



Roj: **SAN 6794/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6794**

Id Cendoj: **28079230042023100668**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/11/2023**

Nº de Recurso: **955/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000955 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 17272/2019

Demandante: MADRILEÑA RED DE GAS, SA

Procurador: RICARDO LUDOVICO MORENO MARTIN

Letrado: IÑIGO COELLO DE PORTUGAL MARTINEZ DEL PERAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a quince de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **955/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **MADRILEÑA RED DE GAS, S.A**, representada por el Procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín, y asistida del Letrado D. Íñigo Coello de Portugal Martínez del Peral contra la Comunicación 1/2019, de 23 de octubre de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de definición de ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas, y de rangos de valores recomendables de los mismos; siendo demandada la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 18 de diciembre de 2019, contra las resoluciones antes mencionadas, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 20 de diciembre de 2019, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: "*(...) es time este recurso contencioso-administrativo y dicte Sentencia por la que declare nula de pleno derecho la comunicación 1/2019, de 23 de octubre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de definición de ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas, y de rangos de valores recomendables de los mismos, publicándose el fallo anulatorio a costa de la CNMC en el Boletín Oficial del Estado, Sección 1 de Disposiciones Generales, según lo previsto en el artículo 72.2 LRJCA. En su caso, previa presentación de cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto- ley 1/2019, de 11 de enero, y/o cuestión prejudicial sobre lo previsto en dicho Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, en relación con la independencia de la CNMC a los efectos de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. En su caso, previa formulación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el incumplimiento por la CNMC de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE. Costas según ley.*"

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 5 de enero de 2021, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisión del presente recurso y, subsidiariamente, su desestimación íntegra.

CUARTO. - Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó escrito de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo cual fue fijado el día 27 de septiembre de 2023, continuando la deliberación en sucesivas sesiones hasta el día 8 de noviembre de 2023.

QUINTO. - La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente la **Ilma. Sra. D^a Ana I. Martín Valero**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La entidad MADRILEÑA RED DE GAS, S.A interpone recurso contencioso administrativo contra la Comunicación 1/2019, de 23 de octubre de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de definición de ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas, y de rangos de valores recomendables de los mismos.

Esta Comunicación se ha dictado en el ejercicio de la facultad que otorga a la Comisión el artículo 30.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, el cual señala que la CNMC podrá dictar comunicaciones que aclaren los principios que guían su actuación.

Según se expresa en el Preámbulo, tiene por objeto servir de guía a las empresas que realizan actividades reguladas en los sectores eléctrico y gasista, al definir un conjunto de ratios para medir su nivel de endeudamiento y su capacidad económico-financiera, así como enunciar rangos de valores recomendables de estos ratios. Adicionalmente, se enuncia un Índice Global de Ratios, que se calcula a través de una ponderación de los mismos. En este sentido, se ha estimado conveniente la implantación de un mecanismo de ponderación de los ratios de forma que se enuncie la importancia relativa de cada uno de ellos, y se obtenga una valoración media para cada empresa. A este respecto, se ha considerado que el Ratio 3 debería tener más relevancia que el Ratio 1, al reflejar de una manera más adecuada el apalancamiento financiero a nivel regulatorio, y que, entre los Ratios 4 y 5, el Ratio 4 debería tener una menor ponderación debido a que los flujos procedentes de las operaciones ofrecen una visión más completa que el EBITDA.

Estos ratios y los rangos de valores recomendables, así como el Índice Global de Ratios, podrán ser utilizados por la CNMC en los informes de análisis que realice en el ámbito del artículo 4 de la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, en los análisis de los riesgos dentro de las Resoluciones sobre las tomas de participaciones que se realicen en el ámbito de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, considerando la disposición adicional tercera, punto 1, del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, así como en cualquier otros análisis que en el ámbito de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, la CNMC deba realizar en relación con

el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas comprendidas en el ámbito de esta comunicación.

Asimismo, considerando lo establecido en el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, estos ratios y los rangos de valores recomendables, así como el Índice Global de Ratios, podrán tomarse como referencia también en el ámbito de las funciones 7.1.g) y h) establecidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero.

La Comunicación se dirige a las siguientes empresas que realizan actividades reguladas (apartado primero):

- En el sector eléctrico, las actividades de transporte, distribución, operación del sistema y operación del mercado de energía eléctrica, conforme a lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

- En el sector gasista, las actividades de transporte, distribución, regasificación, almacenamiento y gestión técnica del sistema gasista, conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Y a los efectos del análisis de operaciones de toma de participaciones realizadas, la comunicación también se dirige:

- En el sector eléctrico, a las empresas que realizan actividades en territorios no peninsulares.

- A las empresas que realizan actividades en el sector de hidrocarburos, tales como refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.

SEGUNDO. - La demanda se articula en base a los siguientes motivos de impugnación:

1.- Infracción del artículo 15.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Comunicación aprobada por consejeros cuyos cargos estaban caducados.

2.- Infracción del artículo 48.4 LRJCA. Indefensión de Madrileña Red de Gas, S.A. Expediente administrativo que oculta estudios técnicos esenciales para la elaboración de norma técnica.

3.- Infracción del artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La Memoria que se aporta es posterior a la aprobación de la norma.

4.- Infracción del artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Norma que debió adoptar la forma de circular y no de comunicación.

5.- Infracción del artículo 131 de la LPACAP en relación con el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero. Falta de publicación oficial en el Boletín Oficial del Estado.

6.- Infracción del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y de los artículos 47.2 y 128 de la LPACAP. Omisión de dictamen preceptivo.

7.- Infracción de los artículos 33.1, 38 y 53.1 de la Constitución y del artículo 47.2 LPACAP. Invasión por la comunicación de materias reservadas a la ley.

8.- Infracción del artículo 47.2 y 128.3 LPACAP y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Falta de habilitación legal de la CNMC para aprobar la comunicación 1/2019.

9.- Infracción del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

10.- Infracción de la disposición final primera de la Ley 16/2007, de 4 de julio; del artículo 62 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y del artículo 38 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto.

11.- Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, que da lugar a la nulidad de la comunicación.

12.- Infracción del artículo 35.2 LPACAP y de la jurisprudencia. Falta de motivación del ejercicio de la potestad normativa técnica. Arbitrariedad de los ratios y valoraciones impuestas por la comunicación.

13.- Incumplimiento por el Real Decreto-Ley 1/2019 de los artículos 39.4 de la Directiva 2009/73 y 35.4 de la Directiva 2009/72. Los organismos reguladores de la competencia no pueden ser al mismo tiempo autoridad reguladora independiente.



TERCERO. - La Abogada del Estado plantea como alegación previa la inadmisibilidad del recurso por la causa contemplada en el artículo 69 c) LJCA, al considerar que la Comunicación impugnada es un acto no susceptible de ser recurrido, puesto que su finalidad es la de servir de guía, pero no es una norma jurídica ni tiene valor reglamentario. No se trata de una circular vinculante a que se refiere el artículo 30. 1º Ley 3/2013, ni una circular informativa del artículo 30. 2º, sino una mera comunicación de las previstas en el artículo 30.3º, a tenor del cual " *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá dictar comunicaciones que aclaren los principios que guían su actuación*".

Señala que estas comunicaciones no son instrumentos normativos, ni producen el efecto de innovar el ordenamiento jurídico, ni tampoco generan o reconocen situaciones jurídicas individualizadas en la esfera de los administrados: la CNMC podría utilizar los mismos criterios que exterioriza o difunde a través de sus comunicaciones, aun cuando éstas no existieran. De hecho, en el contexto de las actividades reguladas de gas y electricidad, la CNMC ha venido analizando el nivel de endeudamiento de las empresas y estimando cuáles son los ratios que se consideran adecuados desde mucho tiempo antes de que se adoptara la decisión de dictar una comunicación acerca de los valores recomendables. Valga como ejemplo el Informe de Análisis Económico-Financiero de las principales empresas de distribución del Sector Gasista (2013-2015), aprobado por la CNMC con fecha 21 de junio de 2017 y, por tanto, antes de la Comunicación 1/2019. Así, lo único que hace la Comunicación 1/2019 es dar publicidad a esos criterios.

La Comunicación 1/2019 carece de efectos vinculantes y serán los correspondientes actos administrativos en los que de forma motivada se utilicen tales criterios, los que produzcan efectos entre los administrados. Además, el hecho de que los valores indicados en la Comunicación 1/2019 sean tomados como referencia en ulteriores resoluciones, no excluye que en ellas se puedan valorar también otros datos u otra información distinta.

CUARTO. - La causa de inadmisión que se plantea exige determinar la naturaleza jurídica de la Comunicación impugnada y coincide, en lo sustancial, con el argumento central de la parte recurrente -del que derivan prácticamente todos los demás- que sostiene que debería haber adoptado la forma de Circular y no de Comunicación al incluir normas vinculantes para los sujetos afectados.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, tiene reconocida la potestad de dictar circulares, circulares informativas y comunicaciones. El artículo 30 de la Ley regula estos tres tipos de actos, con distinto valor normativo:

Las *Circulares* de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia son disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión.

Estas *Circulares* tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», y en el procedimiento de elaboración se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la circular, y se fomentará en general la participación de los ciudadanos (art. 30.1º).

Las *Circulares Informativas* contienen requerimientos de información periódica que puede efectuar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados.

Las circulares informativas habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y respetarán la garantía de confidencialidad de la información aportada, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley.

En ellas se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma (art. 30.2)

Las *Comunicaciones* tienen por finalidad aclarar los principios que guían su actuación (art. 30. 3º) .

Si bien el artículo 30 Ley 3/2013 no establece unos trámites específicos para la elaboración de las Comunicaciones, el artículo 30 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobado el 4 de octubre de 2013, bajo la rúbrica "Procedimiento para la elaboración de circulares y comunicaciones", contempla un único procedimiento para la tramitación de ambos instrumentos, disponiendo:

"1. A instancia del Consejo, los Directores, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborarán los proyectos de circulares y comunicaciones.



