



Roj: **STS 334/2018 - ECLI:ES:TS:2018:334**

Id Cendoj: **28079130032018100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/02/2018**

Nº de Recurso: **2859/2015**

Nº de Resolución: **197/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8223/2015,**
STS 334/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 197/2018

Fecha de sentencia: 12/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2859/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

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

Transcrito por: DVS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2859/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 197/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, Presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 12 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2859/2015 interpuesto por la Procuradora D^a María Teresa Uceda Blasco en representación de IBERDROLA COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A. contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de julio de 2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 25/2014. Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, VIESGO COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. (antes EON Comercializadora de Último Recurso, S.L., representada por la Procuradora D^a. María Jesús Gutierrez Aceves, ENDESA ENERGÍA XXI, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Piñeira Campos, OMI-POLO ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andujar, y EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto ante el Secretario de Estado de Energía contra el apartado segundo la resolución de 1 de agosto de 2013 de la Dirección General de Política Energética y Minas, que revisa las tarifas de último recurso.

El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de julio de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 25/2014).

SEGUNDO .- Los antecedentes del caso y los argumentos de impugnación esgrimidos por la demandante los sintetiza el fundamento jurídico primero de la sentencia en los siguientes términos:

<< (...) La resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas revisa las tarifas de último recurso. Se refiere al RD 485/2008 y Orden ITC 1659/2009 que desarrolla las previsiones del Real Decreto, fijando el procedimiento de cálculo del coste de producción y costes de comercialización, estableciendo la posibilidad de revisión de forma automática. Se refiere a la Resolución de 26 de junio de 2013, que revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de julio. Y teniendo en cuenta los resultados de la subasta CESUR del 25 de junio de 2013, y los precios del coste de producción de energía eléctrica que incluirán las tarifas de último recurso a partir del 1 de julio de 2013, aprobados en la Resolución de 26 de junio de 2013, resuelve:

Primero: "aprobar los precios del término de potencia y del término de energía activa de las tarifas de último recurso aplicables a partir de la entrada en vigor de la Orden de 1 de agosto de 2013, por la que revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013, y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013, fijando sus valores en los siguientes: " (a continuación se fijan los valores concretos).

Frente a este concreto apartado se interpuso recurso de alzada haciendo referencia a la inadecuación de la TUR establecida en la Orden de 2009, aspecto que ya se había puesto de relieve, y al hecho de que la Administración persiste en su actitud de no modificar el valor del coste de comercialización fijado en la DT tercera de la Orden de 2009, manteniendo el de 4 euros kW y año. Se refiere al marco normativo de la resolución y a que incurre en pérdidas en la gestión de su actividad de comercialización de modo que se vulnera el principio de suficiencia y objetividad y el principio de proporcionalidad, infringiendo el Derecho Comunitario y el Derecho Español Además produce una discriminación siendo desproporcionada la obligación que se impone a los CUR de electricidad.

Contra la desestimación presunta del recurso de alzada se interpuso recurso contencioso-administrativo. La demanda expone la justificación y alcance del suministro de último recurso (SUR) como obligación de servicio público impuesta a los comercializadores de último recurso (CUR) consistente en la obligación de ofrecer a determinados **consumidores** un suministro de electricidad a un precio y condiciones determinados por la Administración. Este suministro a precios regulados, por la tarifa de último recurso (TUR) es una excepción al



régimen de libertad de precios Se refiere a la Directiva 2009/72 que garantiza el derecho de los **consumidores** a acceder a la aportación del suministro eléctrico a precio razonable, y en el mismo sentido la ley 54/1997, art. 18, El RD 485/2009 regula la puesta en marcha del suministro de último recurso y en el art. 7 se contempla la metodología de cálculo y revisión de las TUR pero no se fija forma de cálculo de los costes de comercialización. En su desarrollo se dicta la Orden ITC/1659/2009 que establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro al último recurso y el procedimiento de cálculo y estructura de tarifas. Expone que esta Orden no contiene una disposición que permita conocer los parámetros o elementos en base a los que se determinó el cálculo del margen de comercialización fijo (MCF). El MCF de 4 euros KW y año se han mantenido desde 2009 cantidad que se ha revelado insuficiente y alega que la recurrente ha incurrido en pérdidas relevantes en el desarrollo de su actividad en los años 2010 a 2013

Se refiere a que ha comunicado la inadecuación de la TUR establecida y que ha solicitado la revisión de costes de comercialización a partir de julio de 2013. Y a que la Resolución de 26 de junio mantiene estos costes de comercialización, fijados por la DT tercera de la Orden de 2009, actitud en la que persiste la Administración en la Resolución que ahora se impugna.

Se alega la necesidad de revisar estos costes de comercialización, ya que la cantidad es insuficiente.

Se refiere asimismo a la normativa aplicable a la determinación de la TUR, partiendo de la Directiva de 2009 y la comunicación de la Comisión de 2011, que se refiere a Sentencia ALTMARK del TJ, de modo que para que la compensación de una obligación de servicio público sea compatible con el mercado interior deben cumplirse condiciones, entre ellas que los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse de forma previa objetiva y transparente, y no puede superar el nivel para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones y ha de tenerse en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable

Se menciona también la normativa nacional, en concreto a los arts. 15 y 18 de la Ley del Sector Eléctrico .

Aduce que se infringe el principio de transparencia puesto que se desconoce si existe algún soporte para la fijación del importe de 4 euros kw año. Y considera que el coste adolece de falta de transparencia y no es controlable

Alega infracción de los principios de objetividad y suficiencia, de modo que la gestión de la actividad de comercialización de último recurso no le permite cubrir sus costes y obtener un beneficio razonable. Se refiere al Informe pericial, y así, alega que sobre todo a partir de 2012 las pérdidas no se compensaron con otras actividades que desarrolla de modo que incurrió en pérdidas absolutas, generando un desequilibrio patrimonial y aduce que el cálculo de la tarifa para el sector del gas es superior y claramente produce una diferencia de trato no justificada.

