

Roj: **STS 4028/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4028**Id Cendoj: **28079130032017100433**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **21/11/2017**Nº de Recurso: **26/2016**Nº de Resolución: **1781/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de José Giménez Cervantes, contra la desestimación de solicitudes de revisión del artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014 y contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de noviembre de 2015, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado; Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., representada por la procuradora D.ª María Jesús Gutiérrez Aceves y bajo la dirección letrada de D.ª Nuria Encinar Arroyo; Gas Natural SDG, S.A., representada por la procuradora D.ª Ana Isabel Colmenarejo Jover; Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U., representada por el procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Suárez Saro, y Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., representada por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En fecha 11 de enero de 2016 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra las siguientes resoluciones: la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso extraordinario de revisión contra el artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014, en lo que respecta a la sociedad actora -instado ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante escrito de 17 de abril de 2015-; contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud de anulación del citado artículo 5 de la Orden IET/107/2014 y de que se dicte nuevo acto administrativo fijando el incentivo de reducción de pérdidas que resulta de la estricta aplicación de la Orden ITC/2524/2009 -formulada ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para el Consejo de Ministros como revisión de oficio al amparo del artículo 105 o del artículo 103 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común mediante escrito de 24 de junio de 2015-; y contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de noviembre de 2015, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 21 de enero de 2016.

**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, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso:



### 1. A título principal:

(i) Estime el recurso extraordinario de revisión interpuesto con fecha 17 de abril de 2015 por la actora contra el artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, y, en consecuencia, declare la anulación del citado precepto.

(ii) Resuelva sobre el fondo del asunto planteado en la solicitud de revisión de oficio del artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, iniciada por la recurrente con fecha 25 de junio de 2015 y, en consecuencia, declare la anulación del citado precepto.

(iii) Anule parcialmente la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011, aprobada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 5 de noviembre de 2015, en lo que se refiere a la cuantía reconocida a Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. en concepto de retribución de la actividad de distribución por incluir en su cálculo un incentivo de reducción de pérdidas correspondiente a la retribución de la actividad de distribución de Iberdrola para el año 2011 (basado en las pérdidas de 2010) que es contrario a derecho por ser también contrario a derecho el artículo 5.2 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, que deberá igualmente ser anulado.

(iv) En todos los casos, reconozca el derecho de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. a cobrar la diferencia entre las cantidades resultantes del incentivo de reducción de pérdidas recogido en la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, y el que resulte de la correcta aplicación de la metodología señalada en la Orden ITC/2524/2009, diferencia que asciende a 3.829.000 euros respecto del incentivo de pérdidas 2010 y 2.781.000 euros respecto del incentivo de pérdidas 2011, más los intereses legales desde la fecha en la que Iberdrola percibió los citados incentivos hasta la fecha en la que cobre finalmente el incentivo correcto.

2. Subsidiariamente, declare la obligación de la Administración de iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio para decidir acerca de la anulabilidad del artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, resolviendo en consecuencia.

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso asciende a 6.610.000 euros y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, exponiendo los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios probatorios de los que intentaría valerse.

**TERCERO** .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare la desestimación del recurso e imponga las costas a la recurrente.

**CUARTO** .- Tras recibirse del Ministerio copia de la resolución de 14 de octubre de 2016 del Subsecretario de Industria, Energía y Turismo, por delegación del Ministro, por la que se inadmite el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la actora contra el artículo 5 de la Orden IET/107/2014, y previo traslado de la misma a las partes, se ha acordado mediante providencia de 13 de diciembre de 2016 la ampliación del objeto del presente recurso a dicha resolución expresa.

**QUINTO** .- Al no considerar necesario la actora formular demanda complementaria respecto de la última resolución administrativa -salvo la ampliación del suplico de la demanda inicial a la declaración de que la citada resolución es contraria a derecho-, se ha ordenado continuar la tramitación del recurso concediendo plazo a los codemandados para contestar la demanda, sin que ninguno de ellos haya presentado escrito, por lo que se les ha tenido por caducado en cuanto a dicho trámite.

