



Roj: **STS 3826/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3826**

Id Cendoj: **28079130032017100412**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/10/2017**

Nº de Recurso: **1378/2016**

Nº de Resolución: **1633/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 1378/2016, interpuesto por la Procuradora D^a. Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en representación de Agri-Energía Eléctrica S.A., con la asistencia letrada de D^a. 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, y en el que han intervenido como partes demandadas la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, representada por la Procuradora D^a. Mercedes Caro Bonilla, con la asistencia letrada de D. Francisco Javier Sanmartín Fenollera y Viesgo Infraestructuras Energéticas S.L., representada por la Procuradora D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves, con la asistencia letrada de D^a. Nuria Encinar Arroyo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Agri-Energía Eléctrica S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2016, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En fechas 10 de marzo de 2016 y 29 de abril de 2016, presentaron escritos de personación las representaciones de Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica y Viesgo Infraestructuras Energéticas S.L., y por diligencias de ordenación de 10 de marzo de 2016 y 4 de mayo de 2016 se les tuvo por personadas como partes codemandadas.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase demanda, lo que verificó por escrito presentado el 30 de septiembre de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y solicitó a la Sala que, previos los trámites legales que correspondan, dicte en su día 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 de los otros costes de distribución: el artículo 5, apartados cuarto y quinto y Anexo IV-D (retribución por tareas de planificación) y Anexo IV-E (retribución por costes de estructura).
- 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:

- La expresión "Si LiBT# 0,5 μ BT-sector kdispiBT= 0,85"

- La expresión "Si LiBT# 0,5 μ BT-sector y LiBT# 1,5 μ BT-sector

- La expresión "Si LiBT>1,5 μ 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:

- la expresión "Si LiAT# 0,5 μ AT-sector kdispiAT= 0,85

- la expresión "Si LiAT# 0,5 μ AT-sector y LiAT# 1,5 μ AT-sector

- la expresión "Si LiAT>1,5 μ AT-sector kdispiAT= 1,15"

b) Condene a la Administración a contemplar los mecanismos pertinentes con el fin de retribuir los costes de estructura y planificación necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, en base a los costes reales.

c) Condene a la Administración a contemplar los mecanismos pertinentes necesarios con el fin de retribuir aquellos costes de estructura que no se encuentran retribuidos por IBO (inmovilizado bruto de otros activos necesarios para la actividad, distintos de los activos eléctricos recogidos en las unidades físicas).

d) Condene en costas a la Administración demanda.

CUARTO.- La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda el 11 de noviembre de 2016, en el que se opuso a la pretensión de la actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que resuelva este proceso por sentencia que desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su totalidad, con costas.

QUINTO.- La parte codemandada Viesgo Infraestructuras Energéticas S.L. presentó escrito de contestación a la demanda el 16 de diciembre de 2016, en el que efectuó las alegaciones que estimó oportunas y solicitó a la Sala que desestime las siguientes pretensiones de la demandante:

a) en cuanto solicita la anulación del artículo 5, apartados cuarto y quinto, del Anexo IV-D y del Anexo IV-E de la Orden (guión primero del apartado a) de la súplica del escrito de demanda);

b) en cuanto solicita la condena de la Administración a fin de retribuir los costes de estructura y planificación, y

c) en cuanto solicita la condena de la Administración a fin de retribuir los costes de estructura que no se encuentren retribuidos por IBO (inmovilizado bruto de otros activos necesarios para la actividad, distintos de los activos eléctricos recogidos en las unidades físicas, apartado c/ de la súplica del escrito de demanda).

Por decreto de 21 de diciembre de 2016, se tuvo por caducado el trámite de contestación a la demanda a la codemandada Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica.

SEXTO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y, tras los escritos de conclusiones de las partes, salvo de la codemandada Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone 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.- La parte actora fundamenta las pretensiones deducidas en la demanda en relación con Orden IET/2660/2015, que se han reproducido en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, en los siguientes motivos de impugnación:



1) Invalidez de los artículos 4 y 5 y Anexos VI-D y E de la Orden, relativos a la retribución por tareas reguladas de distribución, en concreto por las tareas de planificación y por costes de estructura, por infracción del artículo 13 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, del artículo 14.3 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico y del principio de jerarquía normativa contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución.

2) Invalidez de los artículos 4 y 5 y Anexos VI-D y E de la Orden, relativos a la retribución por tareas reguladas de distribución, en concreto por las tareas de planificación y por costes de estructura, por falta de motivación, vulnerándose con ello el artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno y el artículo 9.3 de la Constitución.

