

ACUERDO POR EL QUE SE ATIENDE LA SOLICITUD DE INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA Y MINAS PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONTRA LA ORDEN IET/2442/2013, DE 26 DE DICIEMBRE Y CONTRA LA ORDEN IET/107/2014, DE 31 DE ENERO RESPECTO A ELÉCTRICA LOS MOLINOS S.L.

Expediente nº: INF/DE/070/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

D. Benigno Valdés Díaz

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 14 de septiembre de 2017

Vista la solicitud de informe formulada por la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) en relación con la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo contra la Orden IET/2442/2013, de 26 de diciembre y contra la Orden IET/107/2014, de 31 de enero en lo relativo a la empresa R1-079 Eléctrica Los Molinos S.L, y en el ejercicio de la función que le atribuye el artículo 7.34 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA ha acordado emitir el siguiente informe:

1. Antecedentes

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sector eléctrico, estableció en su artículo 3.1 la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica desde el 1 de enero de 2013 hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y en el anexo I la metodología de cálculo del segundo período retributivo en que quedó dividido dicho año. Igualmente, en su artículo 4.2 y en su anexo II se estableció la metodología de cálculo de la retribución a la actividad de distribución correspondiente al año 2014.

El 28 de febrero de 2014, la empresa Eléctrica Los Molinos S.L. (en adelante Los Molinos) interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando la

nulidad del artículo 7 y el anexo IV de la Orden IET/2442/2013 y del artículo 3.2 y el anexo II de la Orden IET/107/2014, así como la aprobación de una nueva retribución correspondiente al segundo período del año 2013 y al año 2014, calculada teniendo en cuenta el “factor alfa” propio de Los Molinos resultante de la información regulatoria de costes de dicha empresa.

El “factor alfa” al que alude el recurso de Los Molinos es un parámetro que interviene en el cálculo de la retribución del segundo período de 2013 e, indirectamente, en la de 2014. El anexo I del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, define este factor alfa de la siguiente forma: *“ α Es un coeficiente que refleja para cada una de las empresas de distribución, qué cantidad en base uno de retribución se destina a retribuir los costes de operación y mantenimiento y otros costes de distribución incurridos por las empresas, excepción hecha de los costes de naturaleza comercial. El valor de este parámetro se obtendrá tomando como base la información regulatoria de costes.”*

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4.1 del Real Decreto-ley 9/2013, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo efectuó el cálculo de las retribuciones del segundo período de 2013 conforme a lo establecido en el anexo I de dicho RDL. Para este cálculo, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4.3, se utilizó el factor alfa medio del sector para los distribuidores con menos de 100.000 clientes conectados a sus redes.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del TRIBUNAL SUPREMO, en su Sentencia 172/2016 del 2 de febrero, declaró la nulidad de los artículos y anexos de ambas Órdenes recurridos por la empresa, *“en lo relativo a Eléctrica Los Molinos”*, y reconoció el derecho de la misma a que se determine su retribución para los períodos recurridos *“...en los términos recogidos en el fundamento de derecho cuarto”* de la Sentencia. En el fundamento de derecho cuarto se señala lo siguiente: *“Se le reconoce asimismo el derecho de la actora a que se determine la retribución correspondiente a dichos períodos de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 9/2013, calculando el factor alpha a partir de la información regulatoria proporcionada a la Comisión Nacional de Energía...”*

El 3 de Octubre de 2016, tuvo entrada en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo una solicitud de Los Molinos para que, en cumplimiento de la Sentencia mencionada, se determine la retribución correspondiente a los mencionados períodos, teniendo en cuenta la información regulatoria de costes propia de la empresa.

Por último, el 2 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Registro de la CNMC oficio de la DGPEM donde *“...se solicita a esa Comisión copia de la información que obraba en la extinta Comisión Nacional de Energía que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, hubiera sido aportada con anterioridad a aprobación de la Orden IET/2442/2013, de 26 de diciembre, y*

que, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, resulte conforme con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo. Asimismo, en el caso de haber aportado tal documentación, se solicita de esa Comisión, la propuesta de retribución para la empresa Eléctrica Los Molinos S.L., para el segundo período del año 2013 y para el año 2014.”