**SEXTO** .- Mediante decreto de 1 de febrero de 2017 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 9 del mismo mes acordando el recibimiento a prueba y la admisión de los medios probatorios propuestos considerados pertinentes, procediéndose a su práctica, con ratificación de los peritos D. Marcelino y D. Prudencio en el informe por ellos emitido.

**SÉPTIMO** .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de las codemandadas, declarándose posteriormente concluidas las actuaciones.

**OCTAVO** .- Por providencia de fecha 16 de octubre de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 31 de octubre de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

**NOVENO** .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

La compañía Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., impugna en el presente recurso contencioso administrativo tres distintas resoluciones administrativas, mediante las que la actora pretende la declaración de nulidad del artículo 5 de la Orden IET 107/2014, de 31 de enero. Por un lado, el recurso se dirige contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el citado precepto reglamentario el 17 de abril de 2015, y de la solicitud de revisión de oficio del mismo, efectuada el 25 de junio de 2015; el recurso fue ampliado posteriormente a la resolución expresa desestimatoria del recurso extraordinario de revisión, de 14 de octubre de 2016. Por otro lado, se impugna también la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011, aprobada por resolución de 5 de noviembre de 2015 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Debe señalarse que el referido precepto reglamentario no posee un contenido normativo, sino que es un acto administrativo singular, puesto que se limita a fijar la cuantía del incentivo/penalización por reducción de pérdidas en la red de distribución de electricidad correspondiente a la mercantil recurrente -y otras empresas distribuidoras- para la retribución de 2011 y 2013, correspondientes a los niveles de pérdidas de los años 2010 y 2011 respectivamente. De acuerdo con lo anterior, lo que la sociedad recurrente impugna en definitiva es la cuantía del incentivo/penalización de pérdidas correspondiente a los años 2010 (cuantía y liquidación definitiva) y 2011, que se corresponden respectivamente con las retribuciones de 2011 y 2013.

Antes de adentrarnos en el examen de las alegaciones de la recurrente debe indicarse que el Abogado del Estado solicita la inadmisión del recurso en lo que respecta a las tres pretensiones impugnatorias, por entender que todos los actos recurridos son confirmatorios o reproductores de uno previo y consentido, como lo es el artículo 5 de la Orden IET/107/2014. Sin embargo, con independencia de lo que resulte finalmente, lo cierto es que no resulta posible verificar si concurre tal causa de inadmisión sin proceder al examen de las alegaciones formuladas por la recurrente. Por otra parte, debe advertirse que aunque en principio la competencia para el conocimiento de la impugnación de la liquidación de las actividades reguladas relativa a 2011 aprobada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia correspondería a la Audiencia Nacional, tiene razón la recurrente en que la conexión directa de la misma con las otras dos impugnaciones justifica su acumulación en este recurso.

Resulta también procedente reseñar dos circunstancias que atañen a la presente litis. Por un lado, que en su momento la mercantil actora impugnó la Orden IET/107/2014, recurso que fue resuelto por nuestra sentencia desestimatoria de 11 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo 1/157/2014), procedimiento en el que nada se alegó respecto a la posible ilegalidad del artículo 5 cuya nulidad ahora se pretende. Por otra parte, Iberdrola Distribución también impugnó la Orden IET/2444/2014, en la que se planteaba la misma problemática de fondo, los errores en la aplicación de la metodología para la determinación del incentivo/penalización, en este caso en relación con el año 2012, incentivo recogido en la retribución relativa a 2014; el recurso fue estimado en parte por sentencia de 5 de septiembre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 1/75/2015).

**SEGUNDO** .- Sobre la extemporaneidad del presente recurso.

Como hemos indicado, la mercantil actora plantea su pretensión de anulación del artículo 5 de la Orden 107/2014 a través de la impugnación de la desestimación presunta -luego expresa- del recurso extraordinario de revisión y de la solicitud de revisión de oficio del mismo. Con independencia del examen que luego haremos de ambos procedimientos, debe señalarse que mediante ellos la parte pretende subsanar la falta de impugnación tempestiva del citado precepto.

