

ACUERDO RELATIVO A LA SOLICITUD DE ABONO DE INTERESES EFECTUADA POR ELECTRA AVELLANA, S.L. EN RELACIÓN CON LA RETRIBUCIÓN PREVISTA EN LA ORDEN TED/749/2022, DE 27 DE JULIO.

(CNS/AJ/1350/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022

I. ANTECEDENTES

I.- Por acuerdo de 15 de septiembre de 2022, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha aprobado la liquidación provisional 7/2022 de las actividades reguladas del sector eléctrico. En esta liquidación se ha aplicado lo establecido en la Orden TED/749/2022, de 27 de julio, por la que se aprueba el incentivo o penalización para la reducción de pérdidas en la red de distribución de energía eléctrica para el año 2016, se modifica la retribución base del año 2016 para varias empresas distribuidoras, y se aprueba la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para los años 2017, 2018 y 2019.

II.- El 7 de octubre de 2022 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito de Electra Avellana, S.L., en el que se indica lo siguiente:

- *“Que habiéndose abonado la retribución definitiva correspondiente al año 2016, 2017, 2018 y la retribución definitiva del año 2019, a excepción del*

incentivo o penalización por la reducción de pérdidas del año 2019 pendiente de aprobar, por medio del presente escrito se solicita se proceda a abonar a esta distribuidora los correspondientes intereses por la demora en la que ha incurrido la Administración. Todo ello sin perjuicio de las cantidades que resulten del recurso de reposición que ha presentado Electra Avellana y que podrían suponer un incremento de la retribución correspondiente a dichos años.”

- *“No ha sido hasta el mes de julio de 2022 en que se ha aprobado la retribución correspondiente al año 2017, 2018, 2019 mediante la Orden TED 749/2022 de 27 de julio.”*
- *“La ausencia de aprobación de la retribución correspondiente a los años 2017 a 2019 ha causado un perjuicio a aquellas distribuidoras que, como ésta, meritaban derechos de cobro por las inversiones realizadas.”*

Electra Avellana se refiere, en su escrito, a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo (relativos a la retribución de la actividad de distribución eléctrica) acerca de las fechas que se han de considerar para el cálculo de intereses.

La empresa distribuidora termina su escrito solicitando a la CNMC lo siguiente: *“Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y todo ello a fin de que previos los trámites de rigor, se proceda a calcular y a abonar a esta distribuidora –en la próxima liquidación que se apruebe-, los intereses por la demora en el pago de la retribución correspondiente a los años 2017, 2018 y 2019 en la anualidad que correspondía.”*

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- De acuerdo con la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, la fijación de las cuantías de la retribución de las instalaciones de distribución de energía eléctrica se realizará por la CNMC con respecto a las anualidades 2020 y siguientes, correspondiendo al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico la fijación de la retribución de las anualidades precedentes.

Con respecto a las anualidades 2017 a 2019, y al incentivo para la reducción de pérdidas de la anualidad de 2016 (que quedaba pendiente al respecto de dicha anualidad), el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha aprobado la Orden TED/749/2022, de 27 de julio.

Por su parte, la CNMC asume, al amparo de la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en relación con lo establecido en la disposición adicional octava, apartado 1.d), de dicha Ley 3/2013, de 4 de junio, la función de practicar la liquidación de los costes de las actividades reguladas de transporte y distribución de energía eléctrica.

A este respecto, el apartado séptimo de la mencionada Orden TED/749/2022, de 27 de julio, impone a la CNMC, como organismo encargado de las liquidaciones, proceder a liquidar los derechos de cobro u obligaciones de pago que resultan de la retribución prevista en la citada orden.

II.- Al amparo de las competencias expuestas, y como bien conoce la empresa solicitante (pues los pronunciamientos judiciales que cita en materia de intereses son consecuencia de la impugnación de órdenes del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico) corresponde al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico establecer el importe que las empresas distribuidoras han de recibir al respecto de las anualidades 2016 a 2019 de que trata la solicitud presentada, considerando, en su caso, los intereses que fueran aplicables.

