

Roj: **STS 5141/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5141**Id Cendoj: **28079130032013100287**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **22/10/2013**Nº de Recurso: **389/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil trece.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/389/2.012, interpuesto por GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la Procuradora D^a Pilar Iribarren Cavallé, contra la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; IBERDROLA, S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia; HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña; E.ON ESPAÑA, S.L.U., representada por la Procuradora D^a M^a Jesús Gutiérrez Aceves; ENDESA, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado; OPERADOR DEL MERCADO IBÉRICO DE ENERGÍA POLO ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andújar, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), representada por la Procuradora D^a Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 1 de junio de 2.012 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra la Orden IET/843/2012, de 5 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 26 de abril de 2.012, habiéndose tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2.012.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare nulo y contrario a derecho el artículo 3 de la Orden impugnada. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse indeterminada la cuantía del recurso y solicita que se acuerde la realización del trámite de conclusiones escritas. Además, también por otrosí, solicita que si la Sala considera que el artículo 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, del que la Orden impugnada en el presente recurso es directa aplicación, condiciona el fallo que debe dictarse por ser inconstitucional, se plantee la pertinente cuestión de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, habiendo cumplimentado dicho trámite la Asociación de Empresas Eléctricas, cuya representación procesal suplica en



su escrito, al que ha adjuntado documentación, que se la tenga por opuesta a la demanda en cuanto al motivo tercero, referido a la infracción del artículo 9.3 de la Constitución en lo referido a la supuesta discriminación con las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes.

No habiendo presentado las demás codemandadas escrito de contestación a la demanda, se las ha tenido por caducadas en cuanto a dicho trámite por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2.013.

CUARTO .- En decreto de 15 de enero de 2.013 la Secretaria Judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, acordándose a continuación la realización del trámite de conclusiones por providencia de 23 de enero de 2.013, concediéndose plazo a las partes por el orden establecido en la Ley jurisdiccional.

Las partes han presentado sus escritos de conclusiones, a excepción de las codemandadas Iberdrola, S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., E.On España, S.L.U., Endesa, S.A. y Operador del Mercado Ibérico de Energía, Polo Español, S.A., habiéndose declarado conclusas las actuaciones por resolución de 11 de marzo de 2.013.

QUINTO .- Por providencia de fecha 27 de mayo de 2.013 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 8 de octubre de 2.013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad mercantil Gas Natural SDG, S.A., recurre contra la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. La entidad actora aduce que la Orden impugnada, en aplicación de las medidas contenidas en el Real Decreto-ley 13/2012, ha reducido el coste de la gestión comercial de las empresas distribuidoras en un 75%, frente a la cuantía de la reducción en todos los demás costes que se limita al 10%. Entiende la empresa recurrente que la reducción por ese porcentaje exclusivamente a la partida mencionada de los peajes de acceso, es injustificada, arbitraria y discriminatoria, vulnerando lo dispuesto en los artículos 15 y 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico. La recurrente pide la nulidad del artículo 3 de la Orden impugnada y, al ser dicho precepto directa aplicación del artículo 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012, el planteamiento, en su caso, de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo.

SEGUNDO .- Sobre las alegaciones de las partes.

Comienza sus alegaciones la entidad recurrente describiendo las actividades en que consiste la gestión comercial de las empresas distribuidoras y subraya que se trata de una actividad regulada, cuya retribución no depende del mercado sino que es fijada por la Administración. A continuación indica que el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que realiza la transposición de las directivas del mercado interior de gas y electricidad, contiene una serie de medidas destinadas a eliminar el déficit de tarifa y alcanzar el principio de suficiencia tarifaria, para lo que establece una reducción de los diversos costes regulados en torno al 10%, a excepción de los correspondientes a la retribución de la gestión comercial de las empresas distribuidoras de más de 100.000 clientes que es reducido en un 75%, según las previsiones del artículo 5.3. Entiende la actora que en ningún caso se justifica la razón para la reducción de dichos costes en un porcentaje tan superior al resto de reducciones establecidas por el Real Decreto-ley. Dicha falta de justificación hace que la medida sea arbitraria y discriminatoria. Pone de relieve a este respecto, que la retribución de los costes de gestión comercial no se han incrementado desde 2.010, frente a lo ocurrido con otras retribuciones.

