motivos segundo y tercero de la demanda: la nulidad del Anexo VI en cuanto al criterio de la amortización contable para la determinación de la *vida residual promedio*, por ser un criterio arbitrario e infringir el principio de igualdad.

En segundo lugar, la actora también deriva que el citado cálculo de la *vida residual promedio* resultaría arbitrario y discriminatorio vulnerando la Constitución. En concreto, la actora sostiene que la redacción del Anexo VI supone que empresas que han realizado las mismas inversiones y que, legítimamente han optado por aplicar criterios distintos de amortización, perciban una retribución diferente, lo que supone un trato diferenciado injusto. En definitiva, supondría reconocer diferente retribución a compañías distribuidoras que han realizado el mismo esfuerzo inversor en función de los distintos criterios de amortización adoptados, lo que resultaría arbitrario y discriminatorio, por lo que estaría vulnerando los artículos 9.3 y 14 de la Constitución.



Ya hemos adelantado al examinar el motivo anterior algunas consideraciones, de las que, en definitiva, deriva lo que diremos ahora.

El método de cálculo ni es arbitrario ni es discriminatorio. Por contrario, si se adoptase el criterio sostenido por la actora daría lugar a la discriminación entre empresas, en función del distinto criterio de amortización seguido por unas y otras, y sería arbitrario porque se remuneraría financieramente una inversión que está efectivamente amortizada.

La forma de calcular la vida residual promedio del Anexo VI de la Orden es respetuosa con los principios y metodología que la normativa jerárquicamente superior prevé (LSE y Real Decreto 1048/2013) como ya se dijo al examinar el motivo primero; y no puede sostenerse ni que exista vulneración del principio de igualdad ni que el método de cálculo del referido Anexo incurra en arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución .

Por otro lado la posición de la demanda es contraria al ya citado artículo 14.8, párrafo segundo, letra b), de la Ley 24/2013 , que dice: " *La retribución en concepto de inversión se hará para aquellos activos en servicio no amortizados tomando como base para su retribución financiera el valor neto de los mismos* ". A lo que debe añadirse los principios de *menor coste, coste necesario*, homogeneidad y no discriminación, que establece la Ley citada en sus artículos 1.1 y 14.

Deben por tanto rechazarse también estos motivos del recurso".»

Asimismo, conviene recordar que en la **STS nº 1.753/2017, de 16 de noviembre (RC 1370/2016 )** , establecimos:

«TERCERO.- Sobre las alegaciones del procedimiento relativas a la regulación de la vida residual promedio.

Como hemos indicado en el resumen inicial de los motivos formulados por la sociedad actora, ésta impugna el artículo 6.2 y del anexo VI de la Orden recurrida por entender la mercantil recurrente que la regulación de la vida residual promedio incurre en diversas infracciones tanto de carácter procedimental como material. Alterando el orden en que la parte expone sus quejas, veremos primero las quejas expresadas en los motivos quinto y sexto relativas a la vulneración del procedimiento legalmente establecido, la falta de análisis del impacto normativo y la omisión del trámite de audiencia pública.

Dice la recurrente en su demanda (motivo V) que ni en la memoria de análisis de impacto normativo acompañada a la propuesta de orden, ni en las dos sucesivas memorias incorporadas al expediente administrativo, se realiza análisis alguno acerca del impacto económico que supone para las empresas afectadas la metodología de cálculo de la vida útil residual promedio a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria.

Por otra parte, en el motivo VI la actora defiende que la incorporación del Anexo VI a la Orden definitivamente aprobada supone una modificación de tal relevancia que resultaba preceptivo el correspondiente trámite de audiencia. Así, alega la vulneración del artículo 24.1.c) de la Ley de Gobierno , por la supuesta ausencia de información pública.

La metodología para el cálculo de la vida residual promedio fue introducida en la Orden finalmente aprobada a través del Anexo VI, lo que explica dicha ausencia de mención en la memoria de análisis de impacto normativo. Sin embargo no ha supuesto ello una infracción procedimental que conlleve la nulidad, ya que el Anexo VI se introduce a instancias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, literalmente, según su propuesta, tal y como consta en los antecedentes y obra en el expediente administrativo. Esta propuesta no era algo nuevo, sino que ya había sido formulada por la Comisión Nacional de la Energía o a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en ocasiones anteriores.

