



Roj: **STS 1987/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1987**

Id Cendoj: **28079130032020100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/06/2020**

Nº de Recurso: **264/2018**

Nº de Resolución: **892/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 892/2020

Fecha de sentencia: 29/06/2020

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

Número del procedimiento: 264/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 264/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 892/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 29 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el presente recurso **contencioso-administrativo** núm. 264/2018, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, previa declaración de lesividad para el interés público, contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016; han sido partes recurridas la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), representada por la procuradora de los tribunales D^a. M^a. Concepción Villaescusa Sáenz y con la asistencia letrada de D. Pascual Sala Atienza; Red Eléctrica de España, S.A.U. (REE), representada por el procurador de los tribunales D. Luis Fernando Granados Bravo y con la asistencia letrada de D. José Giménez Cervantes y D. Juan Moreno Rodríguez; Unión Fenosa Distribución, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D^a. Ana Isabel Colmenarejo Jover y con la asistencia letrada de D^a. Isabel González Alfaro y Viesgo Distribución Eléctrica, S.L.U. (VIESGO), representada por la procuradora de los tribunales D^a. M^a Jesús Gutiérrez Aceves y con la asistencia letrada de D^a. Nuria Encinar Arroyo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, mediante escrito presentado el 5 de junio de 2018, previa declaración de lesividad para el interés público por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, interpuso recurso **contencioso-administrativo** contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, formulando al mismo tiempo demanda en la que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala:

"se tenga por interpuesto el recurso y formulada la demanda, dictándose sentencia estimatoria, por la que se declare, de acuerdo con lo fundamentado:

Que la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, objeto de recurso, es contraria a derecho, anulándose:

En el apartado primero de la OM recurrida, y en relación a Red Eléctrica de España S.A., los valores señalados como Retribución Inversión y Retribución total. Debiendo ser sustituidos por los nuevos cálculos que se practiquen, de acuerdo con lo señalado en el acuerdo de declaración de lesividad. Con costas".

Solicita se fije la cuantía en indeterminada y aporta la autorización para interponer el recurso y el expediente administrativo.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2018 fue tenido por interpuesto recurso **contencioso-administrativo**, previa declaración de lesividad, y por formulado al mismo tiempo demanda, por la Abogacía del Estado contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado con emplazamiento de los interesados de acuerdo al artículo 49 de la LJCA, que se han personado en las presentes actuaciones y se les ha concedido el plazo para contestación a la demanda.

TERCERO.- Se han personado como codemandadas en este recurso UNESA, representada por la procuradora de los tribunales D^a. M^a Concepción Villaescusa Sáenz y las entidades REE, representada por el procurador de los tribunales D. Luis Fernando Granados Bravo, Unión Fenosa Distribución, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D^a. Ana Isabel Colmenarejo Jover y VIESGO, representada por la procuradora de los tribunales D^a. M^a Jesús Gutiérrez Aceves.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 20 de junio de 2018, se requirió a las representaciones procesales de UNESA y VIESGO, para que manifestasen el interés que tienen en el presente recurso y si su personación lo es para el mantenimiento, revocación o modificación de la resolución impugnada. Por diligencia de ordenación de 7 de septiembre siguiente, se acordó que no habiendo realizado manifestación alguna la representación procesal de VIESGO al requerimiento, no ha lugar a tenerla por personada en las presentes actuaciones.

QUINTO.- UNESA, representada por la procuradora de los tribunales D^a. M^a Concepción Villaescusa Sáenz, se opuso a la demanda con su escrito presentado en fecha 5 de octubre de 2018 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala se dicte sentencia por la que:



"1º. Se desestime la demanda de lesividad presentada por la Abogacía del Estado contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016".

Solicita el recibimiento del pleito a prueba (documental y más documental).

SEXTO.- REE, representada por el procurador de los tribunales D. Luis Fernando Granados Bravo, se opuso a la demanda con su escrito presentado en fecha 15 de octubre de 2018 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la que:

"1. Acuerde la inadmisión del presente recurso **contencioso-administrativo** núm. 264/2018, en la medida en que el presupuesto procesal previo que lo habilita (el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, que aprueba la Declaración de Lesividad) es nulo de pleno Derecho; y

2. Subsidiariamente, desestime la pretensión de anulación ejercitada por la Administración en la demanda de lesividad ("anulación del apartado primero de la OM recurrida, y en relación a Red Eléctrica de España, S.A., los valores señalados como Retribución Inversión y Retribución total"), por no incurrir la Orden IET/981/2016 en infracción legal alguna que ampare su declaración de lesividad para el interés público.

3. Imponga las costas a la demandante".

Solicita se fije la cuantía del procedimiento como indeterminada, el recibimiento del pleito a prueba (documental y pericial) e interesa la presentación de conclusiones escritas.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2018, se tuvo por caducado y perdido el trámite de contestación a la demanda a la entidad VIESGO al no haber presentado escrito alguno en el tiempo concedido.

OCTAVO.- Mediante decreto de 29 de noviembre de 2018, se fijó la cuantía como indeterminada, y por auto de 13 de diciembre siguiente, se acordó el recibimiento del pleito a prueba con el resultado que obra en autos.

NOVENO.- Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido, se concedió por la Sala al Abogado del Estado, parte recurrente, el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado por escrito presentado en fecha 19 de marzo de 2019 y del que se dió traslado al resto de partes recurridas, las representaciones procesales de la UNESA y de REE, han presentado sus conclusiones en escritos presentados en fecha 3 y 4 de abril de 2019, respectivamente, quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

DÉCIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 17 de marzo de 2020, si bien, por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la deliberación no pudo tener lugar hasta el día 14 de mayo de 2020, por vía telemática, -continuando en sesiones posteriores-, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento: declaración de lesividad, orden impugnada y motivos de la demanda.

A) El presente recurso **contencioso-administrativo** ha sido interpuesto por la Abogacía del Estado, previa declaración de lesividad para el interés público por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, solicitando se dicte sentencia estimatoria, por la que se declare que la Orden impugnada es contraria a derecho, anulándose en el apartado primero de dicha orden recurrida, y en relación a Red Eléctrica de España S.A. (REE), los valores señalados como Retribución Inversión y Retribución Total. Debiendo ser sustituidos por los nuevos cálculos que se practiquen, de acuerdo con lo señalado en el acuerdo de declaración de lesividad.

B) Los fundamentos impugnatorios de la demanda reproducen los contenidos en el acuerdo de declaración de lesividad, ampliamente desarrollados bajo los siguientes apartados:

"Uno. De acuerdo con el artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional **contencioso-administrativo** los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público. (...)

Dos. La revisión de la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, surge de las consideraciones alcanzadas por parte de la CNMC en los acuerdos citados en los antecedentes, y de los que se derivarían correcciones necesarias en las retribuciones, concretándose, en su mayoría, en una reducción de las mismas, respecto de la retribución fijada para REE. (...)

El régimen retributivo permanente, arriba mencionado se estableció en el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica. Esta norma contempla los principios retributivos legales introducidos en la actividad de transporte de energía eléctrica por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y establece una formulación para retribuir los activos de transporte clara, estable y predecible que contribuye a aportar estabilidad regulatoria y con ello a reducir los costes de financiación de la actividad de transporte y del sistema eléctrico. Asimismo, en este nuevo esquema procedimental, se determina que la CNMC remitirá, antes del 1 de octubre de cada año, una propuesta de retribución. (...)

Por lo que respecta a la retribución de la actividad de transporte correspondiente al año 2016, debe señalarse que, dado que la Orden IET/2659/2015, de 11 de diciembre, fue aprobada durante el mes de diciembre de 2015, no fue posible realizar los cálculos retributivos resultantes de aplicar los valores unitarios aprobados en dicha orden a tiempo de poder incluir la retribución de la actividad de transporte correspondiente al año 2016 en la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Por este motivo, la referida Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre fijó una cantidad en concepto de entrega a cuenta hasta que se estableciera la retribución de las empresas al amparo del mencionado Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, y realizó un mandato a la CNMC para que remitiese al Ministerio una propuesta de retribución para cada una de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica.

Tres. Como cuestión primera es necesario analizar la cuestión atinente a la nulidad de pleno de derecho invocada por REE. Aduce REE que se ha producido un vicio del procedimiento que determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado ex artículo 47.1 letra b) de la LPACAP, al haberse adoptado el acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de lesividad por el Ministro, siendo éste, a su juicio, órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. (...)

Cuatro. Como se ha referido en los antecedentes, en la citada Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, el actual Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital establece que la retribución definitiva para el año 2016 de las empresas titulares de instalaciones de transporte asciende a 1.709.997.833 euros, siendo dicha retribución la correspondiente a las siguientes empresas transportistas:

- Red Eléctrica de España, S.A.
- Unión Fenosa Distribución S.A.
- Vall de Sóller Energía, S.L.U.
- Estébanell y Pahisa Energia, S.A.

Pues bien, como consta en los antecedentes, con fecha 3 de mayo de 2017 la CNMC dio traslado del "Acuerdo por el que se contesta a la solicitud de la Secretaria de Estado de Energía de informe complementario al informe sobre el acuerdo de 17 de noviembre de 2016, por el que se propone la retribución de transporte de energía eléctrica para el ejercicio 2017", en el que la CNMC detalla la propuesta de modificación de los siguientes extremos correspondientes a la retribución del ejercicio 2016, aprobados mediante la Orden IET/981/2016, de 15 de junio:

- 1°.- Retribución de las instalaciones puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998. (...)
- 2°.- Incrementos de capacidad en líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998. (...)
- 3°.- Ayudas y/o subvenciones recibidas por instalaciones no singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2007. (...)
- 4°.- Instalaciones puestas en servicio en el año 2014. (...)
- 5°.- Modificación de las características técnicas de algunas instalaciones. (...)
- 6°.- Retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, inclusive. (...)



Cinco. En relación con la retribución de las instalaciones para el transporte insular puestas en servicio entre el periodo 1998-2006, advierte la CNMC que, en el cálculo de la retribución a la inversión para el ejercicio 2016, estas instalaciones fueron doblemente consideradas. (...)

El Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y que reguló el régimen económico de la actividad de transporte a partir del 1 de enero de 1998, estableció que para la retribución del conjunto de instalaciones con puesta en servicio anterior a 1998 se partía de una cantidad global fija (coste acreditado) que se iba actualizando con un factor ligado a la evolución del IPC.

En el caso de las instalaciones insulares, dicho Real Decreto no establecía el coste acreditado de las instalaciones con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998 para el transporte en los sistemas insulares, por lo que en el cálculo de la retribución del año 2016 hubo de partirse del que señaló el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, el cual incluye todas las instalaciones puestas en servicio antes del 1 de enero de 2007. (...)

Por tanto, este coste acreditado de 96.607 miles de euros engloba a todas las instalaciones puestas en servicio en los sistemas insulares con anterioridad al 1 de enero de 2007, así que, tal y como se señala en el apartado tercero del citado informe de la CNMC, en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016, respecto de las instalaciones del transporte insular puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998, se tomó como coste acreditado de las mismas el recogido en el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, siendo así que, de acuerdo con lo anteriormente señalado, dicho coste incluía también las instalaciones puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2006. (...)

Las instalaciones de transporte insular puestas en servicio entre el periodo 1998-2006, fueron doblemente consideradas en el cálculo de la retribución de REE. Por un lado, estas instalaciones se incluyeron como parte del bloque de instalaciones con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998 y, por otro, también fueron contabilizadas dentro de las instalaciones con fecha de puesta en servicio posterior al 1 de enero de 1998. (...)

De acuerdo con lo anterior, haber considerado dos veces en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016 las inversiones correspondientes a cada una de las instalaciones del transporte insular con puesta en servicio en el periodo 1998-2006, no sólo es contrario al principio de realización de las actividades al mínimo coste para el sistema eléctrico, sino que además no cumple con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, antes señalado, pues no es posible retribuir dos veces el mismo activo, siendo necesario, por ello, declararlo lesivo.

Seis. En cuanto al aspecto referente a la retribución de operación y mantenimiento de líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998 que experimentaron incrementos de capacidad, sirva decir que, de acuerdo con la CNMC, la incorrecta declaración de REE de las líneas puestas en servicio antes de 1998 y sobre las que posteriormente se han acometido inversiones para aumentar su capacidad de transporte, ha provocado que se haya pagado doblemente la operación y mantenimiento.

En concreto, REE declaró dichas instalaciones dos veces, una como línea puesta en servicio con anterioridad al año 1998 y otra como una línea puesta en servicio que ha sufrido un incremento en su capacidad en una fecha posterior al 1 de enero de 1998, y, como consecuencia de lo anterior, durante el ejercicio 2016, se han pagado doblemente los costes de operación y mantenimiento de las líneas arriba señaladas. (...)

En definitiva, debe señalarse que contrariamente a lo manifestado por REE, considerar dos veces el coste de operación y mantenimiento de un mismo activo de la red de transporte de electricidad supone una vulneración de la norma como antes se ha expuesto, y no un simple error de cuenta o de simple discrepancia interpretativa.

Siete. Otra cuestión relevante es la de las ayudas y/o subvenciones recibidas por instalaciones no singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2007 y, en particular, que en el informe de auditoría que acompaña al inventario a 1 de enero de 2015 presentado por REE se concluye que para las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007 se habían contabilizado todas las ayudas y/o subvenciones recibidas sin especificar para qué instalaciones concretas fueron concedidas y, por este motivo, según indica la CNMC, dichas ayudas y/o subvenciones no fueron tenidas en cuenta en los cálculos de la retribución de REE correspondiente al año 2016 ya que los módulos de cálculo fueron diseñados para calcular la retribución total a partir de la retribución individual de cada instalación. (...)