Insiste en la infracción de los citados principios también como manifestación del principio de libertad de empresa y aduce que si bien no tiene libertad para fijar precio ni para elegir clientes ni para comprar electricidad, debe tener garantizado que va a tener unos ingresos suficientes para recuperar los costes, con un margen de retorno razonable

En siguiente lugar, alega que se vulnera el principio de proporcionalidad, y entiende que las normas sobre compensación económica a los comercializadores son a todas luces desproporcionadas Se trata de una regulación que no permite cubrir costes a variables a las empresas,

Alega vulneración del principio de no discriminación y del derecho de igualdad, y se refiere al diferente trato del sector del gas, y considera que se trata de un término válido de comparación. Existe una similitud entre suministro de gas y electricidad y no hay una justificación objetiva para el trato diferenciado que se le dispensa, no existe justificación real. Entiende que se si la TUR no recoge los costes de manera adecuada se produce una distorsión del mercado y concluye que el coste de comercialización reconocido en la TUR del sector eléctrico no respeta los principios que rigen la aprobación de estas tarifas en los arts. 15 y 18 de la LSE y en el art. 3 de la Directiva 2009.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia resume la oposición formulada por la Abogacía del Estado del modo siguiente:

<< (...) SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta la demanda mediante escrito en el que se opone al recurso.

En primer lugar alega que debía inadmitirse en parte el recurso, y ello por entender que la actora pretende también impugnar la ORDEN ITC 165972009, e incluso varias previsiones del RD Ley 13/2012, o lo que en su caso obligaría a plantear cuestión de inconstitucionalidad. Y entiende que todo pronunciamiento sobre la Orden exige previa cuestión de ilegalidad.



En cuanto al fondo, se refiere a la adecuación a derecho de la resolución, insistiendo en que el mecanismo de la TUR es conforme con la Directiva 2009. Hace un examen de la normativa contenida en la misma y se refiere al ámbito de aplicación de la tarifa, no existiendo clientes obligados a este suministro sino facultados en todo caso. Considera que en sentido estricto no es fijada unilateralmente por el Gobierno sino que tiene como base los precios de los mercados a plazo, con referencia a los resultados de la subasta CESUR cuyo desarrollo se regula en la ORDEN ITC/1601/2010, sobre la que el Ministerio no tiene control.

Alega que las resoluciones no fijan costes de comercialización, sino que se limitan a aplicar los previamente determinados en la Orden 1659/2009, del Ministerio de Industria. En todo caso, considera que el margen de comercialización establecido para fijar la TUR es ajustado a Derecho, y considera que ha de estarse a la finalidad de la TUR y no a que se considere un negocio a favor de estas empresas comercializadoras, que prestan un servicio público indispensable>>.

Tras ofrecer el fundamento jurídico tercero de la sentencia una amplia reseña de las normas de derecho interno y de derecho comunitario europeo que deben ser tomadas en consideración, en los apartados siguientes se aborda el examen de las distintas cuestiones suscitadas, exponiendo la Sala de instancia las razones en las que fundamenta la desestimación del recurso.

Las cuestiones relativas al no establecimiento de un margen de comercialización y a la alegada vulneración de la disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1569/2009 son examinadas en los fundamentos cuarto y quinto, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el que sigue:

<< (...) CUARTO.- La actora plantea una serie de cuestiones en su demanda, que han de ser examinadas. La problemática básica parte de que la Orden 1659/2009 no establece el margen de comercialización fijo, o MCF, sino que establece en su DT tercera que será de 4 euros KW y año, de modo que puede ser revisado. Se ha hecho referencia esta DT que disponía que:

"1. El valor del margen de comercialización fijo, MCF, definido en el art. 8.2, para cada una de las tarifas de último recurso a partir de 1 de julio de 2009 será de 4 Euros/kW y año.

La Dirección General de Política Energética y Minas podrá revisar el margen de comercialización MCF, cuando revise el coste de producción de energía.

La Tarifa de Último Recurso se calcula según el art. 18 de la LSE sobre la base de los siguientes conceptos: coste de producción de energía eléctrica, peajes de acceso y costes de comercialización que correspondan.

El recurrente parte de que este margen se ha mantenido inalterado en 4 euros KW contratado/año desde 2009, y entiende que es absolutamente insuficiente. Su argumentación se centra en realidad en este punto concreto puesto que impugna el apartado de la resolución que detalla lo preciso del término de potencia y del término de energía activa de las tarifas de último recurso aplicables a partir de agosto de 2013, y fija unos valores determinados a los que se ha hecho referencia anteriormente.

Este es el tema básico de su recurso. En primer lugar considera que deben revisarse estos márgenes para cubrir sus costes de manera razonable teniendo en cuenta la insuficiencia de la cantidad de la que parte, y sobre ello se centra su argumentación y su informe pericial, ratificado en este recurso, y en el que los Sres. Valentín y José Ignacio concluyen que la recurrente no ha recuperado costes soportados y no ha obtenido un margen de beneficio razonable.

Se refiere al art. 15 de la LSE que dispone que:

"1. Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a los peajes y los precios satisfechos.

2. Los costes de las actividades reguladas, incluyendo entre ellos los costes permanentes de funcionamiento del sistema y los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, serán financiados mediante los ingresos recaudados por peajes de acceso a las redes de transporte y distribución satisfechos por los **consumidores** y los productores, así como por las partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado.

3. Para la determinación de los peajes y precios se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades 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.

Partiendo de este precepto entiende infringido el principio de transparencia, principio también recogido en la Directiva 2009 antes citada.



Ciertamente la tarifa de último recurso se configura como instrumento de la obligación de servicio universal, derivada de la Directiva 2003 y la 2009/72, tal como detallaba el apartado 2 del art. 3 de la citada norma y al que anteriormente se ha hecho referencia. De hecho en este precepto se establece que los Estados miembros podrían imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente" y por ello la tarifa se configura como una garantía de suministro dentro de estas obligaciones.

El principio de transparencia que el recurrente entiende vulnerando se centraría en que no se acompaña de un informe que permita descifrar el coste de comercialización y analizar si son suficientes y razonables. Sin embargo, constan informes de la CNE estableciendo la aplicación de la fórmula de la Orden para la determinación del coste estimado de la energía a incorporar en las tarifas, y lo cierto es que la recurrente se centra en las pérdidas en que ha incurrido en la cuenta de resultados TUR ELECTRICIDAD, según el informe pericial que aporta. Es decir, lo que en realidad se cuestiona es la cantidad fijada que se mantiene desde 2009 en 4 euros kW año.

