

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia núm.
5/2019**

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 8 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/158/2017, interpuesto por Endesa, S.A., representada por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos y bajo la dirección letrada de D.^a Clara Alcaraz Torres, contra la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U., representada por el procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Suárez Saro; Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., representada por la procuradora D.^a M^a Jesús Gutiérrez Aceves y bajo la dirección letrada de D.^a Nuria Encinar Arroyo; Gas Natural SDG, S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Isabel Colmenarejo Jover y bajo la dirección letrada de D.^a Victoria Serrano; Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME), representada por la procuradora D.^a Cecilia Díez-Caneja Rodríguez; Iberdrola España, S.A.U., representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de D. Gerardo Codes Calatrava, y Operador del Mercado Ibérico de Energía Polo

Español, S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andújar y bajo la dirección letrada de D. Rafael Ramos Gil.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- En fecha 28 de febrero de 2017 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre (RCL 2016, 1465) , por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 2016.

Se ha tenido por interpuesto dicho recurso por diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2017.

SEGUNDO

.- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso:

"1. En cuanto a las cantidades aportadas por Endesa, S.A. destinadas a la financiación del bono social durante los ejercicios 2014, 2015 y hasta la liquidación 8 (incluida), de agosto de 2016:

a) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 2 de la Orden ETU/1976/2016 (RCL 2016, 1465) , en cuanto que, al fijar los peajes de acceso de 2017, no ha tenido en cuenta como coste que ha de ser cubierto por los mismos, las cantidades a las que se refiere el presente apartado 1, con sus intereses correspondientes, conforme al importe que determine la CNMC en ejecución de Sentencia.

b) Declare el derecho de mi representada a que los peajes sean suficientes para cubrir los costes indicados en la letra a) y condene a la Administración a incrementar los peajes en la cuantía suficiente para cubrirlos.

2. En cuanto a los descuentos aplicados por Endesa Energía XXI, S.L.U y comunicados a la CNMC en virtud de lo establecido en los procedimientos de aplicación del bono social, correspondientes al periodo que va desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el 24 de diciembre de 2016:

a) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 2 de la Orden ETU/1976/2016, en cuanto que, al fijar los peajes de acceso de 2017, no ha tenido en cuenta, como coste que ha de ser cubierto por los mismos, las cantidades a las que se refiere el presente apartado 2, con sus intereses correspondientes, conforme al importe que determine la CNMC en ejecución de Sentencia.

b) Reconozca el derecho de Endesa Energía XXI, SLU a que se le restituyan las cantidades descontadas en aplicación del bono social durante el periodo indicado en el presente apartado 2, cuyo importe (24.633.264,61 euros) resulta de las comunicaciones practicadas por Endesa Energía XXI, SLU a la CNMC, junto con sus intereses.

c) Declare el derecho de mi representada a que los peajes sean suficientes para cubrir los costes indicados en la letra a) y condene a la Administración a incrementar los peajes en la cuantía suficiente para cubrirlos.

3. En cuanto a los suplementos territoriales previstos por el artículo 16.4 de la LSE:

a) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 2 de la Orden ETU/1976/2016, en cuanto que al fijar los peajes de acceso de 2017, no ha establecido tales suplementos territoriales que cubran los sobrecostes derivados de los tributos y recargos autonómicos y locales.

b) Condene a la Administración a la determinación, conforme al artículo 16.4 de la LSE, de los concretos tributos y recargos que serán considerados a efectos de la aplicación de los citados suplementos territoriales, así como a establecer tales suplementos de los peajes para 2017 en la cuantía suficiente para cubrir la totalidad de los sobrecostes provocados por dichos tributos y recargos.

c) Reconozca el derecho de mi representada (y de todas las empresas de su Grupo que hayan soportado los sobrecostos derivados de los tributos y recargos a los que se refiere el presente apartado 3) a que se le indemnice por los daños y perjuicios derivados de haber tenido que soportar tales sobrecostos, con los intereses correspondientes.