Ocho. Otra de las modificaciones propuestas por la CNMC se refiere a las Instalaciones puestas en servicio en el año 2014 y, en concreto, el hecho de que para la retribución de REE del año 2016 se tomaron en consideración instalaciones para las que, se ha comprobado, no existe acta de puesta en servicio. O, dicho de otra manera, para el cálculo de la retribución de REE del año 2016 se tomaron en consideración instalaciones para las que, se ha comprobado, no existe acta de puesta en servicio. (...)



Por ello, la Orden 1E17981/2016, de 15 de junio, al haber incluido instalaciones para las que no existe acta de puesta en servicio en la fijación de la retribución de REE para el ejercicio 2016 contraviene lo establecido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre y en el citado artículo 6 del Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, y por tanto resulta procedente la declaración de su lesividad.

Noveno. Respecto de la modificación de las características técnicas de algunas instalaciones, se ponía de manifiesto que, conforme a lo señalado en el informe de auditoría que acompaña el inventario a 1 de enero de 2016 presentado por REE, se han detectado una serie de modificaciones de las características técnicas de algunas instalaciones respecto de las que fueron incluidas en el inventario a 1 de enero de 2015. (...)

En su virtud, y dado que dichos cambios afectan en el cálculo de la retribución, y los mismos contravienen la normativa antes referida, debe procederse a su revisión, declarándola lesiva.

Diez. Finalmente debe atenderse al aspecto referido a la retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, inclusive. (...)

REE indica sobre este punto, que no puede realizar en este momento consideración alguna sobre la revisión que ha hecho la CNMC sobre los cálculos realizados, en su día, por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital para determinar la retribución de los despachos de maniobra y telecontrol, ya que no dispone de la trazabilidad de los cálculos empleados para fijar la retribución definitiva del ejercicio 2016.

Once. Por todo ello, existen razones para afirmar que la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, respecto de la retribución fijada para REE, es contraria a lo dispuesto en el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica, estando por ello incurso en anulabilidad, de acuerdo con lo previsto el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Partiendo de este hecho, y asumido que la Orden IET/981/2016, de 15 de junio es, en rigor, un acto administrativo favorable, su revisión exigiría la previa declaración de lesividad, a tenor del artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. (...).

C) En definitiva, y al margen de las cuestiones formales, son seis los extremos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el Acuerdo del Consejo de Ministros y la demanda de la Abogacía del Estado, pretenden la modificación de la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, y la correspondiente retribución del ejercicio 2016. Así:

- 1º.- Retribución de las instalaciones puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998.
- 2º.- Incrementos de capacidad en líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998.
- 3º.- Ayudas y/o subvenciones recibidas por instalaciones no singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2007.
- 4º.- Instalaciones puestas en servicio en el año 2014.
- 5º.- Modificación de las características técnicas de algunas instalaciones.
- 6º.- Retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, inclusive.

A partir del fundamento de derecho octavo desarrollaremos el alcance de la modificación de estos extremos conforme a la posición del Acuerdo del Consejo de Ministros, la demanda de la Administración General del Estado, y la oposición de REE.

Antes examinaremos los obstáculos formales que planteó en sede administrativa y reitera o amplía en esta sede REE frente a la declaración de lesividad.

SEGUNDO.- Sobre las cuestiones formales de la declaración de lesividad.

Aquí debemos tomar en consideración los aspectos formales que ya se plantearon en el procedimiento administrativo de la declaración de lesividad para el interés público de la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, en la medida en que se reiteran o se introducen en sede contencioso-administrativa por las empresas codemandadas, REE y, en parte, UNESA, para oponerse a la declaración de lesividad y a la demanda de la Abogacía del Estado.

Debemos destacar que este procedimiento es análogo o paralelo al examinado en el recurso núm. 265/2018 interpuesto contra la Orden IET/980/2016, de 10 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para el año 2016 y resuelto en sentencia de fecha 18 de mayo de 2020.



Allí también el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se acordaba la declaración de lesividad para el interés público, entonces de la Orden IET/980/2016, era de la misma fecha, 6 de abril de 2018, que el acuerdo que aquí se cuestiona.

En síntesis, la Abogacía del Estado considera que el procedimiento de lesividad se ha ajustado a las previsiones del artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos que se examinan en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018.

Por su parte, REE opone la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de incoación por entender que el Ministro carece de competencia para declarar la lesividad de sus propios actos, correspondiendo ésta al Consejo de Ministros.

Y añade que la declaración de lesividad de un acto administrativo favorable exige una aplicación restrictiva que solo procede en los casos de infracción manifiesta y previa.

Con carácter previo deberemos examinar la pretendida caducidad del procedimiento de declaración de lesividad que también alega REE.

Adelantamos que compartimos las consideraciones de la Abogacía del Estado -y del Acuerdo del Consejo de Ministros- en orden a las cuestiones formales planteadas.

REE interesa la inadmisión o la desestimación del recurso.

Cabe señalar que el alcance del suplico de la demanda es lo suficientemente expresivo de la pretensión de la Abogacía del Estado por su conexión con el propio acuerdo de declaración de lesividad del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018.

En los siguientes Fundamentos de Derecho Tercero a Séptimo reproducimos, con apenas modificaciones, lo que hemos dicho en la sentencia de 18 de mayo de 2020 -recurso núm. 265/2018- por su sustancial identidad con el presente recurso.

TERCERO.- Sobre la caducidad del procedimiento de la declaración de lesividad.

A) Según consta en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de abril de 2018, por el que se acordó la declaración de lesividad, con fecha 3 de abril de 2018, ha sido emitido el informe de la Abogacía General del Estado, en el que se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la Orden IET/981/2016.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015 se procedió a la comunicación de la solicitud de informe y de su recepción a REE con fechas 9 de marzo y 4 de abril de 2018, respectivamente.

Y concluía:

"Por tanto, si el acuerdo de inicio del presente procedimiento de lesividad se adoptó el 13 de septiembre de 2017, el plazo de seis meses para resolver y notificar concluía el 13 de marzo de 2018. Al haberse suspendido el mismo desde el día 5 de marzo de 2018 -fecha de solicitud de informe a la Abogacía General del Estado- hasta el 3 de abril de 2018 -fecha de recepción del mismo- restan seis días hábiles para resolver y notificar siendo el último día de finalización de la cuenta el día 10 de abril de 2018, inclusive".

B) Recordemos que el artículo 107 de la Ley 39/2015 dispone:

"Artículo 107. Declaración de lesividad de actos anulables.

1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional **contencioso-administrativo** los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.

Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el **proceso** judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.



4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad".

El número 3 de este articulado parece claro -y luego veremos cómo encuentra indudable apoyo jurisprudencial-. Así el plazo para declarar la caducidad es de seis meses desde su iniciación y se computa hasta la declaración de caducidad.

C) Sobre la supuesta invalidez de la suspensión del procedimiento.

Se alega que la declaración de lesividad es un procedimiento especial al que no se aplica la suspensión del artículo 22 de la Ley 39/2015.

A estos efectos, el procedimiento de lesividad es un procedimiento como otro. Únicamente debe estarse a lo que establece el artículo 107 citado, fundamentalmente que el *dies ad quem* del plazo de resolución es el de la adopción del acuerdo de lesividad y no su notificación. En este sentido la sentencia de 2 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 2377/2015) dice:

"Las razones de seguridad jurídica a las que apelan las sentencias citadas de 31 de marzo de 2008 y 4 de diciembre de 2012) tendrían sentido si el acuerdo de declaración de lesividad fuera susceptible de recurso autónomo por los interesados, pero no siéndolo, conforme ya ha declarado esta Sala en varias sentencias, como son las de 18 de junio de y 6 de octubre de 2015 (recursos de casación 2064/2013 y 4022/2013), la notificación del acuerdo de lesividad se presenta como diligencia innecesaria y, como consecuencia, sin relevancia a los efectos del cómputo de la caducidad.

En efecto, no siendo susceptible de impugnación de forma autónoma el acuerdo de declaración de lesividad y sí con ocasión del **proceso** contencioso instado como consecuencia de la declaración de lesividad, la notificación de dicho acuerdo carece de toda virtualidad a efectos del cómputo del plazo legal de seis meses que específicamente prevé como de caducidad el artículo 103.3. Téngase en cuenta, como con razón alega la Abogacía del Estado, que a diferencia de aquellos actos administrativos que sí son susceptibles de interposición del recurso por los interesados, el de declaración de lesividad solo actúa como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el posterior **proceso** judicial. (. . .) Puntualizar que si el legislador hubiera querido que el día final del cómputo del plazo del artículo 103.3 fuera el de notificación, hubiera aprovechado la reforma de los artículos 42 y 44 para hacerlo"

De forma aún más clara la sentencia de 11 de junio de 2012 -recurso de casación núm. 3668/2009-, considera que:

"El artículo 103.3 LRJPAC exige, para la declaración de caducidad, que transcurra el plazo de 6 meses desde la iniciación del procedimiento "sin que se hubiera declarado la lesividad". Es claro que la literalidad del precepto exige que se produzca dentro del plazo establecido para la tramitación del procedimiento la declaración de lesividad, y no su notificación, y más claro todavía aparece el alcance de esta exigencia en comparación con otras normas del mismo texto legal, que cuando pretenden que tanto la resolución como su notificación se efectúen dentro del plazo máximo previsto para el procedimiento, así lo indican expresamente, como sucede en el artículo 44 LRJPAC citado por el recurrente.

La contradicción que pudiera existir entre el artículo 103.3 LRPPAC y los preceptos de la misma Ley invocados por la parte recurrente ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad, conforme al cual la norma especial prevalece sobre la general. Aplicando, por tanto, los anteriores razonamientos, entendemos que en el presente caso no se ha completado el plazo de 6 meses de caducidad establecido por el artículo 103.3 LRJPAC, al haberse iniciado el expediente de lesividad por Acuerdo del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento de 19 de abril de 2006, y haberse declarado la lesividad por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de septiembre de 2006. Se desestima el primer motivo del recurso de casación".

D) Se alega que el acuerdo de suspensión fue adoptado por órgano incompetente.

La competencia para tramitar el procedimiento es de la Subdirección General de Recursos (de la Secretaría General Técnica del Ministerio competente) de acuerdo con el artículo 9.2.c) del Real Decreto 903/2017, de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, que es precisamente quien propone al Subsecretario el acuerdo de suspensión. Siendo el Subsecretario el competente para resolver los asuntos que no sean de la competencia del Ministro o Secretarios de Estado (artículo 8.1.b) del Real Decreto 903/2017).



E) Se alega que el informe del Servicio Jurídico del Estado no es preceptivo (invoca una sentencia de 21 de abril de 1994 -recurso de apelación núm. 697/1993-), por lo que carece de cobertura la ampliación del plazo máximo de 6 meses.

El plazo máximo de duración del procedimiento puede ampliarse tanto por suspensión del procedimiento por la vía del artículo 22, o ampliación del plazo siguiendo el artículo 23, como a través de la ampliación prevista en el artículo 32.1 (hasta la mitad del plazo máximo antes de la finalización y motivadamente), todos ellos de la Ley 39/2015. Así se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 10 de julio de 2018 -recurso de casación núm. 1555/2016- y todas las que allí se citan. Se dijo:

<<QUINTO.- En lo concerniente a la cuestión suscitada en primer lugar, naturaleza y requisitos de la facultad de ampliación de plazos y su motivación, nos hemos pronunciado recientemente en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2017 (rec. cas. núm. 1824/2015) y 13 de junio de 2017 (rec. cas. núm. 288/2015), que recoge a su vez la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (rec. cas. núm. 312/2015), a propósito de otro recurso de casación interpuesto contra una sentencia del mismo tribunal de instancia, que estimó también la caducidad del procedimiento de revisión de oficio de subvenciones. Como decíamos en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, cit.

"[...] CUARTO.- Con carácter general, los plazos son obligatorios, lo que significa que vinculan a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos, según dispone el artículo 47 de la Ley 30/1992.

Ahora bien, tradicionalmente se han venido regulando ampliaciones o prórrogas de plazos ya la vieja LPA de 1958, luego, en el artículo 49 de la Ley 30/1992, tras su redacción por Ley 4/1999, que es la norma aplicable al caso "ratione temporis", y aunque no resulta de aplicación ahora se regula en el artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Estas ampliaciones pretenden paliar la insuficiencia temporal del plazo para realizar los trámites previstos, y ello a pesar de haberse observado una diligente tramitación.

Pues bien, el plazo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992 se concede por la Administración, bien de oficio bien a petición de los interesados. En este caso se realizó de oficio. Y su extensión no puede exceder de la "mitad de los mismos", que en este caso fue de un mes y quince días, del plazo previsto, como antes señalamos, en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, que es de tres meses.

En relación con la motivación de la ampliación, esta Sala no alberga duda alguna de que la ampliación de plazos prevista en el mentado artículo 49.1 ha de ser motivada, pues, además del deber general de motivación de los actos administrativos, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, la referencia a los hechos o circunstancias que determinan la ampliación del plazo, en el citado artículo 49.1, pretende evidenciar esa obligada motivación.

Repárese que la citada norma señala como presupuesto de la ampliación que "las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero". De modo que son las circunstancias del caso las que han de inspirar o determinar la ampliación del plazo y de ellas, naturalmente, ha de dejarse constancia en el acto administrativo que acuerda tal ampliación".

Y al igual que concluíamos en aquellos supuestos enjuiciados en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2017 y de 21 de diciembre de 2016, cits., no cabe la menor duda de que la mercantil recurrida no ostenta la condición de tercero afectado en sus derechos para impugnar la validez de la ampliación de plazo, porque es interesado en el procedimiento administrativo y no un tercero>>.

Estando suficientemente motivada la ampliación -en realidad la suspensión del plazo de seis meses por la solicitud del reseñado informe- toda vez que en un expediente tan complejo la mínima prudencia requiere el parecer del órgano que en definitiva va a tener la misión necesaria de defender la posición procesal de la Administración ante esta Sala.

