

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO XABIER ORMAETXEA EN RELACIÓN A:

“INFORME SOLICITADO POR LA SECRETARÍA DE ESTADO DE ENERGÍA SOBRE LA PROPUESTA DE ORDEN POR LA QUE SE EJECUTA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 481/2020 EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD PARA EL INTERÉS PÚBLICO DE 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.”

APROBADO POR LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC EN SU SESIÓN DE 26 DE MAYO DE 2022, EN EL PUNTO 2.27 DE SU ORDEN DEL DÍA. Nº EXPEDIENTE: INF/DE/045/22.

El consejero que suscribe se ratifica en su voto negativo al asunto de referencia y consecuentemente con el anuncio realizado y que consta en acta formula el siguiente voto particular en disconformidad con el acuerdo de la sala.

1.- Respecto a la valoración de las alegaciones relativas a la infra-retribución (si bien la infra-retribución no es un aspecto que tenga que ver con el fondo del asunto).

En el informe se intenta demostrar que no existe infra-retribución utilizando el valor neto contable. La Comisión y el Ministerio descartaron utilizar el valor neto contable en 2014 para determinar la retribución de la distribución.

Justificación:

La metodología vigente asigna un papel muy concreto al empleo de los valores contables, por lo que no procede ahora el replantearse nuevos usos de los mismos.

Si se optó por estimar los inmovilizados para retribuir en base al coste de reposición, no es válido basarse en los valores contables como excusa para no aplicar la metodología prevista, que podría dar lugar a atribuir una sobre retribución a la metodología del coste de reposición.

La propia CNMC, en los años previos a la aplicación de la metodología retributiva del RD 1048/13, descartó su uso debido a la gran dispersión en las prácticas contables de las empresas. De hecho, el propio informe de la Comisión presenta resultados muy dispares en la comparación entre el valor regulatorio y el valor contable (diferencias de 24% para i-DE, 51% para Viesgo y 37% para Hidrocantábrico), lo que nos debe permitir cuestionar la validez del análisis realizado y refuerza la decisión que se tomó en su día de no emplear los datos contables.

Utilizar ahora los valores contables significaría descalificar la metodología diseñada por el propio el Ministerio y la Comisión y aprobada en la legislación. Nótese además que en la metodología vigente sólo se usan datos contables para obtener cocientes que sirven a su vez para calcular las vidas remanentes, nunca se usan en valor absoluto.

En todo caso, es cuestionable que a estos efectos se compare el inmovilizado neto regulatorio y el contable, descontando de este último el importe de la actualización de balances, cuya principal finalidad es precisamente actualizar el valor de los activos para que estos se aproximen a su valor real¹.

¹ La actualización de balances se descontó por el efecto que esta podría tener sobre el cálculo de la vida residual, no porque dicha actualización no permita reflejar mejor el valor real de los activos.

De hecho, si se consideran éstos, no se produciría la situación de sobre retribución que parece sugerir el propio informe.

Por lo tanto, el ejercicio llevado a cabo por la Comisión para concluir que no existe una infra-retribución de las empresas parte de premisas erróneas e incompatibles con la metodología aprobada. Únicamente si se descuentan del Inmovilizado Bruto Contable sólo los ETAM² que estaban fuera de servicio a 31 de diciembre de 2014, las empresas distribuidoras percibirán la retribución adecuada como señala la ley del sector eléctrico.

2.- Respecto a la valoración de las cuentas reformuladas.

a.- El Tribunal Supremo, el Consejo de Estado y la propia Comisión están de acuerdo en que se deben descontar los ETAM que no estén en servicio.

Justificación:

La CNMC debe hacer los cálculos conforme a la Sentencia de declaración de lesividad utilizando las cuentas reformuladas de 2014, que son las únicas legales y válidas.

La propia sentencia, en su fundamento de derecho undécimo, reconoce que corresponde a las empresas dar de baja los ETAM fuera de uso, adecuando para ello su contabilidad. Las cuentas anuales de 2014 tal como se formularon inicialmente no existen ya, por lo que es imposible realizar los cálculos sobre la base de unas cuentas inexistentes.

Las nuevas cuentas han sido aprobadas por los órganos de gobierno de las distribuidoras (en algunos casos, consejos de administración con consejeros independientes) y auditadas por empresas auditoras de primer nivel. El no aceptarlas como válidas basándose en criterios subjetivos cuestiona la fiabilidad del proceso de certificación de la información económico-financiero de las compañías del sector sin prueba alguna. Esto genera una inseguridad jurídica fuera de lugar.