4. En cuanto al déficit del año 2013:

a) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 2 de la Orden ETU/1976/2016, en cuanto que, al fijar los peajes de acceso de 2017, no ha tenido en cuenta como coste que ha de ser cubierto por los mismos los intereses devengados desde que mi representada realizó las aportaciones para su financiación y el 1 de enero de 2014 con los intereses correspondientes devengados por tales intereses.

b) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 5.1 de la Orden ETU/1976/2016, en la medida en que la cantidad que fija para el ejercicio 2017 como anualidad del déficit de 2013 no incluye los intereses devengados desde que mi representada realizó las aportaciones para su financiación y el 1 de enero de 2014 con los intereses correspondientes devengados por tales intereses.

c) Declare el derecho de mi representada a que los peajes sean suficientes para cubrir los intereses indicados en las letras a) y b) y condene a la Administración a incrementar los peajes en la cuantía suficiente para cubrirlos, conforme al importe que determine la CNMC en ejecución de Sentencia.

5. En cuanto al déficit ex ante del año 2012

a) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 2 de la Orden ETU/1976/2016, en cuanto que, al fijar los peajes de acceso de 2017, no ha tenido en cuenta como coste que ha de ser cubierto por los mismos los intereses devengados desde que mi representada realizó las aportaciones para su financiación y hasta la cesión a FADE de los correspondientes derechos de cobro, con los intereses correspondientes devengados por tales intereses.

b) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo 5.1 de la Orden ETU/1976/2016 en la medida en que la cantidad que fija para el ejercicio 2017 no incorpora en concepto de anualidad por el déficit ex ante de 2012 los intereses devengados desde el momento de pago efectivo de las aportaciones que se hicieron por mi representada durante ese año y hasta la cesión a FADE de los correspondientes derechos de cobro.

c) Declare que no es conforme a Derecho y anule el artículo y el artículo 2.1.iii del Real Decreto 437/2010, de 9 de abril (RCL 2010, 1083, 1482) , del que resulta que, en relación con el déficit ex ante del ejercicio 2012, los intereses se devengan desde el 1 de enero de 2013.

d) Reconozca el derecho de Endesa SA a que se le abonen los intereses devengados desde el momento de pago efectivo de las aportaciones que se hicieron por mi representada para financiar el déficit ex ante 2012 durante ese año 2012 hasta la cesión a FADE de los correspondientes derechos de cobro, junto con sus correspondientes intereses devengados por tales intereses.

e) Declare el derecho de mi representada a que los peajes sean suficientes para cubrir los costes indicados en la letra a) y b) precedentes y condene a la Administración a incrementar los peajes en la cuantía suficiente para cubrirlos conforme al importe que determine la CNMC en ejecución de Sentencia.

6. Condene en costas a la Administración demandada."

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que debería versar y los medios probatorios de los que intenta valerse, así como la realización del trámite de conclusiones escritas.

TERCERO

.- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia desestimatoria y confirmando la disposición recurrida, con costas.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, sin que ninguno de ellos haya presentado escrito, por lo que se les ha tenido por caducados en cuanto a dicho trámite.

CUARTO

- A la vista del escrito de contestación a la demanda por el Abogado del Estado la parte actora ha presentado un escrito aportando nuevos documentos, que han sido admitidos tras no oponerse a los mismos el representante de la Administración.

QUINTO

- Mediante decreto de 18 de diciembre de 2017 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 18 de enero de 2018 acordando el recibimiento a prueba y la admisión de las pruebas documentales propuestas, y concediendo a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de las codemandadas.

La parte demandante en su escrito, y habida cuenta de la ulterior aprobación de la Orden ETU/929/2017, de 29 de septiembre, y de la orden ETU/1288/2018, de 22 de diciembre, desiste en su escrito de conclusiones de la pretensión número 1 del suplico de su demanda (relativa a las cantidades aportadas por la actora destinadas a la financiación del bono social durante los ejercicios 2014, 2015 y hasta la liquidación 8, incluida, de agosto de 2016), manteniendo el resto de sus pretensiones.

Se han declarado posteriormente conclusas las actuaciones.

SEXTO

- Por providencia de fecha 16 de octubre de 2018 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 11 de diciembre de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

SÉPTIMO

- El 25 de octubre de 2018 la representación procesal de la actora ha presentado nuevo escrito por el que manifiesta que lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1048/2018, de 24 de agosto (RCL 2018, 1234) , supone el reconocimiento parcial de sus pretensiones recogidas en el punto 4 del suplico de la demanda -subsistiendo las que constituyen los apartados a) y b) in fine- .