En aplicación de la referida previsión del Real Decreto-Ley 13/2012, el artículo 3 de la Orden impugnada aplica dicha reducción del 75% de la retribución de los costes de gestión comercial de las distribuidoras de más de 100.000 clientes sobre la retribución prevista en la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre. Según la empresa recurrente, dicho artículo 3 es nulo de pleno derecho por vulnerar los artículos 15 y 17.1 de la Ley del Sector eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre) y el principio de suficiencia tarifaria reconocido en la misma. Así, el apartado 3 del artículo 15 establece que la retribución de las actividades ha de establecerse con criterios "objetivos, transparentes y no discriminatorios", lo que no queda acreditado al no haberse justificado dicha minoración. Por otra parte el artículo 17 establece que los peajes de acceso a las redes se han de determinar "en base a los costes de las actividades reguladas del sistema que correspondan": sin embargo, afirma la parte recurrente, los peajes aprobados en la Orden impugnadas no responden a los costes del sistema, sino que han sido reducidos artificial e indiscriminadamente.

La sociedad actora solicita que declaremos la nulidad del artículo 3 de la Orden impugnada y que, de considerar que lo dispuesto en el artículo 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012 condiciona el fallo que haya de dictarse, se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.



El Abogado del Estado contesta que en la exposición de motivos del Real Decreto-ley se justifica la reducción de retribución de la gestión comercial al afirmar que la mayor parte de las funciones que se retribuyen por tal concepto son realizadas ahora por las empresas comercializadoras, y que en la memoria del mismo se especifica que dichas actividades consisten en compras de energía, facturación a clientes, gestión de impagos o costes asociados a teléfonos de atención al consumidor, a excepción de averías. El Abogado del Estado entiende justificada la diferencia de trato respecto a los distribuidores con menos de cien mil clientes en los términos de la exposición de motivos, por lo que la reducción no significaría una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución, ni resulta arbitraria, sino razonable.

La codemandada ASEME solicita que se desestime la demanda en lo que respecta a la infracción del artículo 9.3 de la Constitución por la supuesta discriminación con las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes.

TERCERO.- Sostiene la parte recurrente, tal como se ha expuesto, que la reducción en un 75% de la retribución de las empresas distribuidoras en lo que respecta a los costes de la gestión comercial no ha sido justificada por la Administración, por lo que resulta arbitraria; que es discriminatoria, puesto que es la única partida de los componentes de los peajes que se minorra en dicho porcentaje, frente al 10% en que aproximadamente se reducen las restantes partidas y porque sólo se aplica a las distribuidoras de más de 100.000 clientes; y que resulta contraria a las exigencias de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto que ésta exige que la retribución de las actividades reguladas se determine con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, así como orientados a costes, lo que no se ha justificado.

La sociedad recurrente es consciente que el artículo de la Orden cuya nulidad pretende aplica lo ya determinado por el artículo 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012, por lo que solicita que, en su caso, planteemos una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el citado precepto. Ahora bien, para ello deberíamos llegar previamente a la conclusión que la medida de reducción retributiva prevista en la Orden impugnada -y, por tanto, el referido artículo 5.3 del mencionado Real Decreto-ley del que es aplicación- es arbitraria y discriminatoria y, consiguientemente, vulneradora de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución.

Pues bien, la impugnación no puede prosperar. La primera imputación que la parte recurrente hace a la minoración de la retribución efectuada por artículo 3 de la Orden impugnada -e, indirectamente, al artículo 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012 del que es inmediata aplicación- es su falta de justificación por parte de la Administración y, en consecuencia, su arbitrariedad. Sin embargo, tal como pone de relieve el Abogado del Estado, en la exposición de motivos del citado Real Decreto-ley se justifica la minoración en que la mayor parte de las funciones de gestión comercial han sido asumidas por las empresas comercializadoras, en los siguientes términos:

"Asimismo se considera oportuno realizar una minoración de la retribución percibida por las empresas distribuidoras de energía eléctrica en concepto de gestión comercial puesto que la mayor parte de las funciones que se retribuyen por este concepto hoy día son realizadas por las empresas comercializadoras" (epígrafe X de la exposición de motivos)

Y, según afirma el representante de la Administración, en la memoria del propio Real Decreto-ley -que no obra en el presente expediente- se había incluido ya dicha explicación de la minoración y se detallaban las tareas comprendidas en la gestión comercial:

"[...] se considera oportuno realizar una minoración de la retribución percibida por las empresas distribuidoras de energía eléctrica en concepto de gestión comercial del 75% puesto que la mayor parte de las funciones que se retribuyen por este concepto como compras de energía, facturación a clientes, gestión de impagos, costes asociados a teléfonos de atención al consumidor (a excepción de averías) son hoy día son realizadas por las empresas comercializadoras" [sic]