Este dato no es suficiente para considerar que se vulnera el principio de transparencia como se aduce. De hecho, la propia actora alega que la TUR produjo pérdidas en 2010 y 2011 que se compensaron con los beneficios de otras actividades de IBERCUR, sin embargo a partir de 2012 ha incurrido en resultado de explotación negativos y no se compensaron las pérdidas con otras actividades. Sin cuestionar sus conclusiones, lo cierto es que ello no implica a priori que el apartado segundo de la Resolución, que es el impugnado, incurra en vulneración de los principios de transparencia alegados. Por el contrario se detallan los cálculos y fórmulas en base a la Orden ITC en los informes de la Comisión Nacional de la Energía que constan a la recurrente, y sobre su base se calcula el margen.

En el mismo sentido alega la actora que se infringen los principios de objetividad y suficiencia como manifestación del principio de libertad de empresa. Se refiere la actora a una Propuesta de la CNME para fijar un procedimiento para la determinación del precio de la electricidad tras la anulación de la 25ª subasta CESUR, ahora bien, precisamente esta propuesta parte de que la actividad de los CUR tiene una retribución regulada, y por tanto libre de riesgo, y considera que ha de establecerse un mecanismo de cobertura para el año 2014 de modo que no se vea afectado. En fin, la situación a que se refiere esta propuesta es la posterior a la aquí examinada y viene a poner de relieve que el tema relativo a los precios se examina y revisa constantemente en atención a los distintos intereses en conflicto. Y sin perjuicio de que de la recurrente en su condición de empresa tiene derecho a obtener un margen razonable de ganancias, esto no implica que el importe fijado sea contrario a los principios que se citan, cuando por lo demás, la resolución parte de la normativa de base que establecía una cifra determinada, y si bien puede cuestionarse esta precisa cifra, por razones de todo tipo, subyace en la cuestión un margen de decisión política y de adaptación a la situación económica del momento.

Toda la argumentación de la actora en cuanto a los precios inferiores a costes, que perjudica la competencia y cierra el mercado debe relacionarse con la decisión concreta de mantener el importe que en definitiva se cuestiona. En realidad, lo que se plantea es que el mantenimiento de estos costes ha dado lugar a que la actora sufra pérdidas que si bien se han compensado en un principio, luego no ha sido posible por la situación económica general en definitiva. Pero esta cuestión no implica que la resolución no sea conforme con el ordenamiento jurídico como se pretende.

La metodología para determinar la TUR se contiene en el art. 7 del RD 485/2009 la disposición concreta sobre la determinación de la TUR y en su apartado 3 establece que:

"3. La Dirección General de Política Energética y Minas revisará al menos semestralmente el coste de producción de energía eléctrica aplicando la metodología establecida en el apartado 1 anterior. Este coste será el que de forma automática integrará la Dirección General de Política Energética y Minas en la revisión de las tarifas de último recurso, a los efectos de asegurar su aditividad. Para ello, la Comisión Nacional de Energía elaborará una propuesta concreta en la que se determine para cada tramo tarifario la cuantía correspondiente a su precio máximo y mínimo."

Por tanto, se fija un procedimiento de revisión que parte de una propuesta de la Comisión, que en este caso consta como se desprende del informe de la CNE que obra en el proveimiento. Pero este sistema no implica que obligatoriamente se actualice la tarifa sino que se fija sobre la base de los datos que se aportan y con el cálculo establecido.

QUINTO.- La DT tercera de la Orden ITC 1659 de 2009, después de fijar el coste de kw año disponía que: La Dirección General de Política Energética y Minas podrá revisar el margen de comercialización MCF, cuando revise el coste de producción de energía."



Esta Disposición no supone como alega la recurrente que la Dirección General deba revisar el margen de comercialización, puesto que en primer lugar, lo condiciona a que se revise el coste de producción y además, la norma dice "podrá" lo que implica una decisión que se adoptará en cada caso.

Sobre este concreto aspecto, la Sentencia dictada por esta Sala, Sección octava, en fecha 24 de marzo de 2015, rec. 611/2013, que examina un supuesto semejante al aquí analizado recoge la siguiente fundamentación: "SEXTO.- Denuncia la representación procesal de E.ON CUR que el MCF de 4k euros/Kw7año adoptado inicialmente para 2009 en la Disposición Transitoria Tercera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, se ha repetido por la Dirección General de Política Energética y Minas en los sucesivos periodos para los que ha ido aprobando nuevas TUR, y en particular en las Resoluciones recurridas en este procedimiento, sin realizar la más mínima verificación o averiguación sobre la adecuación de ese importe a los tiempos actuales, pese a la previsión de actualización contenida en la propia Orden ITC/1659/2009, incumpliendo la obligación de asegurar la aditividad de las TUR.

Es cierto que la Disposición Transitoria Tercera de la citada Orden dispone que:

"La Dirección General de Política Energética y Minas podrá revisar el margen de comercialización MCF, cuando revise el coste de producción de energía" y que no se ha llevado a cabo dicha revisión del referido margen de comercialización.

Ahora bien, hemos de convenir de nuevo con la Administración demandada en que la Disposición Transitoria Tercera de la Orden/ITC/1659/2009 no contiene un mandato para que por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas se proceda a revisar el MCF, cuando revise el coste de producción de energía, para el que, en cambio, sí se establece, de forma imperativa y expresa dicha obligación de revisión en el artº 7.3 del R.D. 485/2009, al disponer que por parte de la Dirección General del ramo se proceda a su revisión, al menos semestralmente, aplicando la metodología establecida en el apartado 1 anterior.

Así las cosas, la falta de actualización del MCF carece de la transcendencia anulatoria pretendida por la parte recurrente".

Esta argumentación se comparte íntegramente por esta Sección, puesto que como se avanzaba no existe una obligación de actualizar los márgenes en cada caso, sino que la obligación es de revisar el coste de producción de energía, y en caso de considerarse el mantenimiento del margen, no se vulnera por ello la normativa aplicable.

La Orden de 2009 establecía el valor del margen de comercialización para cada tarifa desde el 1 de julio de 2009 en 4 euros kw año, y el apartado segundo faculta a la DGPEM para su revisión. El recurrente entiende que es una actividad reglada, es decir, que no se faculta para que pueda revisar o no sino que ha de hacerlo permitiendo que se la DG quien lleve a cabo esta actividad. Sin embargo, el contenido de la Disposición es claro y no contiene un mandato específico para que se revisen los márgenes. Esto dependerá de todos los factores que han de tenerse en cuenta y que en este caso, se detallan en los informes de la CNE. De hecho el art 16 de la Orden dispone que "La Dirección General de Política Energética y Minas, de acuerdo con el art. 7 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, y lo establecido en el capítulo III de esta orden, al aprobar el coste de producción de energía eléctrica establecerá los precios de los términos de potencia y energía, activa y reactiva, a aplicar en cada periodo tarifario de las diferentes tarifas." Por tanto, la disposición transitoria tercera posibilita que la DGPEM revise el margen de comercialización MCF, cuando revise el coste de producción de energía. Es evidente que esta DT ha de ponerse en relación con el art. 16 antes citado, y no es que pueda hacerlo la Dirección General en el sentido de que se le dé la competencia para ello, puesto que la tiene atribuida, sino que puede revisar estos márgenes en su caso. Es una facultad claramente otorgada que no implica obligatoriedad de la revisión como se aduce por la parte actora>>.