Se ha dado traslado del escrito al Abogado del Estado, quien ha presentado escrito en el que expone que el recurso ha quedado sin objeto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- Objeto y planteamiento del recurso.

La mercantil Endesa, S.A., recurre contra la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre (RCL 2016, 1465) , por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017. La demanda se funda en la no inclusión de diversas cantidades que, en su opinión, hubieran debido ser tenidas en cuenta, relativas a la financiación y descuentos del bono social (fundamentos de derecho primero y segundo), a los suplementos territoriales para cubrir impuestos y recargos autonómicos (fundamento de derecho tercero) y a los intereses por los déficits de 2013 y 2012 (fundamento de derecho cuarto).

Como corolario de estas alegaciones la actora formula en el suplico de su demanda las siguientes pretensiones, todas ellas reclamando que la orden de peajes para 2017 incluya las cantidades necesarias para cubrir las partidas que se enumeran:

1. La inclusión en los peajes de 2017 de las cantidades aportadas a la financiación del bono social durante los ejercicios de 2014, 2015, y hasta la liquidación 8, inclusive, de 2016. En su escrito de conclusiones la recurrente ha desistido de esta pretensión.
2. La inclusión de las cantidades descontadas en aplicación del bono social durante el período que va desde el 1 de septiembre a 24 de diciembre de 2016.
3. La inclusión de los suplementos territoriales suficientes para cubrir los sobrecostes derivados de tributos y recargos autonómicos y locales.

4. La inclusión de las partidas requeridas para cubrir los intereses devengados por las aportaciones realizadas por la actora en concepto de financiación del déficit correspondiente a 2013. Mediante escrito presentado en fecha posterior a conclusiones, del que se dio traslado a las partes personadas, Endesa manifestó su desistimiento parcial de esta pretensión como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1048/2018, de 24 de agosto (RCL 2018, 1234) , que le daba satisfacción a la reclamación de los referidos intereses. Afirma sin embargo, que quedan sin satisfacer los intereses de demora devengados por dichos intereses, pretensión que mantiene.

5. La inclusión de las partidas necesarias para cubrir los intereses devengados por las aportaciones realizadas por la actora en concepto de financiación del déficit ex ante correspondiente a 2012.

Antes de entrar en en análisis de las pretensiones que se acaban de enumerar, conviene hacer una advertencia previa. En las tres primeras la parte achaca la ilegalidad de la Orden al artículo 2, precepto que fija los peajes, en cuanto que éstos serían insuficientes para cubrir las referidas partidas. La ilegalidad que se imputa de no haber previsto la necesidad de cubrir dichos costes, no es por tanto, propiamente, una ilegalidad por omisión, por cuanto se achaca una ilegalidad "positiva" a la cuantía fijada para los peajes por su insuficiencia para cubrir costes que se juzgan necesarios.

Pues bien, en estos casos tales tachas de ilegalidad sólo podrían prosperar en el supuesto de que se constatare la exigencia legal de que tales costes estuviesen comprendidos en la orden de peajes para 2017 que se impugna, cuestión que se convierte, por tanto, en la inevitable ratio decidendi de tales objeciones. Algo distinto es el caso de las pretensiones relativas al cómputo de intereses correspondientes a las anualidades de 2013 y 2012 formuladas en las dos últimas pretensiones, porque en este caso, aunque la parte también impugna por la misma razón de insuficiencia de los peajes el artículo 2 de la orden, no puede desconocerse que el artículo 5 de la misma sí que contempla específicamente la materia, puesto que dicho precepto se dedica a desajustes de ingresos de las anualidades pendientes.

SEGUNDO

.- Sobre la pretensión relativa a las cantidades descontadas por la aplicación del bono social entre septiembre y diciembre de 2016.

Como se ha indicado, en relación con el régimen del bono social que fue declarado inaplicable por esta Sala por contrario a las exigencias del derecho comunitario, subsiste sólo la pretensión relativa a las cantidades descontadas a los usuarios por la aplicación del bono social entre el 24 de octubre y el 31 de diciembre de 2016. Dicho período es el que media entre que el sistema del bono social fue declarado

inaplicable por la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5331) hasta que entró en vigor el Real Decreto-ley 7/2016 (RCL 2016, 1442) por el que se aprobó un nuevo sistema de financiación del bono social.