2. Solicitud de Eléctrica Los Molinos S.L.

Los Molinos, en su solicitud al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, reclama al amparo de la citada sentencia, que se determine su retribución para ambos períodos usando el factor alfa de la propia empresa, para lo que, en su opinión, “...debe partirse de la información regulatoria que fue remitida a la Comisión Nacional de Energía, debidamente auditada, en cumplimiento de lo establecido en Circular 2/2013, de 31 de julio de 2013 de la Comisión Nacional de Energía, así como de la facilitada a esa Dirección General mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2013,...”. Y acompaña a esta solicitud copia del escrito y la información contable que presentó en el mencionado Ministerio en fecha 19 de noviembre de 2013, pero no copia alguna del justificante del Registro de la CNE.

La información que Los Molinos entregó en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo no puede ser considerada suficiente para calcular el factor alfa de la empresa por los siguientes motivos:

- 1) La información regulatoria requerida a las empresas distribuidoras para el cálculo de la retribución de 2013, es la que se solicita en la Circular 1/2012, de 8 de marzo, de la Comisión Nacional de Energía (CNE), que contiene los datos del año 2011 con los que se debe calcular la retribución del año 2013 (y por lo tanto el factor alfa). Los Molinos manifiesta que ha entregado una información regulatoria en base a la Circular 2/2013, de 31 de julio, que según la propia Circular debería contener los datos del año 2012 para calcular la retribución de 2014, y no la de 2013 en cuyo segundo período es donde se debe aplicar el factor alfa.
- 2) En los archivos de la CNMC, tanto físicos como electrónicos, no figura la información contable que aporta la empresa en su solicitud, y que fue entregada en el registro del Ministerio de Industria, Energía y Turismo el 19 de noviembre de 2013.
- 3) Ni en el Registro físico ni en el electrónico de la extinta CNE, figura la entrega de esta documentación contable de Los Molinos entre el 14 de agosto de 2013, fecha de la publicación en el BOE de la Circular 2/2013, y el 28 de diciembre de 2013, fecha de la publicación de la Orden IET/2442/2013.
- 4) Aunque la información regulatoria debía ser entregada a la CNE, tal como indican las dos Circulares mencionadas y como señala la propia sentencia del Tribunal Supremo, incluso en el supuesto de aceptar como

tal la información contable aportada por Los Molinos al Ministerio el 19 de noviembre de 2013, basada en la Circular 2/2013, de 31 de julio, según manifiesta la propia empresa, dicha información tampoco sería válida ya que a estos efectos adolece de lo siguiente:

- La información no cumple con los requisitos y formatos de la Circular 2/2013, ni tampoco con los de la 1/2012
- El informe de auditoría tampoco cumple con los requerimientos de ambas Circulares.
- De esa información, que según la Circular 2/2013 debería corresponder al año 2012 aunque el informe de auditoría dice que es de 2011, la empresa en su escrito al Ministerio deduce que “...el valor auditado de los OPEX del año 2011 de esta empresa distribuidora es 920.006 €”, sin aportar más información de cómo se ha obtenido esta cifra.
- Y por último, y en todo caso, la información habría incumplido los plazos de entrega establecidos tanto en la Circular 1/2012 como en la 2/2013, ya que fue entregada en el Ministerio el 19 de noviembre de 2013.

3. Cálculos por aplicación de la Sentencia

Como ya se señaló anteriormente, la Sentencia 172/2016 del 2 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del TRIBUNAL SUPREMO, dice lo siguiente: “*Se le reconoce asimismo el derecho de la actora a que se determine la retribución correspondiente a dichos períodos de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 9/2013, calculando el factor alpha a partir de la información regulatoria proporcionada a la Comisión Nacional de Energía,...*”

