



Roj: **STS 4463/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4463**

Id Cendoj: **28079130032017100496**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **187/2016**

Nº de Resolución: **1970/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.970/2017

Fecha de sentencia: 14/12/2017

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

Número del procedimiento: 187/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia:

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 187/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1970/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro Jose Yague Gil, presidente

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 187/2016, interpuesto por la Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME), representada por la Procuradora D^a. Cecilia Díaz-Caneja, con la asistencia letrada de D. Joan Prat Rubí, contra el Real Decreto 1073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas, y en el que ha intervenido como partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, Iberdrola España S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, Gas Natural SDG S.A., representada por la Procuradora D^a. Pilar Iribarren Cavallé, Hidrocarbónico Distribución Eléctrica S.A.U., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, Viesgo Distribución Eléctrica S.L., representada por la Procuradora D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves y CIDE Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, representada por la Procuradora D^a. Mercedes Caro Bonilla.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME) interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito presentado el 26 de enero de 2016, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 28 de enero de 2016, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Por escritos presentados en los meses de febrero y marzo de 2016 comparecieron en autos las representaciones procesales de Gas Natural SDG S.A., Iberdrola España S.A., Hidrocarbónico Distribución Eléctrica S.A.U., Viesgo Distribución Eléctrica S.L. y CIDE Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencias de ordenación de 9 y 12 de febrero y 29 de marzo de 2016, las tuvo por personadas en concepto de 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 10 de junio 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 procedentes, 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:

1. Declare la nulidad del artículo segundo, apartado nueve, del RD 1073/2015, por lo que respecta a los dos últimos párrafos añadidos al apartado 3 del artículo 31 del RD 1048/2013, en relación con la medida consistente en el devengo del 30% de la retribución a cuenta de las empresas distribuidoras por falta de remisión del inventario de instalaciones en el formato adecuado o la calidad requerida, por vulneración (i) del principio de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 CE), (ii) del principio de proporcionalidad y (iii) de los principios y garantías del derecho sancionador.

2. Declare la nulidad del artículo segundo, apartado cuarto, del RD 1073/2015, por infracción del artículo 4.2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y del artículo 14.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

CUARTO.- La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda el 15 de julio de 2016, en el que se opuso a la pretensión de la parte actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que, previos los trámites que sean procedentes, dicte sentencia desestimando el presente recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente.

Por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2016, se tuvo a las demás partes codemandadas por caducado el derecho y perdido el trámite de contestación.

QUINTO.- Se recibió el recurso a prueba, con admisión de la propuesta por la parte recurrente, consistente en los documentos acompañados al escrito de demanda y los obrantes en el expediente administrativo.

Presentaron sus escritos de conclusiones la parte recurrente, en fecha 4 de noviembre de 2016, la Abogada del Estado, en fecha 14 de noviembre de 2016 y, por diligencia de ordenación de 1 de diciembre de 2016, se tuvo por caducado el indicado trámite respecto de las demás partes codemandadas.

Se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2017, fecha en que tales diligencias han tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME) recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas.

La parte recurrente fundamenta las pretensiones de nulidad que deduce en su demanda, que se han reproducido en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia, en los siguientes motivos de impugnación:

1) Nulidad del artículo 2.9 del RD 1073/2015, de 27 de noviembre, en cuanto el devengo del 30% de la retribución a cuenta de las empresas distribuidoras por falta de remisión del inventario de instalaciones en el formato adecuado o la calidad requerida, por infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), del principio de proporcionalidad y de los principios y garantías del derecho sancionador.

2) Nulidad del artículo 2.4, del RD 1073/2015, de 27 de noviembre, en cuanto a la eliminación de la revisión periódica anual de los valores unitarios, en función de los índices de precios de consumo, por infracción del artículo 4.2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo y del artículo 14.3 de la Ley del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Antes de examinar los distintos motivos de nulidad que la parte recurrente invoca en relación con los apartados 4 y 9 del artículo 2 del Real Decreto 1073/2015, 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 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 (173/2012), entre otras muchas, 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).»

TERCERO.- El primer motivo de impugnación se refiere al apartado 2.9 del RD 1073/2015, que añade tres nuevos párrafos al apartado 3 del artículo 31 del RD 1048/2013, al objeto de establecer un segundo requerimiento por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en los casos de falta de la información preceptiva sobre inversiones e instalaciones de las empresas de distribución.