La parte expone una extensa argumentación sosteniendo que o bien se entiende que el coste del bono social es un coste del sistema, o se considera que son las comercializadoras de referencia las que deben asumir el coste de su financiación, lo que sería, a su juicio, flagrantemente inconstitucional. Sin embargo, y como sostiene el Abogado del Estado, no resulta relevante tal argumentación; en efecto, la cuestión desde la perspectiva de una impugnación de la Orden 1976/2016 (RCL 2016, 1465) es si en el caso de que dichas cantidades sean consideradas un coste del sistema, dicha disposición debía incorporar necesariamente dichas cantidades como parte integrante de los peajes.

Pues bien, no cabe duda de que si la actora considera que tales cantidades son un coste del sistema cuyo resarcimiento es consecuencia obligada de la invalidez del régimen de financiación del bono social que fue declarado inaplicable por esta Sala, debería haberlo solicitado al impugnar la legalidad de dicho sistema o, en su caso, en ejecución de las sentencias que declararon su inaplicabilidad. En cualquier caso, no procede pronunciarse en un procedimiento dirigido contra la orden de peajes para 2017 como lo es el presente sobre si tales solicitudes se formularon y, en su caso, si hubieran debido encontrar una respuesta favorable.

Lo que en ningún caso puede admitirse es que la orden de peajes de 2017 debería haber incluido tales cantidades so pena de ilegalidad. Ciertamente es que la orden impugnada podría haber incorporado dichas cantidades de entender el Ministerio que efectivamente debía proceder al reintegro de las mismas, ya que las sucesivas órdenes de peajes abordan con frecuencia cuestiones pendientes o transitorias que afectan a periodos anteriores, pero no cabe entender que la orden sea contraria a derecho por no haberlo hecho. Siendo esto así, no resulta procedente que nos pronunciemos en el presente procedimiento, dirigido contra la Orden de peajes para 2017, sobre la reclamación de unas cantidades que son consecuencia en último término de disposiciones que fueron en su momento impugnadas con resultado favorable y que, por el contrario, no se encuentran necesariamente entre los contenidos que legalmente son obligados en una disposición destinada a prever los peajes del sistema en 2017.

TERCERO

- Sobre los suplementos territoriales.

En el tercer fundamento de su demanda la mercantil Endesa sostiene la invalidez del artículo 2 de la orden impugnada por no haber incluido en los peajes de acceso para 2017 los suplementos territoriales destinados a cubrir los sobrecostes derivados de los tributos y recargos autonómicos y locales.

La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en relación con el actual texto de la Ley del Sector Eléctrico. En efecto, reiteramos ahora lo dicho en nuestra sentencia de 19 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4489) (recurso 1/177/2014):

" QUINTO .- Sobre la ausencia de mecanismos para compensar los recargos autonómicos.

La entidad actora achaca también al Real Decreto 1048/2013 (RCL 2013, 1888) que no articula los mecanismos necesarios para compensa los mayores costes generados por los tributos autonómicos, y lo hace tras llegar a la conclusión de que la Ley del Sector Eléctrico vigente desde 2013 así lo requiere.

Se confunde la parte respecto a la previsión legal respecto a esta cuestión y debe desestimarse la alegación. Sobre la materia ha habido una evolución normativa que hemos descrito en nuestra sentencia de 11 de junio de 2014 (RJ 2014, 3417) (RCA 1/102/2013) hasta la aprobación de la Ley sectorial actualmente vigente de 2013. Así, el artículo 17.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 en sus diversas redacciones hasta su reforma por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio (RCL 2012, 976, 997) , no preveía ninguna forma de compensación de los suplementos territoriales que pudieran existir como consecuencia de tributos autonómicos o locales u otros conceptos. Sobre la reforma operada en dicho precepto por el citado Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997) dijimos en la referida sentencia de 2014:

" Séptimo.- Mayores problemas presenta la alegación de "Gas Natural SDG, S.A." en la que impugna el artículo 9.1 de la Orden IET/221/2013 (RCL 2013, 262) por no incluir en los peajes de acceso los suplementos territoriales para cubrir los sobrecostes derivados de los tributos autonómicos.