La referida metodología es por tanto el resultado de un proceso de información pública. En concreto, el redactado del Anexo VI es el resultado de la propuesta elaborada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que consta publicada en su informe de octubre de 2016 obrante en el expediente. Pero es que, además, según ese mismo informe la propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es algo novedoso sino que va en línea con la propuesta que ya fue reflejada en su informe sobre la "Propuesta de retribución a reconocer a las empresas titulares de instalaciones de distribución de energía eléctrica para el ejercicio 2015. Aplicación de las metodologías del Real Decreto 1048/2013 y Real Decreto-ley 9/2013", aprobado el 11 de diciembre de 2014.

En consecuencia, no cabe hablar de ausencia de información pública sobre ese concreto anexo de la Orden ni mucho menos que en la tramitación del mismo se haya causado indefensión a la actora.»

Las consideraciones expresadas en las sentencias que hemos transcrito parcialmente serían suficientes, por sí mismas, para desestimar este motivo de impugnación.



No obstante, conviene precisar -adicionalmente- que la parte recurrente ha acompañado con su demanda, como documento nº 2, el informe emitido por el Sr. Donato , cuyas conclusiones deben ser parcialmente rechazadas en la medida en que se apartan de la realización de una "pericia técnica" para adentrarse en el terreno de los que constituiría una "pericia jurídica" (así ocurre, por ejemplo, con las conclusiones 3, 4, 9 e inciso final), lo que no resulta admisible conforme a reiterada jurisprudencia (véanse a este respecto, por todas, las **SSTS nº 407/2016, de 24 de febrero y nº 1.324/2017, de 19 de julio** ).

Y, por otra parte, dicho informe no aporta ningún argumento ni fundamentación adicional a los empleados inicialmente en el escrito de demanda, ni otros elementos relevantes y novedosos que pudieran justificar un apartamiento de las conclusiones alcanzadas por este Tribunal en las referidas sentencias, por lo que, conforme a lo antes señalado, procede desestimar este motivo de impugnación.

**QUINTO.- Sobre el segundo motivo de impugnación, relativo a la invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden por vulneración del artículo 14 CE , al incurrir en infracción del principio de igualdad y consiguiente infracción del artículo 9.3 CE .**

Alega a este respecto la parte recurrente que el artículo 6.2 y el Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, relativos al cálculo de la " **vida residual promedio** " a partir de la amortización contable, incurren en vicio de nulidad al infringir el principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE y lo dispuesto en el artículo 9.3 CE respecto de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Esta cuestión ha sido tratada en el Fundamento Sexto de la **STS nº 1.635/2017, de 30 de octubre (RC 1216/2016 )** antes transcrito, así como en la **STS nº 1.753/2017, de 16 de noviembre (RC 1370/2016 )** , que se remite a lo resuelto en aquélla.

En consecuencia, las razones expuestas conducen también en este caso a la desestimación de este segundo motivo del recurso.

**SEXTO.- Sobre el tercer motivo de impugnación relativo a la invalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, por falta de análisis de su impacto normativo, con evidente infracción del artículo 24.1 a) de la Ley 50/1997, del Gobierno .**

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Sala en la **STS nº 1.753/2017, de 16 de noviembre (RC 1370/2016 )** , cuyo Fundamento Tercero hemos transcrito con anterioridad.

Además, debe tenerse en cuenta lo dicho en la **STS nº 1.635/2017, de 30 de octubre (RC 1216/2016 )** , cuyos Fundamentos Séptimo y Octavo establecían:

«SÉPTIMO.- Sobre el motivo cuarto: la invalidez del Anexo VI por infracción del artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno , al no haber sido objeto de información pública.

Finalmente, la actora defiende que la incorporación del Anexo VI a la Orden definitivamente aprobada, supone una modificación de tal calado que resultaba preceptivo el correspondiente trámite de audiencia. Así, alega la vulneración del artículo 24.1.c) de la Ley de Gobierno , por la supuesta ausencia de información pública.

Como se dijo al principio, el Anexo VI se introduce a instancias de la CNMC y, literalmente, según su propuesta, tal y como consta en los antecedentes y obra en el expediente administrativo. Esta propuesta no es algo nuevo, sino que ya había sido formulada por la Comisión Nacional de la Energía o a la CNMC en ocasiones anteriores.

Es el resultado de un proceso de información pública. En concreto, el redactado del Anexo VI es el resultado de la propuesta elaborada por la CNMC y que consta publicada en su informe de octubre de 2016 obrante en el expediente. Pero es que, además, según ese mismo informe la propuesta de la CNMC no es algo novedoso sino que va en línea con la propuesta que ya fue reflejada en su informe sobre la "*Propuesta de retribución a reconocer a las empresas titulares de instalaciones de distribución de energía eléctrica para el ejercicio 2015. Aplicación de las metodologías del Real Decreto 1048/2013 y Real Decreto-ley 9/2013*", aprobado el 11 de diciembre de 2014.