Por último, en relación con la vulneración alegada por la demandante del principio de no discriminación y de igualdad el fundamento jurídico sexto de la sentencia señala:

<< (...) SEXTO.- Se alega que se vulnera el principio de no discriminación y de igualdad. Y ello en base a que se hace un trato diferenciado con respecto a s sector del gasto, puesto que la situación de las empresas CUR de electricidad y las de gas es equiparable y homogénea. Entiende que se dan los presupuestos para entender vulnerando el derecho a la igualdad, del art. 14 de la CE en este tema concreto Añade que la propia CNE en su informe 15/2009 hizo referencia a la similitud entre ambas actividades y no existe una justificación objetiva de modo que se produce una desproporción para las empresas de electricidad. Sin embargo, si bien es cierto que existen similitudes entre ambas empresas, los costes de comercialización de la TUR del gas se fijan con arreglo a sus parámetros. Es decir, si bien tienen una base común como suministro de electricidad y gas, energético en definitiva, la situación concreta es diferente, y así se pone de relieve por la Administración demandada en su escrito, cuando se refiere a la diferencia entre el suministro eléctrico como servicio público universal, y el



gas es actividad de interés económico general, según el art. 2 de la 34/1998. El suministro eléctrico afecta a todos absolutamente, sin embargo no ocurre esto con el sector del gas que es más reducido y con números de **consumidores** inferiores. Por tanto, los cálculos a realizar para la fijación o modificación de tarifas son diferentes y partes de situaciones diferentes

El recurrente en su escrito de conclusiones se opone a esta argumentación, y parten de su informe pericial, y se refieren al informe 1572009 de la CNE, sin embargo, sin perjuicio de sus similitudes, se trata de sectores diferentes, y los distintos datos para el cálculo de las tarifas no son los mismos. Los niveles de costes de comercialización son diferentes, y lo cierto es que no se aprecia la diferencia de trato que vulnera el derecho de igualdad, y la metodología para determinar la TUR en el sector eléctrico se detalla en el art. 7 del RD 485/2009 y se desarrollaba en la Orden ITC 1659/2009

Se alega también infracción del principio de no afectación al mercado, insistiendo en que la TUR debe recoger los costes en que incurre un comercializador eficiente, aspectos que no se cuestionan con carácter general pero que no pueden conducir a la anulación del apartado cuestionado en la Resolución impugnada, Entiende el recurrente que la TUR debe ser tal que un comercializador libre que organice sus recursos de manera eficiente sea capaz de competir el mercado con el CUR. Y esto no sucede en el caso de que el margen incluido en la CUR sea insuficiente.

Sin embargo, esto nuevamente incide en la actualización del MCF que es el tema cuestionado y en definitiva las pérdidas que la parte entienden producidas por la falta de actualización. De hecho en su pretensión solicita que se fije una nueva tarifa que permita obtener un margen suficiente. En este sentido y como recuerda esta Sala en la citada Sentencia de la Sec. Octava, cuando dice. " OCTAVO.- Debe ser desestimado también el motivo de impugnación que sostiene que E. ON CUR., como comercializador de electricidad sujeto a condiciones de servicio público, tiene derecho a que se le retribuya plenamente por el coste que soporta por su prestación puesto que E. ON, como comercializadora de Tarifa de Último Recurso, tiene derecho a la retribución establecida con carácter general conforme a la metodología establecida en el RD 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica y en la Orden/ITC/1459/2009, no pudiendo prosperar una pretensión que, en definitiva, lo que busca es la determinación, "ad hoc" de una tarifa de último Recurso para la empresa recurrente, atendiendo a sus singulares circunstancias."

En fin, las alegaciones sobre los márgenes de beneficio que se consideran relevantes, en referencia a los porcentajes establecidos en Reino Unido, no son en modo alguno relevantes en este caso puesto que se establecen unos márgenes con unos cantidades determinadas sobre la base de las posibilidades existentes y asumibles. También la Sentencia de esta Sala antes citada en este sentido contiene un pronunciamiento asumible por esta Sección cuando dice que "SEPTIMO.- Tampoco las alegaciones relativas a que la falta de actualización del MCF de la Tarifa de último Recurso ha determinado importantes pérdidas económicas a E. ON CUR constituyen motivo de anulación de las resoluciones recurridas en este procedimiento, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a la parte recurrente para que pueda ejercitar las acciones legales que estime convenientes en orden a obtener el resarcimiento de los daños que considera que le ha podido ocasionar la falta de actualización por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas del tantas veces citado Margen de Comercialización Fijo de la Tarifa de Último Recurso en los periodos a los que se contraen las Resoluciones impugnadas, y que deberán ejercitarse en el correspondiente procedimiento administrativo regulado en los artículos 139 y ss. de la ley 30/1992 ".

En fin, el recurso ha de ser desestimado. El informe pericial aportado tiene un alcance exclusivamente económico y sobre tales bases se realizan apreciaciones que parten de la disminución del nivel de negocio, del margen bruto que se dedujo sustancialmente de aspectos semejantes. Del informe se desprenden también una serie de problemas derivados de la situación general como parece razonable, ahora bien sin cuestionar estos externos, no puede por ello anularse la disposición impugnada, y en modo alguno sustituir el cálculo efectuado por la Administración competente por un criterio de lo que se considera adecuado para los intereses de la actora. Se hacen una serie de precisiones sobre que el beneficio obtenido por la actora no puede considerarse razonable de acuerdo con el mercado, pero ello en modo alguno conduce a anular la disposición que se impugnan y además los informes de la CNE son especialmente relevantes en este sentido, puesto que no solo tienen en cuenta los intereses económicos concretos, que siendo totalmente dignos de relevancia y protección no implican la anulación de la resolución.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso>>.