2. El procedimiento se acompañará de una justificación de la necesidad de la disposición, así como de las medidas o soluciones técnicas que se propongan y de los fines que se pretenden alcanzar.
3. El proyecto deberá contar, en todo caso, con el preceptivo informe jurídico o de legalidad emitido por la Asesoría Jurídica.
4. Completado el expediente, se elevará por el Director correspondiente al Consejo, a través de la Secretaría.
5. Siempre que el Consejo considere procedente el proyecto, se cumplimentará el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 30.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, preferiblemente a través de la publicación del proyecto en la página web de la Comisión.
6. Una vez cumplidos los trámites precedentes, el proyecto de circular será sometido a aprobación final del Consejo.
7. Las circulares serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

QUINTO. - Sobre la naturaleza de las Circulares se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como recuerda la STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. 31/2018), con remisión a las STS (Sección Tercera) de 30 de julio de 2013, rec 6205/2010; STS (Sección Quinta) nº 131/2018, de 31 de enero, rec. 2289/2016; y STS (Sección Cuarta) nº 1.161/2018, de 9 de julio, rec. 2049/2017, en la que se comienza poniendo de manifiesto que el debate de la impugnación directa de las disposiciones generales, de los reglamentos, suscita contornos de difícil solución cuando se trata de distinguir los reglamentos de aquellas otras resoluciones que propiamente no comportan una norma en el sentido de innovar el ordenamiento jurídico, sino una manifestación del poder autoorganizativo que es propio de las Administraciones Públicas y su manifestación en la potestad de dar instrucciones a los órganos jerárquicamente vinculados en cómo actuar en una determinada actividad administrativa, sin afectar a la propia normativa general de dicha actividad. Es decir, las Circulares a que se refería el artículo 21. 1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual " Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio." Precepto que se reproduce ahora en el artículo 6 de la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

No obstante, precisa que a la hora de examinar el debate en concreto no puede desconocerse la abundante casuística a la que podemos enfrentarnos, de modo que deberá determinarse si realmente el objeto de la pretensión de quien impugna directamente lo hace contra una auténtica disposición general o si, por el contrario, el objeto es una decisión administrativa que no puede acceder a esa vía de la impugnación directa, sin perjuicio, eso sí, de la impugnación de los actos de aplicación, en el bien entendido de que esa impugnación contra los actos no habilita la modalidad de impugnación indirecta de la propia norma, que, para los reglamentos, también se autoriza en el artículo 26 de la Ley procesal, porque sería tanto como admitir la existencia de aquel recurso directo. En definitiva, lo que se quiere decir es que los actos que aplican las disposiciones generales no reglamentarias, no pueden excluir "a limine" el recurso contencioso- administrativo que se deduzca con tales actos directamente.

Pues bien, hechas estas consideraciones previas, razona:

«() la jurisprudencia de esta Sala Tercera - se deja constancia en el escrito de interposición- ha venido declarando reiteradamente, que para determinar la naturaleza de una norma reglamentaria debe prescindirse de la denominación que se haya dado a la disposición general, y que la mera denominación como instrucción interna, por ejemplo, no puede excluir la consideración de naturaleza reglamentaria si por su contenido ciertamente que tiene esa naturaleza. Porque la regla general en nuestro Derecho es que las instituciones tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se le haya dado.

A la vista de lo expuesto y sin perjuicio de considerar la abundante doctrina sobre la naturaleza del reglamento a los efectos que nos ocupa, debemos partir de la idea básica de que el reglamento es una norma y que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico y su aplicación no solo no lo agota sino que lo hace patente en su eficacia y permanencia, circunstancias que lo diferencia del acto administrativo que no participa de esas circunstancias. Pero aún cabría concluir en un efecto más de esa consideración como norma del Reglamento, porque así como el acto es una manifestación de la Administración, el reglamento, en sí mismo considerado, va más allá de esa manifestación y responde a un mandato general del Legislador expreso o implícito –al que se podrían vincular los reglamentos independientes– de integrar el ordenamiento jurídico, de completarlo, que es la función tradicional y la génesis de estas especiales normas jurídicas.

Diferente de esas normas son las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre



los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de " dirigir la actividad " interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos.

Sobre esa premisa, lo que se suscita en vía procesal en relación con este debate es determinar el alcance que la norma procesal confiere al recurso directo contra disposiciones reglamentarias, exigiendo que los Tribunales determinen si lo pretendido en ellos es realmente la impugnación de un reglamento o, por el contrario, no es tal, quedando extramuros de la mencionada vía privilegiada de impugnación.

(...)"

Partiendo de lo expuesto, en el caso contemplado en esta Sentencia se consideró que una Circular dictada por el Comisionado del Mercado de Tabacos por la que se delimita el alcance y contenido de determinadas actividades promocionales, carecía de contenido normativo y, en consecuencia, no era susceptible de impugnación directa, sin perjuicio de la impugnación de los actos de aplicación, por las siguientes razones:

1) La Circular comienza acotando formalmente su ámbito de proyección en función de los destinatarios a los que se dirige, refiriéndolo al meramente interno o doméstico.

Así, declara expresamente que se dicta al amparo del artículo 21 de la Ley 30/1992 , que reconoce a los órganos administrativos la potestad de dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, mediante instrucciones y órdenes de servicio, así como que su vocación es la de simple mandato dirigido a los funcionarios públicos a los que establece criterios de actuación meramente interpretativos de las disposiciones reglamentarias, que aun pudiendo incidir en los intereses de los particulares, no innovan el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de su publicidad para general conocimiento.

Y, en línea con lo anterior, invoca, asimismo, el artículo 6 del Real Decreto 2668/1998, de 11 de diciembre, Estatuto del Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos, que atribuye al Presidente del mismo la facultad de dictar instrucciones y circulares sobre las materias que sean competencia del Organismo.

2) En cuanto al alcance y naturaleza de las prescripciones que incorpora, la Circular declara expresamente que no innova el ordenamiento jurídico, señalando en tal sentido que "la presente Circular no introduce nuevos requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, sino que se limita a interpretar éste a la vista de determinadas prácticas que se están realizando por parte de los operadores mayoristas y expendedores en relación con determinadas actividades de promoción, con la pretensión de dotar de seguridad jurídica a los operadores en el cumplimiento del ordenamiento en determinadas situaciones ".

3) En coherencia con ello, precisa la Circular que su justificación y objetivo vienen determinados por la aparición de nuevas prácticas en el ámbito de la exposición y presentación de las labores de tabaco que en ocasiones pudieran exceder de las limitaciones legales (a las que alude previamente).

4) Como colofón a lo anterior y, en línea con la invocación a los artículos 21 de la Ley 30/1992 y 6 del Real Decreto 2668/1998 , que reitera, el CMT no adopta en la Circular ningún acuerdo destinado imperativamente a terceros, es decir a otros sujetos que no estuvieran comprendidos en la referencia inicial relativa a "sus órganos jerárquicamente dependientes", sino que se limita a adoptar unas decisiones internas, destinadas a éstos, señalando además al respecto que "se informa de lo siguiente (...) ".

5) Precisamente por las razones expuestas, las decisiones que incorpora solo pueden ser valoradas como meros criterios interpretativos de las disposiciones normativas impartidos por el CMT con la finalidad de que los órganos jerárquicamente dependientes de él puedan lograr el mejor ajuste a Derecho de su actuación.

(...)

6) Por último, la ausencia de vocación normativa ad extra de la propia Circular puede deducirse, también, de la fórmula utilizada para concluir ("Lo que se comunica para general conocimiento"), a cuyo tenor cabe descartar toda idea de imperativa vinculación a terceros del contenido de la Circular.

En definitiva, concluye que la Circular carece de naturaleza normativa, por lo que, al proyectar sus efectos vinculantes únicamente en el ámbito interno de la organización, respecto de los órganos jerárquicamente dependientes del CMT, no era susceptible de impugnación y, por tanto, la sentencia de inadmisión del Juzgado



Central y la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso frente a la anterior, se ajustaron plenamente a Derecho.

Y precisa que esta conclusión no quiere decir, en ningún caso, que las prescripciones incorporadas a la Circular por el CMT constituyan la interpretación más acertada de la normativa aplicable, ni la única posible, ni tampoco lo contrario. Simplemente son prescripciones interpretativas de orden interno cuyo ajuste a Derecho deberá ser examinado, en su caso, con ocasión de los actos aplicativos que de las mismas pudieran hacerse, los cuales, obviamente, sí serían susceptibles de impugnación y, por tanto, de control.

SE XTO.- A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta procederemos a analizar la naturaleza jurídica de la Comunicación aquí impugnada con un alcance diferente a efectos de la admisibilidad del recurso o de su consideración como acto reglamentario.

En relación con estas comunicaciones que puede dictar la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia al amparo del artículo 30. 3º Ley 3/2013, con la finalidad de aclarar los principios que guían su actuación, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo declarando que las mismas « *ca recen de naturaleza reglamentaria y de carácter vinculante ad extra* » (entre otras, STS de 29 de enero de 2015 - rec. 269/2010- y STS de 12 de mayo de 2017 -rec. 3985/2014-), lo que será determinante -ya adelantamos- para examinar los motivos de fondo que plantea la parte recurrente sobre su verdadera naturaleza jurídica.

Ahora bien, a juicio de la Sala, ello no implica que en este caso el recurso interpuesto sea inadmisibile, teniendo en cuenta que no estamos ante una instrucción u orden de servicio de las contempladas en el artículo 6 Ley 40/2015 y dirigida exclusivamente a los órganos jerárquicamente dependientes, sino que, según dispone el apartado Primero de la Comunicación 1/2019, va dirigida a las empresas que realizan las actividades reguladas en el sector eléctrico y en el sector del gas natural y, a efectos del análisis de operaciones de toma de participaciones, a las empresas que realizan actividades en territorios no peninsulares en el sector eléctrico y a las empresas que realizan actividades en el sector de hidrocarburos.

Es decir, tiene una proyección *ad extra*, sin perjuicio del alcance de la misma, que será lo que procede determinar al examinar el fondo del asunto, lo que haremos a continuación, dando respuesta a los motivos de impugnación que se plantean en la demanda.