Lleva razón la recurrente cuando sostiene que en la Orden por la que se fijaron los peajes de acceso para 2013 debieron incluirse las partidas correspondientes a este concepto, una vez que el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio (RCL 2012, 976, 997) , de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, había reformado el artículo 17.4 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre (RCL 1997, 2821) , del Sector Eléctrico, precisamente para que se incorporaran aquellos suplementos territoriales.

El apartado 4 del artículo 17 de la Ley 54/1997, tras su reforma por el Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997) , dispuso, a estos efectos, que "[...] En caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente, con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales, al peaje de acceso se le incluirá un

suplemento territorial que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma".

El nuevo precepto configuraba, pues, como obligatorios los suplementos territoriales que compensaran los sobrecostos provocados por los tributos autonómicos. En el preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997) se expresaba sin ningún tipo de restricciones lo que, efectivamente, la lectura del artículo 17.4 revelaba: "La obligatoriedad de imponer el suplemento territorial en los peajes de acceso y tarifas de último recurso, debiendo ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma".

La decisión de naturaleza legislativa era clara y terminante, quedando fundada desde el punto de vista político y económico en las razones que constaban en aquel preámbulo, a la vista de las no deseables consecuencias que "la proliferación de distintos tributos sobre las actividades de suministro eléctrico" venía provocando en el sector eléctrico, "con las consiguientes distorsiones para la unidad de mercado", con lo que "decisiones adoptadas en el ámbito autonómico afectarían al conjunto de consumidores en el ámbito nacional, en términos que no resultarían justificados".

No ha sido objeto de debate que a comienzos del año 2013 existían figuras tributarias de naturaleza autonómica que gravaban directa o indirectamente las actividades eléctricas en sus respectivos territorios. A partir de este hecho indiscutido, repetimos, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo debía haber incluido en la Orden de peajes para 2013 los suplementos territoriales correspondientes a cada una de las Comunidades Autónomas que tuviesen implantados aquellos tributos, de modo que los consumidores ubicados en ellas sufragasen los costes derivados de las decisiones de sus propios órganos representativos, los que habían creado aquellos tributos. Y de hecho en la primera versión de la Orden ahora impugnada así se hizo: la propuesta inicial de la Secretaría de Estado de Energía incluía una partida de 200 millones de euros como "ingresos derivados de la aplicación del artículo 17 de la Ley 54/1997, por imposición de tributos autonómicos".

Las razones por las que esta propuesta inicial fue abandonada en la redacción final de la Orden IET/221/2013 (RCL 2013, 262) no aparecen en ésta, pero es de suponer que coincidan con las objeciones que había opuesto al respecto la Comisión Nacional de Energía en su informe 35/2012. En síntesis, se basaban en la falta de desarrollo reglamentario del artículo 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, ambos según la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997). Dado que aún no se había determinado, conforme establecía la Disposición adicional decimoquinta de aquel Real Decreto-ley, "los concretos tributos y recargos que serán considerados a efectos de la aplicación del suplemento territorial a los peajes de acceso y tarifas de último recurso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como los mecanismos necesarios para su gestión y liquidación", no era posible -siempre a juicio de la Comisión Nacional de Energía- incorporar los suplementos territoriales a la Orden de peajes. Argumentación que

también emplea en el presente recurso el Abogado del Estado cuando considera que la no inclusión de dichos suplementos en la Orden deriva de la "inexistencia del imprescindible desarrollo normativo previo de la cita previsión legal".