La pretensión de nulidad de la modificación efectuada por el precepto impugnado se fundamenta en que esa minoración de la retribución a cuenta no está justificada, ni tampoco se basa en un criterio objetivo, por lo que resulta contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el



artículo 9.3 de la Constitución , infringe los principios y garantías del derecho sancionador y vulnera el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Examinamos seguidamente el contexto normativo en el que se produce la modificación reglamentaria que es objeto de impugnación en este recurso, mediante el añadido de tres párrafos en el artículo 31.3 del RD 1048/2013 , llevado a cabo por el artículo 2.9 del RD 1073/2015 .

El artículo 14.8 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , establece que la metodología de retribución de la actividad de distribución se establecerá 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, tomando como base los principios retributivos que establece el propio precepto legal, entre ellos, que 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.

Los criterios retributivos de la Ley 24/2013 fueron desarrollados 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, que establece en su artículo 31 determinadas obligaciones de información a las empresas de distribución.

Entre estas obligaciones de información figuran, en el apartado 1 del artículo 31 del RD 1048/2013 , las de: i) remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un informe sometido a auditoría externa con la información necesaria para el cálculo de la retribución asociado a todas las instalaciones puestas en servicio el año n-2 y para la modificación de la retribución de una instalación existente cuyos parámetros retributivos hubieran cambiado, ii) comunicar a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aquellas instalaciones que sean objeto de transmisión de titularidad o causen baja, a efectos de su consideración en el régimen retributivo, iii) remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia antes del 1 de mayo de cada año n-1 el inventario de instalaciones auditado a fecha 31 de diciembre del año n-2 en formato electrónico de hoja de cálculo debidamente actualizado con altas y bajas, señalando cuales de dichas instalaciones han entrado en servicio en ese año n-2.

Para facilitar el cumplimiento de dichas obligaciones de información, el apartado 3 del artículo 31 del RD 1048/2013 , en los párrafos no modificados por el artículo 2.9 del RD 1073/2015 , dispone que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictará las circulares pertinentes para el desarrollo de la información regulatoria de costes y para la obtención de toda aquella información adicional a la solicitada en las resoluciones a que se hace referencia en los artículos 31 y 32 del RD 1048/2013 , de las empresas distribuidoras de energía eléctrica que resulte necesaria para el cálculo de la retribución, debiendo publicarse dichas circulares en el BOE.

Asimismo, el artículo 31.3 del RD 1048/2013 , en los párrafos que no han sido alterados por la modificación introducida en el precepto por el RD 1073/2015, para aquellos casos en que la documentación presentada por las empresas distribuidoras para el cálculo de la retribución correspondiente al año n no reúna los requisitos exigidos, dispone que:

«...la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia requerirá al interesado para que, en un plazo de un mes, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera, verán calculada su retribución a partir de los datos aportados en años anteriores a esa Comisión.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, si entre la información no aportada o no subsanada correctamente se encontrase la necesaria para el cálculo del volumen de instalaciones que hayan superado la vida útil regulatoria, se les aplicará el de la media representativa del sector incrementado en un 5 por ciento.

De igual modo se procederá si entre la información no aportada o no subsanada correctamente se encuentra la necesaria para el cálculo del volumen de instalaciones financiadas o cedidas por terceros y aquella relativa al volumen de instalaciones que hayan causado baja.»

El apartado 9 del artículo 2 del RD 1073/2015 , objeto de impugnación en este recurso, sin modificar el texto preexistente que acabamos de citar, añadió los tres siguientes párrafos al apartado 3 del artículo 31 del RD 1048/2013 :

Nueve. Se añaden tres párrafos al apartado 3 del artículo 31 con la redacción siguiente:

«Con carácter excepcional, el año en que se realice el cálculo de la retribución base, si para el cálculo de la retribución base de la empresa i no se dispusiese del inventario de instalaciones en el formato adecuado



o con la calidad requerida, y esta no hubiera atendido al requerimiento recogido en el párrafo segundo del presente apartado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará un segundo requerimiento al interesado para que, en un plazo de tres meses, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera, verán calculada su retribución base de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos siguientes.

Sin perjuicio de las sanciones previstas en el título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, si para el cálculo de la retribución base de la empresa distribuidora i no se dispusiese del inventario de instalaciones en el formato adecuado o con la calidad requerida y la empresa distribuidora no hubiera atendido adecuadamente a los requerimientos de subsanación anteriormente señalados, la empresa distribuidora i que se encuentre en esta situación devengará como retribución a cuenta hasta que se pudiera calcular la retribución el treinta por ciento de la retribución del año previo al de inicio del primer periodo regulatorio.