SÉPTIMO.- Infracción del artículo 15.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Comunicación aprobada por consejeros cuyos cargos estaban caducados.

Se alega, en primer lugar, que la Comunicación es nula de pleno derecho al haber sido aprobada por Consejeros cuyos cargos estaban caducados, pues habían transcurrido más de seis años desde su nombramiento, plazo de duración del mandato establecido en el artículo 15.2º Ley 3/2013. En concreto, fueron nombrados por sendos Decretos de 9 de septiembre de 2013 y la Comunicación se dicta el 23 de octubre de 2019.

El motivo no puede prosperar.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que entró en vigor, según su Disposición final Undécima, el 6 de junio de 2013, establece en su artículo 23.3 que "Continuarán desempeñando su cargo en funciones los miembros del Consejo en los que concurran las causas de cese contempladas en las letras a) y b) del apartado 1 hasta que se publique en el «Boletín Oficial del Estado» el real decreto de cese correspondiente." refiriéndose en las letras citadas al cese por renuncia y por expiración del término de su mandato.

De este modo, los Consejeros a los que alude estaban en funciones al no haberse dictado el Real Decreto de cese correspondiente y la Comunicación se adoptó por un órgano perfectamente constituido.

En este sentido, ya se pronunció la STS de 11 de junio de 2018 (rec. 1258/2016), ante una alegación análoga.

OCTAVO. - Infracción del artículo 48.4 LRJAP . Indefensión de Madrileña Red de Gas, S.A. Expediente administrativo que oculta estudios técnicos esenciales para la elaboración de norma técnica.

Aduce la demandante que el expediente administrativo está incompleto porque la CNMC no ha remitido los documentos que considera "de apoyo", y que son los datos y estudios que justifican la elaboración de la norma técnica por un órgano técnico, lo que le ha causado indefensión.

El expediente administrativo está formado por un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla, tal y como dispone el artículo 70 Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, el cual establece además en su apartado 4º que:

"No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento".

Este último inciso, como ha señalado el Tribunal Supremo (ATS 13 de junio de 2018 (rec. 698/2017), ATS de 18 de junio de 2018 (rec. 52/2017) y ATS de 29 de marzo de 2023 (rec. 869/2022) debe recibir una interpretación restrictiva, evitando que datos y elementos relevantes que sirvieron para conformar la decisión administrativa queden fuera del expediente remitido al órgano judicial, impidiendo a los afectados conocer datos o actuaciones que limiten su derecho de defensa y, por tanto, puedan generar indefensión.

Pues bien, en este caso, la parte recurrente, a la vista del expediente administrativo remitido por la CNMC, solicitó que se completara con todos los documentos que lo integran, en particular la Memoria aprobada antes de la comunicación, afirmando que:

" Ni la referida memoria económica, sea de la fecha que sea, ni la que se sometió a trámite de audiencia, vienen acompañadas de los estudios que la justifican, los cuales necesariamente integran el expediente. La CNMC no puede pretender que el fundamento financiero, económico y contable de lo que dice sea sólo su palabra. Es claro que en el expediente tiene que haber estudios de diversa índole que sean los que han determinado que se adopten las decisiones que la comunicación impone y que la memoria justifica. Si la circular no se basa en estudio alguno fuera de la memoria, y por tanto no puede aportarse por la CNMC, forma parte de los deberes de la Secretaría del organismo certificar que no hay estudio alguno que forme parte del expediente y por tanto no hay ningún otro documento que incorporar al mismo. Pero como tal cosa es difícil de concebir, respetuosamente rogamos, en defensa de los derechos de nuestro cliente, que tiene derecho a impugnar las medidas que la comunicación impone conociendo la solidez de los estudios que avalan la decisión pública, que dichos informes se incorporen al expediente".

La CNMC, ante el requerimiento de complemento del expediente, respondió que:

" (...) en cuanto a la reclamación de "estudios de diversa índole que justifiquen la memoria de la comunicación", cabe recordar el tenor literal del apartado 4 del artículo 70 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dispone que no forma parte del expediente administrativo "la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento"

Sin perjuicio de lo anterior, se detallan a continuación los estudios e informes referidos en la Memoria Justificativa de la Comunicación 1/2019, así como el modo de obtención de los mismos.

En la página 4 de la memoria, se hace referencia a varios informes de la CNMC, en los que esta Comisión ha puesto de manifiesto la necesidad del establecimiento y/o actualización de los requisitos normativos de capacidad económica para realizar actividades reguladas. Concretamente, se trata de los siguientes: "Informe de Análisis Económico- Financiero de la Actividad de Transporte de Energía Eléctrica (2013-2016)" (INF/DE/045/18), de fecha 12 de abril de 2018, "Informe de Análisis Económico-Financiero de la Actividad de Generación en los Sistemas No Peninsulares (2012-2016)" (INF/DE/074/18), de fecha 28 de junio de 2018, e "Informe de Análisis Económico-Financiero de las principales empresas de transporte del sector gasista (2013-2016)" (INF/DE/118/18), de fecha 20 de septiembre de 2018. La versión pública de estos informes se encuentra disponible en la web de la CNMC, a través de los siguientes enlaces, respectivamente:

<https://www.cnmc.es/expedientes/infde04518>

<https://www.cnmc.es/expedientes/infde07418>

<https://www.cnmc.es/expedientes/infde11818>

En cuanto a los precedentes de otros reguladores energéticos europeos en la utilización de ratios financieros para valorar la capacidad económico-financiera de las empresas reguladas, se alude en la página 11 al "Handbook for implementing the RUO model", publicado por el regulador Ofgem en fecha 4 de octubre de 2010, al que se puede acceder a través del siguiente enlace:

<https://www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/51871/riiohandbookpdf>



Asimismo, se menciona en la misma página el informe "RIIO-T1: Final Proposals for National Grid Electricity Transmission and National Grid Gas", publicado por Ofgem el 17 de diciembre de 2012, y de acceso público en su web:

<https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/riio-t1-final-proposals-national-grid-electricity-transmission-and-national-grid-gas-%E2%80%93-overview>

Por todo cuanto se ha expuesto, la CNMC estima que el expediente administrativo que ha sido aportado a la Sala, se encuentra completo".

A la vista de esta respuesta, y del contenido del expediente, hemos de concluir que la CNMC puso en conocimiento de la parte recurrente y de la Sala todos los estudios e informes que tuvo en cuenta para elaborar la Comunicación impugnada, y, por tanto, la demandante ha podido tener acceso a ellos y conocer su contenido para articular su demanda, como lo demuestra la extensa argumentación que utiliza para rebatir la procedencia de utilizar dichos informes en atención a su contenido y alcance.

En consecuencia, ni ha existido ocultación de los estudios e informes utilizados ni se ha generado a la recurrente indefensión alguna. El expediente administrativo remitido está completo y en la demanda se han podido utilizar todos los argumentos que la parte ha estimado pertinentes para mostrar su discrepancia con la Comunicación impugnada.

NOVENO. - Infracción del artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público . La Memoria que se aporta es posterior a la aprobación de la Norma.

Como se reconoce en la demanda, esta cuestión fue explicada por la CNMC poniendo de manifiesto que la memoria " se genera en formato electrónico para poder ser remitido al órgano judicial por el mismo conducto, siendo ésa la fecha que aparece en las propiedades del documento informático (en este caso, 16 de julio de 2020, día previo a su remisión a esta Sala)". Pero que no hay problema porque se empezó a elaborar antes: "si se despliega el resto de propiedades del archivo PDF que alberga la memoria (identificado S_20190123_82281297 en la carpeta de archivos) podrá esta Sala comprobar que figura como fecha original del fichero 28 de enero de 2019".

Por tanto, y una vez verificado que ello es así, hemos de concluir la Memoria se elaboró con carácter previo a la aprobación de la Comunicación impugnada, siendo así que la fecha que consta en las propiedades del documento es la de la remisión a la Sala del expediente administrativo, y no la fecha en que fue elaborada, de modo que ha de rechazarse la infracción del procedimiento de elaboración de la Comunicación por este motivo.

En el expediente puede observarse que hay una primera propuesta de Memoria, elaborada antes del trámite de audiencia (archivo PDF identificado S_20190123_82281297 del expediente), y la Memoria Justificativa elaborada tras el trámite de audiencia (archivo PDF identificado S_20191017_907_2700692 del expediente) en la que se recogen las alegaciones recibidas y se hace una valoración de las mismas, admitiendo algunas de ellas, y trasladando las propuestas acogidas al texto final de la Comunicación.

DÉCIMO. - Infracción del artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio . Norma que debió adoptar la forma de Circular y no de Comunicación.

Considera la recurrente que la Comunicación 1/2019 incluye normas vinculantes para los sujetos afectados, y en consecuencia debió aprobarse con forma de Circular, no de Comunicación, dado que su contenido no se limita a aclarar principios que van a guiar la actuación de la CNMC, sino que contiene normas imperativas para los sujetos sometidos a su supervisión.

Según se explica en el preámbulo de la Comunicación, esta tiene por objeto " servir de guía a las empresas que realizan actividades reguladas en los sectores eléctrico y gasista, al definir un conjunto de ratios para medir su nivel de endeudamiento y su capacidad económico-financiera, así como enunciar rangos de valores recomendables de estos ratios (...)".

Y añade que "Estos ratios y los rangos de valores recomendables, así como el Índice Global de Ratios, podrán ser utilizados por la CNMC en los informes de análisis que realice en el ámbito del artículo 4 de la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, en los análisis de los riesgos dentro de las Resoluciones sobre las tomas de participaciones que se realicen en el ámbito de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, considerando la disposición adicional tercera, punto 1, del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, así como en cualquier otros análisis que en el ámbito de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, la CNMC deba realizar en



relación con el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas comprendidas en el ámbito de esta comunicación".