El argumento "exculpatorio" no es de recibo ante la claridad e incondicionalidad de la obligación legal y el tiempo transcurrido desde la aprobación del Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997) (julio de 2012) hasta la aprobación de la Orden IET/221/2013 (RCL 2013, 262) (febrero 2013). Ninguna dificultad insoslayable existía para que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo hubiera determinado en ese lapso de tiempo, conforme a la Disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012 (RCL 2012, 976, 997) , los "concretos tributos y recargos" que necesariamente debían ser considerados a efectos del suplemento territorial. Y como con buen criterio afirma la sociedad recurrente, "en ningún caso puede el Ministerio ampararse en la falta del cumplimiento de este ejercicio para no incluir en los peajes de acceso los suplementos territoriales específicos, ya que es el mismo órgano de la Administración el obligado a incluir los suplementos en los peajes y el habilitado a proceder a la determinación previa de todos los impuestos autonómicos a los que se refiere el art. 17.4, así como los mecanismos necesarios para la gestión y liquidación de los suplementos territoriales. No puede el Ministerio ampararse en su falta de actividad para la no incorporación del suplemento territorial".

En efecto, el no uso de la habilitación por parte del Ministerio no puede traducirse en una clara infracción del precepto legal que, además de frustrar para el año 2013 el designio de los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, suponía un perjuicio para las empresas gravadas por los respectivos tributos y recargos autonómicos, cuyo importe (sobrecoste, en la dicción legal) debía ser obligatoriamente incluido en la Orden de peajes a título de suplemento territorial y satisfecho por los consumidores de las distintas Comunidades autónomas que habían establecido aquellas figuras tributarias. La misma Administración que debía, imperativamente, desarrollar el proceso de concreción de los tributos para fijar los suplementos territoriales compensatorios de la carga no puede, a posteriori , apoyarse en su proceder contrario a la norma (esto es, no puede escudarse en su inactividad cuando estaba obligada al desarrollo reglamentario) para defender la validez de la Orden IET/221/2013 (RCL 2013, 262) en este punto.

En último extremo, vigente como estaba el mandato legal en las fechas que ya se ha dicho de 2012, incluso si el Ministerio de Industria, Energía y Turismo no había procedido -en contra de aquél- a su desarrollo reglamentario en los primeros meses del año 2013, ello no era óbice para dejar de incluir la previsión de ingresos correspondiente en la Orden de peajes para el referido año 2013. De hecho, una previsión con cierta analogía -la ya analizada sobre el ulterior crédito extraordinario de dos mil millones de euros- fue incorporada a aquella Orden en el mes de febrero cuando aún no había sido aprobada la que más tarde sería la Ley 15/2013, de 17 de octubre (RCL 2013, 1516) , tal como hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto de esta misma sentencia." (fundamento de derecho séptimo)

Frente a esa previsión imperativa de imponer un suplemento territorial que habría de repercutirse íntegramente a los consumidores, la Ley de 2013 en vigor estipula lo siguiente:

"Artículo 16. Peajes de acceso a las redes y cargos asociados a los costes del sistema.

[...]

4. En caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente, con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales, en el peaje de acceso o cargo que corresponda podrá incluirse un suplemento territorial que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

En el caso de que los tributos sean de carácter local, salvo los contemplados en el artículo 59 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo (RCL 2004, 602, 670) , en el peaje de acceso o cargo que corresponda se le podrá incluir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado.

Por orden del titular del Ministerio de Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Hacienda y Administraciones Públicas se determinarán, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los concretos tributos y recargos que serán considerados a efectos de la aplicación de los citados suplementos territoriales, así como los mecanismos necesarios para la gestión y liquidación de tales suplementos."

Del texto reproducido se deriva sin género de duda alguna que la inclusión de un suplemento ha pasado a ser opcional para la Administración ("podrá incluirse un suplemento territorial", tanto para los tributos autonómicos como para los locales) y que, de incluirse, habrá de cubrir la totalidad del sobrecoste producido por el tributo . La argumentación indirecta de la recurrente (el marco normativo vigente no admite que los sobrecostes generados por los tributos autonómicos y locales sean retribuidos con cargo al sistema eléctrico) se basa en preceptos referidos a otros aspectos de la regulación y tal esfuerzo interpretativo no puede prevalecer frente a una previsión expresa y específica referida expresa y directamente a la cuestión litigiosa." (fundamento de derecho quinto)

CUARTO

.- Sobre los intereses relativos al déficit de 2013.