En todo caso no se cuestiona especialmente la suficiencia de la motivación.

En cuanto a la sentencia invocada de 21 de abril de 1994, se refiere a un tiempo anterior a la Ley 30/1992 - y a la Ley 39/2015-, bajo la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1958, por completo ajeno al procedimiento ahora vigente.

El informe de la Abogacía General del Estado sí es un informe preceptivo, del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, atendido el artículo 79.1 de la misma. Y de acuerdo con el artículo 82.1, segundo párrafo, de la misma Ley, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico necesariamente ha de emitirse en el procedimiento, con posterioridad al trámite de audiencia, en el caso que este informe formare parte del procedimiento. Siendo así que el informe forma parte del procedimiento y es solicitado y emitido por el órgano de asesoramiento jurídico (artículo 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica



al Estado). Además debe emitirse necesariamente en los expedientes de lesividad (artículo 1.3.d) del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Por lo que el informe de asesoramiento jurídico es preceptivo por disposición de la Ley 39/2015, cuando forme parte del procedimiento.

En consecuencia, y como propone la Abogacía del Estado, no existe caducidad del procedimiento de declaración de lesividad.

CUARTO.- Sobre el órgano competente para la declaración de lesividad.

El siguiente motivo formal esgrimido en su día en el procedimiento de declaración de lesividad, y ahora reproducido en sede contencioso-administrativa, es la supuesta invalidez de la declaración de lesividad porque el acuerdo de iniciación debió haberse adoptado por el Consejo de Ministros.

Se sostiene que la competencia para la declaración de lesividad corresponde al Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 111 de la Ley 39/2015.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018 considera:

"Como cuestión primera es necesario analizar la cuestión atinente a la nulidad de pleno de derecho invocada por Red Eléctrica de España, S.A. (REE) que se ha producido un vicio del procedimiento que determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado ex artículo 47.1 letra b) de la LPACAP, al haberse adoptado el acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de lesividad por el Ministro, siendo este, a su juicio, órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

Consideran que de acuerdo con el artículo 111.a) de la LPACAP, el Consejo de Ministros es el órgano competente para declarar la revisión de oficio, y por ende su inicio.

El artículo 111.a) de la LPACAP ("*Competencia para la revisión de oficio de las disposiciones y de actos nulos y anulables en la Administración General del Estado*") establece claramente que el Consejo de Ministros será el órgano competente para declarar la revisión de -oficio de "*sus propios actos y disposiciones y de los actos y disposiciones dictados por los Ministros*".

Si bien, no existe precepto expreso alguno que determine cuál es el órgano competente para iniciar el procedimiento de declaración de lesividad.

En este sentido, debe tenerse presente que, si bien el artículo 8 del Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (vigente al tiempo de incoarse el presente procedimiento de lesividad) atribuye en su artículo 8.1.i) a la Secretaría General Técnica del departamento la "*tramitación y la elaboración de las propuestas de resolución*", entre otros, "*de los expedientes de revisión del artículo 105 actos administrativos y declaraciones de lesividad*", tal disposición obvia toda referencia a su iniciación.

Sin embargo, dicha falta de previsión no debe llevar a la conclusión de que necesariamente en tales casos el órgano competente para resolver es también el único órgano competente para acordar el inicio del procedimiento, sino que exige acudir a las previsiones contenidas con carácter general en la LPACAP sobre el inicio de los procedimientos administrativos, pues tanto la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho como la declaración de lesividad de los actos anulables no son sino un tipo específico de dicha categoría general. por más que a los mismos les dedique la LPACAP un título (Título V, "De la revisión de los actos en vía administrativa") y un capítulo (Capítulo 1, "Revisión de oficio") separados.

De hecho, los artículos 106 a 108 emplean en reiteradas ocasiones el término "procedimiento": artículo 106.5 ("*Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio ...* ", "*Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud del interesado ...* "); artículo 107.3 ("*Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento ...* "); artículo 108 ("*Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, ..* ").

Conviene, por tanto, acudir a lo dispuesto en el Título IV de la LPACAP, que regula las "disposiciones sobre el procedimiento administrativo común", concretamente a su Capítulo 11, dedicado específicamente a la "Iniciación del procedimiento". Ciertamente, ninguno de los preceptos incluidos en este Capítulo concreta cuál debe ser el órgano competente para el inicio de los procedimientos, como tampoco precisa cuál tiene la competencia para resolverlo, pero de la regulación contenida en ellos sí se deduce de manera inequívoca que el legislador parte del hecho de que uno y otro órgano no tienen por qué ser el mismo.

Así, mientras que en varios preceptos se alude al "órgano competente" (artículos 55.1, 58) y en algún otro se emplea la expresión "órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación" (artículo 59), refiriéndose en uno y otro caso a los órganos con la función de acordar el inicio del procedimiento, existe en otro artículo una alusión



al "órgano administrativo competente para resolver" (artículo 56.1). En este mismo artículo 56, dedicado a la regulación de las medidas provisionales, se atribuyen, de hecho, funciones distintas al órgano competente para iniciar el procedimiento y al competente para resolverlo: el segundo, de acuerdo con el apartado 1, adoptará, una vez iniciado el procedimiento, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer si se dan las circunstancias que el precepto establece; el primero, según el apartado 2 del artículo 56, es quien deberá adoptar las medidas conocidas como "provisionalísimas". es decir, las que son previas al inicio del procedimiento.

Es obvio que el precepto, tal y como ha sido redactado, parte de un supuesto en el que el órgano que acuerda el inicio del procedimiento y el competente para resolverlo no son el mismo y dado que se incluye en la regulación del "procedimiento administrativo común" permite considerar que en la percepción del legislador tales serán, además, la generalidad de los casos.

De lo anterior se sigue que, a falta de previsión específica sobre cuál ha de ser el órgano competente para acordar el inicio de un procedimiento de declaración de lesividad que deberá resolver el Consejo de Ministros, la iniciación del mismo por parte del Ministro titular del Departamento del que procedió la disposición a que afectará dicha declaración de lesividad debe ser calificada como razonable en el marco de la regulación general del procedimiento administrativo.

Al respecto, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que avala el inicio del procedimiento de lesividad por un órgano inferior al Consejo de Ministros. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, Sala de lo **Contencioso-administrativo**, Sección 6ª, Sentencia de 11 de junio de 2012, Rec. 3668/2009, (Jurados Provinciales de Expropiación) en la que el acuerdo de lesividad se inicia por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento y se adopta por el Consejo de Ministros. Idéntico supuesto es el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo **Contencioso-administrativo**, sentencia 362/2017, de 2 de marzo Rec. 2377/2015.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de lo **Contencioso-administrativo**, Sección 6ª, sentencia de 19 de junio 2008, Rec. 1447/2006, es especialmente ilustrativa cuando dice que: (...)

En este sentido, y aunque desde un punto de vista puramente dialéctico se pudiera considerar también razonable que hubiese sido el propio Consejo de Ministros quien hubiera acordado el inicio del procedimiento, la opción contraria no merece el reproche que el ordenamiento jurídico prevé para las infracciones de mayor entidad, como es la nulidad de pleno derecho.

En efecto, de haber existido algún tipo de incompetencia -lo cual es difícilmente aceptable teniendo en cuenta que no existe norma alguna que determine a qué órgano corresponde la competencia de iniciación del procedimiento en estos casos- ésta nunca podría ser considerada de tipo material u objetivo debido a que el Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital es el órgano del Gobierno cuyas funciones inciden directamente sobre el contenido de la disposición objeto del procedimiento de declaración de lesividad, ni tampoco podría ser, obviamente, una incompetencia de tipo territorial. Ello se traduce en la imposibilidad de apreciar el motivo de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47.1 b) de la LPACAP ya que este precepto se refiere a la incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio, incompetencia que no concurre en este caso.

La jurisprudencia dictada en relación con el precepto equivalente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, el artículo 62.1 b), es muy clara al respecto. La sentencia de la Sala de lo **Contencioso-Administrativo** (Sección 7ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2013 (Rec. 507/2013) sirve de ejemplo de ello: (...)

Si se asumiera, por tanto, que el acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de lesividad de la Orden IET/981/2016 debió haber sido dictado por el Consejo de Ministros en lugar de por el Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, el único vicio de incompetencia que cabría reprocharle al acuerdo del Ministro sería de tipo jerárquico, pues dentro del Gobierno de la Nación los titulares de los Departamentos Ministeriales ocupan una posición inferior a la del órgano colegiado del Gobierno que está integrado por todos sus miembros y que es el Consejo de Ministros (artículo 1.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

La incompetencia de tipo jerárquico no sería sin embargo determinante de la nulidad de pleno derecho sino constitutiva de anulabilidad y susceptible, además, de convalidación de acuerdo con el artículo 52.3 de la LPACAP: "*Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado*".

En el caso del procedimiento de declaración de lesividad de la Orden IET/980/2016 esa convalidación, hipotética se insiste, pues no concurre tal vicio de incompetencia, se produciría cuando el Consejo de Ministros dicte la resolución que le ponga término, con la resolución del Consejo de Ministros como órgano competente

para ello y jerárquicamente superior al Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital ya que, por esa vía, estaría asumiendo como ajustada a Derecho la decisión de iniciarlo.

Procede, por lo expuesto, concluir que no concurre el vicio de nulidad radical de incompetencia alegado".

El Acuerdo es claro y sólidamente fundamentado. Baste destacar la invocada sentencia de 19 de junio de 2008 -recurso de casación núm. 1447/2006- cuando concluye:

"(...) corresponde al Ministro declarar la lesividad de los actos administrativos, salvo que en el caso de autos y por tratarse de resoluciones del Jurado corresponde al Consejo de Ministros, mientras que los actos de incoación del procedimiento, corresponde a la Secretaría General Técnica; por tal motivo no se incurre en el vicio de falta de competencia esgrimido por la propiedad." (..) y "Como dicen el Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Burgos, aun cuando se admitiera la incompetencia de la Secretaría General Técnica para el inicio del procedimiento de declaración de lesividad, esta se dicta por el órgano competente para el que es el Consejo de Ministros, por lo que se entendería subsanada cualquier posible incompetencia que pudiera apreciarse en relación al inicio del procedimiento de declaración de lesividad".

Igualmente adelantaremos que la hipotética falta de competencia -que se rechaza- habría quedado subsanada. En todo caso, resaltaremos a continuación algunas consideraciones.

La competencia para la resolución de un procedimiento no determina la competencia para iniciarlo ni para instruirlo.

La Ley 39/2015 distingue (artículos 55, 56, 57, 59 y 87) entre órganos competentes para la iniciación, tramitación o instrucción y resolución de los procedimientos.

A falta de asignación expresa habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 40/2015, por lo que la competencia corresponderá al órgano inferior. Dice:

"Artículo 8. Competencia. (...)

3. Si alguna disposición atribuye la competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio. Si existiera más de un órgano inferior competente por razón de materia y territorio, la facultad para instruir y resolver los expedientes corresponderá al superior jerárquico común de estos".

En este caso, además, existe asignación expresa de competencias al Ministerio.

El artículo 3 del Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo -vigente al tiempo de iniciarse el procedimiento de lesividad-, estableció como competencias de la Dirección General de Política Energética y Minas:

"1. La Dirección General de Política Energética y Minas, ejerce las funciones que le atribuye el artículo 66 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, específicamente, las siguientes: (...)

d) La elaboración de propuestas sobre regulación de tarifas, precios de productos energéticos, peajes, cánones, cargos, así como retribución de las actividades llevadas a cabo en el marco del sector energético de acuerdo con la legislación vigente.

Por su parte el artículo 66.1 de la Ley 40/2015, establece las siguientes competencias de los Directores Generales:

b) Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección general y las que le sean desconcentradas o delegadas.

c) Proponer, en los restantes casos, al Ministro o al titular del órgano del que dependa, la resolución que estime procedente sobre los asuntos que afectan al órgano directivo".

Por tanto, la iniciativa para la declaración de lesividad partió de la Dirección General de Política Energética y Minas, quien propuso al Ministro del ramo la iniciación del procedimiento que, debe entenderse, es el órgano competente, a falta de asignación expresa al Consejo de Ministros, que tiene las competencias que determina el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En cualquier caso el acuerdo de iniciación sería siempre susceptible de convalidación (artículo 52.3 de la Ley 39/2015), por cuanto el Ministro sí es competente tanto por razón de la materia (Real Decreto 344/2012 antes citado) como del territorio (el nacional), luego nunca el acuerdo de iniciación se habría dictado por órgano manifiestamente incompetente (artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015). Y la convalidación es posible por ser los Ministros inferiores jerárquicos del Consejo de Ministros. Por cuanto la Administración General del Estado



actúa bajo la dirección del Gobierno de la Nación (artículo 3.3 de la Ley 40/2015), cuyos miembros se reúnen en Consejo de Ministros (artículo 1.3 de la Ley 50/1997).

De todas formas el único efecto de la iniciación del procedimiento es el inicio del plazo de caducidad, y no se sostiene por la demandada ningún momento de inicio anterior. No existiendo indefensión ya que hubo trámite de audiencia. Luego si el acuerdo de lesividad ha sido dictado por órgano competente, con los elementos de juicio necesarios para acordarlo y previa audiencia de los interesados, cualquier otro defecto en que hubiera podido incurrir el procedimiento sería meramente de forma y no invalidante, a tenor del artículo 48.2 de la Ley 39/2015.

Se rechaza, en consecuencia, este motivo de oposición.

QUINTO.- Sobre que la lesividad se contrae a los casos de infracción manifiesta y grave.

La lesividad procede en cualquier caso respecto de los actos favorables para los interesados que sea anulables. De acuerdo con el antes transcrito artículo 107.1 de la Ley 39/2015 no es necesario otro requisito. Sin perjuicio del requisito de lesión al interés público al que más adelante nos referiremos.