Si la situación se prolongase el siguiente año, y durante los años en que esta situación continúe, esta cuantía será la retribución anual percibida sin que quepa ningún tipo de actualización ni incorporación de retribución de nuevas inversiones hasta que entreguen la información solicitada en los formatos adecuados y con la calidad requerida.»

QUINTO.- En su demanda la parte recurrente indica que considera oportuna la inclusión de un segundo período de subsanación, si bien considera excesiva -y a este aspecto limita su desacuerdo- la minoración de la retribución a cuenta que se prevé en la modificación impugnada. Por dicha razón precisa en el suplico de su demanda que la pretensión de nulidad del artículo 2.9 del RD 1073/2015 que hace valer, solo alcanza a los dos últimos párrafos añadidos al apartado 3 del artículo 3 del RD 1048/2013, en relación con la medida consistente en el devengo del 30% de la retribución a cuenta de las empresas distribuidoras, cuando no se dispusiese de inventario de instalaciones en el formato adecuado o con la calidad requerida y la empresa distribuidora no hubiera atendido adecuadamente a los requerimientos de que trata el propio precepto.

Como primer argumento destaca la parte recurrente que mientras que las empresas distribuidoras de energía tienen la obligación de remitir antes del 1 de mayo del año corriente a la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) y a la CNMC el inventario auditado de instalaciones, la DGPEM tiene asimismo la obligación -impuesta por el artículo 32 del RD 1048/2013- de publicar los criterios en que deben basarse las empresas para la remisión de dicha información antes del 1 de febrero de cada año, y la Administración viene incumpliendo dicho plazo durante años.

Sin embargo, este retraso por la DGPEM en publicar los criterios que deberán seguirse por las empresas distribuidoras en la elaboración de la información auditada, no guarda relación con la retribución prevista para el segundo período de subsanación, que de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 31.3 del RD 1048/2013, presupone la existencia de un primer requerimiento por la CNMC a la empresa distribuidora que ha incumplido la obligación de aportar la información que requiere el artículo 31.1 del RD 1048/2013, a fin de que subsane la falta y acompañe la documentación preceptiva.

Por tanto, el segundo requerimiento no se efectúa por la falta de aportación de la documentación preceptiva en un determinado plazo, que se inicie en la fecha en que la DGPEM haya de publicar los criterios que deben seguir las empresas de distribución, en cuyo caso el retraso en la publicación de los criterios sería relevante, sino que ese segundo requerimiento está vinculado a la desatención de la empresa distribuidora a un requerimiento de la CNMC anterior.

También considera la parte recurrente que la medida relativa a la minoración del 30% de la retribución de la actividad de distribución resulta contraria a la prohibición de arbitrariedad, porque carece de motivación y no se basa en un criterio objetivo.

Sin embargo, el preámbulo del RD 1073/2015 explica las razones de la introducción de la medida impugnada. En efecto, el preámbulo del RD 1073/2015 pone de manifiesto (apartado III) que, al analizarse la experiencia del primer año de aplicación de la metodología de cálculo de la retribución de las empresas de distribución, que introdujo el Real Decreto 1048/2013, tras la remisión por parte de las empresas de los inventarios físicos de instalaciones y después de haberse realizado un estudio exhaustivo de los mismos, "se han detectado grandes carencias", añadiendo el citado preámbulo (apartado III):

«Este hecho que no podía preverse en el momento de elaboración del real decreto, ha motivado que, con carácter excepcional, para el cálculo de la retribución base se habilite un segundo período de subsanación de errores.»

Además, el expediente administrativo ofrece adicionales explicaciones sobre la determinación del porcentaje de la retribución base a percibir, en aquellos casos de incumplimiento del segundo requerimiento.



Así, la CNMC en su informe de 30 de julio de 2015 (apartado 4.4.2), sobre la propuesta de Real Decreto, analiza los nuevos párrafos que se añaden al artículo 31.3 del RD 1048/2013, y estima adecuado permitir, con carácter excepcional, una segunda posibilidad de subsanación de errores de la información remitida por las empresas distribuidoras para el cálculo de la retribución base, con previsión de un método alternativo de cálculo de la retribución en caso de la no aportación correcta de la información.

Ahora bien, el informe de la CNMC considera poco acertada la medida propuesta para los casos de no remisión por las empresas de la correcta información, consistente en la extrapolación de la retribución de medias sectoriales, pues podía beneficiar a algunas empresas a pesar de la minoración del 15% prevista en la propuesta.