Como también se ha indicado ya, la información regulatoria requerida a las empresas distribuidoras para el cálculo de la retribución de 2013, es la que se solicita en la Circular 1/2012, de 8 de marzo, de la Comisión Nacional de Energía (CNE), que contiene los datos del año 2011 con los que se debe calcular la retribución del año 2013. En la Sede Electrónica de la CNE, en el procedimiento que regulaba la Circular 1/2012, se insertó la siguiente nota: “*En aplicación del último párrafo del punto Tercero de la Circular 1/2012, de 8 de marzo (B.O.E. de 20 de julio de 2012), para las empresas distribuidoras de menos de 100.000 clientes conectados a sus redes se modifican los formularios de remisión de información y el método de recepción de la misma, de acuerdo a lo dispuesto en el procedimiento administrativo denominado [Calculo Retribución 2013](#).*”

De acuerdo con lo que se indica en el procedimiento mencionado, la empresa Los Molinos, al igual que el resto de empresas con menos de 100.000 clientes, remitió a la CNE un formulario excel con la información regulatoria requerida, que se adjunta como anexo al presente informe, referida a datos al 31 de

diciembre de 2011 necesarios para calcular la retribución de 2013, así como la auditoría de dichos datos.

La información recibida versaba fundamentalmente sobre las instalaciones eléctricas de cada empresa a 31 de diciembre de 2011, además de otros datos complementarios como número de clientes, potencias y energías, etc, incluyendo una muy somera información contable: Balance y Cuenta de Resultados resumidos al mínimo desglose (ver anexo)

En principio, en el año 2013 comenzaba el segundo período regulatorio de los contemplados en el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, que era el vigente en aquel momento. Dado que las retribuciones para 2013 establecidas en la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, tenían el carácter de provisionales, la CNE, con fecha 6 de junio de 2013 y utilizando para ello los datos de la información regulatoria de la Circular 1/2012, elaboró el informe denominado PROPUESTA DE RETRIBUCIÓN DE REFERENCIA PARA EL PERIODO REGULADORIO 2013-2016 DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS CON MENOS DE 100.000 CLIENTES CONECTADOS A SUS REDES - APLICACIÓN AL EJERCICIO 2013

En este informe, y basándose en “...la información regulatoria proporcionada a la Comisión Nacional de Energía...” tal como dictamina la Sentencia del Tribunal Supremo, la CNE realizó el cálculo de la retribución para 2013 de las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes, en función de tres posibles métodos a utilizar para ello, los denominados: Método del RAB implícito, Método del RAB explícito y Método Contable.

Para los dos primeros, la CNE disponía de todos los datos necesarios, debidamente auditados, con el suficiente detalle como para poder realizar un cálculo de la retribución de conformidad con las premisas de cada uno de los dos métodos. Para estos dos métodos, el factor alfa resultante era el mismo, y en el caso de Los Molinos resultó ser: $\alpha = 0,3201963$

Sin embargo, aunque los datos contables disponibles para estos distribuidores eran absolutamente insuficientes por su escaso, o casi nulo, desglose (ver anexo), la CNE también incluyó un mero ejercicio teórico de la aplicación del método contable para estos distribuidores, entre otras razones por mantener la estructura del otro informe paralelo realizado para las distribuidoras con más de 100.000 clientes que, de estas sí, se disponía del suficiente desglose contable a nivel de tres dígitos, como para poder separar “...los costes de operación y mantenimiento y otros costes de distribución...” necesarios para calcular el factor alfa a partir de datos contables.

En cualquier caso, y haciendo unas simplificaciones, porque no había más datos, que en muchos casos se alejaban bastante de la realidad, en el informe se hace el cálculo por el método contable para los distribuidores con menos de 100.000 clientes, y de sus resultados se deduce que para Los Molinos el factor alfa sería: $\alpha = 0,6279201$

El propio informe de la CNE advertía sobre la dificultad de usar el método contable con los escasos datos disponibles, y señala literalmente lo siguiente: *“No obstante lo anterior, los análisis que se hagan con estos datos y los resultados que se puedan obtener con ellos deben ser tomados con mucha precaución y considerarlos como una mera aproximación a la realidad en el mejor de los casos”*, y a continuación enumera los motivos que apoyan esta prevención. Y por último, en el punto dedicado a “CONSIDERACIONES SOBRE LAS TRES METODOLOGÍAS”, refiriéndose al método contable y a modo de resumen dice el propio informe: *“Por todo ello, si bien es cierto que en el caso de las grandes empresas distribuidoras el método contable ha podido servir como método de contraste, dada la fiabilidad de la información contable disponible, en el caso concreto de las empresas distribuidoras de menos de 100.000 clientes tanto su enorme heterogeneidad, el origen de un buen número de empresas de este colectivo –negocios familiares o unipersonales– no obligados a la llevanza de ningún tipo de contabilidad oficial hasta la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico, la no obligación de separación de cuentas, los distintos criterios contables usados, así como la propia escasez de datos, hace que el análisis que se haga a partir de este método deba ser tomado con enorme cautela.”*