La infracción manifiesta era un requisito para la revisión de oficio, sin lesividad y recurso jurisdiccional, del artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

Y de igual forma, cambiando manifiestamente por gravemente, en la primera redacción del artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que siguió permitiendo la revisión de oficio sin lesividad de los actos anulables.

Pero esos supuestos de revisión de oficio de actos anulables fueron suprimidos por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la anterior.

Por otra parte, la sentencia que cita la recurrida, de 19 de julio de 2017 -recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2752/2016-, no dice estrictamente lo que dice la parte, pues la cita que se hace sería de la sentencia de contraste.

Merece la pena resaltar lo que dice aquella sentencia de 19 de julio de 2017. Así, citando al Abogado del Estado recoge:

"El Sr. Abogado del Estado se opone cuestionando que exista las identidades requeridas para la viabilidad de este tipo de recursos, pues si bien la sentencia de contraste efectivamente considera que el procedimiento de lesividad debe ser objeto de interpretación restrictiva y no cualquier acto puede ser anulado por esta vía, se refiere al concreto caso que enjuicia, sin que pueda servir como sentencia de contraste, y desde luego en modo alguno parte del presupuesto que sirve de base a la impugnación de la parte recurrente, esto es, no se dice en la sentencia de contraste que la infracción del ordenamiento jurídico tenga que ser grave, sino que es la parte recurrente la que pone en boca de la sentencia lo que no dice; faltando las identidades subjetiva, objetiva y causal, sin que exista contradicción entre las sentencias de contraste". Y considera: "Le asiste la razón al Sr. Abogado del Estado. Expuestas las exigencias del recurso de casación para unificación de doctrina, se evidencia que no se dan entre el supuesto contemplado en la sentencia recurrida y la que se aporta de contraste las identidades en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, exigidas por el art. 96 de la Ley Jurisdiccional".

Mas adelante añade:

<<La sentencia de contraste es particularmente extensa y trata los numerosos temas en conflicto con gran exhaustividad, en cambio las únicas concesiones que realiza la parte recurrente para delimitar la doctrina que, según la recurrente, se contiene sobre la cuestión en litigio en la sentencia de contraste son, por un lado una brevísima referencia a lo recogido en el Fundamento de Derecho Noveno, "no cualquier acto que adolezca de infracciones al ordenamiento jurídico es susceptible de ser anulado por esta vía", y por otro lo recogido en el Fundamento Jurídico Vigésimosegundo, que se utiliza por la recurrente a modo de apostilla de lo dicho anteriormente, "... vía tan excepcional como la impugnación jurisdiccional de un acto firme que otorga derechos definitivos a los particulares para viabilizar a través de ese cauce impugnatorio una respuesta judicial a una controversia interpretativa o a una duda razonable que se presente sobre cualquier cuestión, pues no es ésta la finalidad institucional del artículo 43 de la Ley Jurisdiccional y sus concordantes, que exigen como punto de partida la caracterización del acto enjuiciado como nulo por aquejado, en su mismo ser, de una infracción al ordenamiento jurídico que, por su entidad, su indiscutibilidad y su repercusión negativa para los intereses públicos, obligan a la Administración a volverse contra sus propios actos", lo que le lleva a concluir en la sentencia de contraste a que "... si lo que se somete aquí a la consideración de la Sala, no es una infracción clara del ordenamiento jurídico, sino una razonable interpretación de las normas pertinentes al caso ... lo que en definitiva se podrá considerar como inadecuado es el ejercicio mismo de la acción jurisdiccional, concebido



para hacer prevalecer el interés público sobre los intereses particulares, más allá de las situaciones de ventaja conferidas a éstos e irrevisables por la vía de las modalidades normales de impugnación", con cita tan elegida y descontextualizada la parte recurrente persigue elaborar una tesis a propósito para enfrentarla a lo dicho en la sentencia impugnada, descontextualizando lo dicho en la sentencia de contraste, prescindiendo del caso concreto, al punto que omite que en los puntos suspensivos el texto que salva se refiere expresamente al caso concreto que contempla, "...sobre cuál de las entidades tiene el derecho a las deducciones tantas veces nombradas y con qué alcance y significación material y temporal...". En definitiva, no hay tesis enfrentadas, contenidas en las sentencias de instancia y de contraste, sino que la recurrente ha creado artificialmente una tesis a base de retazos de lo dicho en la sentencia de contraste para oponerla a una tesis que tampoco es cierta contenga la sentencia de instancia, que en este punto se limita a decir que "Sin embargo habremos de discrepar de la posición de la codemandada que considera, por un lado, que la declaración de lesividad exige una infracción manifiesta de la legalidad. Ello podría ser cierto en el contexto del viejo artículo 110.2.a de la LPA de 17 de julio de 1958 por el caso de la revisión de los actos anulables, o en el supuesto previsto en el artículo 103 de la ley 30/92 antes de la reforma operada por la ley 4/1999 cuando se refería a la infracción grave de ley o de reglamento para la revisión de oficio de los mencionados actos anulables. Pero ello no es exigido ni en el actual artículo 103 de la ley 30/92, ni en el art. 218 de la LGT 58/2003">>.

Tampoco puede compartirse la invocación de la sentencia de 21 de julio de 2011 -recurso de casación núm. 5094/2010-, por cierto de contenido análogo al de otras muchas en relación con un mismo **proceso** de ingreso en la función pública -Orden de 17 de noviembre de 1997, sobre pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Auxiliares de la Administración de Justicia-. Allí se debatía una revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

En resumen, la declaración de lesividad no procede por una mera razón de oportunidad o un distinto criterio interpretativo, sino que exige una infracción del ordenamiento jurídico -ex artículos 48 y 107 de la Ley 39/2015- pero no necesita que sea patente, grave y manifiesta.

SEXTO.- Sobre la falta de lesión al interés público.

El interés público se deriva del principio de legalidad y, particularmente en cuanto la lesividad se deriva del exceso de retribución reconocida a los transportistas, lo que es contrario al principio de mínimo coste o menor coste establecido en los artículos 1.1 y 14.8 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. El Gobierno y las Administraciones Públicas tienen encomendada la regulación y el control de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica (artículo 2.3). Por lo que el interés público y general no es solamente el principio de legalidad, sino el control de las actividades y velar por la efectiva realización del principio del menor coste.

En todo caso, además del interés general que compete promover a la Administración, en cuanto a los intereses de los ciudadanos como consumidores de electricidad, también la Administración responde ante los consumidores por la vía de responsabilidad patrimonial si su gestión de los intereses públicos no se ajusta a los principios y criterios establecidos en la Ley del Sector Eléctrico.

En consecuencia, también este motivo de oposición debe rechazarse.

SÉPTIMO.- Sobre la limitación de la lesividad en base a la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

De nuevo compartimos las consideraciones sobre la alegación del principio de seguridad y confianza legítima de la Abogacía del Estado.

Si la parte o partes recurridas han percibido cantidades de más sobre lo que le correspondía, lo que deben hacer es restituirlo. Porque caso contrario se está perjudicando directamente al consumidor de electricidad - el derecho de los particulares-.

Basta acudir a la sentencia de 14 de marzo de 2018 -recurso de casación núm. 3762/2015-, que se hace eco de otras anteriores, negando que la impugnación mediante la previa lesividad infrinja los principios indicados:

<<No puede olvidarse, además, que la confianza legítima no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico y, como ha quedado dicho, el acto anulado de 1 de junio de 2011 lo hacía. En relación con ello debe traerse a colación lo declarado por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (recurso de casación 1830/2005), en la que se explicita que:

"El tercer motivo de casación, que se fundamenta en la alegación de que la sentencia recurrida infringe el principio de buena fe, el principio de protección de confianza legítima y la doctrina de actos propios, no puede ser acogido.

Procede, en primer término, recordar el alcance del principio de confianza legítima, según expusimos en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001): (...)



Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general". Por otra parte, en la STS de 1-2-99, se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma.

O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, (Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa">>.

En consecuencia, también este motivo de oposición debe rechazarse en análogos términos y por la misma razón que en la sentencia del pasado 18 de mayo de 2020 -recurso núm. 265/2018- tantas veces citada, entonces respecto a la declaración de lesividad de la Orden IET/980/2016.

OCTAVO.- Las cuestiones de fondo afectadas por la declaración de lesividad.

Como se adelantó en el fundamento de derecho primero son seis los aspectos de la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016, para los que se ha declarado la lesividad y se interesa su anulación.

A continuación examinaremos aquellos extremos que el Acuerdo del Consejo de Ministros y la Abogacía del Estado proponen anular.

Por su complejidad -y conforme al propio Acuerdo del Consejo de Ministros- reseñaremos A) la síntesis de la modificación pretendida; B) su justificación; C) las alegaciones de REE en sede administrativa y la respuesta de la Administración; D) las principales objeciones que mantiene REE en sede judicial; y E) la conclusión de la Sala.

NOVENO.- Retribución de las instalaciones puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998. Sobre la duplicidad de la retribución a la inversión de las instalaciones insulares puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2006.

A) De acuerdo con la CNMC, en el cálculo de la retribución del año 2016, en la parte correspondiente a los activos con puesta en servicio anterior al año 1998, se incluyeron activos del transporte insular con puesta en servicio en el periodo 1998-2006 y, como consecuencia de lo anterior, estas instalaciones fueron doblemente consideradas en la retribución del año 2016 ya que, además de haber sido incluidas dentro del activo retribuable por instalaciones puestas en servicio antes de 1998 (obtenido a partir del coste acreditado que fijó el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, para las instalaciones del transporte insular con fecha de puesta en servicio anterior al 1 de enero de 2007), se incluyeron también dentro del activo a retribuir por instalaciones puestas en servicio desde el año 1998, las cuales son valoradas a coste de reposición.

La duplicidad del cómputo de las instalaciones en la retribución de 2016 infringe la metodología retributiva prevista en el artículo 14.8 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, así como en los artículos 6.2 y 7, y la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre.

De acuerdo con la CNMC, la corrección de esta duplicidad supondría una reducción de la retribución de REE para el año 2016 de 24.958.382 euros.

B) En relación con la retribución de las instalaciones para el transporte insular puestas en servicio entre el periodo 1998-2006, advierte la CNMC que, en el cálculo de la retribución a la inversión para el ejercicio 2016, estas instalaciones fueron doblemente consideradas.



La disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013, establece la metodología de cálculo del valor de inversión con derecho a retribución a cargo del sistema de las instalaciones puestas en servicio hasta el 31 de diciembre del año base (31-12-2014), a cuyos efectos distingue entre tres tipos de instalaciones:

- 1.- Instalaciones puestas en servicio con anterioridad a 1 de enero de 1998.
- 2.- Instalaciones no singulares puestas en servicio desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre del año base (31-12-2014).
- 3.- Instalaciones singulares puestas en servicio desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre del año base (31-12-2014)

En todos los casos, tanto en la Ley 24/2013 y como en el Real Decreto 1047/2013 se recoge que se retribuirán las instalaciones en servicio que no estén amortizadas, por lo tanto, las instalaciones deben encontrarse en servicio en el año n-2, siendo n el año de inicio del primer periodo regulatorio; teniendo en cuenta que la disposición transitoria primera del Real Decreto 1047/2013 establece que el primer periodo regulatorio se iniciará al año siguiente al de aprobación de los valores unitarios de referencia a los que se refiere el artículo 15 de dicho Real Decreto, y que estos valores unitarios se aprobaron en la Orden IET/2659/2015, de 11 de diciembre, siendo, por ello, que el primer periodo regulatorio comenzó el 1 de enero de 2016, cabe entender que todas las instalaciones debían encontrarse en servicio en el año 2014.

El Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y que reguló el régimen económico de la actividad de transporte a partir del 1 de enero de 1998, estableció que para la retribución del conjunto de instalaciones con puesta en servicio anterior a 1998 se partía de una cantidad global fija (coste acreditado) que se iba actualizando con un factor ligado a la evolución del IPC.

En el caso de las instalaciones insulares, dicho Real Decreto no establecía el coste acreditado de las instalaciones con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998 para el transporte en los sistemas insulares, por lo que en el cálculo de la retribución del año 2016 hubo de partirse del que señaló el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, el cual incluye todas las instalaciones puestas en servicio antes del 1 de enero de 2007.

El Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, en su artículo 1, apartado 2, señalaba que:

"Los costes máximos reconocidos para el 2007 destinados a la retribución de la actividad de transporte ascienden a 1.089,773 miles de euros, de los que 928.469 miles de euros corresponden a la retribución de la actividad de transporte de Red Eléctrica de España, S.A., 64.697 miles de euros a la actividad del transporte del resto de empresas peninsulares sometidas a liquidación, de acuerdo con el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, y 96.607 miles de euros a las empresas insulares y extrapeninsulares".

Por tanto, este coste acreditado de 96.607 miles de euros engloba a todas las instalaciones puestas en servicio en los sistemas insulares con anterioridad al 1 de enero de 2007, así que, tal y como se señala en el informe de la CNMC, en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016, respecto de las instalaciones del transporte insular puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998, se tomó como coste acreditado de las mismas el recogido en el Real Decreto 1634/2006 siendo así que dicho coste incluía también las instalaciones puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2006.

Es decir, la retribución a la inversión de las instalaciones, se calcula sobre los siguientes dos grupos de instalaciones:

- 1.- Todas las puestas en servicio antes de 1998 se tratan como si de una sola instalación se tratase, a la que le queda una vida residual de 7 años.
- 2.- Las instalaciones puestas en servicio desde 1998 se tratan de manera individualizada, cada una tiene su valor de inmovilizado y una vida útil asociada.