En esta línea, la Orden TED/749/2022, de 27 de julio, contiene una previsión de abono de intereses (que se ordena practicar a la CNMC, como órgano encargado de la liquidación), pero queda constreñida al caso de la empresa EDistribución Redes Digitales, SL, de acuerdo con lo establecido en el auto del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2021 recaído en el recurso contencioso-administrativo 1379/2016: “...la liquidación de los intereses que procede reconocer a EDistribución Redes Digitales, SL, de acuerdo con el auto del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2021 en el recurso contencioso-administrativo n.º 1379/2016, seguido contra la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, deberá realizarse en el plazo y los términos que resulten de aplicar lo previsto en dicho pronunciamiento.” (Apartado séptimo, párrafo segundo, de la Orden TED/749/2022, de 27 de julio.)

Así, pues, la función de la CNMC al respecto de la nueva retribución aprobada por la Orden TED/749/2022, de 27 de julio, consiste en la liquidación de las previsiones de abono o de cobro que resulten de la mencionada orden, conforme a lo establecido en el apartado séptimo de la misma: En concreto, la CNMC habrá de proceder a la liquidación -en la liquidación provisional posterior a la aprobación de la orden- de los derechos de cobro que resultan para las empresas distribuidoras, o, en su caso, de las obligaciones de pago que resultan para tales empresas (cuando lo cobrado provisionalmente es mayor que la retribución aprobada con carácter definitivo), obligaciones de pago que se han de atender mediante cuatro liquidaciones parciales en los términos que prevé el apartado séptimo de la citada Orden TED/749/2022, de 27 de julio.

Como ha indicado el Tribunal Supremo, la fijación de la cuantía de la retribución mediante orden ministerial constituye un acto administrativo, del que la liquidación (que lleva a cabo la CNMC) es mera reproducción:

“Iberdrola Distribución trata en efecto de justificar que no se impugnase el citado precepto en que en el momento de su aprobación no tenía a su disposición

ningún elemento de juicio que le permitiera deducir que la aplicación de la metodología de cálculo del incentivo litigioso fuese errónea.

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

Siendo firme pues el referido artículo 5 de la Orden 107/2014, resulta inadmisibile la impugnación de la liquidación definitiva de las actividades reguladas de 2011, que en lo que aquí importa no es sino aplicación y consecuencia del apartado 2 del citado precepto, tal como sostiene el Abogado del Estado.
(STS 1781/2017, de 21 de noviembre; rec. 26/2016).

A este respecto, el solicitante, indica que ha recurrido en reposición la citada Orden TED/749/2022, de 27 de julio, por la que se determina la retribución aplicable a las empresas distribuidoras. El carácter de dicho recurso (un recurso administrativo) confirma la naturaleza de la orden antes indicada (como acto administrativo), pues no es posible interponer tal recurso de reposición contra disposiciones administrativas ¹.

Respecto de dicho acto de determinación de la retribución (que efectúa el Ministerio), la liquidación de la CNMC es, como se ha razonado, confirmación o reproducción. Los actos, a diferencia de las disposiciones, no son susceptibles de impugnación indirecta con ocasión de aquellos que los confirman o reproducen.

En definitiva, el solicitante pretende de la CNMC una actuación que compete decidir al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, razón por la que procede inadmitir su solicitud, sin perjuicio del resultado del recurso de reposición que indica que ha presentado ante el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

¹ Artículo 112.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: “*Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.*”

En atención a lo recogido en los anteriores antecedentes y fundamentos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

ACUERDA

Único.- Inadmitir la solicitud de abono de intereses efectuada por Electra Avellana, S.L. en relación con la retribución prevista en la Orden TED/749/2022, de 27 de julio.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a Electra Avellana, S.L.

El presente acuerdo agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrido, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.