Visto el ámbito objetivo de la Comunicación, hemos de descartar que en ella se establezcan normas de contenido vinculante para las empresas a las que va dirigida, pues su objeto no es otro que el de servir de guía a las mismas definiendo unos ratios y rangos de valores "recomendables", no obligatorios ni vinculantes, los cuales "pueden ser utilizados" por la CNMC en el ejercicio de las siguientes funciones:

. - Informes de análisis que realice en el ámbito del artículo 4 de la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización.

De conformidad con este artículo 4º, a partir de la información de carácter contable y económico-financiero, recibida de los sujetos obligados por la citada Orden, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia *elaborará informes periódicos* que remitirá a la Secretaría de Estado de Energía.

. - Análisis de los riesgos dentro de las Resoluciones sobre las tomas de participaciones que se realicen en el ámbito de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, considerando la disposición adicional tercera, punto 1, del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

El conocimiento de las operaciones de toma de participaciones corresponde al Ministerio de Industria, según dispone la DA 9ª de la Ley 3/2013, el cual dictará la resolución que corresponda "previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este informe no tendrá carácter vinculante.." (apartado 7º, último inciso). Si bien hasta que el Ministerio disponga de los medios necesarios para ejercer la competencia de forma efectiva, sería competente para conocer de las operaciones de toma de participaciones la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en virtud de lo establecido en la DA 3ª, punto 1 del Real Decreto Ley 9/2013.

. - Cualesquiera otros análisis que, en el ámbito de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, la CNMC deba realizar en relación con el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas comprendidas en el ámbito de la comunicación.

. - En el ámbito de las funciones 7.1.g) y h) establecidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero.

De acuerdo con estos apartados, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrá "establecer, mediante circulares dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta ley, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación, y de acuerdo con las orientaciones de política energética:

f) Las metodologías utilizadas para calcular las condiciones para la conexión y acceso a las redes de gas y electricidad.

g) La metodología, los parámetros y la base de activos para la retribución de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica conforme las orientaciones de política energética".

En definitiva, se trata definir y dar a conocer a las empresas afectadas de unos ratios y rangos de valores que la CNMC podrá utilizar a la hora de realizar sus informes y análisis, o de dictar otras resoluciones y circulares, y que, por tanto, podrán guiar la actuación de la Comisión en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, pero carecen de efectos vinculantes directos para las empresas a las que van dirigidas; o, en palabras de la Memoria Justificativa " *constituye un instrumento de difusión que permite que las empresas puedan conocer el criterio que puede mantener la CNMC en el ejercicio de sus funciones. Mediante esta Comunicación se aclaran los ratios que van a utilizarse, cómo se calculan y los rangos de valores recomendables, a efectos de los informes de análisis económico-financiero, los análisis de los riesgos en el ámbito de las resoluciones sobre tomas de participaciones, y las funciones 7.1 g) y h) establecidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, en redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero*".

Lo que hace la Comunicación es dar a conocer por anticipado unos rangos de valores y unas ratios que podrá utilizar en ulteriores informes, análisis o resoluciones con la finalidad de que las empresas puedan actuar en consecuencia, lo que no excluye que en ellos se puedan tomar en consideración otros datos o elementos distintos o adicionales, en función de las circunstancias concurrentes.



Por ello, su contenido se encuadra en las Comunicaciones contempladas en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 3/2013, que como ha declarado el Tribunal Supremo, carecen de naturaleza reglamentaria y de carácter vinculante *ad extra* (STS de 12 de mayo de 2017 -rec. 3985/2014-), según hemos avanzado anteriormente.

UNDÉCIMO. - Señala la demandante que hasta tal punto tiene la Comunicación contenido normativo que ha sido incorporada a muchas Circulares de la CNMC como norma de remisión. Así, en la Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica, artículo 19; Circular 6/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, artículo 29; Circular 9/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado, artículo 28; Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural, artículo 13.

Es cierto que en estas Circulares se establece, a efectos del principio de prudencia financiera impuesto por la Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una penalización para las empresas cuyos ratios se sitúen fuera de los rangos de valores recomendables enunciados en el apartado quinto de la Comunicación 1/2019, la cual se aplicará gradualmente en el plazo de cuatro años a efectos de que las empresas puedan adaptarse a los rangos de valores recomendables.

El Consejo de Estado ya advirtió en los dictámenes emitidos en el procedimiento de elaboración de estas Circulares que, aunque el principio de prudencia financiera es relevante y ha de ser tenido en cuenta, su introducción ha de hacerse respetando los principios y criterios legales establecidos para su metodología. Y a este respecto, le ofrecía algunas dudas la configuración de dicho mecanismo en la propuesta de Circular, señalado que:

" En efecto, conviene tener en cuenta que no se trata de un mecanismo que pueda jugar como incentivo o penalización, sino únicamente de una penalización, que se sigue del incumplimiento de unos niveles de ratios (que se corresponden, es importante remarcarlo, con unos valores recomendables, no obligatorios). Por otra parte, dicha penalización no valora ni repercute unos mayores costes que pueda tener para el sistema el mayor o menor endeudamiento de la empresa. Tampoco se ha justificado en la memoria que esta penalización responda a criterio alguno de los recogidos en el artículo 14 de la Ley del Sector Eléctrico, como la incentivación de la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica o técnica de las actividades, o la calidad del suministro (apartado 2 del artículo 14). El Consejo de Estado considera suficiente que debe incorporarse a la memoria una justificación pormenorizada y suficiente de que esta penalización responde a los criterios del artículo 14.2 citado".

Esta observación del Consejo de Estado fue atendida por la CNMC procediéndose a incorporar una mayor justificación en las memorias de las Circulares finalmente aprobadas.

Así, el Consejo de Estado deja claro, - "es importante remarcarlo", dice-, que los ratios fijados en la Comunicación 1/2019 se corresponden con unos valores recomendables, no obligatorios.

En consecuencia, el hecho de que ulteriores resoluciones se remitan a la Comunicación no le atribuye carácter normativo, siempre que esa remisión sea con unos efectos no vinculantes y acordes con su finalidad de servir de guía a las empresas o ser un instrumento de difusión para dar a conocer por anticipado los criterios que puede utilizar la CNMC; de modo que si esas resoluciones otorgan a los ratios y valores que en la Comunicación se definen un carácter obligatorio y atribuye unas consecuencias penalizadoras a su incumplimiento que no permiten valorar la existencia de otras circunstancias adicionales, será con ocasión de su impugnación donde se pueda oponer esa ausencia de carácter vinculante de la Comunicación 1/2019, que se desprende del contenido y alcance de la misma.

En todo caso, en las Circulares antedichas no se establece la penalización de manera automática ante el incumplimiento de los ratios, pues se fijan unas excepciones a la aplicación de la penalización cuando el incumplimiento obedezca a determinadas circunstancias, y se prevé que, en la determinación del Índice Global de Ratios, se de audiencia a los interesados, en la que podrán alegar sobre los cálculos realizados y sobre la concurrencia de las excepciones previstas.

En relación con este último concepto, se refiere también la recurrente en el escrito de conclusiones a la Resolución por la que se establece el valor del Índice Global de Ratios de 2021 de las empresas que realizan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y las actividades de transporte, regasificación,



almacenamiento subterráneo y distribución de gas natural, aprobada el 25 de marzo de 2021 (cuya ampliación al presente recurso fue rechazada, siendo objeto actualmente del PO 913/2021, seguido ante esta misma Sección), la cual se ha efectuado tomando como referencia la Comunicación 1/2019.

Ahora bien, siendo cierto que en dicha resolución se ha fijado el Índice Global de Ratios de acuerdo con el apartado sexto de la Comunicación 1/2019, en el trámite de elaboración se ha dado audiencia a las empresas afectadas, las cuales han podido formular alegaciones sobre los cálculos realizados y sobre los valores utilizados, algunas de las cuales han sido acogidas, razonándose en los demás casos los motivos de su rechazo. Será, así, en el seno de la impugnación de esta resolución cuando se podrán oponer las razones por las que se considera que, en el caso concreto, no resulta adecuada o ha de modularse la aplicación de los valores y ratios recogidos en la Comunicación en función de las circunstancias concurrente y debidamente acreditadas.

DECIMOSEGUNDO. - Es ta ausencia de naturaleza reglamentaria y vinculante " *ad extra*" nos lleva a rechazar los subsiguientes motivos de impugnación que se plantean en la demanda y que pivotan precisamente sobre ese carácter normativo que hemos descartado, y en particular:

. - **La infracción del artículo 131 LPACAP en relación con el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero . Falta de publicación en el Boletín Oficial del Estado.**

Esta omisión se derivaría del hecho de no haberse publicado la Comunicación en la Sección I "Disposiciones Generales", sino en la Sección III "Otras disposiciones".

Una vez rechazado que la Comunicación impugnada tenga carácter normativo o reglamentario, es evidente que no procedía su publicación en la Sección I "Disposiciones Generales". De hecho, el artículo 30. 3º Ley 3/2013 no exige su publicación en el BOE, no obstante lo cual CNMC procedió a publicarla en el BOE además de en su página web, siendo correcta su inclusión en la Sección III dedicada a otras disposiciones que no tengan carácter general ni correspondan a las demás Secciones (artículo 8.3 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado»).

. - **La infracción del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado , y los apartados 47.2 y 128 de la LPACAP. Omisión de Dictamen Preceptivo.**

Esa misma falta de carácter reglamentario y de disposición general de la Comunicación 1/2019 hace innecesario recabar el dictamen del Consejo de Estado en su elaboración, y, en consecuencia, en modo alguno se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido

. - **Infracción de los artículos 33.1 , 38 y 53.1 de la Constitución y del artículo 47.2 LPACAP. Invasión por la Comunicación de materias reservadas a la Ley.**

Se afirma que toda regulación del modo en que se financian las empresas es regulación de la propiedad y de la libertad de empresa, materias reservadas por la Constitución a la ley.