Las instalaciones de transporte insular puestas en servicio entre el periodo 1998-2006, fueron doblemente consideradas en el cálculo de la retribución de REE. Por un lado, estas instalaciones se incluyeron como parte del bloque de instalaciones con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998 y, por otro, también fueron contabilizadas dentro de las instalaciones con fecha de puesta en servicio posterior al 1 de enero de 1998.

Dado que, en el cálculo de dicha retribución, esas mismas instalaciones también fueron consideradas dentro de las inversiones con fecha de puesta en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2014 a las que se refiere la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013, puede afirmarse que en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016 que figura recogida en la Orden IET/981/2016



se computaron de forma duplicada las instalaciones cuya puesta en servicio se produjo entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2006.

El artículo 14.8 de la Ley 24/2013 establece que:

"Las metodologías de retribución de las actividades de transporte y distribución se establecerán reglamentariamente atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones de acuerdo al principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema eléctrico según lo dispuesto en el artículo 1.1".

Por su parte, el artículo 6.2 del Real Decreto 1047/2013 establece que la retribución para el año n de una empresa transportista será la suma de la retribución de cada una de las instalaciones de su propiedad que estén en servicio el año n-2.

Asimismo, de acuerdo con lo recogido en el artículo 7 de dicho Real Decreto, la retribución de cada una de esas instalaciones se calcula como la suma de la retribución individual de cada elemento de inmovilizado en concepto de inversión, por una parte, y en concepto de operación y mantenimiento, por otra.

Adicionalmente, de acuerdo con la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 una instalación ha de pertenecer a una de los tres grupos antes referidos, no pudiendo en ningún caso pertenecer a más de uno.

Por lo tanto, la doble consideración de las inversiones correspondientes a cada una de las instalaciones del transporte insular con puesta en servicio en el periodo 1998-2006, en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016, no sólo es contrario al principio de realización de las actividades al mínimo coste para el sistema eléctrico, sino que además no cumple con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/2013. Es decir, de conformidad con la metodología retributiva prevista en este Real Decreto no es posible retribuir dos veces el mismo activo.

C) 1. REE señala en sus alegaciones que ha solicitado en numerosas ocasiones, tanto al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) como a la CNMC, el "Inventario retributivo" de las instalaciones insulares de las que dicha empresa es titular, mencionando que el entonces Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR) les remitió en julio de 2012 "Inventario de instalaciones de transporte en los SEIE (Sistemas Eléctricos Insulares y Extrapeninsulares)" elaborado y facilitado por Endesa Distribución Eléctrica, S.L. en enero de 2010. Este inventario, indica REE, incluía información sobre las instalaciones de transporte ubicadas en los SEIE, pero no incluía datos retributivos, individualizados o globales, y que este inventario no podía considerarse como un "inventario retributivo" debido a que no era el utilizado por la CNMC o el MINETAD para establecer la retribución en los SEIE.

2.- A este respecto, señala el Acuerdo del Consejo de Ministros que el artículo 25.1.d) del Real Decreto 1047/2013 por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica establece que las empresas titulares de instalaciones de transporte deberán:

"Remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia antes del 1 de mayo de cada ejercicio el inventario de instalaciones auditado a fecha 31 de diciembre del año n-2 en formato electrónico de hoja de cálculo debidamente actualizado con altas, bajas y previsiones de las instalaciones que vayan a entrar en servicio en ese año. Este inventario actualizado deberá contener, todos los parámetros técnicos y económicos necesarios para el cálculo de la retribución individualizada de cada una de las instalaciones que se encuentren en servicio señalando si son nuevas, si han sufrido modificaciones respecto al inventario facilitado el año anterior o si no han sufrido modificación alguna. Asimismo, se remitirá otro fichero electrónico en el que deberá constar qué instalaciones han causado baja respecto al inventario electrónico remitido el año anterior".

Por lo tanto, conforme a lo señalado en el Real Decreto 1047/2013 es el titular de la red de energía eléctrica el que tiene la obligación de conocer qué instalaciones de su propiedad se encuentran en servicio y de proporcionar anualmente esa información al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y a la CNMC con el fin de poder llevar a cabo el cálculo de la retribución correspondiente.

3.- Asimismo, señalar que, tanto en la Ley 24/2013 y como en el Real Decreto 1047/2013 se recoge que se retribuirán las instalaciones en servicio que no estén amortizadas. Por lo tanto, al igual que para el resto de España, el inventario que deben remitir debe corresponderse con las instalaciones que se encuentran en servicio a 31 de diciembre del año n-2 (siendo n el año para el que se calcula la retribución) y no con otros inventarios que en su momento pudieran haberse empleado para este u otro fin.

4.- Por otra parte, indica REE que suponiendo que se hayan computado doblemente las instalaciones insulares puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2006, REE considera que lo lógico sería



detraer la retribución duplicada del grupo de instalaciones con puesta en servicio anterior a 1998 ("pre-98") y no del grupo de activos 1998-2014 cuya retribución se calcula a coste de reposición.

5.- Sobre este particular, se señala, en primer lugar, que con ese argumento la propia REE está asumiendo la existencia de la doble contabilización. A este respecto, en el informe de la DGPEM se indica que dicha Dirección General confirma la existencia de una doble contabilización en la retribución de las instalaciones insulares puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 2007 y señala que comparte con REE la opinión de que la manera correcta de eliminar esa duplicidad es detraer la doble retribución del grupo de instalaciones "pre-98".

No obstante, esa operación solo podrá realizarse, en su caso, mediante la orden que sea tramitada con el fin de calcular la retribución de REE correspondiente al año 2016, una vez declarada la lesividad de la Orden IET/981/2016 respecto de la retribución fijada en la misma para dicha empresa.

Por otra parte, REE indica en sus alegaciones que la doble contabilización sería un "simple error" en el tratamiento de datos y no una "infracción manifiesta de norma alguna cuyo mantenimiento repugne al ordenamiento jurídico".

De acuerdo con lo anterior, haber considerado dos veces en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016 las inversiones correspondientes a cada una de las instalaciones del transporte insular con puesta en servicio en el periodo 1998-2006, no sólo es contrario al principio de realización de las actividades al mínimo coste para el sistema eléctrico, sino que además no cumple con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/20213, pues no es posible retribuir dos veces el mismo activo, siendo necesario, por ello, declararlo lesivo.

D) En sus minuciosos escritos, tanto en sede administrativa como ahora en su contestación a la demanda y conclusiones, REE sigue cuestionando la reseñada duplicidad y, concretamente, sostiene (i) que la retribución asociada al Grupo 1 no se fijó en la Orden IET/981/2016, sino en un acto devenido firme y que no ha sido objeto de la demanda de lesividad; y (ii) que no está acreditada la duplicidad retributiva.

E) 1.- En cuanto a lo primero nada impide ahora a la Administración la declaración de lesividad, al margen de que la Orden IET/981/2016 reprodujera el valor que se fijara en la Resolución de la Secretaria del Estado de Energía de 18 de enero de 2016 respecto a las instalaciones insulares duplicadas.

2.- En cuanto a la propia duplicidad detectada, señalan las conclusiones de la Abogacía del Estado que el apartado 2 del Anexo III establecía que el inmovilizado bruto con derecho a retribución a cargo del sistema eléctrico, en el año 2013, se debía calcular sobre la base de la retribución total fijada en la Orden IET/221/2013 (por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial) para este grupo de instalaciones.

En dicha orden IET/221/2013, realizada sobre la base del informe de la CNE de fecha 12 de febrero de 2013 (3/2013), la retribución para las instalaciones puestas en servicio con anterioridad al ejercicio 1998 se correspondía con la retribución de los costes acreditados, tanto peninsulares como insulares. En el caso de los costes acreditados insulares, tal y como ha manifestado en diferentes informes retributivos, se incluían todas las instalaciones cuya puesta en servicio había sido anterior al 31 de diciembre de 2006, a pesar de que se denominaban instalaciones anteriores al año 1998. Ello fue así, dado que no se disponía de un inventario completo de instalaciones anteriores al 2006.

Por ello, para los sistemas insulares dicho coste acreditado fue el que se tomó para el transporte insular en el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, que contemplaba todas las instalaciones cuya puesta en servicio había sido anterior al 1 de enero de 2007, y que ascendía a 96.607 miles de euros.

Por tanto, en la Orden IET/981/2016, las instalaciones insulares cuya puesta en servicio se produjo entre el 1 de enero de 1998 y el 1 de enero de 2007, fueron retribuidas, por un lado, aplicándoles la metodología prevista para los activos con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998, por formar parte históricamente de este conjunto de instalaciones, y, por otro lado, a coste de reposición, por lo que las mismas fueron computadas doblemente.

Una valoración conjunta de los elementos anteriores ponen de manifiesto, sin excesivas dudas, que se ha producido esa indebida duplicidad incorrectamente aplicada. En efecto, y de acuerdo con la CNMC, la propia REE indica en sus alegaciones que la doble contabilización sería un "simple error" en el tratamiento de datos y no una "infracción manifiesta de norma alguna cuyo mantenimiento repugne al ordenamiento jurídico".

Sin embargo, haber considerado dos veces en el cálculo de la retribución de REE correspondiente al año 2016 las inversiones correspondientes a cada una de las instalaciones del transporte insular con puesta en servicio en el periodo 1998-2006, no sólo es contrario al principio de realización de las actividades al mínimo coste para el sistema eléctrico, sino que además no cumple con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto



1047/20213, pues no es posible retribuir dos veces el mismo activo. Y en consecuencia, por el cauce de la lesividad y atendidas las infracciones reseñadas, debe ser corregida por su lesión para el interés público.

Y sin que el informe aportado por REE (Deloitte, 10 de octubre de 2018) resulte convincente -entiende que no le es posible concluir si existe o no duplicidad ni tampoco sobre su impacto económico- para destruir el valor de los informes de la CNMC en que se apoya la demanda de lesividad.

Por otra parte se comparte con REE la opinión de que la manera correcta de eliminar esa duplicidad es detraer la doble retribución del grupo de instalaciones "pre-98". No obstante, esa operación solo podrá realizarse mediante la orden que sea tramitada una vez declarada la lesividad de la Orden IET/981/2016.

DÉCIMO.- Sobre la duplicidad de la retribución a la operación y mantenimiento de los incrementos de capacidad de las líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998.

A) De acuerdo con la CNMC, debido a la incorrecta declaración de REE, se ha pagado doblemente la operación y mantenimiento de líneas con puesta en servicio anterior a 1998 que han experimentado un incremento de capacidad en fecha posterior, y la corrección de esta duplicidad, supondría una reducción de la retribución de REE para el año 2016 de 12.277.262 euros.

Este doble cómputo se opone igualmente a la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/2013.

B) En cuanto al aspecto referente a la retribución de operación y mantenimiento de líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998 que experimentaron incrementos de capacidad de acuerdo con la CNMC, la incorrecta declaración de REE de las líneas puestas en servicio antes de 1998 y sobre las que posteriormente se han acometido inversiones para aumentar su capacidad de transporte, ha provocado que se haya pagado doblemente la operación y mantenimiento.

En concreto, REE declaró dichas instalaciones dos veces, una como línea puesta en servicio con anterioridad al año 1998 y otra como una línea puesta en servicio que ha sufrido un incremento en su capacidad en una fecha posterior al 1 de enero de 1998, y, como consecuencia de lo anterior, durante el ejercicio 2016, se han pagado doblemente los costes de operación y mantenimiento de las líneas arriba señaladas.

Es decir, algunas de las líneas propiedad de REE con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 1998, sufrieron incrementos de capacidad posteriores a esa fecha.

La declaración correcta de estas líneas a efectos retributivos, debería haber sido la siguiente:

- (i) declarar la línea como instalación puesta en servicio antes del 1 de enero de 1998, a la que se le aplicaría la metodología prevista para los activos con puesta en servicio anterior a esa fecha, y
- (ii) declarar exclusivamente el incremento de capacidad como parte de las inversiones del año en que éste hubiese tenido lugar, de tal manera que se aplique el valor unitario de referencia que para dicho incremento esté previsto en la orden antes mencionada.

En cambio, estas líneas fueron declaradas por REE:

- (i) como líneas puestas en servicio con anterioridad al 1 de enero de 1998, y adicionalmente
- (ii) como nuevas líneas puestas en servicio en el año en el que tuvo lugar su incremento de capacidad.

Esto último equivale a declarar dos veces la misma línea en lugar de declarar, por un lado, la línea original, y por otro otra la línea con el incremento de capacidad. Como consecuencia de lo anterior, durante el ejercicio 2016, el sistema eléctrico ha pagado doblemente la retribución de operación y mantenimiento de las líneas señaladas.

De conformidad con los citados artículos 14.8 de la Ley 24/2013 y 6.2 y 7 del Real Decreto 1047/2013 la doble consideración del coste de operación y mantenimiento de un mismo activo, en este caso algunas de las líneas propiedad de REE, no sólo es contrario al principio de realización de las actividades al mínimo coste para el sistema eléctrico, sino que además no cumple con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/2013.

En el fundamento de derecho noveno anterior hemos recogido los artículos 6.2 y 7 del Real Decreto 1047/2013 y de conformidad con la metodología retributiva prevista en el Real Decreto 1047/2013 y los preceptos citados no es posible retribuir dos veces el mismo activo.

C) 1.- REE manifiesta en sus alegaciones que la retribución en concepto de operación y mantenimiento no debería verse afectada ya que si se corrigiese el efecto de la doble contabilización de líneas por la declaración de los aumentos de capacidad, dicha corrección debería ir acompañada de una corrección al alza de los valores unitarios de operación y mantenimiento ya que esa doble contabilización habría afectado también en el cálculo



de dichos valores unitarios (teniendo en cuenta la metodología de costes objetivos utilizada) haciendo que los mismos fuesen más bajos.