«No obstante lo anterior, si finalmente las referidas empresas no remitieran correctamente dicha información, la estimación del inventario de las mismas a partir de la extrapolación de medias sectoriales se considera una medida poco acertada. En este sentido es preciso señalar que la variabilidad de las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes conectados a sus redes es tal que algunas de ellas se verían beneficiadas con la extrapolación propuesta, incluso a pesar de la minoración del 15% establecida en la Propuesta.»

Por razón de las anteriores consideraciones, el informe de la CNMC propone una retribución inferior durante este segundo período de subsanación:

«Por todo lo expuesto, se propone que la retribución para estas empresas sea un porcentaje inferior al establecido para el período transitorio de subsanación de errores de errores, en torno al 25 o 30% de la retribución del año previo al del inicio del primer período regulatorio, retribución que habría que mantener mientras no remitan la información en las condiciones y formatos requeridos.»

La Orden impugnada aceptó la sugerencia de retribución a cuenta formulada por el informe de la CNMC, y en el Real Decreto impugnado se estableció como retribución a cuenta de las empresas que no atendieran el segundo requerimiento de la CNMC, y mientras no remitieran la documentación preceptiva, el porcentaje más alto de la franja propuesta por la CNMC (el 30%).

Aduce también la parte recurrente que esta retribución infringe los principios y garantías del derecho sancionador, por infracción del principio de non bis in ídem, ya que la medida impugnada supone una doble sanción, al pretender sancionar una infracción por el mismo hecho, ya castigada por la propia Ley 24/2013. Se refiere la parte recurrente al artículo 65,6 de la Ley 24/2013, que califica como infracción grave la no remisión de la información que resulte exigible, que de conformidad con el artículo 67 del mismo texto legal puede ser sancionada con multa de 600.001 a 6.000.000 de euros.

Las alegaciones de la parte recurrente no pueden ser acogidas, pues la retribución calculada en un 30% que establece el artículo 2.9 del RD 1073/2015 impugnado, no puede ser considerada una sanción, sino que se trata del establecimiento de una "entrega a cuenta" del citado porcentaje del 30% de la retribución base, para las empresas que no han atendido el segundo requerimiento de la CNMC y han dejado de aportar la documentación preceptiva y necesaria para fijar la retribución con arreglo a la metodología del RD 1048/2013. Se trata, por tanto, de un pago a cuenta, es decir, de una medida de carácter transitorio, ante la omisión de aportación por una empresa distribuidora de la información preceptiva, cuya falta impide a la Administración determinar la retribución que resulte procedente, con una duración limitada hasta la aportación de los datos preceptivos que permitan completar la retribución reglamentaria.

Por iguales razones debe rechazarse la alegación de vulneración del principio de proporcionalidad, que se basa en que la medida de que se trata supone un castigo excesivo que excede del límite que en el derecho sancionador comporta el principio de proporcionalidad, pues como antes hemos indicado no estamos ante una sanción sino ante un pago a cuenta, limitado temporalmente hasta que sean conocidos los datos preceptivos de las instalaciones de la empresa distribuidora que resulten necesarios para el cálculo de la retribución procedente.

SEXTO.- En segundo lugar, la parte recurrente impugna el artículo 2.4 del RD 1073/2015, que suprime el artículo 20 del Real Decreto 1048/2013, que establecía los procedimientos de actualización de los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento, utilizados para el cálculo de la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica.

La actualización de estos valores unitarios de referencia se verificaba en función de la variación de los índices de precios de consumo y de precios industriales de bienes de equipo, y la parte recurrente alega que su supresión no está justificada, dado que resulta del todo necesario prever una actualización de los valores unitarios a que nos referimos que permita su revisión durante todo el período regulatorio.



El Preámbulo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, justifica las medidas que establece en las consecuencias negativas de inflación y pérdida de competitividad que llevan consigo las revisiones automáticas de valores monetarios en función de índices de precios:

La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad.

Señala asimismo el Preámbulo de la Ley de desindexación de la economía española que su origen se encuentra en un compromiso del Gobierno en el marco del Programa Nacional de Reformas 2013 y 2014 y que el Consejo de la UE incluyó entre sus recomendaciones específicas para España la adopción de esta norma, para reducir la inercia de la inflación y propiciar una mayor reactividad de los precios a la situación económica.

De conformidad con las consideraciones de su Preámbulo, el artículo 4.1 de la Ley 2/2015 establece la regla general de que los valores monetarios en cuya determinación intervenga el sector público "...no podrán ser objeto de modificación periódica y predeterminada en función de precios, índices de precios o fórmulas que los contengan."