Iberdrola Distribución trata en efecto de justificar que no se impugnase el citado precepto en que en el momento de su aprobación no tenía a su disposición ningún elemento de juicio que le permitiera deducir que la aplicación de la metodología de cálculo del incentivo litigioso fuese errónea. Pero tal afirmación no puede aceptarse. Tal como se ha indicado antes, la actora recurrió directamente contra la propia Orden 107/2014, de 30 de enero, y tuvo a su disposición el expediente y pudo, por tanto, solicitar su ampliación al objeto de conocer cómo se habían fijado las cuantías del incentivo recogidas en referido artículo 5 de la disposición impugnada. Y no resulta en modo alguno convincente como muestra de una actitud diligente el que un año después de la aprobación de la Orden (enero de 2015, según se indica en la demanda) Iberdrola revisara la aplicación del incentivo y reclamara a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la información relevante para comprobar la corrección de los cálculos efectuados para su determinación. Tal información pudo recabarla con ocasión de la impugnación de la citada Orden o, incluso, con anterioridad durante la elaboración de la misma, pidiendo a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la información necesaria para verificar la aplicación del incentivo en cuestión en el proyecto de disposición. No es posible aceptar, por tanto, que la actora no estuviera en condiciones de impugnar de forma tempestiva el artículo 5 de la Orden 107/2014.



Siendo firme pues el referido artículo 5 de la Orden 107/2014, resulta inadmisibile la impugnación de la liquidación definitiva de las actividades reguladas de 2011, que en lo que aquí importa no es sino aplicación y consecuencia del apartado 2 del citado precepto, tal como sostiene el Abogado del Estado.

No podemos aplicar la misma decisión respecto a la impugnación de la desestimación presunta primero y expresa después del recurso extraordinario de revisión, y a la desestimación presunta de la solicitud de revocación del citado precepto reglamentario. Pues aunque sin duda se trate de procedimientos mediante los que la parte trata de remediar su previa falta de diligencia, lo cierto es que tales desestimaciones constituyen actos distintos del propio artículo 5 de la Orden 107/2014, como lo son las respectivas denegaciones de su petición de que la Administración revisara o revocara dicho acto firme previo.

**TERCERO** .- Sobre el recurso extraordinario de revisión y la solicitud de revisión de oficio.

Como hemos expuesto, la recurrente pretendió subsanar la no impugnación del artículo 5 de la Orden 107/2014 interponiendo un recurso extraordinario de revisión y solicitando la revisión de oficio del mismo, y reabrir así la posibilidad de impugnar el referido precepto. Ninguno de ellos puede prosperar.

*a. Sobre el recurso extraordinario de revisión.* Respecto a este recurso administrativo extraordinario regulado en el artículo 118 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre ), las circunstancias que concurren en el caso presente no quedan comprendidas en los supuestos contemplados en el mismo. Tal como se manifiesta en la resolución denegatoria expresa de 14 de octubre de 2.016, la parte se acoge a la causa segunda del citado artículo 118 de la Ley procedimental, que se refiere al supuesto de que "aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida". Pues bien, los documentos a los que se refiere la parte no son documentos que fuesen desconocidos y que apareciesen posteriormente, sino documentos que fueron precisamente empleados por la Administración para la determinación de la cuantía del incentivo/penalización. El que pudieran ser erróneos o el hecho de que no fueran conocidos por la recurrente en el momento de aprobación de la Orden 107/2014 -lo que es imputable a la propia actora, según hemos dicho antes- es irrelevante para que concurra la causa alegada del artículo 118 de la Ley 30/1992 : son documentos que obraban en las actuaciones y que fueron empleados por la Administración para la elaboración de la citada Orden, y que si la recurrente no los conoció en el momento de impugnarla sólo le resulta imputable a su propia actuación, como se demuestra que un año después, cuando revisó las cuantías del incentivo y los reclamó, no tuvo problemas para obtenerlos.