La Comunicación no regula la manera en que han de financiarse las empresas, y en modo alguno incide en el contenido esencial de la propiedad y de la libertad de empresa. Lo que hace es definir un conjunto de ratios para medir el nivel de endeudamiento de las empresas y su capacidad económico-financiera y enunciar unos rangos de valores recomendables para esos ratios, y señala que los podrá tener en cuenta en el cumplimiento de las funciones que se describen en la Comunicación, pero no regula ni impone el modo en que deben financiarse las empresas ni cómo han de estructurar su pasivo.

. - **Infracción artículo 47.2 y 128.3 LPACAP y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Falta de habilitación legal de la CNMC para aprobar la Comunicación 1/2019 .**

Este argumento ya ha sido contestado sobradamente a lo largo de esta Sentencia, en la que hemos puesto de manifiesto que la habilitación legal a la CNMC para dictar la Comunicación impugnada le viene dada por el artículo 30. 3º Ley 3/2013, y en la misma no se regula de manera imperativa cómo han de financiarse las empresas ni la estructura de su pasivo, ni establece ratios de obligado cumplimiento.

Por otro lado, el examen de la contabilidad de las empresas que realizan actividades en el sector eléctrico y en el sector gasista no constituye una novedad, pues, como se ha dicho, ya la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio establece las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización - entre ellas las distribuidoras de gas natural-. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y en el artículo 20 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.



El artículo 62 Ley 34/1998, establece la obligación de las entidades que realicen alguna de las actividades reguladas en el artículo 58 - entre las que se encuentran las distribuidoras- de llevar su contabilidad de acuerdo con la Ley de Sociedades, sin perjuicio de las especialidades contables y de publicación de cuentas que pueda establecer el Gobierno. Prevé (apartado 3º) que las entidades deberán explicar en la memoria de las cuentas anuales los criterios aplicados en el reparto de costes respecto a las otras entidades del grupo que realicen actividades gasistas diferentes. Además, deberán informar en la memoria sobre los criterios de asignación e imputación de los activos, pasivos, gastos e ingresos, así como de las reglas de amortización aplicadas. Y dispone (apartado 4º) que las entidades que actúen en el sistema gasista deberán proporcionar a la Administración competente la información que les sea requerida, en especial en relación con los contratos de abastecimiento y suministro de gas que hubieran suscrito y con sus cuentas anuales que habrán de auditarse de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y las disposiciones que la desarrollan.

Obligaciones análogas se establecen en el artículo 20 de la Ley del Sector Eléctrico (actualmente, Ley 24/2013).

. - Infracción del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

Bajo este motivo se alega que la Comunicación introduce sobre las empresas reguladas requisitos de solvencia financiera que la ley no exige y que son distintos de los que exige el artículo 9 referido Real Decreto.

Dispone este precepto que:

"En cualquier caso, se considerará que la capacidad económica es suficiente si la empresa solicitante cuenta con unos recursos propios afectos a la actividad de distribución superiores a la mayor de las cantidades siguientes: 1.000.000 de euros o el 50 por 100 del presupuesto de las nuevas instalaciones que pretenda realizar.

El Ministro de Economía podrá actualizar dichas cantidades mediante Orden Ministerial".

La Comunicación de la CNMC no altera este requisito de capacidad económica, lo que hace es definir un conjunto de ratios para medir esa capacidad económico financiera, sin perjuicio de que la CNMC haya expresado en la Memoria (páginas 3 y 4) la conveniencia de proceder, por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, a la actualización de los requisitos de capacidad económica establecidos en dicho precepto en el año 2002 (hace ya 21 años), y para el sector eléctrico en el Real Decreto 1955/2000 (hace 23 años), como ya había advertido en sus Informes de Análisis Económico-Financiero. Se citan, el Informe de Análisis Económico-Financiero de la Actividad de Transporte de Energía Eléctrica (2013-2016)" (INF/DE/045/18), de fecha 12 de abril de 2018, "Informe de Análisis Económico-Financiero de la Actividad de Generación en los Sistemas No Peninsulares (2012-2016)" (INF/DE/074/18), de fecha 28 de junio de 2018 e "Informe de Análisis Económico-Financiero de las principales empresas de transporte del sector gasista (2013-2016)" (INF/DE/118/18), de fecha 20 de septiembre de 2018.

Procede señalar que, en tales Informes de Análisis, la CNMC ya venía analizando la situación económico financiera de las empresas, a partir de la información de carácter contable y económico-financiero que las mismas estaban obligadas a reportar en virtud de lo establecido en la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, y la Circular 5/2009, de 16 de julio, de la CNMC, sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, y determinando los ratios que se consideraban adecuados.

Ahora lo que se pretende con la Comunicación es dar a conocer anticipadamente los ratios que se va a tener en cuenta y los valores recomendables para los mismos.

En consecuencia, el análisis de la capacidad económico financiera de las empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico y en el sector del gas natural no es una novedad introducida por la Comunicación 1/2019.

. - Infracción de la Disposición Final Primera de la Ley 16/2007 de 4 de julio, del artículo 62 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre y del artículo 38 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto. Nulidad de pleno derecho de la Comunicación.

Se afirma que la contabilidad de las empresas es materia legalizada por las legislación mercantil en general y en especial por la Ley 16/2007 de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. De acuerdo con



ella, el Plan General de Contabilidad lo aprueba el Gobierno, los planes sectoriales los aprueba el Ministro, y las normas de obligado cumplimiento en desarrollo del PGC en relación con los criterios de reconocimiento y reglas de valoración y elaboración de las cuentas anuales, los aprueba el ICAC.

Y los ratios que se contienen en la comunicación no hacen otra cosa que valorar la calidad del pasivo de las empresas reguladas.

Así, el ICAC puede aprobar normas de obligado cumplimiento en desarrollo del PGC y normas complementarias (y sólo para la valoración de lo que resulta de las cuentas anuales). Y, sin embargo, sin habilitación y contraviniendo las leyes, la CNMC en la comunicación 1/2019 crea conceptos contables para el análisis de balances: los ratios.

Pues bien, en relación con este motivo, hemos de reiterar, una vez más, que esos ratios que establece la Comunicación no consisten en unas magnitudes obligatorias, sino en unos ratios recomendables, siendo así que la CNMC en modo alguno está innovando conceptos e imponiéndoles imperativamente respecto de los previstos en el Plan General de Contabilidad. Simplemente está actuando en el ámbito de las funciones que tiene atribuidas a partir de la obligación que tienen las empresas de remitir a la misma información de carácter contable y económico financiera, en el ámbito, entre otras, de la Circular 5/2009 sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización.

Esta Circular, anterior a la Comunicación 1/2019 ya establecía la obligación de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación de remitir a la CNMC determinada información contable y económico financiera, desagregada por actividades, entre ella: balance de situación; cuenta de pérdidas y ganancias; hechos significativos; estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo, etc...

De hecho, el cálculo de los ratios financieros definidos en el apartado cuarto de la Comunicación se ha realizado en base, fundamentalmente, a las partidas contables remitidas por las empresas en cumplimiento de lo dispuesto en la Circular 5/2009, almacenadas en la base de datos SICSE de la CNMC.

Además, para calcular los ratios se han utilizado magnitudes intermedias tales como la deuda neta, fondos procedentes de operaciones, activos fijos, y EBITDA, obtenidos a partir de otros como deudas a largo plazo, deudas a corto plazo, efectivo y otros activos líquidos, patrimonio neto, cambios en el capital corriente, inmovilizado material, flujo de efectivo, resultado de explotación, amortización del inmovilizado, etc.. ya definidos en la Circular 5/2009, la cual se dictó con la finalidad, entre otras, de adaptar las previsiones de las Circulares entonces vigentes a las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

No puede afirmarse, pues, que la CNMC, a través de Comunicación 1/2019, esté creando conceptos no previstos en la normativa de carácter contable.

DECIMOTERCERO. - Inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 1/2019, de 11 de enero que da lugar a la nulidad de la Comunicación.

Construye este motivo argumentando que, dado que la CNMC remite sus potestades puesto que en la elaboración de dicho Real Decreto-Ley no se dio audiencia a las Comunidades Autónomas, infringe la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que prohíbe toda deslegalización por Real Decreto-Ley y afecta a instituciones básicas del Estado.

Alegación que debe ser rechazada por cuanto una eventual inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 1/2019 en modo alguno determinaría la nulidad de la Comunicación impugnada teniendo en cuenta que la habilitación de la CNMC para dictar las comunicaciones previstas en el artículo 30.3 es anterior al referido Real Decreto Ley.

Como pone de manifestó la Abogacía del Estado la única referencia que se hace en la Comunicación 1/2019 al Real Decreto-ley 1/2019 es esta:

" Considerando lo establecido en el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, estos ratios y los rangos de valores recomendables, así como el Índice Global de Ratios, podrán tomarse como referencia también en el ámbito de las funciones 7.1 g) y h) establecidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero".



Es decir, cumpliendo con la finalidad que se persigue en la Comunicación 1/2019, su preámbulo señala que los ratios y el Índice Global de Ratios definidos en ella se podrán utilizar en el ejercicio de alguna de las funciones atribuidas a la CNMC por el referido Real Decreto Ley. Al igual que advierte que podrán ser utilizadas en otras funciones como la toma de participaciones en los sectores energéticos.

Será, por tanto, en el ejercicio de estas funciones, que la recurrente considera inconstitucionales, donde la CNMC, aplicará, en su caso, los ratios definidos en la Comunicación.

En consecuencia, una inconstitucionalidad del Real Decreto Ley determinaría - en todo caso- la nulidad de esas funciones, y que, por tanto, los ratios determinados en la Comunicación no pudieran ser utilizados en el ejercicio de las mismas, pero no la nulidad de la Comunicación que tiene un ámbito más amplio.

DÉCIMOCUARTO. - Infracción del artículo 35.2 LPACAP y de la jurisprudencia. Falta de motivación del ejercicio de la potestad normativa técnica. Arbitrariedad de los ratios y valoraciones impuestas por la Comunicación.