Por tales razones la Sala de instancia termina desestimando el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A., que formalizó luego la interposición de su recurso



mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2015 en el que formula nueve motivos de casación, los ocho primeros al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el noveno invocando el artículo 88.1.c/ de la misma Ley . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Vulneración de la disposición transitoria tercera de la Orden de la Orden ITC/1569/2009. La orden citada deslegaliza la competencia para la fijación del margen de comercialización, pero la potestad es reglada, de manera que si el margen de comercialización establecido no cumple con los principios indicados en la regulación aplicable, como es el caso, y dado que el objeto de la resolución impugnada era revisar el coste de producción de energía, la Administración está obligada, no simplemente facultada, a proceder a su revisión y, no haciéndolo, infringió los mencionados principios.

2.- Subsidiariamente, si la Sala atribuyera carácter discrecional a la potestad reconocida en la disposición transitoria tercera de la Orden de 2009, se denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa a la ilegalidad por omisión, dada la ilegalidad sobrevenida de dicha transitoria.

3.- Vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia que veta la valoración irracional o absurda de la prueba, e infracción de la regla de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial. La sentencia lleva a cabo una valoración muy superficial de la exposición fáctica realizada en la demanda, respaldada por el informe pericial presentado, en el que se demuestra que los ingresos obtenidos por las comercializadoras de último recurso en concepto de margen de comercialización MCF son insuficientes para recuperar los costes de gestión y obtener un beneficio razonable.

4.- Infracción de los principios de objetividad, suficiencia y libertad de empresa reconocidos en los artículos 38 de la Constitución , 15 de la Ley del Sector Eléctrico , 3 de la Directiva de 2009 y por la jurisprudencia. La insuficiencia del MCF, señalada en el motivo anterior, infringe los aludidos principios.

5.- Infracción del principio de transparencia reconocido en el artículo 15.3 de la Ley del Sector Eléctrico , en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE y en la comunicación de la Comisión de 2011 así como en la jurisprudencia, al no existir soporte metodológico para el importe de 4 euros/kw/año que establece la Orden de 2009.

6.- Infracción del principio de proporcionalidad reconocido por la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia, dado que las normas sobre compensación económica a los comercializadores, de acuerdo con la resolución impugnada, son a todas luces desproporcionadas.

7.- Infracción del principio de no discriminación e igualdad reconocido en los artículos 14 de la Constitución , 3 de la Directiva 2009/72/CE y 15.3 de la Ley del Sector Eléctrico , así como en la doctrina constitucional. Se produce una discriminación respecto de las empresas que desarrollan el suministro de último recurso en el sector del gas natural, no estando justificado que el margen del gas sea superior al de la electricidad.

8.- Infracción del principio de no afectación al mercado reconocido por el artículo 18 de la LSE . Si la tarifa de último recurso no incorpora todos los costes reales y un margen de rentabilidad razonable, los comercializadores libres no podrán competir con los comercializadores de último recurso en ese segmento de mercado, lo que será un obstáculo insalvable para su liberalización.

9.- La sentencia adolece de incongruencia, con vulneración de los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al no pronunciarse sobre la pretensión indemnizatoria esgrimida en la demanda.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime íntegramente la pretensión formulada en la demanda. Procede entonces recordar aquí que en el suplico de la demanda se pedía:

<< (...) SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se adjuntan, los admita, tenga por formulada demanda en el recurso contencioso- administrativo de referencia y, previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia por la que:

(i) Declare que el apartado primero de la resolución impugnada es contrario a Derecho y, consecuentemente, se declare también contraria a Derecho la TUR aplicable a partir del 1 de agosto de 2013; y

(ii) Ordene el restablecimiento de la situación jurídico perturbada por el acto administrativo anulado, a través de los siguientes medios:

a) Fijando una nueva TUR con un nuevo margen de comercialización que permita a Ibercur recuperar los costes soportados más un beneficio razonable, lo que plica aplicar un coste de 46,4euros/contrato/año; permitiendo a



los CUR facturar a sus clientes la diferencia entre la TUR que se le cobró en su momento y la nueva TUR que se establezca en la Sentencia, correspondiente a los meses de agosto y septiembre de 2013; o, subsidiariamente

b) Reconociendo una indemnización por los daños y perjuicios causados a Ibercur desde la aprobación de la TUR aplicable desde el 1 de agosto de 2013 hasta la aprobación de la TUR aplicable a parte del 1 de octubre de 2013, en un importe de 18.514.045 (dieciocho millones, quinientos catorce mil cuarenta y cinco) euros>>.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 2 de diciembre de 2015 se acordó la admisión del recurso de casación así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 18 de diciembre de 2015 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición.

La Administración del Estado formuló su oposición al recurso mediante escrito que presentó la Abogacía del Estado con fecha 12 de enero de 2016 en el que expone las razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados de contrario y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, con imposición de costas a la recurrente.

No presentaron escrito de oposición al recurso las demás entidades identificadas en el encabezamiento, personadas como parte recurridas, por lo que mediante diligencia de ordenación de 12 de febrero de 2016 se declaró caducado respecto de ellas el trámite correspondiente.

SEXTO.- Con fecha 13 de abril de 2015 la representación Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A. presentó escrito con el que aportaba dos sentencias de esta Sala y Sección Tercera de fecha 3 de noviembre de 2015 dictadas en los recursos contencioso-administrativos 395/2014 y 396/2014, solicitando que quedasen incorporadas a las actuaciones, lo que se denegó mediante providencia de 29 de abril de 2016.

SÉPTIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 6 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación nº 2859/2015 lo interpone la representación de Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de julio de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 25/2014).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A. contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto ante el Secretario de Estado de Energía contra el apartado segundo la resolución de 1 de agosto de 2013 de la Dirección General de Política Energética y Minas, que revisa las tarifas de último recurso.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñados los argumentos de impugnación y de oposición aducidos por los litigantes en el proceso de instancia, así como las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la representación de la recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero. Pero por razones de sistemática procesal examinaremos en primer lugar el motivo de casación noveno, formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y a continuación abordaremos los demás motivos, que se amparan en el artículo 88.1.d/ de la misma Ley.

SEGUNDO .- En el motivo noveno se afirma que la sentencia adolece de incongruencia, con vulneración de los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no pronunciarse sobre la pretensión indemnizatoria esgrimida en la demanda.