Por último, señalar que el método que finalmente estableció el Real Decreto-ley 9/2013 en su anexo I es precisamente el “Método del RAB implícito”, en el cual el factor alfa es el mismo que en el método del RAB explícito, por lo que, en principio, parecería más lógico usar el factor alfa que se deriva de la información regulatoria usada para calcular estos dos métodos, y no la usada para calcular el método contable.

Sin perjuicio de lo hasta ahora expuesto, para el caso de que se considere que la sentencia obliga necesariamente a tener en cuenta la información facilitada por Los Molinos en su escrito presentado ante el Ministerio el 19 de noviembre de 2013, se incluyen los cálculos correspondientes en la tabla que figura a continuación.

En todo caso, las retribuciones del segundo período de 2013 y del año 2014 que actualmente tiene asignadas Los Molinos al habersele aplicado el factor alfa medio del sector, así como aquellas que le corresponderían por aplicación de la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, en función de la información regulatoria que se emplee para el cálculo del factor alfa, son las siguientes:

Información regulatoria usada	Factor Alfa	Retribución segundo período 2013 (€)	Retribución total de 2013 (€)	Retribución del año 2014 (€)
Factor α medio sector (Retribución actual)	0,3495767	610.107	1.421.330	1.716.163
RAB implícito y explícito (Inventario)	0,3201962	606.336	1.417.559	1.702.468
Método contable (Circular 1/2012)	0,6279201	645.835	1.457.058	1.912.374
Contabilidad entregada al Ministerio en 2013	0,60	642.252	1.453.474	1.833.472

4. Conclusiones

PRIMERA. Por las razones expuestas en el punto 2. *Solicitud de Eléctrica Los Molinos S.L.* del presente informe, se estima que no procede aplicar la información entregada por la empresa en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2013, para calcular el factor alfa propio de la empresa, por no ser la información regulatoria solicitada.

SEGUNDA. Por las razones expuestas en el punto 3. *Cálculos por aplicación de la Sentencia*, y sobre todo teniendo en cuenta que el método dispuesto finalmente por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, fue el denominado “Método del RAB implícito”, lo más acertado es aplicar el factor alfa que se deriva de este Método y que para la empresa Eléctrica Los Molinos S.L. resultó ser de $\alpha = 0,3201962$. Al aplicar este valor del factor alfa, las retribuciones de esta empresa resultan ser de **606.336 €** para el segundo período de 2013, y de **1.702.468 €** para el año 2014.

TERCERA. Si se aplica el factor alfa derivado de la escasa información regulatoria contable disponible para los distribuidores con menos de 100.000 clientes, las retribuciones de esta empresa resultarían ser de **645.835 €** para el segundo período de 2013, y de **1.912.374 €** para el año 2014. No obstante, en el punto 3. *Cálculos por aplicación de la Sentencia* se exponen los motivos por los que se estima que esta opción no es la más correcta a juicio de esta Sala.

CUARTA. Sin perjuicio de lo señalado en la conclusión PRIMERA, si se considera que la sentencia del Tribunal Supremo exige de manera inexorable la aplicación del factor alfa tal como ha sido aportado por Los Molinos en el escrito presentado ante el Ministerio el 19 de noviembre de 2013, las

retribuciones de esta empresa sería r de **642.252 €** para el segundo período de 2013, y de **1.833.472 €** para el año 2014.

Remítase el presente informe a la Dirección General de Política Energética y Minas

ANEXO

**INFORMACIÓN REGULATORIA REMITIDA POR ELÉCTRICA LOS
MOLINOS S.L. A LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, EN
CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN LA CIRCULAR 1/2012, DE 8 DE
MARZO**

(CONFIDENCIAL)