A su vez, como consecuencia de esta prohibición legal, el RD impugnado suprime los artículos de los RD 1047/2013 y 1048/2013 que establecían revisiones periódicas de los valores en la metodología de cálculo de la retribución de las actividades de transporte y distribución.

En efecto, el Preámbulo del RD 1073/2015 (apartado IV) indica lo siguiente:

Por otra parte, la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, establece que las revisiones de cualquier valor monetario no podrán ser objeto de modificación periódica en función de un régimen basado en que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que lo contengan. Como consecuencia de lo anterior, se suprimen los artículos que establecen la actualización anual de los valores unitarios tanto en el Real Decreto 1047/2013, de 26 de diciembre como en el Real Decreto 1048/2013, de 26 de diciembre, que ligaban la actualización de los mismos a los valores del Índice de Precios de Consumo y del Índice de Precios Industriales de bienes de equipo.

En lo que interesa a este recurso contencioso administrativo, el apartado 2 del artículo 2 del RD 1073/2015 establece que "se suprime el artículo 20" del RD 1048/2013, que es la norma que, como antes hemos indicado y en relación con la metodología de cálculo de las retribuciones de la actividad de distribución de energía eléctrica, preveía la actualización de los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento, en función de la variación de los índices de precios de consumo y de precios industriales de bienes de equipo.

Reconoce la parte recurrente en su demanda que la supresión por el precepto impugnado de la norma de actualización de los referidos valores unitarios, se dicta en cumplimiento del mandato de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que establece con carácter general la supresión de cualquier revisión automática y predeterminada de valores monetarios, en función de precios, índices de precios o fórmulas que los contengan.

Por dicha razón la parte recurrente no efectúa ningún reproche de ilegalidad al precepto reglamentario recurrido, aunque fundamenta su impugnación en que la propia Ley 2/2015, no obstante disponer ciertamente la supresión de cualquier revisión automática y predeterminada de valores monetarios en función de precios o índices de precios, sin embargo, en su artículo 4.2 habilita el cauce para la revisión y actualización de los valores unitarios, y considera que carece de fundamento la supresión de la actualización anual de los valores unitarios que efectúa el RD 1073/2015, máxime cuando la propia ley 2/2015, de 30 de marzo, admite el establecimiento de un régimen de revisión periódico en aquellos casos en que se encuentre justificado, porque la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiere.

El artículo 4.2 de la Ley 2/2015 a que se refiere la parte recurrente señala:

Excepcionalmente, se podrá aprobar un régimen de revisión periódica y predeterminada de los valores referidos en el apartado anterior siempre que sea en función de precios individuales e índices específicos de precios, cuando la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera y se autorice en el desarrollo reglamentario previsto en el apartado siguiente.

Sin embargo, como advierte el Abogado del Estado en su contestación, la única pretensión que incorpora la parte recurrente al suplico de la demanda es la de nulidad del artículo 2.4 del RD 1073/2015, que no puede acogerse porque como hemos indicado la supresión de la indexación está impuesta por la Ley 2/2015, sin que



se incluya en la pretensión deducida la articulación de supuestos de excepción al amparo del artículo 4.2 de la Ley 2/2015, que permitieran la aplicación de índices de precios en casos particulares y singulares.

Sin perjuicio de lo anterior, el motivo de impugnación no puede prosperar, pues no se invoca infracción legal alguna, que justifique la anulación del artículo 2.4 del Real Decreto impugnado, en el ejercicio del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, que se desarrolla en el marco antes descrito de los límites materiales y formales de tal potestad normativa, sin que alcance dicho control la valoración de la oportunidad de la concreta previsión que postula la parte recurrente de incluir -en determinados casos- la actualización vinculada a precios de los valores unitarios en los supuestos excepcionales que habilita el artículo 4.2 de la Ley 2/2015.

A mayor abundamiento, no existe ningún obstáculo a que en esos supuestos en los que la parte recurrente considera necesaria una actualización de los valores unitarios, porque *"la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera"*, se produzca el reajuste por la vía de la revisión que tiene lugar antes del inicio de cada periodo regulatorio por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, prevista por el artículo 19.4 del RD 1048/2013, que no ha sido afectada por la supresión del artículo 20 del mismo texto reglamentario, impugnada en este recurso.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede la imposición de costas del presente recurso a la parte recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad establecida en el apartado 3 del indicado precepto, limita a 4.000 euros, más el IVA que corresponda, el importe máximo por todos los conceptos como costas procesales, que podrá reclamar la parte demandada que ha formalizado contestación a la demanda (la Administración General del Estado).

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 Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME), contra el Real Decreto 1073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas, con imposición de costas a la parte recurrente 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.