Como hemos indicado ya en el resumen inicial de las alegaciones formuladas por la demandante, Endesa ha manifestado su desistimiento parcial de esta pretensión como consecuencia de la aprobación del Real

Decreto 1048/2018, de 24 de agosto (RCL 2018, 1234) , que daba satisfacción a su reclamación de los referidos intereses. Mantiene su demanda, sin embargo, en lo que se refiere a los intereses de demora devengados por los intereses que ya le han sido reconocidos.

El Abogado del Estado opone varias razones para rechazar esta pretensión: 1) la desestimación del recurso de Endesa contra la Orden IET 107/2014, de 31 de enero, en que se regulaban estos intereses, recurso en el que, además, la actora no había planteado esta cuestión; 2) la falta de legitimación por haber cedido los derechos de cobro relativos al déficit de 2013 a diversas entidades financieras; 3) que la pretensión sustantiva se ha visto satisfecha en otro procedimiento entablado por UNESA en el que la sentencia de 27 de marzo de 2018 [sic] (RJ 2017, 1287) (recurso 80/2015) ha anulado el artículo 3 del Real Decreto 1054/2014, de 12 de diciembre (RCL 2014, 1649) , y los artículos 7.2 y 3 de la Orden 2444/2014, de 19 de diciembre (RCL 2014, 1725y RCL 2015, 151) ; y 4), en escrito posterior, que esta Sala ha reconocido estos intereses de demora a las entidades que recurrieron la Orden IET/2735/2015 (RCL 2015, 2044) en las sentencias de 4 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5149) y 13 de abril de 2018 (RJ 2018, 1671) (recursos 3349/2016 y 895/2016 respectivamente), pero sólo a ellas y desde la fecha de interposición de los recursos.

Pues bien, en la sentencia de 28 de abril de 2015 (RJ 2015, 3535) (recurso 376/2013), esta Sala sentó la doctrina de que las cantidades aportadas para la financiación del déficit del sistema eléctrico en un ejercicio generaban intereses desde la fecha de cada aportación. En concreto y en relación con el déficit de 2013 dicha doctrina ha sido recogida de nuevo en las sentencias de 3 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5827) (recurso 79/2015), de 27 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1287) (recurso 80/2015) y en las invocadas por el Abogado del Estado de 4 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5149) y 13 de abril de 2018 (RJ 2018, 1671) (recursos 3349/2016 y 895/2016 respectivamente, dirigidos contra la orden 2735/2015 (RCL 2015, 2044) por Iberdrola y Gas Natural). Por otra parte, los intereses de demora los hemos reconocido en las citadas sentencias de 4 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5149) y 13 de abril de 2018 (RJ 2018, 1671) desde la fecha de interposición de los recursos por las mercantiles Iberdrola y Gas Natural contra la orden 2735/2015 (RCL 2015, 2044) , sobre los peajes para 2016, que contenía previsiones sobre las cantidades previstas para el pago correspondiente al déficit de 2013.

En relación ahora con la pretensión deducida por la parte respecto a los intereses de demora sobre los intereses de las cantidades aportadas en 2013 para el déficit de dicho año, lo cierto es que como consecuencia de las cuatro sentencias ya citadas sobre el déficit de dicha anualidad, la Administración ha dictado el Real Decreto 1048/2018, de 24 de agosto (RCL 2018, 1234) , que modifica el artículo 3 del Real Decreto 1054/2014, de 12 de diciembre, precepto que regula el pago del importe pendiente de cobro del déficit del año 2013, de forma que se reconoce el derecho a la percepción de los intereses de conformidad con la interpretación sentada por esta Sala. Esta nueva regulación del cobro de dicho déficit es lo que ha determinado el desistimiento por parte de la actora de la pretensión principal relativa a los intereses devengados por las cantidades aportadas para la financiación del déficit de 2013.

Así pues, dado que dicho Real Decreto es la disposición que específicamente regula con carácter general y con la finalidad de ajustar la regulación sobre el cómputo de dichos intereses relativos a la financiación del déficit de 2013 a la jurisprudencia de esta Sala, es a dicha disposición y no a la orden ahora impugnada a la que, en su caso, podría imputarse la supuesta irregularidad de no haberle reconocido los intereses de demora. No procede por tanto pronunciarnos ahora sobre las razones de fondo contrarias a dicha pretensión formuladas por el Abogado del Estado, al existir esta nueva norma que modifica el pago de la financiación del déficit de 2013 y el cálculo de los intereses correspondientes y cuya regulación no debe ser valorada en este procedimiento.