Adicionalmente, REE considera que se trata de un simple error de cuenta o una aproximación metodológica que quedaría compensada, a efectos prácticos, con la revisión de los valores unitarios de operación y mantenimiento que consideran necesaria.

2.- A este respecto, señala el Acuerdo del Consejo de Ministros que los valores unitarios de inversión y de operación y mantenimiento en vigor fueron aprobados mediante la Orden IET/2659/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica.

Para la elaboración de dichos valores unitarios se tomaron como base las instalaciones que estaban en servicio en los años 2009, 2010 y 2011 proporcionados por las propias empresas transportistas (en quienes recae la responsabilidad de su contenido) en entregas de inventarios anteriores al que se utilizó para el cálculo de la retribución del año 2016 (Orden IET/981/2016).

Por tanto, para la elaboración de la orden de valores unitarios aprobada en 2015, se utilizaron inventarios diferentes al utilizado para el cálculo de la retribución objeto de la presente declaración de lesividad y que la doble contabilización de líneas que nos ocupa no ha sido detectada en los inventarios anteriores, sino en el inventario correspondiente al año 2014 proporcionado por REE para el cálculo de la retribución que finalmente fue aprobada por la Orden IET/981/2016.

En consecuencia, en contra de lo señalado por REE, los valores unitarios aprobados por la Orden IET/2659/2015 no se ven afectados por la doble contabilización.

Debemos hacer referencia en este punto al *"Acuerdo por el que se emite informe sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2077"*, aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 5 de octubre de 2017, el cual señala en su apartado 4.3 lo siguiente:

"En relación a la alegación que formula REE de la necesidad de aumentar los costes de operación y mantenimiento porque para su obtención fueron igualmente consideradas doblemente las líneas en las que se habían llevado a cabo incrementos de capacidad, es preciso aclarar que tal información no es correcta dado que en su momento, ante la carencia de información sobre operación y mantenimiento, se optó por comparar el valor real de los costes de operación y mantenimiento con el valor teórico obtenido de aplicarlos valores unitarios aprobados por la referida Orden ITC/368/2011 al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2009, al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2010 y al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2011, todos ellos proporcionados por Red Eléctrica de España, S.A.U.(REE) en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 325/2008".

Por lo tanto, el informe de la CNMC no viene sino a confirmar que los valores unitarios aprobados por la Orden IET/2659/2015 no se encuentran afectados por la doble contabilización y que, en consecuencia, no procedería, como afirma REE, la revisión de los mismos por esta causa.

Con independencia de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el Real Decreto 1047/2013 una vez aprobados, los valores unitarios sólo podrían ser modificados al principio de cada periodo regulatorio, por lo que no podría realizarse una revisión de los mismos hasta, al menos 2020, año en el que dará comienzo el siguiente periodo regulatorio.

En definitiva, contrariamente a lo manifestado por REE, considerar dos veces el coste de operación y mantenimiento de un mismo activo de la red de transporte de electricidad supone una vulneración de las normas expuestas, y no un simple error de cuenta o de simple discrepancia interpretativa.

D) REE insiste en la falta de acreditación de la supuesta duplicidad en la retribución a la operación y mantenimiento. Y, por otro lado, cuestiona que REE fuera la causante de la duplicidad retributiva; y además añade que la presunta duplicidad no debería tener impacto económico alguno.

Tampoco aquí podemos compartir la posición de REE.

E) En la declaración realizada por REE de aquellas líneas cuya puesta en servicio fue anterior al año 1998 y a las que, posteriormente, se les incrementó su capacidad, esta empresa las asignó, por un lado, como puestas en servicio con anterioridad al año 1998 -aplicándoseles la metodología prevista para los activos con puesta en servicio anterior a esa fecha- y, por otro, con una fecha de puesta en servicio del incremento de capacidad



posterior al año 1998, sin identificar claramente que se correspondía con una línea antigua. Esto ocasionó que además de valorarse el coste de mantenimiento correspondiente a las instalaciones anteriores a 1998, además se le aplicara la metodología prevista para los activos puestos en servicio con posterioridad al 1998, como si de una línea nueva completa se tratara.

Como consecuencia de lo anterior, durante el ejercicio 2016, se pagó doblemente la retribución de la operación y el mantenimiento de dichas líneas. Según manifestó REE con posterioridad, esto ocurría en tanto le resultaba imposible identificar en sus sistemas las instalaciones concretas a las que correspondían los incrementos de capacidad, por lo que no podían establecer una relación unívoca a través del identificador de la misma. En este sentido, independientemente de poder identificar la línea concreta, se podría haber especificado que eran incrementos de capacidad sobre líneas anteriores al año 1998, lo que hubiera evitado dicha duplicidad en el cálculo.

En cuanto al impacto económico de la eventual "corrección" de las supuestas duplicidades retributivas en el cálculo de los "valores unitarios" de referencia y las discrepancias de REE con los valores asignados por la Orden IET/2659/2015 y con la metodología de cálculo empleada, debe señalarse que, tal y como la CNMC puso de manifiesto en su informe relativo a la "Orden por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2017" (IPN/CNMC/029/17), en relación a lo manifestado por REE respecto a la necesidad de aumentar los costes de operación y mantenimiento porque para su obtención fueron igualmente consideradas doblemente las líneas en las que se habían llevado a cabo incrementos de capacidad, es preciso aclarar que tal afirmación no es correcta, dado que, en su momento, se comparó el valor real de los costes de operación y mantenimiento con el valor teórico obtenido al aplicar los valores unitarios aprobados en la Orden ITC/368/2011 al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2009, al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2010 y al inventario de instalaciones de transporte a 31 de diciembre de 2011, todos ellos proporcionados por REE en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 325/2008.

En conclusión, REE ha declarado dos veces la misma línea en lugar de declarar, por un lado, la línea original, y por otro otra la línea con el incremento de capacidad. Como consecuencia de lo anterior, durante el ejercicio 2016, el sistema eléctrico ha pagado doblemente la retribución de operación y mantenimiento de las líneas.

En definitiva, la propia REE considera que se trata de un simple error de cuenta o una aproximación metodológica que quedaría compensada, a efectos prácticos, con la revisión de los valores unitarios de operación y mantenimiento que consideran necesaria, con lo que viene a reconocer dicha duplicidad.

Son datos y elementos de juicio suficientes, a la vista de los informes de la CNMC, para admitir la lesividad y rechazar la oposición de REE.

DECIMOPRIMERO. - Sobre el tratamiento de las ayudas y/o subvenciones recibidas por REE por instalaciones no singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2007.

A) De acuerdo con la CNMC, en el informe de auditoría que acompaña al inventario a 1 de enero de 2015 presentado por REE, se señala que para las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007 se habían contabilizado todas las ayudas y/o subvenciones recibidas sin especificar para qué instalaciones concretas fueron concedidas y, por este motivo, dichas ayudas y/o subvenciones no fueron tenidas en cuenta en los cálculos de la retribución de REE correspondiente al año 2016 ya que los módulos de cálculo fueron diseñados para calcular la retribución total a partir de la retribución individual de cada instalación.

El hecho de que la Orden IET/981/2016 no haya tenido en cuenta las ayudas y/o subvenciones percibidas por las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007 supone una vulneración de la citada disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013.

La corrección derivada de tener en cuenta las ayudas y/o subvenciones percibidas en el periodo 1998-2007 supondría una reducción de la retribución de REE para el año 2016 de 6.381.108 euros.

B) En relación con las ayudas y/o subvenciones recibidas por instalaciones no singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2007 y, en particular, que en el informe de auditoría que acompaña al inventario a 1 de enero de 2015 presentado por REE se concluye que para las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007 se habían contabilizado todas las ayudas y/o subvenciones recibidas sin especificar para qué instalaciones concretas fueron concedidas y, por este motivo, según indica la CNMC, dichas ayudas y/o subvenciones no fueron tenidas en cuenta en los cálculos de la retribución de REE correspondiente al año 2016 ya que los módulos de cálculo fueron diseñados para calcular la retribución total a partir de la retribución individual de cada instalación.



Esto es, el Real Decreto 1047/2013 prevé que para el cálculo del valor de inversión por el que debe ser retribuida una instalación, su titular deberá aportar las ayudas y subvenciones percibidas por este. De esta forma solo se retribuye en concepto de inversión por el capital aportado por la empresa transportista.

La Orden IET/981/2016 no ha tenido en cuenta en el cálculo de la retribución de REE del año 2016 las ayudas percibidas por algunas instalaciones de REE puestas en servicio en el periodo 1998-2007, ya que estas ayudas no fueron reportadas de manera individualizada por REE.

El apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 establece que el valor del activo con derecho a retribución a cargo del sistema de cada una de las instalaciones no catalogadas de singulares puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de dos años antes del inicio del primer periodo regulatorio, es decir, el 31 de diciembre de 2014, se calculará descontando el valor de las ayudas públicas percibidas por cada instalación.

Por tanto, para el cálculo del valor de inversión de las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007, a las que se refiere el informe de la CNMC, es necesario descontar la cantidad percibida en concepto de ayudas y, en consecuencia, el hecho de que la Orden IET/981/2016 no haya tenido en cuenta en el cálculo de la retribución de REE del año 2016 las ayudas percibidas por las instalaciones no singulares de dicha empresa puestas en servicio en el periodo 1998-2007, supone una vulneración del contenido de la citada disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013.

En definitiva, para el cálculo del valor del activo con derecho a retribución a cargo del sistema de dichas instalaciones es necesario descontar de su valor de inversión el importe de las ayudas públicas percibidas. Por lo tanto, no descontar las ayudas percibidas por estas instalaciones supone el incumplimiento de la metodología recogida en el Real Decreto.

C) REE señala en su escrito de alegaciones que ha entregado anualmente la información necesaria para la aplicación del modelo retributivo vigente en cada momento y que en los inventarios anuales se ha incluido esa misma información resaltando que las subvenciones recibidas durante el periodo 1998-2007 se daban en términos anuales.

REE considera que en su momento la interpretación jurídica que se aplicó, tanto por parte de la CNMC como por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, fue la de no tener en cuenta las subvenciones al no poder aplicarse de forma individualizada y que ahora se está tratando de aplicar una nueva interpretación que además infringiría la metodología de cálculo que recoge el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 ya que, por no disponer de la información individualizada, las ayudas sólo pueden detraerse de manera global.

Sobre este punto, señala el Acuerdo del Consejo de Ministros que, de acuerdo con la fórmula de cálculo del valor del activo con derecho a retribución a cargo del sistema de cada una de las instalaciones no catalogadas de singulares puestas en servicio en el periodo 1998-2014 al que se refiere el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 el valor de las ayudas percibidas debe ser descontado.

Conforme a lo señalado en el artículo 25 del Real Decreto 1047/2013, REE está obligada a proporcionar toda la información necesaria para poder llevar a cabo el cálculo de su retribución por aplicación de la metodología recogida en dicho Real Decreto.

No descontar las ayudas percibidas por REE por sus instalaciones supone el incumplimiento de uno de los principios retributivos de la actividad de transporte de electricidad que recoge el artículo 14.8 de la Ley 24/2013 al señalar que la metodología de retribución de dicha actividad se establecerá reglamentariamente *"atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones de acuerdo al principio de realización de la actividad al menos coste posible para el sistema eléctrico"*.

Así, conforme a este principio jurídico, puesto que los costes necesarios que debe soportar REE por sus inversiones en la red de transporte de electricidad se ven minorados por las cantidades que ésta percibe en concepto de ayudas, la retribución que dicha empresa perciba debe tener en cuenta ese hecho. De no hacerse así, el sistema no estaría retribuyendo el menor coste posible para el sistema eléctrico al que se refiere la Ley 24/2013.

Por lo tanto, no descontar las ayudas percibidas en el cálculo de la retribución supone una infracción de la normativa aplicable razón por la cual se incluye entre las causas que justifican la declaración de lesividad.

D) REE insiste en que el valor de los activos con derecho a retribución puestos a servicio a partir del 1 de enero de 1998 ha de calcularse de manera individualizada para cada una de las instalaciones. A cada instalación de transporte puesta a servicio a partir del 1 de enero de 1998 el regulador tiene que asignarle su propia retribución anual individualizada. La Orden IET/981/2016 descuenta las subvenciones cuando hay información



individualizada y suficiente para hacerlo, y no se descuentan si no se dispone de esa información. Serían unos cálculos razonables.

Sin embargo la demanda de lesividad pretende ahora revisar los cálculos de la Orden IET/981/2016 y descontar todas las subvenciones percibidas por REE desde 1998 hasta 2006, con independencia de si existe información individualizada o no.

E) Sobre el tratamiento contable de las subvenciones, la Abogacía del Estado hace las siguientes consideraciones atendiendo a la conformidad del regulador con la información facilitada por REE:

- En el informe de auditoría que acompañaba al inventario a 1 de enero de 2015 presentado por REE, se indicaba que el campo "AYUDAS" para las instalaciones puestas en servicio en el periodo 1998-2007 se había cumplimentado de forma conjunta para todas las instalaciones en base a las subvenciones concedidas a lo largo de dicho periodo por Organismos Oficiales, esto es, sin especificar para qué instalaciones en concreto fueron concedidas. Por dicha razón, las mismas no se tuvieron en cuenta en los cálculos de la retribución para 2016, ya que los módulos de cálculo estaban diseñados para calcular la retribución total a partir de la retribución individual de cada instalación, de acuerdo a lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013.

- En la citada disposición se establece que el valor del activo con derecho a retribución a cargo del sistema de cada una de las instalaciones j no catalogadas de singulares puestas en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de dos años antes del inicio del primer periodo regulatorio y que a dicha fecha continúen en servicio se calculará de acuerdo a la siguiente expresión:

Donde aquella inicial fórmula es el valor de las ayudas públicas percibidas por la instalación j.