En el antecedente tercero hemos visto que en el suplico de la demanda, después de formular la pretensión anulatoria de la tarifa de último recurso aplicable a partir del 1 de agosto de 2013, solicitaba el restablecimiento de la situación jurídico perturbada por el acto administrativo anulado, y ello a través de los siguientes medios:

a/ Fijando una nueva TUR con un nuevo margen de comercialización que permita a Ibercur recuperar los costes soportados más un beneficio razonable, lo que implica aplicar un coste de 46,4 euros/contrato/año permitiendo a los comercializadores de último recurso facturar a sus clientes la diferencia entre la tarifa que



se le cobró en su momento y la nueva tarifa que se establezca en la sentencia, correspondiente a los meses de agosto y septiembre de 2013.

b/ o, subsidiariamente, reconociendo una indemnización por los daños y perjuicios causados a Ibercur desde la aprobación de la tarifa aplicable desde el 1 de agosto de 2013 hasta la aprobación de la tarifa aplicable a parte del 1 de octubre de 2013, en un importe de 18.514.045 ?.

Por lo pronto debe notarse que las dos fórmulas que se postulan en la demanda -fijación de una nueva tarifa de último recurso que sería de aplicación retroactiva, o, subsidiariamente, reconocimiento del derecho a percibir una indemnización- son las vías alternativas que propugna la recurrente para "el restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo anulado" (véase suplico de la demanda). Y siendo ello así, una vez desestimada la pretensión de anulación del acto impugnado, formulada en primer lugar, queda privada de sustento aquella pretensión de restablecimiento de la situación jurídica perturbada.

En consecuencia, bien puede afirmarse que la desestimación de la demanda en cuanto a la pretensión de anulación del acto impugnado implica -aunque la sentencia no lo diga de manera expresa- que también debe entenderse desestimada pretensión de restablecimiento de la situación jurídica perturbada en las dos modalidades o variantes en que la formulaba la demandante.

En los apartados siguientes veremos que la Sala de instancia en ningún momento considera acreditada la insuficiencia tarifaria que se denunciaba en la demanda, ni reconoce que la falta de actualización del MCF de la tarifa de último recurso haya determinado importantes pérdidas económicas a la recurrente; y por ello concluye que las alegaciones que en tal sentido había formulado la recurrente no constituyen motivo de anulación de la resolución impugnada en el proceso. Aun así, citando un pronunciamiento anterior de la Sección 8ª de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la sentencia recurrida señala (fundamento jurídico séptimo) que ello debe entenderse << (...) sin perjuicio del derecho que asiste a la parte recurrente para que pueda ejercitar las acciones legales que estime convenientes en orden a obtener el resarcimiento de los daños que considera que le ha podido ocasionar la falta de actualización por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas del tantas veces citado Margen de Comercialización Fijo de la Tarifa de Último Recurso en los periodos a los que se contraen las Resoluciones impugnadas, y que deberán ejercitarse en el correspondiente procedimiento administrativo regulado en los artículos 139 y ss. de la ley 30/199 >>.

Por todo ello, debe ser desestimado el motivo en el que se denuncia que la sentencia incurre en incongruencia omisiva.

TERCERO .- Antes de abordar el examen de los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa procede que recordemos el contenido de varios preceptos que resultan específicamente concernidos y que son los siguientes:

Artículo 15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (redacción dada por Ley 17/2007, de 4 de julio):

Artículo 15. Retribución de las actividades.

1. Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a los peajes y los precios satisfechos.

2. [...]

3. Para la determinación de los peajes y precios se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades 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.

Artículo 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (redacción dada por Ley 17/2007, de 4 de julio):

<< Artículo 18. Tarifas de último recurso.

1. Las tarifas de último recurso, que serán únicas en todo el territorio nacional, serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que, de acuerdo con lo previsto en el apartado f) del artículo 9, asuman las obligaciones de suministro de último recurso, a los **consumidores** que, de acuerdo con la normativa vigente para estas tarifas, se acojan a las mismas.

Estas tarifas de último recurso se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado.

2. Las tarifas de último recurso tendrán en cuenta las especialidades que correspondan. Para su cálculo, se incluirán de forma aditiva en su estructura los siguientes conceptos:



- a) El coste de producción de energía eléctrica, que se determinará atendiendo al precio medio previsto del kilovatio hora en el mercado de producción durante el período que reglamentariamente se determine y que será revisable de forma independiente.
 - b) Los peajes de acceso que correspondan.
 - c) Los costes de comercialización que correspondan.
3. El Gobierno establecerá la metodología de cálculo de las tarifas de último recurso. El Ministro de Industria, Turismo y Comercio, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso.
4. Las tarifas de último recurso para cada categoría de consumo no incluirán ningún tipo de impuestos que sean de aplicación.
5. En caso de que las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional, a la tarifa de último recurso se le podrá incluir un suplemento territorial, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local.
6. Con el fin de que exista la mayor transparencia en los precios del suministro de energía eléctrica, se desglosarán en la facturación al usuario, en la forma que reglamentariamente se determine, al menos los importes correspondientes a la imputación de los costes de diversificación y seguridad de garantía de abastecimiento y permanentes del sistema y los tributos que graven el consumo de electricidad, así como los suplementos territoriales cuando correspondan>>.

Artículo 7 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica

Artículo 7. Metodología de cálculo y revisión de las tarifas de último recurso.

1. Para el cálculo de las tarifas de último recurso, se incluirán de forma aditiva en su estructura los siguientes conceptos:

- a) El coste de producción de energía eléctrica, que se determinará al menos semestralmente con base en los precios de los mercados a plazo.
- b) Los peajes de acceso que correspondan.
- c) Los costes de comercialización que correspondan.

2. Con arreglo a la metodología prevista en el apartado anterior, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, mediante orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso determinando su estructura de forma coherente con las tarifas de acceso. A estos efectos el Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá revisar la estructura de las tarifas de acceso de baja tensión para adaptarlas a las tarifas de último recurso y asegurar la aditividad de las mismas.

Asimismo el Ministro de Industria Turismo y Comercio podrá regular mecanismos de adquisición de energía por los comercializadores de último recurso con carácter obligatorio. El Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá revisar semestralmente las tarifas de acceso para asegurar la aditividad de las tarifas de último recurso.

3. La Dirección General de Política Energética y Minas revisará al menos semestralmente el coste de producción de energía eléctrica aplicando la metodología establecida en el apartado 1 anterior. Este coste será el que de forma automática integrará la Dirección General de Política Energética y Minas en la revisión de las tarifas de último recurso, a los efectos de asegurar su aditividad. Para ello, la Comisión Nacional de Energía elaborará una propuesta concreta en la que se determine para cada tramo tarifario la cuantía correspondiente a su precio máximo y mínimo.