La justificación que se ha expuesto es razonable y resulta suficiente, sobre todo habida cuenta de que la parte recurrente tan sólo opone su afirmación de falta de justificación y de arbitrariedad de la medida, pero en ningún caso se ocupa de desvirtuar dicha explicación, ofreciendo por ejemplo datos concretos y específicos que mostrasen que tales tareas de gestión comercial siguen siendo efectuadas de manera predominante y efectiva por las propias empresas distribuidoras, o cuantificando su coste superior a la retribución acordada con cuantos datos de hecho pudiese mostrar en apoyo de su tesis. Debe mencionarse también, a este respecto, que no se solicitó prueba. La falta completa de datos que contradigan la justificación de la medida acordada por el legislador y recogida por la Orden impugnada hacen fracasar la queja.

En cuanto a la alegación sobre el supuesto carácter discriminatorio de la minoración por comparación con otras actividades reguladas por un lado, y con las distribuidoras de menos de cien mil clientes por otro, tampoco puede prosperar. Como es reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como



de este Supremo Tribunal, para que un trato sea discriminatorio respecto de otro es preciso de que las situaciones sean equiparables, lo que desde luego no ocurre en el supuesto de autos. Respecto a la comparación con otras actividades reguladas, ya en varias ocasiones hemos rechazado alegaciones de discriminación por comparación en las condiciones legales a que están sometidas las distintas actividades dentro del sector eléctrico; en efecto, aunque integradas en un sistema que responde a unos parámetros comunes, la concreta problemática y la regulación de cada actividad puede manifestar y, de hecho, así sucede, diferencias apreciables. Basta considerar la justificación ofrecida por la Administración respecto a la minoración retributiva contra la que se recurre para comprobar que se trata de una razón específica que sólo afecta al sector de la distribución, que habría dejado de prestar en gran medida las tareas de gestión comercial a las que antes se hizo referencia.

Y en lo que respecta a la comparación con las distribuidoras de menos de cien mil clientes, sin duda se trata de una diferencia que el legislador ha entendido relevante, por la diversa entidad y capacidad tanto económica como de gestión de las grandes distribuidoras y las restantes. De nuevo aquí para fundar tal alegato no basta con aseverar que el trato diferente es discriminatorio *per se*, sino que la parte tendría que haber acreditado con datos sobre la gestión comercial que la diferencia entre las grandes distribuidoras y las restantes es irrelevante a los efectos de la fijación de la retribución (en cuanto a costes, a tareas desarrolladas en la actualidad, relevancia de dicha tarea en los distribuidores según su tamaño, etc.), y que, por tanto, la diferencia de trato es injustificada. A falta de cualquier dato, la mera alegación de la parte de que se ha otorgado un trato diferente a distintas entidades, las cuales presentan una diferencia objetiva como lo es el número de clientes, no acredita trato discriminatorio alguno.

Lo expuesto evidencia que esta Sala no alberga dudas sobre la alegada inconstitucionalidad (por contradicción con los artículos 9.3 y 14 de la Norma superior) del artículo impugnado de la Orden ni del 5.3 del Real Decreto-ley 13/2012, razón ésta que hace que debamos rechazar tanto las alegaciones de arbitrariedad y discriminación como el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se nos solicita.

Las mismas razones excluyen la infracción de los artículos 15 y 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico. En cuanto al primer precepto, porque la justificación de la relevancia, no desvirtuada por la parte, es razonable, objetiva y no supone discriminación, tal como se ha apuntado. En lo que respecta al artículo 17.1 de la referida Ley, porque dicha justificación supone una causa objetiva que afecta a los costes reales de la actividad de gestión comercial por parte de las empresas distribuidoras. Finalmente, en lo que toca al principio de suficiencia tarifaria, porque la propia explicación de porqué se adopta la medida controvertida ya excluye dicha vulneración -se remunera menos porque se desarrolla menos actividad-, aparte de su importe relativamente reducido en el cómputo de costes del sistema.

CUARTO .- Conclusión y costas.

Las razones expuestas hacen procedente la desestimación del recurso entablado por Gas Natural SDG, S.A. contra la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 y 3 se imponen las costas causadas a la mercantil recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Gas Natural SDG, S.A. contra la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Se imponen las costas procesales a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-