Además, una empresa aportó un informe pericial con el cálculo de los ETAM fuera de servicio en el seno del procedimiento judicial. Este informe pericial es anterior a la sentencia de lesividad, lo cual descarta su posible oportunismo. Dicho informe fue ratificado con todas las garantías exigidas en sede del Tribunal Supremo y fue aceptado por la Administración al no ser objeto de una “contra-pericial” alternativa por las otras partes del proceso.

b.- No se pueden rechazar en su totalidad los informes periciales realizados por las compañías. Si la Comisión considera que no tienen la precisión adecuada y que existen mejores alternativas de cálculo, debe realizar un informe al respecto dentro del ámbito de sus competencias.

Justificación:

La CNMC no puede escudarse en que la información es imperfecta para no aplicar la metodología vigente, cuando ésta ya incluye numerosas aproximaciones y estimaciones.

Calcular las retribuciones de las empresas no es tarea nada fácil y por ello se realizaron las citadas estimaciones. Por ese motivo, sorprende que ahora se rechace íntegramente por ejemplo un informe pericial al incluir estimaciones razonables. Incluso rechaza como válidos datos que considera

² Elementos Totalmente Amortizados

suficientemente certificados, como se señala en la tabla del Dictamen pericial de SARELAN de febrero de 2019, recogido en la página 20 donde se dan por buenos los puntos 1.1 y 1.2.

Las aproximaciones de los informes periciales presentados son la mejor opción que se ha encontrado por las empresas para aproximarse a la realidad en la medida de lo posible ante una situación de partida de información imperfecta. El que un cálculo no pueda realizarse de manera perfecta no exime de la responsabilidad de que se tenga que realizar con la mejor información disponible para la correcta aplicación de la metodología aprobada.

Es incongruente dar la razón en el fondo del asunto y no dar ninguna solución escudándose en que no se garantiza el vínculo individual entre la contabilidad y cada elemento del inventario. Este vínculo no existe para activos anteriores a 1974 y es imposible de soslayar para todas las empresas. El criterio de la Comisión expuesto en el informe supondría que estos activos totalmente amortizados y fuera de servicio no podrían darse de baja en ningún momento de la vida de las distribuidoras, lo cual no tiene ningún sentido.

Es la propia Administración la que ha atribuido un valor determinante a los ETAM fuera de servicio que no se han dado de baja reconociendo, en la propia metodología de cálculo de la vida residual, la existencia de esta situación en las empresas, cuando esta información no tenía especial relevancia a efectos de la información financiera.

Si el Dictamen del Consejo de Estado concluyó que la consideración o no de las instalaciones fuera de servicio es una “cuestión fundamentalmente técnica”, no parece razonable que esta Comisión no trate de despejar esa cuestión y se limite a concluir que el cálculo correcto de los ETAM a descontar no ha quedado debidamente acreditado por las compañías. Esto es incompatible con la Sentencia del Tribunal Supremo de la Lesividad, que indicaba que en la nueva fijación de la Vida Residual que ha de realizar la Administración han de excluirse obligatoriamente de la contabilidad los ETAM que cada empresa distribuidora logre probar que estaban fuera de servicio a 31 de diciembre de 2014: *“Sin perjuicio de que en la nueva asignación de Vida Residual que se efectúe se tengan en cuenta los elementos fuera de uso y que se excluyan del inmovilizado bruto, en función de la prueba que pueda aportar cada compañía”*.

La no toma de decisiones al respecto pudiera generar el establecimiento de una retribución a la distribución y sus empresas no acorde con la normativa. Por ello, no es fácilmente entendible que se rechacen los informes de las empresas sin proponer una alternativa mejor compatible con la metodología aprobada. La Comisión podría estar incurriendo en una *“dejação de funciones”*.

c.- La Comisión podría estar proponiendo un trato discriminatorio a las empresas en función de cuándo se realizaron las bajas contables de los activos fuera de servicio.

Justificación:

La CNMC no ha puesto objeciones y no ha cuestionado la contabilidad de las empresas que no han estado afectadas por el procedimiento de lesividad.

Así, hay casos de empresas que, en el año previo al inicio del primer periodo regulatorio (2013), presentaron en sus estados contables bajas significativas de ETAM. O casos en los que las cifras de ETAM de 2014 no guardaban relación con las presentadas en 2013 o 2015. La Comisión no ha cuestionado la validez de la metodología utilizada por estas empresas para proceder a la baja de estos activos.

Por tanto, ello podría indicar una posible doble vara de medir en un asunto con repercusión muy relevante en la retribución de las empresas.

3.- Respetto de los errores materiales.

La CNMC debería corregir de oficio los errores materiales que conozca, tanto los que descubra ella misma, como los que le han comunicado los agentes.

Justificación:

No puede haber trato discriminatorio entre empresas en este asunto. El informe se escuda en una argumentación meramente procesal, sin abordar lo realmente relevante, que es que existen unos errores conocidos por la Administración y que por tanto tiene obligación de subsanar en la propuesta de orden. Así, el hecho de que el Tribunal Supremo haya considerado que no son errores de hecho, sino de derecho, no invalida la existencia de los mismos, sino que establece que el camino administrativo para su subsanación no es el inicialmente planteado.