4. Las empresas comercializadoras de último recurso deberán remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas la previsión de sus respectivas curvas de carga correspondientes al período de cálculo del coste de la energía en las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio.

Disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio.



<< Disposición transitoria tercera. Valores iniciales a aplicar en el cálculo la tarifa de último recurso a partir de 1 de julio de 2009.

1. El valor del margen de comercialización fijo, MCF, definido en el artículo 8.2, para cada las tarifas de último recurso a partir de 1 de julio de 2009 será de 4 Euros/kW y año.

La Dirección General de Política Energética y Minas podrá revisar el margen de comercialización MCF, cuando revise el coste de producción de energía.

2. Para efectuar la ponderación prevista en el artículo 9.3 y hasta que se disponga de los datos de energía total consumida por todos los **consumidores** con derecho al suministro de último recurso, con independencia de si fueron o no suministrados por comercializadores de último recurso, se utilizará la energía a suministrar en cada trimestre, de acuerdo con los perfiles iniciales de consumo previstos para dicho trimestre aprobados por resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas>>.

Y una última indicación preliminar. Buena parte de las cuestiones que suscita la recurrente en este grupo de motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los que se aborda la controversia de fondo, son coincidentes con las planteadas por distintos recurrentes en otros recursos de casación ya resueltos por esta Sala. Por ello, en los apartados siguientes habremos de reiterar diversas consideraciones que ya expusimos en pronunciamientos anteriores, como son las **sentencias de esta Sala de 27 de noviembre de 2017 (casación 2590/2015) y 18 de diciembre de 2017 (casación 1903/2015)**.

CUARTO .- En el motivo primero se alega la vulneración de la disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1569/2009.

Aduce la recurrente que, si bien la Orden citada deslegaliza la competencia para la fijación del margen de comercialización, la potestad que allí se contempla es reglada, de manera que si el margen de comercialización establecido no cumple con los principios indicados en la regulación aplicable, como es el caso, y dado que el objeto de la resolución impugnada era revisar el coste de producción de energía, la Administración está obligada, no simplemente facultada, a proceder a su revisión y, no haciéndolo, infringió los mencionados principios.

En virtud de lo dispuesto en esa disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1569/2009, que antes hemos dejado transcrita, la recurrente sostiene que la Administración "debe" revisar o actualizar el margen de comercialización fijo (MCF) cuando la realidad de los costes de comercialización lo justifique; pero, como hemos visto, la citada norma transitoria de la Orden ITC/1659/2009, después de fijar el valor del MCF a partir de 1 de julio de 2009 en 4 Euros/kW y año, establece que la Dirección General de Política Energética y Minas "podrá" revisar ese valor "cuando revise el coste de producción de energía"; Y debe recordarse que la revisión del coste de producción de energía viene regulada en el artículo 7 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, cuyo contenido también hemos reproducido en el fundamento jurídico tercero.

La interpretación concordada de ambos preceptos - disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1659/2009 y artículo 7.3 del Real Decreto 485/2009 - lleva a rechazar el planteamiento de la recurrente, que, como hemos visto, propugna que la revisión del margen de comercialización fijo (MCF) puede ser obligada para la Administración al margen o con independencia de la revisión del coste de producción de energía.

Por tanto, la solución que propugna la recurrente -revisión obligada del margen de comercialización fijo (MCF)- no encuentra respaldo en la norma que cita como vulnerada; y, además, como seguidamente veremos, tampoco quedó debidamente acreditado en el proceso de instancia que los costes de comercialización justificasen la revisión retributiva que propugna.

QUINTO .- En el motivo segundo, que se dice formulado con carácter subsidiario respecto del primero, la recurrente aduce que aunque se atribuyera carácter discrecional a la potestad reconocida en la disposición transitoria tercera de la Orden ITC/1659/2009, se habría vulnerado de la jurisprudencia relativa a la ilegalidad por omisión, pues la falta de revisión del importe del coste fijo de comercialización habría dado lugar a un resultado contrario al ordenamiento jurídico nacional y comunitario europeo, por lo que procede su revisión en vía jurisdiccional.

El alegato no puede ser acogido pues la recurrente hace esta afirmación partiendo de la premisa de que la resolución impugnada vulnera el principio de suficiencia tarifaria, al mantener un margen de comercialización fijo que resulta insuficiente, siendo así que ésta es precisamente una cuestión controvertida y, por tanto, no puede darse por supuesta.



SEXTO .- En el motivo de casación tercero se alega la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia que veta la valoración irracional o absurda de la prueba, e infracción de la regla de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial. La sentencia lleva a cabo una valoración muy superficial de la exposición fáctica realizada en la demanda, respaldada por el informe pericial presentado, en el que se demuestra que los ingresos obtenidos por las comercializadoras de último recurso en concepto de margen de comercialización MCF son insuficientes para recuperar los costes de gestión y obtener un beneficio razonable.

El motivo debe ser desestimado.

Lejos de haber quedado acreditada en el proceso de instancia la insuficiencia tarifaria que se denuncia, hemos visto que la sentencia recurrida (fundamento jurídico sexto) hace una valoración del material probatorio disponible, contrastando el informe pericial aportado por la parte actora con los informes de la Comisión Nacional de la Energía, llegando la Sala sentenciadora a la conclusión de que no resulta acreditado un desequilibrio o insuficiencia que conduzca a la anulación de la resolución impugnada. Y es ésta una valoración probatoria que no podemos revisar ahora en casación.

En efecto, según reiteradísima jurisprudencia, la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación salvo en supuestos excepcionales, que en este caso no concurren ni han sido siquiera alegados, como son aquellos en los que se justifique que el tribunal de instancia ha vulnerado alguno de los escasos preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria o ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución . No basta entonces con señalar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser distinto o que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, pues, como decimos, resulta necesario justificar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles -pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 2012 (casación 185/2011), 3 de febrero de 2014 (casación 6855/2010), 17 de marzo de 2014 (casación 3072/2010), 24 de marzo de 2015 (casación 650/2013) y 7 de julio de 2015 (casación 3175/2012).

SÉPTIMO .- En el motivo cuarto se alega la infracción de los principios de objetividad, suficiencia y libertad de empresa reconocidos en los artículos 38 de la Constitución , 15 de la Ley del Sector Eléctrico , 3 de la Directiva de 2009 y por la jurisprudencia. La insuficiencia del MCF, señalada en el motivo anterior, infringe los aludidos principios.