3) Invalidez del artículo 6, apartados 4 y 5, y Anexos VIII y IX de la Orden, relativos a la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión y de alta tensión, respectivamente, 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.

4) Invalidez del artículo 6, apartados 4 y 5, y Anexos VIII y IX de la Orden, relativos a la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja tensión y de alta tensión, respectivamente, por falta de motivación, incurriendo en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), y vulneración de los artículos 24.1.a) de la Ley del Gobierno, 14.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico y 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

Hemos de advertir que en los epígrafes de los Fundamentos de Derecho I y II de la demanda se indica, tal y como se acaba de expresar, que se propugna la invalidez de los artículos 4 y 5 de la Orden impugnada, si bien en el suplico de la demanda se recoge como pretensión una declaración de nulidad únicamente respecto de los apartados 4 y 5 del artículo 5 de la Orden. Además de lo anterior, en los Fundamentos de Derecho I y II no se desarrollan argumentos de impugnación en relación con el artículo 4, ni tampoco respecto de los tres primeros apartados del artículo 5, sino exclusivamente respecto de los apartados 4 (sobre retribución por tareas de planificación) y 5 (sobre retribución por costes de estructura) del artículo 5, y a lo anterior se suma que dichos apartados 4 y 5 del artículo 5 son los que se relacionan con los Anexos IV-D y IV-E, inequívocamente impugnados y también incluidos en la pretensión de nulidad que se deduce en el suplico de la demanda, por lo que estimamos, de acuerdo con el suplico de la demanda, que la pretensión de nulidad se refiere al artículo 5, apartados 4 y 5, de la Orden impugnada.

TERCERO.- Antes de examinar los distintos motivos de nulidad que la parte recurrente invoca en relación con la Orden IET/2660/2015, es conveniente 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), 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).»

CUARTO.- Pues bien, desde estas consideraciones generales entramos a examinar los dos tipos de nulidad que plantea la demanda, materiales y formales, los primeros desarrollados en los Fundamentos de Derecho II y IV, en los que se alega que el artículo 5, apartados 4 y 5 y el artículo 6, apartados 4 y 5, de la Orden impugnada adolecen de nulidad por falta de motivación e infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, y los segundos contenidos en los Fundamentos de Derecho I y III de la demanda, en los que se cuestionan los mismos preceptos, ahora por infracción del principio de jerarquía normativa y de empresa eficiente.

El primer motivo de impugnación (FD I) expone que, de conformidad con el artículo 13 del RD 1048/2013 , la retribución de otras tareas reguladas previstas en dicho precepto, como los términos de lectura de contadores, tareas asociadas a la contratación y a la atención telefónica, se calculará por aplicación de los valores unitarios de referencia, y la retribución por las tareas de planificación por los costes estructurales de la empresa será determinada a partir de los importes auditados fijados por las empresas, y sin embargo, la Orden impugnada opta por la aplicación de valores unitarios para cada una de las partidas previstas en el artículo 13 del RD 1048/2013 , incluidas las tareas de planificación y los costes de estructura, sin tener en cuenta los costes reales declarados por las empresas -y auditados- en base a la información regulatoria de costes, por lo que la parte recurrente estima que la metodología prevista en la Orden impugnada para el cálculo de la retribución relativa a las tareas de planificación y costes de estructura infringe el artículo 13 del RD 1048/2013 y, por ende, el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 CE .

El artículo 10.2 del RD 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, incluye en la fórmula que determina la retribución de la actividad de distribución, además de los conceptos de retribución por inversión, operación y mantenimiento, nuevas instalaciones, incentivos o penalizaciones por calidad del servicio y por reducción de pérdidas e incentivos por reducción del fraude, la partida de retribución por otras tareas reguladas.

Este último término retributivo de otras tareas reguladas se regula por el artículo 13 del RD 1048/2013 , por el desarrollo de las siguientes tareas:

- 1) Retribución por la lectura de contadores y equipos de medida de los clientes conectados a sus redes [...]. Esta retribución se calculará por aplicación de los valores unitarios de referencia por cliente que se determinarán a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca, y vendrán afectados por un factor que introduzca competencia referencial en los mismos.
- 2) Retribución por las tareas asociadas a la contratación, facturación de peajes de acceso y gestión de impagos [...]. Esta retribución se calculará por aplicación de los valores unitarios de referencia por cliente que se determinarán a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca, y vendrán afectados por un factor que introduzca competencia referencial en los mismos.
- 3) Retribución por las tareas asociadas a la atención telefónica a los clientes conectados a sus redes [...]. Esta retribución se calculará a partir de unos valores unitarios de referencia por cliente que se determinarán a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca, y vendrán afectados por un factor que introduzca competencia referencial en los mismos.
- 4) Retribución por tareas de planificación [...]. Su importe se determinará a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca, y vendrán afectados por un factor que introduzca competencia referencial en los mismos y que refleje los costes de planificación de una empresa modelo eficiente.
- 5) Retribución por costes de estructura de la empresa de distribución eficiente [...]. Su importe se determinará a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca, y vendrán afectados por un factor que introduzca competencia referencial en los mismos y que refleje los costes de estructura de una empresa modelo eficiente.
- 6) Retribución en concepto de Tasas de ocupación de la vía pública percibida por la empresa distribuidora [...].

Es cierto que, como alega la parte recurrente, el artículo 13 del RD 1048/2013 establece unos conceptos retributivos de retribución por lectura de contadores (RL), por las tareas asociadas a la contratación (RC) y por



las tareas asociadas a la atención telefónica (RT), definidos en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, que deberán calcularse por aplicación de los valores unitarios de referencia, mientras que respecto de los términos de retribución por tareas de planificación (RP) y por costes de estructuras (RE), definidos en los apartados 4 y 5 anteriores, prevé que su importe se determine a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca.

Sin embargo, y como señalan el Abogado del Estado y la codemandada Viesgo Infraestructuras Energéticas S.L., los costes auditados de las empresas pueden emplearse para determinar, a partir de ellos, valores unitarios de retribución, de modo que la formulación de valores unitarios y la toma en consideración de los costes de las empresas no son técnicas de retribución incompatibles, como parece defender la parte recurrente.

El artículo 13 del RD. 1078/2013 lo que requiere es que la retribución por tareas de planificación (RP) y por costes de estructura (RT) se determine "a partir de los importes auditados declarados por las empresas distribuidoras en la información regulatoria de costes que se establezca", y dicha exigencia es respetada si se fijan unos valores unitarios "a partir", de los costes auditados de las empresas, por lo que no cabe estimar que del citado precepto resulte una prohibición para acudir al cálculo de la retribución por valores unitarios.

En este sentido, el artículo 19.1 del RD 1048/2013, dentro del Capítulo V del Reglamento sobre los valores unitarios y procedimiento de actualización, encomienda al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, el dictado de una orden que establezca los valores unitarios de referencia señalados en los artículos 11 y 12 (retribución por inversión y por operación y mantenimiento), y añade en su párrafo 3º que "esta orden ministerial también contendrá los valores unitarios por los conceptos señalados en el artículo 13, los cuales serán únicos para todo el territorio español"; y este mandato al establecimiento de los valores unitarios por las otras tareas reguladas del artículo 13 del RD 1048/2013, no prevé excepción alguna respecto de la retribución por las tareas de planificación (RP) y por costes de estructura (RE) a que se refiere la demanda, por lo que refuerza la tesis de que la retribución por las otras tareas reguladas descritas en el artículo 13 del RD 1048/2013 puede calcularse -sin excepciones- por aplicación de los valores unitarios.

En este apartado dedicado a la impugnación de la metodología de retribución por otras tareas reguladas alega también la parte recurrente, con apoyo en el informe pericial que acompaña a su demanda elaborado por Buixeda Associats, que la retribución por costes de estructura basada en valores unitarios penaliza a las empresas que basan su modelo de gestión en centros en régimen de alquiler y no de propiedad, pues en este último caso, los terrenos y construcciones en propiedad se incluyen en el inmovilizado material de la empresa y se retribuyen a través del término IBO, mientras que considera que la retribución por costes de estructura no tiene en cuenta los gastos de alquiler.

Este argumento no puede prosperar, porque como opone la codemandada Viesgo Infraestructuras Energéticas S.L., de acuerdo con el anexo III de la Circular 4/2015, de 22 de julio, de la CNMV (BOE de 31 de julio de 2015), los gastos de "cánones y alquileres" (cuenta 621), se incluyen en diversos centros de coste, entre ellos en el centro de coste 809 de "servicios generales", que es uno de los centros de coste cuyo importe fue considerado en la propuesta de retribución por los costes de estructura que elaboró la CNMC en su informe 13 de noviembre de 2014 (páginas 26 a 28), que sirvió de punto de partida para el cálculo de los términos de retribución de otras tareas reguladas que efectuó la Orden impugnada.