Una vez solventada dicha dificultad, se pudo calcular lo que retributivamente suponía tener en cuenta tales subvenciones, considerándolas de forma agregada, siguiendo la metodología indicada, es decir:

*V_{ayudas, año x} = Ayudas_{año x} * FRR*

- De la misma manera, los valores de amortización y de retribución financiera se calcularon con la misma metodología que se aplica a las instalaciones de forma individualizada, teniendo en cuenta, para el caso del cálculo de la retribución financiera, el año en que fueron recibidas las ayudas.

Pues bien, compartimos la posición del REE cuando alega que esta última fórmula no aparece en ningún texto normativo y sostiene que la Administración, en el seno de un escrito de conclusiones, reconoce implícitamente que, en efecto, no hay ninguna norma que diga cómo ha de repartirse el total de subvenciones de un año entre las instalaciones construidas ese año, y realiza para suplir esa insuficiencia una suerte de desarrollo reglamentario, "inventándose" una fórmula -la que hemos transcrito más arriba- con la que distribuir los importes de las subvenciones recibidas de forma global por REE durante cada año (1998-2007) entre las distintas instalaciones puestas en marcha en ese año.

Esta "solución" de la Administración no puede aceptarse en el seno de este **proceso** de lesividad por esta Sala. Para "corregir" la Orden IET/981/2016 no se puede cometer, dice REE, una infracción mucho más grave (i.e. inventarse una metodología en el seno de un escrito de conclusiones con la que distribuir las subvenciones globales percibidas por REE entre las distintas instalaciones).

Parece, en efecto, que esta interpretación excede de la exigencia de una declaración de lesividad y REE considera que en su momento la interpretación jurídica que se aplicó, tanto por parte de la CNMC como por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, fue la de no tener en cuenta las subvenciones al no poder aplicarse de forma individualizada y que ahora se está tratando de aplicar una nueva interpretación que además podría infringir la metodología de cálculo que recoge el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 ya que, por no disponer de la información individualizada, las ayudas sólo pueden detraerse de manera global.

Ha de rechazarse esta tercera pretensión de la demanda de lesividad.

DECIMOSEGUNDO.- Instalaciones puestas en servicio en el año 2014. Sobre la existencia de actas de puesta en marcha de fecha 2014 para tres instalaciones de transporte titularidad de REE.

A) De acuerdo con la CNMC, para la retribución de REE del año 2016 se tomaron en consideración instalaciones para las que no existe acta de puesta en servicio, infringiendo lo previsto en el artículo 14.8 de la Ley 24/2013 así como en el artículo 6 del Real Decreto 1047/2013.



La exclusión de dichas instalaciones del cálculo de la retribución supondría una reducción de la retribución de REE para el año 2016 de 1.663.488 euros.

B) Esta modificación propuesta por la CNMC se refiere a las instalaciones puestas en servicio en el año 2014 y, en concreto, el hecho de que para la retribución de REE del año 2016 se tomaron en consideración instalaciones para las que, se ha comprobado, no existe acta de puesta en servicio.

Según al artículo 6 del Real Decreto 1047/2013:

"la retribución para el año n de una empresa transportista será la suma de la retribución de cada una de las instalaciones de transporte de su propiedad que se encuentren en servicio el año n-2 y del incentivo de disponibilidad (...)"

Es decir, se establece como requisito que las instalaciones se encuentren en servicio en el año n-2, lo que significa que, para fijar la retribución del ejercicio 2016 (año n), las instalaciones tienen que tener el acta de puesta en servicio en el año 2014 (año n-2).

Adicionalmente, el artículo 14.8 de la Ley 24/2013 establece como principio retributivo de la actividad de transporte y distribución de electricidad que: *"el devengo y el cobro de la retribución generado por instalaciones de transporte y distribución puestas en servicio el año n se iniciará desde el 1 de enero del año n-2"*. Por lo tanto, si no se dispone de acta de puesta en servicio en ningún caso se puede devengar retribución.

En consecuencia, al haberse tenido en cuenta en el cálculo de la retribución de REE aprobada en la Orden IET/981/2016 instalaciones que no disponían de acta de puesta en marcha en el año 2014, se contraviene lo establecido en la Ley 24/2013 y en el artículo 6 del Real Decreto 1047/2013.

C) 1.- Alega REE que, con carácter general, en las resoluciones de la DGPEM que establecen los criterios para la elaboración de la auditoría se solicita que se declaren las máquinas conforme a su fecha de adquisición y no mediante su fecha de acta de puesta en explotación.

Asimismo, alega que en todo caso no se genera perjuicio económico al consumidor ya que si las instalaciones se empiezan a retribuir antes dejarán de retribuirse antes también.

2.- De acuerdo con los preceptos citados, para que una instalación de la red de transporte de electricidad pueda ser retribuida en el año 2016 (año al que se refiere la Orden IET/981/2016), es necesario que la misma se encuentre en servicio en el año 2014.

Por tanto, en ningún caso podría retribuirse un activo de la red de transporte de electricidad desde la fecha de adquisición del mismo por parte del transportista, supuesto que además podría llegar a suponer que, dependiendo de la política de compras del transportista, en algunos casos se estuviese retribuyendo un activo que se encuentre almacenado durante un número indeterminado de años.

3.- Asimismo, señala el Acuerdo del Consejo de Ministros que, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 del Real Decreto 1047/2013 para poder calcular la retribución de las empresas transportistas de electricidad, la DGPEM ha venido aprobando anualmente, previa propuesta de la CNMC, una resolución administrativa para regular el contenido del inventario auditado que deben entregar anualmente las empresas. Dicho inventario, conforme a lo previsto en el artículo 25.1 del citado Real Decreto, debe contener todos los parámetros técnicos y económicos necesarios para el cálculo de la retribución individualizada de cada una de las instalaciones que se encuentren en servicio.

4.- De igual modo, de conformidad con lo previsto en el artículo 26, la DGPEM ha venido aprobando anualmente la resolución que ha de regular los criterios que deberán seguirse para elaborar el informe de auditoría externa del inventario.

En concreto, la resolución que contenía los criterios con los que debía ser elaborado el inventario de instalaciones con puesta en servicio anterior al 1 de enero de 2015, es decir, aquel que hubo de tenerse en cuenta para el cálculo de la retribución del año 2016, recogía la obligación de consignar la fecha de puesta en servicio de todas las instalaciones.

5.- El acuerdo no considera por lo tanto procedente la alegación de REE, ya que el hecho de que entre los datos que se solicita que presenten las empresas transportistas se encuentre la fecha de adquisición de una instalación no implica por sí mismo que ese sea el dato que se tenga en cuenta para determinar si la instalación tiene derecho a ser retribuida en el año que corresponda en cada caso.

6.- En cuanto al comentario de REE de que en todo caso no se genera perjuicio económico al consumidor si las instalaciones se empiezan a retribuir antes porque éstas dejarán de retribuirse antes también, señala que retribuir una instalación en el año n+2 (2016 en el caso que nos ocupa) cuando no se ha proporcionado la



información que pruebe que ésta disponía de autorización para su puesta en servicio en el año n (2014 en el caso que nos ocupa) supone un incumplimiento grave del ordenamiento jurídico que en manera alguna puede ser justificado, como pretende REE, por el hecho, no probado, de que no existe perjuicio económico para el consumidor.

7.- Finalmente, REE pone manifiesto que las siguientes instalaciones sí disponen de acta de puesta en servicio emitida en el 2014:

015-05307-LI: Entrada en Ludrio I/ Montearenas-Puentes (Acta de Puesta en Servicio de fecha 5 de junio de 2014).

015-0532641: Salida en Ludrio L/ Montearenas - Puentes (Acta de Puesta en Servicio de fecha 5 de junio de 2014).

015-00899-TE: Reactancia Palos (Acta de Puesta en Servicio de fecha 29 de diciembre de 2014).

Sin embargo, la DGPEM en su informe de alegaciones indica que se ha comprobado que ni en el caso de la E/S en Ludrio de la L/Monterarenas-Puentes ni en el de la REA Palos se incluye el acta de puesta en servicio. Es decir, no ha quedado acreditado por parte de REE el cumplimiento de este requisito.

Por ello, la Orden IET/981/2016 al haber incluido instalaciones para las que no existe acta de puesta en servicio en la fijación de la retribución de REE para el ejercicio 2016 contraviene lo establecido en la Ley 24/2013 y en el artículo 6 del Real Decreto 1047/2013 y por tanto resulta procedente la declaración de su lesividad.

D) REE en sede judicial insiste, conforme a la documentación que acompaña, que aquellos tres activos o instalaciones si cuentan con acta de puesta en servicio del año 2014. Reconoce que los transformadores de "La Farga" y "Torrejón" si fueron correctamente incluidos en la Orden IET/981/2016. Y, por otro lado estima que, en todo caso, la inclusión de las instalaciones en la Orden IET/981/2016 solo tiene impacto financiero y no causa ningún perjuicio al interés público.

E) Sobre la existencia de actas de puesta en marcha de fecha 2014 para tres instalaciones de transporte titularidad de REE.

Frente a la posición de REE la Abogacía del Estado viene a razonar:

1.- En la demanda de lesividad se señala que, "para el cálculo de la retribución de REE del año 2016", la Orden IET/981/2016 "consideró un conjunto de instalaciones para las que no existen actas de puesta en servicio [de fecha 2014]".

Estas instalaciones son las siguientes:

Instalación Código CNMC

Línea de transporte de energía eléctrica- 015-05307-LI
ca a 400 kV "E/S Ludrio L/ Monteare
nas-Puentes"

Línea de transporte de energía eléctrica- 015-05326-LI
ca a 400 kV "E/S Ludrio L/ Monteare
nas-Puentes"

Reactancia "Palos" 015-00899-TF

Transformador "La Farga" 015-01058-TF

Transformador "Torrejón" 015-01061-IF

No obstante, en la respuesta de REE a la demanda se señala que tres de estos cinco Activos de 2014 sí que cuentan con actas de puesta en servicio del año 2014. En concreto, señala que las líneas de transporte de energía eléctrica a 400 kV "E/S Ludrio L/ Montearenas-Puentes", con Código CNMC 015-05307-LI y 015 05326-LI, fueron puestas en servicio el 5 de junio de 2014 y la Reactancia de "Palos", con Código CNMC 015- 00899-TF, el 29 de diciembre de 2014.

La CNMC ha tenido acceso al Documento 5 adjunto al escrito de contestación a la demanda presentada por REE, en el que se incluyen las actas correspondientes a las citadas instalaciones. Cabe señalar que se ha comprobado que dicha documentación no fue incluida en la auditoría de inversiones realizadas en instalaciones de transporte que entraron en servicio en 2014, conforme a la Resolución de la DGPEM de 27 de abril de 2015, en la que se solicitaba que se enviase dicha auditoría antes del 1 de agosto de 2015. La

documentación remitida por REE, entre la cual no se encontraban las citadas actas, tuvo entrada en el registro de la CNMC con fecha 31 de julio de 2015.

Con relación a la línea de transporte de energía eléctrica a 400 kV, simple circuito, de entrada y salida en la subestación de "Ludrio", de la línea "Montearenas-Puentes de García Rodríguez", únicamente se adjuntaba su autorización y declaración de utilidad pública, sin incluirse el acta de puesta en servicio. Tampoco se incluía ningún tipo de documentación administrativa relativa a la reactancia de "Palos". Asimismo, cabe señalar que en la información remitida por REE se indicaba como fecha de puesta en servicio el 1 de septiembre de 2014, y no el 29 de diciembre de 2014, como señala REE en su escrito de contestación a la demanda, y como parece desprenderse de la documentación adjunta al mismo.

2.- Sobre el impacto económico y financiero de la modificación de la fecha de puesta en servicio de cinco instalaciones de transporte titularidad de REE.

Al margen de las consideraciones sobre las actas de puesta en servicio de tres de las instalaciones incluidas en el procedimiento de lesividad, la Administración entiende que no es correcta la afirmación efectuada en el informe llevado a cabo por Deloitte, en el que se manifiesta que, si las instalaciones comienzan a ser retribuidas en 2016, en lugar de en 2017, también finalizarán su retribución un año antes, de forma que la retribución total de la instalación no se ve significativamente afectada, existiendo únicamente un efecto financiero.

Cabe recordar en este sentido que, si bien las instalaciones cuya puesta en servicio fue anterior al 1 de enero de 2015 se valoran a coste de reposición, es decir, aplicando el valor unitario establecido en la Orden IET/2659/2015, para instalaciones puestas en servicio con posterioridad a dicha fecha las instalaciones se valoran aplicando la semisuma entre dicho coste a valor unitario y el valor real auditado.

En concreto, el artículo 10 del Real Decreto 1047/2013 establece que el valor de inversión con derecho a retribución a cargo del sistema de la instalación j que ha obtenido autorización de explotación el año n-2 se calculará como: (...)

Sobre la base anterior, en el caso de los transformadores de "La Farga" y "Torrejón", se ha comprobado que el valor real auditado declarado por REE es inferior al resultante de aplicar el coste unitario, por lo que el valor de VI obtenido aplicando la metodología establecida para las instalaciones puestas en servicio con posterioridad al año 2015 resulta inferior al calculado a coste de reposición.

De lo anterior se deduce que el valor de inversión con derecho a retribución a cargo del sistema (VI) resulta inferior en caso de que la fecha de puesta en servicio sea 2015. Dicho valor, además se vería reducido si la fecha de puesta en servicio fuera posterior al 1 de enero, hecho que no se concreta en el escrito de respuesta a la demanda de REE.

Dado que, según se establece en el citado artículo 10 del Real Decreto 1047/2013, "una vez establecido el valor de inversión con derecho a retribución de la instalación j, este no podrá ser modificado durante toda la vida de la instalación", la diferencia en el valor de VI establecido afecta a la retribución por inversión de la instalación a lo largo de toda su vida útil, con el correspondiente impacto en los costes del sistema.