Por otra parte, tampoco sería aplicable el supuesto del apartado 1 del artículo 118 de la Ley 30/1992, tal como indica la Administración en la desestimación expresa del recurso extraordinario de revisión. Dicho apartado contempla el caso de que al dictar un acto administrativo, como lo es por su contenido el artículo 5 de la Orden 107/2014, "se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente". En efecto, no se trata en este caso tanto de error, cuanto de diferente criterio en la aplicación de la metodología para determinar la cuantía del incentivo/penalización. Así se deduce de nuestra ya aludida sentencia de 6 de septiembre de 2017 (recurso contencioso- administrativo 1/75/2015 ), en la que estimamos en parte el recurso de Iberdrola España, y declaramos contrarios a derecho determinados criterios empleados por la Administración para la fijación de dicho incentivo/penalización por las razones allí expresadas.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso contra la desestimación del recurso extraordinario de revisión formulado al amparo del artículo 118 de la Ley 30/1992 .

*b. Sobre la solicitud de revisión de oficio.* En lo que respecta a la desestimación presunta por silencio negativo de la solicitud de revisión de oficio, tampoco puede ser estimado. La actora solicitó la revisión al amparo bien del artículo 105, bien del 103, de la Ley 30/1992 .

En cuanto al artículo 103, su aplicación quedaría excluida por la propia naturaleza de los hechos, puesto que el precepto contempla la declaración de lesividad de un acto firme favorable a los interesados para su posterior impugnación ante esta jurisdicción, y es la propia actora la que califica el artículo 5 de la Orden 107/2014 como un acto desfavorable a sus intereses. En todo caso y para el caso de que la Administración considerase el acto declarativo de derechos (hipótesis que también plantea la parte), la Administración no tenía razones para declarar lesivo un acto de aplicación de una metodología que entendía correcto cuando se lo reclamó la recurrente. Por consiguiente, en ningún caso puede entenderse que la Administración quedase obligada a lo solicitado por Iberdrola e iniciar un procedimiento de declaración de lesividad, por lo que debemos desestimar la impugnación de la desestimación presunta de la solicitud.

Dado el punto de partida de la recurrente de que el acto era desfavorable, su argumentación en el escrito de solicitud de 24 de junio de 2015 se basa más bien en lo dispuesto en el artículo 105, esto es, en la revocación o rectificación de errores de actos de gravamen o desfavorables para el interesado. Sin embargo, tal revocación



es potestativa para el caso de que la Administración varíe de criterio respecto al contenido de un acto firme o constata un error en el mismo. Sin embargo, en el caso de autos la Administración, en el momento de la solicitud de la parte, entendía correcto el criterio empleado para la aplicación de la metodología del incentivo/penalización y no consideraba que hubiera incurrido en error alguno, sin que hubiera recaído todavía nuestra ya citada sentencia de 5 de septiembre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 1/75/2015 ) en la que declaramos que se habían aplicado criterios erróneos en la determinación del incentivo/penalización.

Por consiguiente, con independencia de que como antes hemos afirmado, el artículo 5 era en el momento de presentación de estos recursos administrativo, un acto firme y consentido que no fue impugnado en plazo, ha de rechazarse que la desestimación de la solicitud de revocación fuese contraria a derecho.

#### **CUARTO** .- Conclusión y costas.

De conformidad con lo razonado en el fundamento de derecho segundo, procede inadmitir el presente recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de noviembre de 2015.

Y de acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la desestimación del recurso extraordinario de revisión del artículo 5 de la Orden 107/2014, de 31 de enero y contra la desestimación presunta de la solicitud de revocación del mismo precepto.

Se imponen las costas del recurso a la parte que lo ha sostenido, hasta un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos legales respecto a cada una de las partes codemandadas que hayan formulado oposición, más el IVA que corresponda a las cantidades reclamadas.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo ordinario interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de noviembre de 2015, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011. 2. Desestimar el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso extraordinario de revisión -que había instado ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en fecha 17 de abril de 2015- en relación con el artículo 5 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014; contra la posterior resolución de 14 de octubre de 2016 del Subsecretario de Industria, Energía y Turismo, por delegación del Ministro, por la que se inadmite dicha solicitud, y contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud de anulación del citado artículo 5 de la Orden IET/107/2014 -formulada ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante escrito de 24 de junio de 2015-. 3. Imponer a la demandante las costas procesales conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.- Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.-  
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-