Reitera que el expediente está incompleto, pero, aunque se considerara que está completo, sus fundamentos técnicos no ampararían la norma aprobada, porque en el expediente no hay ningún estudio técnico que avale las decisiones de la CNMC y los señalados en el Informe emitido por el Secretario de la CNMC ante la solicitud de complemento del expediente no justifican los ratios que establece, pues ni son necesarios, ni son los que usan otras agencias europeas, ni son los que usan las agencias de rating, ni tienen justificación técnica propia y producen efectos contrarios a los que pretenden justificar, porque perjudican a los consumidores.

Así, a partir del informe pericial elaborado por Dña. Candida y D. Roque, socia y director de Accuracy respectivamente -que aportó con la demanda y que ha sido ratificado en fase probatoria-, sostiene, en esencia, que:

. - Los informes señalados en la Memoria no justifican los ratios que establece la comunicación, pues los informes de la OFGEM son de 2010 y 2012, es decir, del mercado del gas y la electricidad de hace 10 años, y los informes de la propia CNMC son autogenerados para justificar sus propias decisiones. No son informes. Son estudios internos.

. - No es verdad que los ratios y valoraciones que impone la CNMC sean de uso generalizado por otras agencias reguladoras o por las agencias de rating.

Las agencias reguladoras de otros países no imponen criterio financiero alguno. Salvo Países Bajos y Reino Unido, en todos los demás países de la Unión Europea a las empresas que solicitan autorización para operar, se les exige demostrar solvencia financiera además de técnica. Ese criterio de solvencia viene dado por una exigencia de capitalización mínima y no es revisado salvo en caso de hechos significativos y/u operaciones societarias. La calidad del servicio se garantiza mediante control de indicadores y la capacidad de financiación se analiza vis-a-vis con los planes anuales de inversión (diferentes para cada operador)

La CNMC no utiliza los criterios de las agencias de rating, tampoco los de Moodys. Así, como señala la prueba pericial, solo los ratios 2 y 5 propuestas por la CNMC son utilizadas al menos por dos de las tres agencias analizadas. Si bien el ratio 3 es utilizado de forma general por Moody's y Fitch, esta última no tiene en consideración este ratio para la asignación del rating. El ratio 4 es utilizado únicamente por S&P. El ratio 1 no es utilizado por ninguna de las tres agencias analizadas.

La diferencia fundamental que la CNMC tiene con el modo de operar de las agencias de rating es que todas las agencias -no sólo Moody's- toman un horizonte temporal plurianual para el análisis, mientras que la CNMC opera con sólo un ejercicio. Generando una "foto fija" y por tanto imagen distorsionada o incompleta de la salud financiera de la compañía. Por lo tanto, existe el riesgo de que la "foto fija" de un año muestre una imagen distorsionada o incompleta de la salud de la compañía. La CNMC no motiva por qué su discrecionalidad técnica la limita a sólo un momento.

. - La comunicación se basa en datos de pésima calidad, como señala la nota 11 de la Memoria, pues se trata de datos obtenidos a partir de la información reportada por las empresas en los formularios establecidos en la Circular 5/2009, que no están auditados.

. - Los informes en que supuestamente se basa la comunicación aprobada por la CNMC no analizan todos los sectores a que la comunicación afecta. En particular, y por lo que afecta a MADRILEÑA RED DE GAS, S.A., no hay ni una sola palabra sobre el sector de la distribución de gas.

. - El análisis es sesgado, porque elimina al operador del mercado eléctrico y al gestor técnico del sistema gasista. Tampoco se ha considerado al operador del sistema eléctrico. No se han analizado las distribuidoras de energía eléctrica de menos de 100.000 clientes "por razones de simplificación". Tampoco se han analizado

las empresas que realizan actividades de refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.

. - Los estudios en que la CNMC dice que basa la comunicación se refieren a series históricas de otro tiempo, por lo que operan con datos anticuados.

. - La comunicación opera sobre todas las actividades del sector de la energía y el gas como si fueran iguales, sin tener en cuenta las particularidades del sistema retributivo de la distribución de gas.

. - Para el sector del gas, las ratios diseñadas por la CNMC viven al margen de la realidad del sector. En el año 2018, 10 de las 20 empresas del sector (que incluye operadoras con larga trayectoria) obtienen un Índice Global de Ratios inferior a 0,90 y por tanto incumplen los criterios. En consecuencia, las ratios no estarían planteadas ni calibradas teniendo en cuenta la realidad del mercado.

. - La comunicación no tiene en cuenta que el sector del gas está declarado legalmente de bajo riesgo, infringiendo, así, el artículo 60 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

. - La comunicación no satisface ningún objetivo de protección al consumidor, porque los ingresos regulados de las distribuidoras de gas se fijan en función del número de puntos de suministro y de la demanda de gas vehiculada a través de su red y no tienen en cuenta sus costes operativos, de financiación, ni su activo. Al contrario, supone un perjuicio para los consumidores puesto que se cercena la competencia en el mercado impidiendo la entrada de nuevos competidores.

. - El examen individualizado de cada uno de los ratios revela que los mismos resultan perjudiciales por los siguientes motivos:

El ratio 1 no es utilizado por ninguna de las principales agencias de calificación, pone en duda la capacidad de repago de la deuda por parte de las empresas y fuerza a que las sociedades capten fondos mediante otras formas de financiación que deriven de una estructura financiera más ineficiente.

Para el ratio 2 el umbral de exigencia de la CNMC es muy superior al umbral de *investment grade* definido por Fitch, Moody's y Standard & Poor's.

El ratio 3 debe considerarse especialmente infundado e inapropiado en lo que respecta al sector de la distribución de gas porque el volumen de activos no es una referencia de la capacidad de repago de la deuda del negocio, dado que la retribución de esta actividad depende de la variación de puntos de suministro y de la demanda de gas natural por segmentos. En consecuencia, se trata de un ratio que penaliza especialmente a MADRILEÑA RED DE GAS, al tener además un peso del 30% en el cálculo del IGR.

El ratio 4 no es utilizado por ningún otro organismo regulador y, entre las principales agencias de calificación, sólo es empleado por Standard & Poor's. Su rango de valores recomendables no está justificado y que se trata de un ratio similar al ratio 5 pero de peor calidad, al incorporar la visión de EBITDA en lugar de la visión de caja.

El ratio 5 es comúnmente empleado por las agencias de rating en la evaluación de la calidad crediticia de las compañías reguladoras de redes, por lo que no pone objeción al mismo, pero sí a los umbrales, cuya determinación no se considera motivada por ser superior a los definidos por Standard & Poor's y Moody's.

. - El "Índice Global de Ratios" tampoco tiene justificación técnica alguna que obre en el expediente.

. - La Comunicación produce efectos contrarios a los que pretende por varios motivos:

Supone un aumento del coste de financiación y una merma de la rentabilidad, al imponer restricciones a que las sociedades puedan adoptar la estructura que mejor se adapte a sus condiciones de negocio, forzando a las empresas distribuidoras de gas a adoptar estructuras de capital basadas en ratios globales de sociedades que operan en otros sectores, sin que quede probada su contrapartida en la calidad del servicio.

Un incumplimiento generalizado o mayoritario de los ratios definidos en la Comunicación de la CNMC incrementa el riesgo regulatorio y empeora el rating de las empresas del sector, generando menor atractivo para atraer capital o deuda, y conllevando una restricción del crédito, y un encarecimiento del mismo y de los fondos propios.

Supone un perjuicio para los consumidores puesto que se cercena la competencia en el mercado impidiendo la entrada de nuevos competidores. Adicionalmente, el informe pericial señala que un incremento de los costes de la empresa no repercute en un aumento del coste para el sistema ni para el consumidor, porque los ingresos regulados de las distribuidoras de gas se fijan en función del número de puntos de suministro y de la demanda de gas vehiculada a través de su red.



Perjudica la posición internacional de España, al pretender la CNMC regular no sólo la retribución de activos sino además su régimen de financiación, dificultando en consecuencia la consecución de los volúmenes de inversión económica que requiere el sector energético.

DÉCIMOQUINTO. - Para dar respuesta a esta alegación hemos de partir de que estamos ante una materia de carácter eminentemente técnico y económico, y al respecto el Tribunal Supremo ha señalado (Sentencias de 29 de septiembre de 2009 -rec. 929/2007 - y de 18 de enero de 2013 -rec. 6446/2010 -), que " *En una materia extremadamente técnica y compleja, la revisión judicial ciertamente no se limita a un mero control de la arbitrariedad o del error manifiesto, pero sí que debe basarse en una demostración clara e inequívoca por parte de las partes recurrentes del error de apreciación o de interpretación efectuados por la Administración, pues no puede el órgano judicial sustituir el juicio de la Administración por el de los impugnantes cuando ambos expresan posiciones más o menos defendibles y fundadas. En este caso, debe primar la presunción de legalidad de la actuación administrativa que está encaminada al cumplimiento de la ley y al servicio de los intereses generales con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al derecho, según prescribe el artículo 103.1 de la Constitución . Tanto más cuando, como es el caso, la resolución administrativa impugnada está sobradamente motivada y justificada... "*

Afirma la recurrente que no hay ningún estudio técnico que avale las decisiones de la CNMC, pero, en principio, la ausencia de informes externos que sirvan de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la disposición no es una exigencia procedimental ni su ausencia condiciona la validez de la Comunicación. A diferencia de los informes preceptivos previstos por las disposiciones legales, los informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración (artículo 79 de la Ley 39/2015 pero son facultativos y no vinculantes (artículo 80.1 de la Ley 39/2015). [En este sentido, STS de 2 de enero de 2018 -rec. 819/2014-].

Por tanto, bastará con determinar si en la elaboración de la Comunicación se han utilizado criterios objetivos y contrastables para definir los ratios y los valores recomendables para los mismos.

En consecuencia, la cuestión no es si la CNMC se basó o no en estudios técnicos externos para elaborar la comunicación, sino si justificó los ratios y rangos de valores utilizados en datos objetivos y exentos de arbitrariedad.

DÉCIMOSEXTO. - Pues bien, la Memoria Justificativa de la Comunicación 1/2019 incorpora una justificación de la necesidad de la propuesta (apartado 2), un resumen y valoración de las principales alegaciones recibidas (apartado 5), un apartado de justificación de la elección de los ratios (apartado 6), un apartado de justificación de la elección de los rangos de valores recomendables (apartado 7) y un apartado sobre la definición del Índice Global de Ratios (apartado 8).