Por consiguiente, de entender Endesa que el Real Decreto 1048/2018 (RCL 2018, 1234) ha regulado el cómputo de intereses en forma que la parte considera insatisfactoria por no abonarle los intereses de demora, debe hacer valer tal pretensión frente a dicha norma y no frente a la aquí impugnada.

QUINTO

.- Sobre los intereses relativos al déficit de 2012.

En el fundamento de derecho cuarto del escrito de demanda, la parte alega que la Orden impugnada es contraria a derecho (en concreto, el artículo 5.1) en tanto no se reconocen los intereses relativos al déficit ex ante de 2012 desde la fecha que se abonaron las cantidades destinadas a su financiación. Asimismo impugna el artículo 2.1.iii del Real Decreto 437/2010, de 9 de abril (RCL 2010, 1083, 1482) , por deducirse del mismo que los referidos intereses se devengan a partir del 1 de enero de 2013.

Como ya se ha indicado en el fundamento precedente de esta sentencia, hemos fijado ya con relación al devengo de los intereses procedentes de las cantidades aportadas para financiar los déficits del sistema eléctrico que los mismos han de computarse desde que se aportan de manera efectiva las diversas cantidades. Pero la cuestión a decidir no es esa controversia, ya resuelta por esta Sala, sino si la Orden de peajes para 2017 es contraria a derecho por no incluir al pago de los intereses del déficit ex ante de 2012 en la forma indicada.

El Abogado del Estado arguye que la orden IET/1491/2013 (RCL 2013, 1216) estableció la cantidad de los intereses correspondientes a la anualidad de 2012; que fue impugnada por la demandante, estimándose su pretensión relativa al momento de devengo de los intereses de las cantidades aportadas para la financiación del desajuste temporal de 2012, pero que Endesa no había impugnado dicho concepto en relación al déficit ex ante. Así, en ejecución de sentencia y ante la reclamación de la parte, el Auto de 25 de abril de 2016 (JUR 2016, 95912) estableció lo siguiente:

"De la simple lectura de los términos transcrito se constata que la Sentencia a ejecutar se pronuncia exclusivamente, en respuesta al planteamiento y suplico de la demanda, en relación con el desajuste temporal de 2012 y no respecto al déficit ex ante del mismo ejercicio. Esto es, la Sentencia se pronuncia sobre el desajuste entre las estimaciones de ingresos y gastos elaboradas por el Gobierno, no respecto al citado déficit ex ante , que se integra ya en las estimaciones sobre el desarrollo del ejercicio."

Sin embargo, existe una cuestión previa que determina la desestimación de esta pretensión. En efecto, como indicamos en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el artículo 5 de la orden impugnada contempla determinadas cantidades para desajustes de anualidades pasadas, pero nada dice respecto a la anualidad de 2012. Pues bien, en este caso y al igual que ocurría con las cantidades descontadas en la aplicación del régimen del bono social luego invalidado -cuestión examinada en el fundamento jurídico anterior-, no hay ninguna razón para entender que esta orden de peajes para 2017 estuviera obligada a contemplar tal cuestión, que no ha sido reclamada por la actora frente a disposiciones que sí hacían referencia a dicha anualidad (como en su recurso contra la Orden 1491/2013 (RCL 2013, 1216)) ni consta que haya sido solicitada directa y expresamente a la Administración como una cantidad que se le adeudara por haber sido indebidamente omitida en las sucesivas órdenes de peajes y que ello determinara la necesidad de su consideración en esta precisa orden. En suma, no puede imputarse ilegalidad a una orden de peajes por no incluir unas cantidades que no afectan a dicha anualidad ni han sido contempladas por ella como posibles cantidades pendientes.

SEXTO

- Conclusion y costas.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores, hemos de desestimar el recurso interpuesto por Endesa contra la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre (RCL 2016, 1465) , por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la parte actora, hasta un máximo de 4000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

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

1

Desestimar el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Endesa, S.A. contra la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre (RCL 2016, 1465) , por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017.

2

Imponer las costas a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Fernando Roman Garcia.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-