3.- En consecuencia, solo en parte ha de prosperar en este punto la demanda de lesividad. Esto es, acreditada la existencia de aquellas actas de puesta en servicio para las tres instalaciones reseñadas no podrá prosperar en este punto la pretensión de la Administración. En este mismo sentido, el informe pericial de Deloitte de 10 de octubre de 2018.

4.- Sostiene REE que la Administración trata de explicar el impacto económico que tendría que los dos Activos de 2014 que no tienen acta de puesta en servicio en el año 2014 (los transformadores de "La Farga" y "Torrejón") fueran excluidos de la retribución del ejercicio 2016 (como pretende la demanda de lesividad) y se incluyan en la de 2017 (por ser maquinaria con acta de puesta en servicio en 2015, "año n-2").

Sin perjuicio de que la Administración no indica de qué documento del expediente ha extraído la información para realizar esos cálculos, REE entiende que, aun cuando fueran correctos, el impacto económico sería tremendamente limitado: la diferencia sería de apenas 235.674 euros de valor de inversión de cada máquina (6.485.901 - 6.250.227 euros), importe que (i) se tendría que distribuir entre los 40 años de vida útil de estos transformadores y (ii) representa un 0,002% de la retribución total de REE para el ejercicio 2016 reconocida por la Orden IET/981/2016.

Por lo demás, añade, el impacto económico de la pretensión ejercitada resulta mínimo e insignificante.

En todo caso, nos limitamos a estimar la declaración de lesividad respecto a aquellas dos instalaciones que no cuentan con acta de puesta en servicio y se rechaza para las otras tres de las que se ha acreditado suficientemente que si disponían de dichas actas de puesta en servicio.

**DECIMOTERCERO.- Modificación de las características técnicas de algunas instalaciones. Sobre la retribución de las instalaciones que han modificado sus características técnicas.**

A) La CNMC pone de manifiesto que, conforme a lo señalado en el informe de auditoría que acompaña el inventario a 1 de enero de 2016 presentado por REE, se han detectado una serie de modificaciones de las características técnicas de algunas instalaciones respecto de las que fueron incluidas en el inventario a 1 de enero de 2015.

Por un lado, se han modificado las fechas del acta de puesta en servicio de dos instalaciones para el cómputo de la retribución, lo que se opone al principio retributivo establecido en el artículo 14.8 de Ley 24/2013.

En segundo término, se han producido alteraciones en el número de circuitos, tipología de la instalación y porcentaje de participación en la inversión en instalaciones con puesta en servicio entre el 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 2014, por lo que el cálculo del valor de inversión de dichas instalaciones infringe lo previsto en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013.

Se identifican un total de 5 instalaciones con modificación de características y la consideración de la totalidad de las modificaciones de las características declaradas supondría una reducción de su retribución para el año 2016 de 45.338 euros.

B) A lo anterior cabe añadir que de acuerdo con el contenido del informe complementario de la CNMC de fecha 20 de abril de 2017 se deduce que, respecto del inventario a 1 de enero de 2015 presentado por REE, su inventario a 1 de enero de 2016 contiene los siguientes cambios:

- 1.- En dos instalaciones se han corregido las fechas del acta de puesta en servicio, que pasan a ser del año 2013 en lugar de 2012.
- 2.- En una instalación se ha corregido el número de circuitos, 4 en lugar de 6.
- 3.- En una instalación se ha corregido su tipología que pasa de tipo 42 a 113 B.
- 4.- En una instalación se ha corregido el porcentaje de la inversión financiado por REE pasando de 0% a 100%.

Debe tenerse en cuenta, dice el Acuerdo del Consejo de Ministros, respecto de las primeras de las cuestiones, que el artículo 14.8 de la Ley 24/2013 establece como principio retributivo de la actividad de transporte y distribución de electricidad que: *"el devengo y el cobro de la retribución generado por instalaciones de transporte y distribución puestas en servicio el año n se iniciará desde el 1 de enero del año n+2"*, y, por ello, la consideración en el cálculo de la retribución de una fecha de puesta en servicio distinta contraviene este principio.

En cuanto al resto de modificaciones (número de circuitos, tipología de la instalación y porcentaje de participación en la inversión) se refieren, en todos los casos, a instalaciones con puesta en servicio entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2014, por lo que, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1047/2013 el cálculo del valor de inversión de cada una de estas instalaciones con derecho a retribución a cargo del sistema se debe calcular de acuerdo a una serie de parámetros que se verían afectados directamente por las citadas modificaciones.

De acuerdo con lo anterior, la corrección realizada en la determinación del número de circuitos y el tipo de instalación afectaría directamente al valor Vl_j , valores unitario /1998ⁿ⁻², al definir la Orden IET/2659/2015, de 11 de diciembre, valores unitarios diferentes para tipologías diferentes, mientras que la diferencia en el porcentaje de la inversión financiado por el titular de la instalación modifica el valor dJ y en consecuencia el valor de inversión.

Las consideraciones de los cambios de características referidos tendrían distintos efectos en la retribución de REE correspondiente al año 2016, pues, en el caso de cuatro de los cinco cambios detectados se incrementaría dicha retribución en 209.017 euros, mientras que el restante la reduciría en 254.355 euros, lo que, en una consideración global de la totalidad de las modificaciones de las características declaradas por REE procedería una reducción de su retribución para el año 2016 de 45.338 euros.

Dado que dichos cambios afectan al cálculo de la retribución, y los mismos contravienen la normativa referida, la Administración entiende que debe procederse a su revisión, declarándola lesiva.

E) Aquí pasamos directamente a examinar la posición de las partes en sede judicial y la decisión de la Sala, prescindiendo de los restantes apartados C) y D).

En definitiva, tras analizar el inventario de REE a fecha 1 de enero de 2016 (documento aportado por REE con posterioridad a la aprobación de la Orden IET/981/2016), la CNMC constató que las características técnicas de algunas instalaciones habían sido ligeramente modificadas (se había corregido la tipología de una de ellas,



se había reducido el número de circuitos de otra, se había modificado el año de puesta en marcha de dos de ellas, de 2013 a 2012, etc.).

Estas modificaciones respecto a los datos tomados en consideración por la Orden IET/981/2016 son correctos, pero son cuestiones muy menores que tienen un impacto agregado absolutamente insignificante en la retribución de REE: 45.338 euros.

Comparando este importe con la retribución total de REE para el ejercicio 2016 (1.681.314.302 euros), se comprueba que es una cuestión irrelevante en términos cuantitativos (representa el 0,002% de la retribución total fijada por la Orden IET/981/2016), por lo que no parece motivo suficiente para que la Administración pueda revisar sus propios actos.

A nuestro juicio no sólo se trata de una cuestión de irrelevante impacto económico o mínimo efecto, como apunta REE, lo que probablemente no sería razón definitiva para excluirla del **proceso** de lesividad, pero además, se trata de una pura cuestión meramente técnica que no encuentra encaje en el **proceso** de lesividad.

Debe advertirse que, al contrario de lo ocurrido en las cuatro modificaciones anteriores, la Abogacía del Estado parece abandonar la misma y nada dice en su escrito de conclusiones.

En consecuencia, se rechaza en este punto la demanda de lesividad.

DECIMOCUARTO.- Retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, inclusive.

A) En estas inversiones no se tomó en consideración que, conforme el criterio del Real Decreto 1047/2013 entre los años 2004 y 2007, se empezaba a retribuir en el ejercicio $n+2$, entre 2008 y 2010 se empezaba a retribuir en el ejercicio $n+1$ y a partir de 2011 se empezaban a retribuir en el ejercicio $n+2$, incumpliendo así lo previsto en el artículo 7 del citado Real Decreto. Así, de acuerdo con lo señalado por la CNMC, la consideración de esta circunstancia supondría un incremento de la retribución de REE para el año 2016 de 860.981 euros.

B) En cuanto al aspecto referido a la retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, inclusive, el Acuerdo del Consejo de Ministros tiene las siguientes consideraciones:

- El Real Decreto 1047/2013 establece que los despachos de maniobra y telecontrol, dadas sus características de diseño, configuración, condiciones operativas o técnicas constructivas, no serán incluidas en la Orden en la que se fijan los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento, por lo que las inversiones asociadas a los mismos tienen *per se* la consideración de singulares. En relación con las inversiones singulares, dicho Real Decreto señala, además, que las empresas que vayan a acometer en un determinado ejercicio este tipo de inversiones deben solicitar a la DGPEM su consideración de singularidad, previo informe de la CNMC.

- Para el cálculo de la retribución de las inversiones en despachos de maniobra ejecutadas entre los años 2004 y 2013, ambos inclusive, es preciso tener en cuenta que, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 1047/2013 han pasado de tener una vida útil regulatoria de 14 a 12 años. En la retribución del ejercicio 2016 no se ha considerado que entre los años 2004 y 2007 se empezaban a retribuir en el ejercicio $n+2$, entre 2008 y 2010 se empezaban a retribuir en el ejercicio $n+1$ y a partir de 2011 se empezaban a retribuir en el ejercicio $n+2$.

- Lo anterior ha hecho necesario ajustar la retribución de este tipo de inversiones para asegurar que la retribución que antes se iba a percibir en 14 años, pase a ser retribuida en un plazo de 12 años. Al hacer estos ajustes no se tuvo en cuenta que entre los años 2004 y 2007 el devengo de la retribución comenzaba en el ejercicio $n+2$, que entre 2008 y 2010 este se producía en el $n+1$ y a partir de 2011 se empezaban a retribuir en el ejercicio $n+2$, siendo en todos los casos n el año de puesta en servicio.

E) También aquí prescindimos de los restantes apartados C) y D) y pasamos directamente a examinar la alegación en sede judicial.

REE indica sobre este punto, que no puede realizar en este momento consideración alguna sobre la revisión que ha hecho la CNMC sobre los cálculos realizados, en su día, por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital para determinar la retribución de los despachos de maniobra y telecontrol, ya que no dispone de la trazabilidad de los cálculos empleados para fijar la retribución definitiva del ejercicio 2016.

Como se explica en la demanda de lesividad, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 1047/2013, los despachos de maniobra puestos en servicio entre 2004 y 2013, ambos inclusive, han pasado de tener una vida útil regulatoria de 14 a 12 años (i.e. su retribución a la inversión anual es superior en el nuevo modelo).

Sin embargo, al realizar este ajuste, la Orden IET/981/2016 "no tuvo en cuenta que entre los años 2004 y 2007 el devengo de la retribución comenzaba en el ejercicio $n+2$, que entre 2008 y 2010 este se producía en el $n+1$



y a partir de 2011 se empezaban a retribuir en el ejercicio n+2, siendo en todos los casos n el año de puesta en servicio".

Como consecuencia de este error en el cálculo, y tal y como reconoce la demanda de lesividad, REE ha percibido una retribución para el ejercicio 2016 inferior en 860.961 euros a la que le correspondía.

Pues bien, desde el mismo momento en que se aprobó la Orden IET/981/2016, REE señala que era consciente de esta situación (i.e. que la retribución de los despachos de maniobra se había calculado incorrectamente y que sus inversiones por este concepto estaban siendo infraretribuidas).

Sin embargo, teniendo en cuenta la complejidad de la nueva metodología introducida por el Real Decreto 1047/2013, los recursos destinados por REE a este nuevo modelo (tres años de trabajo conjunto entre las empresas y el regulador) y en aras de garantizar la certidumbre del valor a la inversión atribuido al activo por la Orden IET/981/2016 (el elemento más importante de la retribución), REE hizo una aproximación global a los resultados del modelo y decidió no recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la Orden IET/981/2016 (a pesar de que podía haberlo hecho por este motivo, entre otros, estaba legitimada para ello y considera que tenía razón en cuanto al fondo).

Este error de cálculo de la Orden IET/981/2016, a juicio de REE, no es relevante en términos cuantitativos (supone un porcentaje ínfimo de la retribución total de REE) ni cualitativos (no constituye una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico en la que la legalidad se vea gravemente afectada).

Entendemos que en este punto, siquiera en forma mínima, si existe la reseñada vulneración -respecto al período de vida útil regulatoria en los términos indicados en el acuerdo- que permite estimar la demanda de lesividad. La propia REE viene a reconocer la infracción, aunque descarta que sea manifiesta y grave.

Pero, como hemos dicho ya, atendido el alcance del artículo 107 de la Ley 39/2015, no es necesario que la infracción sea manifiesta y grave.

DECIMOQUINTO.- Sobre las costas.

En consonancia con el pronunciamiento de estimación parcial del recurso, y no habiéndose apreciado temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes, no procede la imposición de las costas de este **proceso** a ninguno de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1) Se rechazan los motivos formales de oposición y la inadmisión del recurso **contencioso-administrativo** núm. 264/2018 interpuesto por el Abogado del Estado, previa declaración de lesividad para el interés público, contra la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, por la que se establece la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el año 2016.

2) Estimamos en parte el recurso **contencioso-administrativo** y declaramos que la Orden IET/981/2016, de 15 de junio, es contraria a derecho, anulándose, en el apartado primero de la misma y, en relación a Red Eléctrica de España S.A., los valores señalados como Retribución Inversión y Retribución Total. Debiendo ser sustituidos por los nuevos cálculos que se practiquen, de acuerdo con lo señalado en el acuerdo de declaración de lesividad.

Para ello -siguiendo el orden del Fundamento Tercero del Acuerdo del Consejo de Ministros y correlativo de la demanda- se tendrá en cuenta que hemos rechazado las modificaciones 3ª ("*Ayudas y/o subvenciones recibidas por instalaciones no singulares puestas en servicio en el período 1998-2007*"); parcialmente la 4ª ("*Instalaciones puestas en servicio en el año 2014*"); y la 5ª ("*Modificación de las características técnicas de algunas instalaciones*").

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Domenech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