Es decir, ahondando en ello, la Comisión señala, en relación con los errores denunciados por una empresa acerca de la actualización de balances y los equipos de medida, que no los corrige porque existe una Sentencia del Tribunal Supremo que ha declarado que no son errores de hecho, sino jurídicos.

Sin embargo, tal declaración de TS se realizó a efectos estrictamente de decidir si cabía o no la estimación de un recurso administrativo extraordinario de revisión (recurso que tiene unos motivos muy tasados y que, dada la complejidad técnica del asunto, el TS entendió que la reclamación no cabía en lo contemplado para este tipo de recurso, puesto que requería de la elaboración fórmulas complejas).

Pero en modo alguno el TS ha cuestionado que tales errores existieran y fueran efectivamente cometidos (no entro al fondo del asunto), con lo que ahora si el Ministerio aprueba una orden sin contemplar los valores corregidos (como hizo con otras empresas), se procedería a un nuevo proceso judicial puesto que no existe justificación para la disparidad de trato dado por la CNMC a las diferentes empresas.

En concreto, el tema de corrección de errores afecta al valor asignado al parámetro Vida Residual Promedio (VR), reproduciendo los errores relativos a los Equipos de Medida y a la Actualización de Balances en los que había incurrido al dictar la Orden IET/980/2016, pese a que una de las empresas ha puesto de relieve tales errores ante ese Ministerio y la realidad de éstos nunca ha sido negada por aquél, ni en vía administrativa ni en vía judicial.

Específicamente los errores denunciados, entre otros, fueron los siguientes:

En cuanto a los Equipos de Medida, no se descontaron los importes correspondientes a los mismos ni en el Inmovilizado Material ni en la Amortización Acumulada.

Respetto de la Actualización de Balances, se realizó el descuento de un importe incorrecto en el Inmovilizado Material y no se realizó descuento ninguno en la Amortización Acumulada.

Se debe señalar que en cambio para el caso de BEGASA e HC, la CNMC corrigió en su momento, “de oficio”, acertadamente los errores detectados durante el nuevo cálculo.

Todo lo aquí señalado lo es en coherencia con el voto particular que se adjunta como Anexo para su consideración, realizado por este consejero al “ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME A SOLICITUD DE LA DGPEM PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE RETRIBUCION DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCION DE ENERGIA ELECTRICA PARA EL AÑO 2016”.

APROBADO POR LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC EN SU SESIÓN DE 15 DE OCTUBRE de 2020, EN EL PUNTO 3.10 DE SU ORDEN DEL DIA.

En Madrid, a 26 de mayo de 2022

XABIER ORMAETXEA GARAI
Consejero

ANEXO

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO XABIER ORMAETXEA EN RELACIÓN A:

“ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME A SOLICITUD DE LA DGPEM PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE RETRIBUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA EL AÑO 2016”

APROBADO POR LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC EN SU SESIÓN DE 15 DE OCTUBRE DE 2020, EN EL PUNTO 3.10 DE SU ORDEN DEL DÍA.

El Consejero que suscribe se ratifica en su voto negativo al asunto de referencia y, consecuentemente con el anuncio realizado y que consta en acta, formula el siguiente voto particular en disconformidad con el acuerdo de la Sala.

1. Respecto a la Reformulación de Cuentas, y la posibilidad de efectuar el cálculo con los valores de las cuentas del año 2014 reformuladas y depositadas en el Registro Mercantil, o hacerlo con las cuentas que existieron del año 2014 antes de la reformulación de las mismas

- Si el propio TS ha legitimado la posibilidad de reformular las cuentas anuales, en modo alguno puede un órgano como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), que carece de competencias para analizar la reformulación de cuentas, cuestionar las cuentas anuales reformuladas.
- El Órgano competente en todo caso para poner en cuestión dichas cuentas en primer lugar sería el ICAC, y no la CNMC. Si se pone en cuestión debiera tomarse alguna acción como denunciarlas.
Por tanto, si la reformulación de las cuentas anuales de 2014 ha sido efectuada con la conformidad de los auditores de cuentas externos a las compañías, en modo alguno puede la CNMC poner en tela de juicio las mismas pese a no existir ningún pronunciamiento administrativo o judicial que las cuestione.
- Las reformulaciones de cuentas de cada empresa se han registrado en los diferentes registros Mercantiles, competentes en el registro y en dar oficialidad a las cuentas de cada año. ¿Los diferentes Registros Mercantiles que son escrupulosos en analizar y registrar oficialmente las cuentas anuales se han equivocado? Es imposible.
- La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), como organismo encargado de velar por la transparencia de estos mercados y la correcta formación de precios en los mismos, así como la protección de los inversores, recibe un importante volumen de información, gran parte de la cual se recibe de los registros oficiales como el Registro Mercantil. La CNMV, en su labor de supervisión, si hubiera detectado incongruencias en las reformulaciones de cuentas lo hubiera puesto de manifiesto.
- Además, la propia sentencia señala textualmente en su fundamento Undécimo:

“DECIMOPRIMERO.- Sobre el descuento de los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación, es decir, que han sido retirados técnicamente pero no han sido dados de baja contablemente.