Lo diremos una vez más. Al afirmar que la Directiva 2009/72/CE y los demás preceptos que se citan han sido vulnerados porque la tarifa establecida es insuficiente la parte recurrente vuelve a hacer supuesto de la cuestión, esto es, pretende sustentar su alegato tomando como premisa precisamente aquello que es objeto de controversia.

OCTAVO .- En el motivo quinto se alega la infracción del principio de transparencia reconocido en el artículo 15.3 de la Ley del Sector Eléctrico (<< (...) 3. Para la determinación de los peajes y precios se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades 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>>), así como la vulneración del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE y de la comunicación de la Comisión de 2011 y de la jurisprudencia, al no existir soporte metodológico para el importe de 4 euros/kw/año que establece la Orden ITC/1659/2009.

Hemos de reiterar las consideraciones que expusimos en las sentencias de esta Sala de 27 de noviembre de 2017 (casación 2590/2015) y 18 de diciembre de 2017 (casación 1903/2015), en las que se suscitaba la misma cuestión.

Es cierto que el artículo 7 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril , que antes hemos dejado transcrito, no establece la metodología para determinar la tarifa de último recurso, pues, como queda señalado en las sentencias que acabamos de citar, << (...) ese artículo 7, y en particular su apartado 2, se limita a enunciar los tres elementos que integran "de forma aditiva" la estructura de la tarifa de último recurso -coste de producción de energía eléctrica, peajes de acceso y costes de comercialización- y a dejar apenas esbozada la forma de cálculo del primero de esos elementos>> . Pero, aun siendo ello así, el motivo de impugnación debe ser desestimado.

Sucede que en el proceso de instancia la impugnación se dirige contra un acto singular que no hace sino aplicar el valor del margen de comercialización fijo (MFC) establecido en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, sin que en los argumentos de impugnación que esgrimía la parte actora -ni, desde luego, en el suplico de la demanda- se formulase de manera expresa o siquiera implícita una impugnación indirecta contra la Orden ITC/1659/2009 ni contra el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, que son las disposiciones reglamentarias de las que resulta el valor del margen de comercialización que pretende cuestionarse. Y siendo ello así, no



cabe reprochar a los actos impugnados el haberse atendido al valor del margen de comercialización fijo (MFC) establecido en la Orden ITC/1659/2009.

NOVENO .- En el motivo de casación sexto se alega la infracción del principio de proporcionalidad reconocido por la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia, dado que las normas sobre compensación económica a los comercializadores, de acuerdo con la resolución impugnada, son a todas luces desproporcionadas en cuanto establecen una retribución insuficiente.

Aduce la recurrente que las obligaciones de servicio público han de ser establecidas de forma que no causen discriminación ni para quienes se benefician de ellas ni para quienes tienen que soportarlas (las comercializadoras de último recurso); y, en fin, que la insuficiencia de las tarifas discrimina a los operadores que tienen que cargar con esa insuficiencia. Frente a tales alegaciones procede recordar lo que ya expusimos al abordar esta cuestión en la sentencia 1815/2017, de 27 de noviembre (casación 2590/2015), a la que nos venimos refiriendo: De un lado, que se reprocha la vulneración de la Directiva a un acto singular de aplicación sin haber impugnado de forma directa ni indirecta -ya lo hemos señalado- aquellas disposiciones reglamentarias en las que dicho acto se sustenta. Por otra parte, y esto debe ser destacado, al afirmar que la Directiva resulta vulnerada porque la tarifa establecida es insuficiente la parte recurrente vuelve a hacer supuesto de la cuestión, esto es, pretende sustentar su alegato tomando como premisa precisamente aquello que es objeto de controversia.

DÉCIMO .- En el motivo séptimo se alega la infracción del principio de no discriminación e igualdad reconocido en los artículos 14 de la Constitución, 3 de la Directiva 2009/72/CE y 15.3 de la Ley del Sector Eléctrico, así como en la doctrina constitucional. Se produce una discriminación respecto de las empresas que desarrollan el suministro de último recurso en el sector del gas natural, no estando justificado que el margen del gas sea superior al de la electricidad.

La alegación de que se ha vulnerado el principio de no discriminación debe ser desestimada pues la recurrente no propone un término de comparación válido, dado que pretende someter a contraste dos sectores regulados diferentes -gas y electricidad- que, si bien presentan algunas similitudes, están sujetos a normas reguladoras específicas y diferentes. Por lo demás, ya hemos señalado que el acto administrativo al que se refiere la presente controversia fue dictado con arreglo a lo dispuesto en unas normas reglamentarias -Orden ITC/1659/2009 y Real Decreto 485/2009, de 3 de abril- cuya conformidad a derecho no fue cuestionada en el proceso de instancia.

UNDÉCIMO .- Por último, en el motivo octavo se alega la infracción del principio de no afectación al mercado reconocido por el artículo 18 de la Ley del Sistema Eléctrico [<<(…) Estas tarifas de último recurso se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia>>].

Aduce la recurrente que si la tarifa de último recurso no incorpora todos los costes reales y un margen de rentabilidad razonable, los comercializadores libres no podrán competir con los comercializadores de último recurso en ese segmento de mercado, lo que será un obstáculo insalvable para su liberalización.

Una vez más, la parte recurrente vuelve a hacer supuesto de la cuestión, esto es, pretende sustentar su alegato tomando como premisa precisamente aquello que es objeto de controversia.

DECIMOSEGUNDO .- Por las razones expuestas en los apartados anteriores debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A., procediendo por ello la imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Ahora bien, dada la distinta actividad desplegada por las partes personadas en las actuaciones, la condena en costas a la parte recurrente no debe operar en favor de aquellas entidades mercantiles personadas como partes recurridas -Viesgo Comercializadora de Referencia, S.A., Endesa Energía XXI, S.A., Omi-Polo Español, S.A., y EDP Comercializadora de Último Recurso- que, como quedó señalado en el antecedente quinto de esta sentencia, no formularon oposición al recurso de casación.

Por lo demás, como permite el apartado 3 del mismo artículo 139 antes citado, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida - Administración del Estado- al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 ?) por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No haber lugar al recurso de casación nº 2859/2015 interpuesto en representación de IBERDROLA COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de julio de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 25/2014), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el fundamento jurídico decimosegundo.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