Señala la demandante que la Comunicación no tiene en cuenta las particularidades del sector de la distribución de gas, al que pertenece MADRILEÑA RED DE GAS, S.A, pero precisamente en la Memoria cuando se justifica la necesidad de la propuesta se destaca que:

" Esta necesidad resulta especialmente relevante teniendo en consideración el nuevo paradigma que existe en la actividad de distribución de gas natural, con inversores financieros que han adquirido posiciones importantes, y en menor medida en el sector eléctrico, y que mantienen una estrategia de multiplicar los niveles de endeudamiento.

Mayoritariamente, se observa el patrón de que estos inversores financieros pagan parte del precio de compra de las sociedades reguladas mediante deuda, que posteriormente no asumen ellos directamente, sino que trasladan a las distribuidoras a través de sucesivas operaciones corporativas, siendo la distribuidora la que termina haciendo frente a la devolución de la deuda derivada del precio de su propia compra. Se trata, por lo tanto, de una deuda que no se adquiere por la distribuidora para financiar infraestructuras.

Determinados niveles de deuda observados en las empresas reguladas pueden conllevar, en ciertos escenarios, un incremento en los costes soportados por los consumidores, así como un empeoramiento de los niveles de calidad de suministro, por falta de la inversión y de la operación y mantenimiento necesaria en las redes, puesto que se limita la capacidad de la empresa regulada de reaccionar ante escenarios y efectos adversos, así como de acceder a la financiación necesaria a un coste razonable".

Por otro lado, en la respuesta a las alegaciones recibidas, muchas de las cuales coinciden con las objeciones puestas en la demanda, explica las razones de los criterios empleados en la determinación de los ratios y valores para los mismos:



1.- En cuanto a la definición de los ratios, y sobre las alegaciones relativas a que deberían existir discrepancias con los criterios utilizados por las agencias de rating en sus metodologías, y que las metodologías de las agencias de rating consideran muchos más factores además de ratios financieros, se indica en la Memoria que:

"(...) la propuesta de Comunicación se concentra en un conjunto de ratios sobre los que las empresas pueden influir al estar bajo su gestión y no se centra en aspectos que, aunque sean importantes para las agencias de rating, quedan fuera de la gestión de las empresas. Los ratios se han definido considerando la información disponible en la CNMC"

2.- Respecto a los rangos de valores recomendables enunciados para los ratios, en relación con los cuales se solicita que se considere suficiente una calificación crediticia de *investment grade* y se cuestiona la fijación de los umbrales de referencia a partir de un percentil 75% de los valores observados en las empresas, indicándose además que las decisiones que se adopten sobre la retribución de las empresas reguladas pueden afectar a sus ratios, se aclara en la Memoria que:

"(...) si bien determinadas decisiones regulatorias pueden afectar al valor de algunas magnitudes empleadas en el cálculo de los ratios, los valores de rangos recomendables propuestos para cada uno de ellos en base a los valores observados, no son especialmente restrictivos, en el sentido de que la mayoría de ellos son consistentes con métricas de "Baa", el último escalón de investment grade. Por su parte, si bien en el análisis de los ratios efectuado se ha considerado el percentil 75% como suficientemente representativo de los valores obtenidos para cada ratio, éste se ha tomado como orientativo de cara al establecimiento de los rangos de valores recomendables, habiéndose tenido también en cuenta otros factores".

3.- Sobre la alegación que considera que no deberían aplicarse los mismos ratios y rangos de valores recomendables para todos los sectores, solicitándose además que se incremente el espectro de compañías analizadas, la CNMC considera que:

"(...) aunque en la propuesta de Comunicación no se hayan enunciado ratios y rangos de valores recomendables específicos por sector, para el establecimiento de los mismos se han calculado los ratios para la mayoría de sociedades a las que se dirige la comunicación, lo que incluye a empresas reguladas que operan en los sectores eléctrico y gasista, tanto transportistas como distribuidoras. Y en cuanto a las compañías analizadas, se considera razonable que los rangos de valores recomendables de los ratios que se establezcan tengan en consideración la situación de empresas que operan en España y de las que además se disponga de información económico-financiera suficiente a través de la Circular 5/2009".

4.- En cuanto a la solicitud de que el rating obtenido para la matriz de un grupo de empresas sea válido para todas las empresas reguladas que formen parte del mismo, se señala que:

"(...) si bien el ámbito de la Comunicación comprende a las empresas que realizan actividades reguladas en los sectores eléctrico y gasista, sí se considera adecuado que, en el caso concreto de sociedades que realizan actividades reguladas cuyas filiales realizan también en su mayoría actividades reguladas, los ratios se calculen considerando la sociedad matriz y sus filiales reguladas de forma consolidada o agregada entre ambas, no incluyéndose en ningún caso las filiales no reguladas".

5.- Sobre la solicitud de que la Comunicación se dirija únicamente a las empresas que son sujetos obligados en la Circular 5/2009 y que no se aplique al análisis de toma de participaciones en el sector de hidrocarburos líquidos, se afirma que:

"(...) se considera necesario que la Comunicación tenga un ámbito general que se extienda también a estas sociedades, de forma que puedan calcularse los ratios también para ellas, con información procedente de sus cuentas anuales, principalmente a los efectos de los análisis de los riesgos que puedan realizarse en las resoluciones de tomas de participaciones, con el alcance y efectos que se determinará en el procedimiento administrativo que se tramite al amparo de la disposición adicional 9ª de la Ley 3/2013, que no cabe concretar en esta Comunicación. No obstante lo anterior, el hecho de que estas sociedades no estén sometidas a remitir información contable periódica a la CNMC ni al Ministerio para la Transición Ecológica implica que están sometidas a menor supervisión y análisis, cuestión que no se ve modificada por esta Comunicación".

6.- En cuanto a la alegación de que no se ha tenido en consideración la configuración económica de las distribuidoras eléctricas de menos de 100.000 clientes a la hora de definir los ratios y los rangos de valores recomendables, se indica que:

"(...) aunque las distribuidoras de menos de 100.000 clientes tengan un tamaño más reducido, los ratios, al estar calculados en términos porcentuales o en términos relativos respecto a las magnitudes de cada empresa, resultan aplicables a empresas de distinto tamaño".



7.- Sobre las alegaciones que sugieren la implantación de un mecanismo de ponderación de los ratios, de forma que su evaluación conjunta dé como resultado una valoración media de cada empresa, a la vista de las mismas:

"(...) se introdujo un artículo adicional en la Comunicación en el que se define el Índice Global de Ratios (IGR), que permite efectuar una valoración global del grado de adecuación de cada empresa a los rangos de valores recomendables".

8.- Sobre las propuestas de modificación del cálculo de la deuda neta, principalmente mediante la exclusión de determinadas partidas contables, no se consideraron apropiadas por la siguiente razón:

"(...) el cálculo de los ratios debe hacerse con información disponible procedente de la contabilidad de las empresas y en los formularios estandarizados de reporte de la información que establece la Circular 5/2009, los cuales están basados en las cuentas del Plan General de Contabilidad, aprobado por R.D.1514/2007, de 16 de noviembre".

9.- Finalmente, en cuanto a las alegaciones sobre cada uno de los ratios específicos definidos en la propuesta de Comunicación y su ponderación relativa:

- En cuanto a la alegación de que el ratio 1 no es indicador representativo de la capacidad económico-financiera presente en las empresas y que el ratio 3 refleja de manera más actualizada el apalancamiento financiero, se considera que:

"(...) el ratio 1 es uno de los ratios más ampliamente utilizados en el ámbito financiero para evaluar el apalancamiento de una sociedad, resulta conveniente mantenerlo. No obstante, sí se considera adecuado darle menor ponderación que al ratio 3 en el cálculo del Índice Global de Ratios (10% al ratio 1 y 30% al ratio 3)".

- En cuanto a la alegación de que el ratio 2 podría incrementar la necesidad de refinanciación, se contesta que:

"(...) dado que este ratio valora la capacidad de cobertura de los intereses, resulta esperable que se obtengan valores bastante holgados para el mismo, por lo que no deberían existir incentivos del tipo que se menciona. No obstante, se acoge en parte la observación y se propone darle un peso muy reducido en el cálculo del Índice Global de Ratios (5%)".

- En cuanto a la alegación de que el RAB del ratio 3 debería estar actualizado a 31 de diciembre del año de cálculo e incluir el inmovilizado en curso y los equipos de medida, la CNMC considera adecuado acoger la propuesta relativa a la inclusión del inmovilizado en curso dado que:

"(...) al haberse considerado los proveedores de inmovilizado dentro de la deuda, el cálculo del ratio ofrece una visión más consistente. En cuanto al dato del RAB a emplear en el cálculo del ratio, se empleará el último valor disponible, pudiendo éste estar más o menos actualizado dependiendo del momento temporal en el que se efectúe el cálculo de los ratios, pero sin incluir los equipos de medida en el caso de las distribuidoras eléctricas, ya que su valor sí está incluido dentro del inmovilizado material contable, que es generalmente inferior al RAB. 8

- En cuanto a la propuesta de que, entre los ratios 4 y 5, el ratio 4 tenga una menor ponderación debido a que los flujos procedentes de las operaciones ofrecen una visión más completa que el EBITDA:

" La CNMC ha considerado razonable tener en consideración esta propuesta, por lo que se le ha otorgado una ponderación del 35% al ratio 5 y del 20% al ratio 4 en el cálculo del Índice Global de Ratios".

- A la vista de las alegaciones que consideran que, por diversos motivos, por ejemplo incluir la política de dividendos, el ratio 6 no es un buen reflejo de la fortaleza financiera de la compañía, se consideró conveniente eliminar dicho ratio.

A continuación, se Justificación de la elección de los ratios señalando que:

El Ratio 1 se utiliza para medir el nivel de apalancamiento financiero de una sociedad, es decir, la proporción de endeudamiento que utiliza para financiarse, del total de capitales (deuda y patrimonio neto) de la sociedad.