QUINTO.- La parte recurrente alega (FD III) la invalidez del artículo 6, apartados 4 y 5 de la Orden impugnada, relativo a la metodología de cálculo del valor del coeficiente de eficiencia de la inversión para instalaciones de baja y alta tensión, que se determinará de acuerdo con lo previsto en los Anexos VIII y IX de la Orden, que igualmente se impugnan, por infracción del principio de empresa eficiente en un mercado similar, contenido en el artículo 11 del RD 1048/2013.

El artículo 11 del RD 1048/2013 señala 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 CNMC 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*" .

El desacuerdo de la parte recurrente con la metodología de cálculo del coeficiente de eficiencia de la inversión, apoyado en el informe pericial elaborado por Buixeda Associats S.L. , acompañado a la demanda, se basa en que la fórmula de cálculo solo tiene en cuenta el número de clientes, la longitud de la red de cada empresa distribuidora y la longitud de red media del sector, y por ello no pondera otros criterios como las distintas tipologías de red en atención a las zonas de distribución (rural, semirural, urbana, semiurbana, polígonos industriales, orografía), lo que no contribuye al objetivo perseguido de referencia a una empresa eficiente y bien gestionada y, por otro lado, el desacuerdo también se extiende a las limitaciones del factor de dispersión entre 0,85 y 1,15, que reduce significativamente su impacto, lo que no contribuye a paliar el objetivo perseguido de compensar la dispersión de las zonas en que desarrollan su actividad las empresas distribuidoras.

No podemos acoger las alegaciones de la parte recurrente con el carácter invalidante que pretende, pues la orden impugnada atiende la exigencia del artículo 11 del RD 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 RD 1048/2013 , sino en la pobreza del coeficiente fijado en la Orden, que en criterio de la parte no contribuye de forma suficiente al objetivo de compensar la dispersión de las zonas en las que desarrollan su actividad determinadas empresas distribuidoras, lo que en criterio de la Sala no muestra sino la discrepancia de la parte recurrente con el alcance o la importancia del valor asignado al coeficiente de eficacia de la inversión y al factor de dispersión, pero sin que 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.

SEXTO.- Examinamos seguidamente las alegaciones de los Fundamentos de Derecho II y IV de la demanda, que denuncian -respectivamente- la falta de motivación del artículo 5, apartados 4 y 5 y anexos IV-D y IV-E y del artículo 6, apartados 4 y 5 y anexos VIII y IX.

Alega la parte recurrente en estos motivos de impugnación que la Orden se separa de la metodología propuesta en su momento por la CNMC, sin justificar ni razonar en ningún momento el motivo de la separación, prescindiendo de los costes reales de las empresas y sin justificar los factores de eficiencia (FD II), y sin motivar ni justificar tampoco la limitación del factor de dispersión del coeficiente de eficiencia (FD IV).

No pueden compartirse las alegaciones de la parte recurrente sobre la separación de la Orden impugnada de los informes de la CNMC. Cabe señalar que la CNMC, en cumplimiento de las previsiones de la disposición adicional segunda del RD 1048/2013 , remitió a la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM), con fecha de 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", que no contenía propuesta de retribución sobre las cuestiones a que se refiere la demanda, es decir, sobre las otras tareas reguladas ni sobre los coeficientes de eficiencia previstos en el artículo 11 del RD 1048/2013 .

Posteriormente, en respuesta a una solicitud de ampliación de información de la DGPEM, la CNMC remitió a dicho órgano, con fecha 13 de noviembre de 2014, el "Informe sobre la solicitud de información de la DGPEM sobre valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento de las instalaciones de



transporte y distribución de energía eléctrica", que propuso una metodología para retribuir esas otras tareas reguladas, basadas en valores unitarios calculados a partir de los costes declarados por las empresas.

Una vez elaborada la propuesta de Orden por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, fue remitida acompañada de la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN) a la CNMC para informe, y en dicho informe de 16 de octubre de 2015 (doc. 01.10 del expediente administrativo), la CNMC 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 CNMC 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 CNMC 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 CNMC (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 CNMC, 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 CNMC, 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 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 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 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.

SÉPTIMO.- Al declararse no haber lugar al recurso contencioso administrativo, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con el artículo 139.1 LJCA, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 ? más el IVA que corresponda el importe máximo a reclamar por todos los conceptos como costas procesales por la parte recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Agri-Energía Eléctrica 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, con imposición de costas en los términos indicados en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.