La propia recurrente en el trámite de audiencia ante el Consejo Consultivo de Electricidad reclamó que en la Orden Ministerial se incorporasen la totalidad de los parámetros retributivos. Entre los que se encuentra la *vida residual promedio*. Existiendo propuesta previas de la CNMC en el sentido incorporado a la Orden Ministerial, como señala e identifica la CNMC en su informe al proyecto de Orden, y que ya se ha reseñado.

En consecuencia, no cabe hablar de ausencia de información pública sobre ese concreto anexo de la Orden ni mucho menos que en la tramitación del mismo se haya causado indefensión a la actora.



Recientemente se ha pronunciado esta Sala en Sentencia de 9 de mayo de 2017 -recurso núm. 368/2016 -, en que en un caso en que se produjeron modificaciones en el texto de la norma -como aquí a instancias de la CNMC y como consecuencia de su informe- se establece:

«Procede recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial formulada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 3 de junio de 2008 (RCA 67/2006), no procede apreciar la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la impugnación de disposiciones generales, por el hecho de que se hayan introducido, al aportar definitivamente la norma, modificaciones sobre el texto del proyecto inicial, cuando son consecuencia lógica de la tramitación del procedimiento de elaboración del Reglamento, que corresponden a propuestas realizadas en el trámite de audiencia o a observaciones sugeridas por los Organismos Consultivos en los informes o dictámenes que emitan».

Por todo ello, también este motivo debe ser rechazado.

OCTAVO.- Sobre el motivo quinto: invalidez del Anexo VI de la Orden IET/2660/2015 por falta de análisis de su impacto normativo.

Este motivo guarda íntima conexión con el anterior y debe ser rechazado.

Dice la recurrente en su demanda que ni en la MAIN acompañada a la Propuesta de Orden, ni en las dos sucesivas Memorias incorporadas al expediente administrativo, se realiza análisis alguno acerca del impacto económico que supone para las empresas afectadas la metodología de cálculo de la *vida útil residual promedio* a 31 de diciembre del año base de las instalaciones de la empresa distribuidora que no hayan superado su vida útil regulatoria. Dicha metodología para el cálculo de la *vida útil residual promedio* fue introducida en la Orden finalmente aprobada a través del Anexo VI.

Procede rechazar el recurso en su integridad.»

En consecuencia, la aplicación de la doctrina sentada en las referidas sentencias al presente caso justifica el rechazo de este motivo de impugnación planteado por la recurrente.

**SÉPTIMO.- Sobre el cuarto motivo de impugnación, relativo a la i nvalidez del artículo 6.2 y Anexo VI de la Orden objeto de impugnación, por incumplimiento del debido trámite de audiencia previa, y consiguiente infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno y artículo 4.6 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible .**

Esta cuestión ha sido analizada y resuelta por esta Sala en la **STS nº 1.635/2017, de 30 de octubre (RC 1216/2016 )**, cuyo Fundamento Séptimo hemos reproducido anteriormente, por lo que, en aplicación de la doctrina allí establecida, debe ser rechazado este motivo de impugnación.

**OCTAVO.- Sobre el quinto motivo de impugnación, relativo a la invalidez del artículo 6, apartado 5, y Anexo 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 alta tensión, por infracción del principio de empresa eficiente en un mercado similar, contenido en el artículo 11 del Real 1048/2013, de 27 de diciembre.**

A este respecto, la **STS nº 1.681/2017, de 7 de noviembre (RC1376/2016 )** disponía en el apartado b) de su Fundamento Tercero lo siguiente:

«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  $\mu$ BT-sector kdispiBT = 0,85", "Si LiBT = 0,5  $\mu$ BT-sector y LiBT = 1,5  $\mu$ BT-sector, "Si LiBT > 1,5  $\mu$ BT-sector kdispiBT = 1,15", "Si LiAT < 0,5  $\mu$ AT-sector kdispiAT = 0,85", "Si LiAT = 0,5  $\mu$ AT-sector y LiAT = 1,5  $\mu$ AT-sector y "Si LiAT > 1,5  $\mu$ 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 aquella 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).»



Por otra parte, en el Fundamento Tercero de nuestra **STS nº 77/2017, de 23 de enero de 2018 (RC 1212/2016)** establecimos:

«TERCERO.- Sobre el coeficiente de eficiencia de la inversión para las instalaciones de alta y baja tensión.