***.....
En todo caso es preciso atender a la normativa contable para verificar que a cada compañía afectada es a quien compete dar de baja los ETAM fuera de uso. Y así debe constar en la contabilidad. Siendo, en definitiva, una cuestión de hecho cuya prueba corresponde a quien la invoca. Debiendo, en su caso, modificar adecuadamente sus cuentas.”***

Es decir, se indica claramente en dicho Fundamento la modificación y reformulación de las cuentas sin limitación para especificar el valor de los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación.

- Las cuentas de 2014 previas a su reformulación ya no tienen validez legal alguna y, por tanto, si se solicitan al Registro Mercantil las cuentas oficiales aprobadas, aceptadas y registradas, éstas son necesariamente las que actualmente existen en dicho registro y no otras, y por tanto los cálculos no se pueden hacer con cuentas sin valor legal.
- En cuanto a las dudas suscitadas que se señalan en el Informe de la CNMC, es de señalar que el informe pericial debía ser muy fiable, y como prueba de ello, es de señalar que fue admitido como prueba por el Tribunal Supremo. Según el informe se basó: en el inmovilizado aportado en 2014 para el cálculo de la retribución base que estaba auditado, en su auditoría, en la realización de pruebas de campo, se utilizaron sistemas de información gráfica de activos (GIS)/Geoposicionamientos y se realizaron consultas a fabricantes sobre en qué fechas dejaron de fabricar ciertos tipos de equipos/materiales.
- A modo de conclusión, la CNMC debe actuar en el marco de sus competencias, sin enjuiciar labores que exceden de su ámbito.

1.a- Respecto a los elementos totalmente amortizados (ETAM) que no se encuentran físicamente en explotación.

El presunto desconocimiento por la CNMC de los ETAM fuera de servicio en la contabilidad no es correcto, no hay más que ver la orden 2660/2015 que señala en el Anexo VI:

"En el cálculo de Vida residual promedio a 31 de diciembre del año base se deberán descontar los Elementos Totalmente Amortizados (ETAM) declarados por las empresas distribuidoras en sus Cuentas Anuales a 31 de diciembre del año base.

A tal efecto, se deberán descontar:

a) Elementos totalmente amortizados contablemente y que no se encuentran físicamente en explotación, es decir, que han sido retirados técnicamente pero no han sido dados de baja contablemente.

b) Elementos totalmente amortizados contablemente, pero que se encuentran todavía en uso y, por tanto, considerados en el inventario físico informado por las empresas distribuidoras.”

2.- Respecto al Coeficiente de Lambda base (λbase) de 2016.

En la propuesta de Orden del Ministerio por la que se fija la retribución de las empresas para el año 2017 y se establece la metodología del cálculo del λbase, se señalaba:

“Con respecto a la retribución del año 2016, ésta también se encuentra afectada por la sentencia que obliga a establecer una nueva metodología de cálculo del valor λbase.

Como consecuencia de que existen varios recursos 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 que resulta inminente que el Tribunal Supremo dicte sentencia sobre los mismos, se considera oportuno no modificar la retribución establecida en dicha orden hasta que se conozca el contenido de dichas sentencias, señalando que se procederá a aplicar la metodología arriba señalada una vez se conozca el alcance de dicha sentencia.”

Por ello, se debería incorporar en los cálculos de la retribución la aplicación de la nueva metodología del parámetro λbase del año 2016, pues si no se hace así, se incumpliría el RD 1048/2013 que establece un único λbase por empresa, la propia OM y por tanto no es posible que exista un λbase 2016 y un λbase para el resto de años el periodo regulatorio y, de hecho, ya ha incorporado la metodología para el año 2017.

3.- Corrección de errores materiales

Mientras para el caso de BEGASA e HC, la CNMC corrige “de oficio” acertadamente los errores detectados durante el nuevo cálculo, en el caso de i-DE, que ha comunicado al MITERD y a la CNMC por escrito la existencia de dichos errores materiales, su consideración y análisis se traslada al anexo. Entiendo que estos errores materiales en la introducción de cifras, una vez comprobados, deben de ser corregidos “de oficio” por la propia CNMC.

En Madrid a 15 de octubre de 2020

XABIER ORMAETXEA GARAI
Consejero