El Ratio 2 se emplea para valorar la capacidad de cobertura de los intereses financieros por parte de una sociedad, o lo que es lo mismo, calcula el número de veces que los fondos procedentes de las operaciones pueden hacer frente a la cobertura de los intereses.

El Ratio 3 evalúa la proporción de activos de una sociedad que están financiados por deuda, midiéndose dichos activos a través del RAB3, para aquellas empresas que tienen un reconocimiento explícito del mismo en la regulación, y a través de su valor en libros, en los demás casos. Considerando las alegaciones recibidas en la consulta pública, se incluye el inmovilizado en curso.

El Ratio 4 sirve para medir la capacidad de una sociedad de hacer frente a la devolución de la deuda a través de su EBITDA, o lo que es lo mismo, calcula el número de años que el EBITDA tendría que ser exclusivamente dedicado a la devolución de la deuda, para la amortización total de ésta.

El EBITDA es el resultado antes de intereses, impuestos, amortizaciones y deterioros.

El Ratio 5 sirve para medir la capacidad de una sociedad de hacer frente a la devolución de la deuda a través de los fondos procedentes de operaciones, o lo que es lo mismo, calcula el número de años que los fondos procedentes de las operaciones tendrían que ser exclusivamente dedicados a la devolución de la deuda, para la amortización total de ésta.

Y en cuanto a la Justificación de la elección de los rangos de valores recomendables, se señala que se han tenido en consideración los valores observados en las empresas sujetas a la comunicación y los valores indicativos que utilizan las agencias de rating, y se explica que se han calculado los 5 ratios definidos en la Comunicación para la mayoría de sociedades a las que se dirige la comunicación, a partir de la información reportada por las empresas a través de la Circular 5/2009 para el ejercicio 2017. Esta información incluye, entre otros, el balance de situación (Anexo I), la cuenta de pérdidas y ganancias separada por actividades (Anexo II) y el estado de flujos de efectivo (Anexo VI).

Asimismo, se han calculado adicionalmente los ratios para los principales grupos consolidados del sector energético, que consolidan a las sociedades que realizan actividades reguladas en los sectores eléctrico y gasista, a partir de la información incluida en sus cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2017. Para el cálculo de los ratios financieros correspondientes a los grupos consolidados que han sido objeto de operaciones societarias desde 2017, ha sido necesario realizar estimaciones de algunas magnitudes que intervienen en el cálculo, empleando la información disponible en esta Comisión procedente del análisis de las tomas de participaciones que se realiza dentro del ámbito de la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013.

Los grupos consolidados tienen distinta naturaleza. Algunos están verticalmente integrados, y realizan tanto actividades reguladas como liberalizadas a través de distintas sociedades. Otros son grupos principalmente regulados, con una pequeña diversificación internacional y en negocios conexos. Otros tienen una sociedad matriz que realiza directamente actividades reguladas y, además, consolida otras filiales que realizan también actividades reguladas en el mismo sector o conexas con éste. También existe un subgrupo dentro de un grupo que no realiza actividades reguladas por sí misma, sino que es una sociedad tenedora de participaciones en las sociedades del grupo que las realizan.

Para el cálculo de determinados ratios en el caso de empresas que realizan actividades de transporte o distribución de energía eléctrica, se ha empleado la información más actualizada disponible sobre su inmovilizado base neto con derecho a retribución a cargo del sistema eléctrico.

Tras haberse calculado los ratios para todas las sociedades anteriores, éstos se han ordenado para cada sector (electricidad, gas, grupos consolidados), computándose asimismo su promedio y el percentil 75. Estos resultados han servido como input para enunciar el rango dentro del que sería recomendable que las empresas reguladas se situaran con el fin de disponer de una adecuada capacidad económico-financiera y una estructura de la deuda sostenible.

Tras esta explicación se justifica la elección del rango de valores para cada uno de los ratios, distinguiendo entre las empresas reguladas del sector gasista, las empresas reguladas del sector eléctrico y los grupos consolidados de los sectores eléctrico y gasista.

DE CIMOSÉPTIMO. - Por consiguiente, no es cierto lo que señala la demandante, ni lo que se indica en el informe pericial, con relación a que no se ha justificado suficientemente la necesidad de la Comunicación, los ratios enunciados y los rangos de valores recomendables de los mismos, o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para determinarlos.

Y tampoco que se haya motivado *ex post facto*, pues el Informe Técnico aportado por la Abogada del Estado lo que hace es exponer las explicaciones y justificaciones contenidas en la Memoria sobre la elección de los rangos de valores recomendables para los ratios que se establecen, y a partir de ellos analiza además la situación de las empresas a las que se dirige la Comunicación en relación con tales valores y con respecto al cálculo de sus correspondientes valores del IGR.

Hemos de concluir, pues, que la Comunicación impugnada está basada en unos criterios suficientemente fundamentados, lo que no significa que sean los únicos posibles o que pueda haber otros más adecuados, pero desde el momento en que están basados en datos y elementos objetivos exentos de arbitrariedad, no se aprecian razones suficientes para sustituir el criterio de la CNMC por el de la parte recurrente, pese a que



se pueda discrepar desde un punto de vista técnico o económico del acierto en la concreta determinación de los ratios.

A ello no obsta la prueba practicada en autos, particularmente el informe pericial, el cual, si bien igualmente fundamentado, no resulta suficiente para desvirtuar el hecho de que la Comunicación está basada en criterios técnicos carentes de arbitrariedad.

En todo caso, procede reiterar una vez más que se trata de ratios y rangos de valores recomendables que no son vinculantes para las empresas a las que va dirigida, siendo posible que, en las resoluciones que apliquen tales ratios se valoren otras circunstancias o elementos adicionales y que, en su caso, se cuestione por las empresas afectadas su aplicación a su situación y circunstancias concretas.

DÉCIMOCTAVO.- Incumplimiento por el Real Decreto-Ley 1/2019 de los artículos 39.4 de la Directiva 2009/73 y 35.4 de la Directiva 2009/72 . Los organismos reguladores de la competencia no pueden ser al mismo tiempo Autoridad Reguladora Independiente.

Se aduce, al respecto, que el modelo regulador del mercado del gas que ha creado el Reino de España, no goza de un regulador específico para el mercado del gas sino que atribuye estas funciones al órgano regulador de la competencia, incumple los artículos 39.4.a y 40 de la Directiva 2009/73 y constituye una anomalía organizativa en el derecho comparado de la Unión, pues la totalidad de los Estados miembros han otorgado la condición de autoridad reguladora nacional de la energía a una entidad independiente, en cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII, artículos 39 a 44 de la Directiva 2009/73/ CE, acerca de la independencia, competencias y funciones de la autoridad reguladora del mercado del gas. Las Directivas parten de la base de que las funciones del organismo regulador de la competencia y las funciones de los organismos de regulación energética son distintas y separadas. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 1/2019, de 11 de enero, las acumula en la CNMC. Estamos ante un doble incumplimiento de las Directivas de la Unión Europea que inhabilita a la CNMC para dictar normas jurídicas de cualquier tipo en materia de regulación energética por causa de la referida contravención del derecho de la Unión Europea.

Como pone de relieve la Abogada del Estado se trata de una cuestión desvinculada del alcance del presente recurso contencioso administrativo. No obstante lo cual, cabe señalar que el TJUE ha descartado que sea contrario al derecho de la Unión fusionar una ANE con otras autoridades nacionales de reglamentación como las responsables de la competencia. Así STJUE de 19 octubre de 2016 C424-15 en relación de la CNMC y la Directiva marco de 2009 (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37; corrección de errores en DO 2013, L 241, p. 8) (en lo sucesivo, «Directiva marco»), el Tribunal responde a la primera cuestión prejudicial declarando que:

« La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 , debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una autoridad nacional de reglamentación, en el sentido de la Directiva 2002/21 , en su versión modificada por la Directiva 2009/140 , con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones delegadas a las autoridades nacionales de reglamentación en el sentido de dicha Directiva, siempre que, en el ejercicio de estas funciones, ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por ella y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente».

Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado (ATS de 18 de octubre de 2017 -rec. 3206/2017) en relación con los organismos reguladores o supervisores, que: *« Se trata de organismos que tienen su encaje fuera del organigrama de la Administración General del Estado y que poseen independencia o autonomía funcional. Y así se desprende también de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 40/2015 del Sector Público al definir a las autoridades administrativas independientes como aquellas "entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado [...]". En definitiva, la consideración de organismos reguladores o supervisores descansa, a los efectos que nos ocupan, en su independencia y autonomía funcional respecto de la Administración del Estado cuando ejercen sus funciones de regulación y supervisión».*



Y añade, en relación específicamente con la CNMC, que: « Es cierto que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión de los Mercados y la Competencia supuso, por un lado, la aglutinación en este nuevo organismo de las competencias que hasta ese momento habían sido ejercidas por otras autoridades -como por ejemplo, en lo que aquí concierne, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-; y, por otro, supuso una reestructuración de funciones regulatorias entre la autoridad de la competencia y los ministerios correspondientes. Sin embargo, esta reestructuración o reordenación de las competencias de los diversos órganos y organismos que intervienen en la regulación de ámbitos económicos liberalizados, no implica que el Ministerio, en este caso, el de Industria, Energía y Turismo -y sus órganos superiores- se conviertan en organismos reguladores o supervisores. A efectos del recurso de casación y de la presunción establecida en el artículo 88. 3 d) LJCA lo relevante es reiteramos, la caracterización del sujeto del que emana el acto impugnado como organismo independiente y autónomo y no tanto en el calificativo como autoridad de reglamentación o de regulación».

DECIMONOVENO. - De acuerdo con todo lo expuesto, procede desestimar el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **955/2019** interpuesto por la representación procesal de la entidad **MADRILEÑA RED DE GAS, S,A**, contra la Comunicación 1/2019, de 23 de octubre de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de definición de ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas, y de rangos de valores recomendables de los mismos.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.