La parte dedica su segunda alegación a la crítica de la metodología de cálculo del coeficiente de inversión. En concreto, objeta dos factores: la aplicación de un *kinm* de valor inferior a 1 a los distribuidores con menos de 100.000 clientes, y la imposición de un límite superior a dicho factor de dispersión para corregir la dispersión de las redes, por ser contrarios a los principios de una empresa eficiente y bien gestionada y de rentabilidad razonable.

Pues bien, en nuestra sentencia de 30 de octubre de 2017 (recurso 1/1378/2016) hemos señalado que el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013 establece que para el cálculo del inmovilizado base bruto de las instalaciones de baja y alta tensión, debe tenerse en cuenta "un coeficiente de eficiencia de la inversión" (*kinm* i-BT y *kinm* i-AT), que "reflejará en cuanto se ajusta el inventario real de instalaciones al inventario que debería tener una empresa eficiente y bien gestionada que distribuyera energía eléctrica en ese mercado".

La metodología de cálculo de este coeficiente de eficiencia de la inversión, que se incluía en una primera propuesta de orden, se basaba únicamente en el número de clientes de la empresa distribuidora y de la media del sector, si bien este planteamiento fue criticado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en su informe de 16 de octubre de 2015, por no tener en cuenta las particularidades geográficas y de concentración de población de cada uno de los mercados de las empresas distribuidoras, considerando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que la metodología de cálculo debía contemplar "una caracterización adecuada de la red de distribución necesaria en la zona de distribución de cada empresa distribuidora, con los condicionantes físicos propios del mercado a suministrar".

Como consecuencia de estas consideraciones, se introdujeron modificaciones en el proyecto de orden, a fin de mejorar la metodología para el cálculo del coeficiente de eficiencia de la inversión, que introdujeron la dispersión como factor para caracterizar más adecuadamente los mercados de las empresas distribuidoras, y finalmente, la orden aprobada recogió este factor de dispersión en baja tensión y en alta tensión, si bien estableció en los Anexos VIII y IX, que son también objeto de impugnación, que el factor de dispersión de baja y alta tensión no podía tomar valores superiores a 1,15 ni inferiores a 0,85 en los casos que señala, y que el valor final del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja y alta tensión, "en ningún caso...podrá ser superior a 1,2 ni inferior a 0,8".

Frente a lo que sostiene la parte recurrente, la orden impugnada atiende la exigencia del artículo 11 del Real Decreto 1048/2013, sobre la ponderación en el coeficiente de eficiencia de la inversión de las características del mercado en el que opere la empresa distribuidora, al tener en cuenta en la fórmula de cálculo del coeficiente de eficiencia de la inversión, para las instalaciones de baja y alta tensión, las características de la zona en la que opera la empresa distribuidora mediante la incorporación de un factor de dispersión, sin que se haya acreditado la infracción del artículo 14.3 de la Ley 24/2013, que dispone que la metodología de cálculo de la retribución de esta actividad se establecerá en consideración a los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios homogéneos en todo el territorio español.

La crítica de la parte recurrente no se basa tanto en la falta de consideración de las características de la zona de distribución en la metodología de cálculo del coeficiente de eficiencia de inversión, lo que sería contrario a derecho por desconocer la metodología establecida por el artículo 11 del Real Decreto 1048/2013, sino que, en su criterio, el coeficiente fijado en la Orden no contribuye de forma suficiente al objetivo de compensar la dispersión de las zonas en las que desarrollan su actividad determinadas empresas distribuidoras. Entiende la Sala que la crítica no muestra sino una discrepancia con el alcance o la importancia del valor asignado al coeficiente de eficacia de la inversión y al factor de dispersión, pero sin que se justifique la existencia de vicios que, desde la perspectiva del control jurisdiccional del ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde ahora realizar, a que antes nos hemos referido, determinen la nulidad de la orden impugnada.

Por otra parte y en lo que respecta a la justificación de la orden impugnada en este punto hemos señalado también en la referida sentencia de 30 de octubre de 2017 que la propuesta de Orden elaborada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, fue remitida acompañada de la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN) a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para informe, y en dicho informe de 16 de octubre de 2015 (doc. 01.10 del expediente administrativo), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia señala (página 10) que "se realiza una valoración global positiva de la Propuesta de Orden que se informa, cuya aprobación permitirá aplicar la metodología retributiva de la actividad de distribución de energía eléctrica establecida en el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, dando así comienzo en el año 2016 al primer período regulatorio".



No obstante esta valoración global positiva, el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia advierte que hay partes relevantes del cálculo de la retribución que, a pesar de recogerse en la MAIN, no quedan reflejadas en el articulado de la propuesta de orden, por ejemplo, la metodología de cálculo del coeficiente de eficiencia al que nos referiremos más adelante, y otras cuestiones ajenas a las debatidas en este recurso, estimando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que por razones de transparencia sería necesaria su incorporación al texto de la Orden, lo que se llevó a cabo más adelante.

En relación con los valores unitarios de referencia de otras tareas reguladas, el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (apartado 5.2, páginas 14 y 15), explica la metodología seguida en la propuesta, en forma coincidente a como lo hace la MAIN, indicando que la misma se basa "en la segmentación y clasificación atendiendo al número de puntos de suministro de las empresas distribuidoras, ello con la finalidad de efectuar un tratamiento para cada empresa acorde con sus economías de escala intrínsecas en el desarrollo de estas tareas".

También explica la MAIN (documento 04.03 del expediente, páginas 17, 21 y 22), que visto el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se introdujo en la propuesta de orden un factor común de eficiencia para todos los tramos, que se ha fijado en un valor del 3%, y se justifica dicho valor en que la retribución no puede ser simplemente un pago de los costes del sector, que finalmente recaen en el consumidor, sino que de acuerdo con el artículo 14.3 de la Ley 24/2013, la retribución debe calcularse considerando "los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada".

La Orden impugnada no acogió la propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, incluida en el informe de 16 de octubre de 2015, de establecer unos límites superior e inferior frente a los costes que estas empresas pudieran declarar, y la MAIN justificó tal decisión en la misma consideración que se acaba de indicar, de que la retribución de una actividad no puede ser una mera traslación de los costes de las empresas distribuidoras a los consumidores, de acuerdo con la referencia que efectúa el artículo 14.3 de la Ley 24/2013 a la ponderación de los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada.

En cuanto 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 MAIN 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 límites superior e inferior para el factor de ponderación de la dispersión de los que discrepa la parte recurrente, 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".

Así pues, hemos de desestimar la alegación fundada en que el coeficiente establecido de eficiencia de la inversión baje de 1 (hasta 0.8) o tenga el límite superior de 1.5.»



La doctrina establecida en las sentencias que hemos transcrito parcialmente son de plena aplicación al caso ahora enjuiciado y, por ello, sirven para dar respuesta a las cuestiones aquí suscitadas por la recurrente y para rechazar las conclusiones alcanzadas en el informe por ella aportado, emitido por el Sr. Buixeda en relación con el coeficiente de eficiencia y el factor de dispersión.

Adicionalmente, conviene precisar respecto de estas conclusiones lo siguiente: (i) en ellas se incluyen afirmaciones propias de una "pericia jurídica" que, como antes dijimos, resulta inadmisibles (así, por ejemplo, cuando afirma que determinados parámetros incluidos en las fórmulas de retribución desarrollados en la Orden IET/2660/2015 " *entran en contradicción con lo estipulado por la norma de rango superior correspondiente al Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre* "); (ii) y, por otra parte, no aportan, a juicio de esta Sala, elementos relevantes y novedosos que pudieran justificar un apartamiento del criterio sentado en las referidas sentencias.

En consecuencia, debemos desestimar este motivo de impugnación.

**NOVENO.- Sobre el sexto motivo de impugnación, relativo a la invalidez del artículo 6, apartado 5 y Anexo IX de la Orden objeto de impugnación, referidos a la metodología de cálculo coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de alta tensión, por falta de motivación, incurriendo en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ), artículo 14.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico , y artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía sostenible.**

Alega a este respecto la parte recurrente que debe denunciarse aquí la falta de justificación y motivación, en lo que a la metodología del coeficiente de eficiencia se refiere, de la limitación introducida en el factor de dispersión, lo que supone una infracción clara del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proscrita en el art. 9.3 de la Constitución .

Esta cuestión (como acabamos de poner de manifiesto en el Fundamento anterior) ha sido tratada y resuelta en el Fundamento Tercero de nuestra **STS nº 77/2017, de 23 de enero de 2018 (RC 1212/2016)** , en la que incluso se efectúa una remisión a lo razonado al respecto en la **STS de 22 de febrero de 2011 (RC 105/2009)** , como con acierto recuerda el Abogado del Estado en su contestación a la demanda.

Por tanto, este motivo de impugnación también debe ser rechazado.

**DÉCIMO.- Conclusión y costas.**

A tenor de lo expuesto en los precedentes Fundamentos, al ser rechazados todos los motivos de impugnación, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandante, al haber sido desestimadas totalmente sus pretensiones, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 €, el importe máximo a reclamar por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, en su caso.

## 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** núm. 1373/2016 interpuesto por la representación procesal de la mercantil BASSOLS ENERGÍA, 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.

D. Eduardo Espin Templado D. José M. Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Fernando Roman Garcia



**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