Roj: **SAN 6924/2024** - **ECLI:ES:AN:2024:6924**

Id Cendoj: **28079230042024100674**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **26/11/2024**
Nº de Recurso: **797/2020**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: **0000797/2020**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **06269/2020**

Demandante:**NEDGIA ANDALUCÍA, S.A.**

Procurador: **SUSANA HERNANDEZ DEL MURO**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. **CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

Dª. CARMEN ALVAREZ THEURER

Dª. ANA MARTÍN VALERO

D. RAFAEL VILLAFAÑEZ GALLEGO

Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil veinticuatro.

Vistoel recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **NEDGIA ANDALUCÍA, S.A.,**y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, frente a la **Administración del Estado,**dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **la Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,**siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por NEDGIA ANDALUCÍA, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre la Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, solicitando a la Sala, dicte sentencia estimatoria, por la que:

1.- Declare la nulidad del Ajuste de la Actividad de Distribución regulado en el artículo 6.1. de la Circular.

2.- Declare la nulidad de los valores de los parámetros retributivos de la Retribución por Desarrollo de Mercado, establecidos en la Disposición Adicional 4 de la Circular, condenando a la CNMC a aprobar unos nuevos valores de acuerdo con los criterios establecidos en al artículo 60 de la Ley 18/2014.

3.- Declare la nulidad del artículo 13 de la Circular, en lo que establece una penalización para las empresas cuyas ratios se sitúen fuera de los rangos de valores recomendables enunciados en el apartado quinto de la Comunicación 1/2019, de 23 de octubre.

4.- Declare la nulidad del inciso final del artículo 5.1 de la Circular 4/2020, en lo que prevé que los importes que perciban o abonen las empresas distribuidoras en concepto de incentivo positivo o negativo por mermas se compute como si fuera parte integrante de su retribución regulada.

5.- Declare que la Circular impugnada es contraria a Derecho por no incluir ningún incentivo para la inyección de gases de origen renovable en las redes de distribución, y condene a la CNMC a dictar una disposición normativa, que incluya dentro de los componentes que integran la retribución de las empresas distribuidoras de gas natural un incentivo para la inyección de gases de origen renovables en las redes de distribución.

6.- Reconozca el derecho de mi representada a ser indemnizada de los daños y perjuicios que se deriven de la aplicación de los extremos de la Circular impugnada a los que se refieren los números precedentes, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, de conformidad con las bases establecidas en el Fundamento de Derecho VI del presente escrito de demanda, con los correspondientes intereses legales, condenando a la CNMC a la adopción de las medidas necesarias para la íntegra satisfacción de dicha indemnización, con sus intereses.

7.- Condene en costas a la administración demandada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno, solicitando a la Sala que dicte sentencia que desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la actora.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día trece de noviembre de dos mil veinticuatro, en que efectivamente se deliberó, voto y fallo el presente recurso.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la 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.

Un asunto sustancialmente idéntico al que ahora analizamos, ha sido resuelto en nuestra sentencia de veinte de noviembre de dos mil veinticuatro, dictada en el recurso 1252/2020. Estos asuntos fueron deliberados el mismo día a fin de mantener la unidad de criterio de la Sala.

SEGUNDO: Los argumentos esgrimidos por el recurrente, coinciden con los expuestos en la demanda del recurso 1252/2020, ya citado, por lo que debemos remitirnos a los razonamientos contenidos en la sentencia de veinte de noviembre de dos mil veinticuatro, que da cumplida respuesta a todos ellos:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"(...)

SEGUNDO.- En la demanda se describe el régimen jurídico aplicable a la actividad de distribución de gas natural a partir de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH). A tal efecto se alude a que el art. 92 LSH prevé que las tarifas, los peajes y cánones asegurarán la recuperación de las inversiones dentro del periodo de su vida útil y permitirán una razonable rentabilidad de los recursos financieros empleados.

Señala que la concreción de estas previsiones se realizó mediante la Orden ECO/301/2002, de 15 de febrero, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, cuyo art. 10 , bajo la rúbrica "actividades de distribución", prevé que se incluirán "como costes de la actividad de distribución de gas natural los costes en que se incurra para llevar a cabo el desarrollo, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo".

Aduce que, tras la fijación de la retribución base para el año 2002, a tenor de lo dispuesto en el art. 11, se fija un sistema retributivo a través de una fórmula paramétrica, en la cual no se considera la inversión sino únicamente el crecimiento o disminución del número de clientes y la variación del volumen de gas suministrado a través de las redes. De esta manera, el riesgo de la inversión lo soporta la empresa gasista, la cual únicamente amortizará la inversión si se traduce en un mayor número de clientes y en un mayor volumen de gas suministrado.

Precisamente por esta metodología retributiva, el ajuste de 110 millones de euros que se llevó a cabo mediante la Ley 18/2014, en la cual se aprobó la retribución vigente en el periodo 2014 a 2020, se repartió entre las distribuidoras de modo proporcional al número de clientes y al volumen de gas suministrado.

En esto se diferenciaría, sigue argumentando, del régimen retributivo del sector eléctrico, en el cual se retribuye la inversión y la operación y mantenimiento de las instalaciones, además de asegurar una rentabilidad razonable.

Concluye por ello que la principal peculiaridad del modelo retributivo (conocido como "modelo de actividad" por oposición al modelo "RAB") consiste en que la retribución de los distribuidores de gas natural varía de un año a otro en función de cómo varíe el número de clientes conectados a sus redes y el volumen de gas vehiculado por sus redes, pero con independencia del volumen de inversiones que tenga que realizar para incorporar nuevos clientes y consumos al sistema gasista o para asegurar el buen estado y seguridad de las redes.

En este modelo retributivo, las inversiones que se realizan de manera continua no se incorporan en ningún momento a ninguna base de activos y por tanto no devengan una retribución por amortización que asegure la recuperación de esas inversiones.

b) A partir del régimen retributivo descrito a grandes rasgos, en el cual no se tendría en cuenta la inversión ni los costes de operación y mantenimiento, censura la actora la Circular impugnada en cuanto modifica el régimen retributivo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida a la CNMC por el art. 7 de su Ley de creación, tras su modificación por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero .

Alude a que, la doctrina constitucional relativa a los órganos reguladores independientes (STC 133/1997, de 16 de julio), es particularmente exigente en el control de la racionalidad de los productos normativos que emanan porque, a diferencia de lo que acontece con los órganos con potestad normativa originaria (sic), la CNMC no está sujeta a un control político como sí lo están aquellos. Ello autorizaría, según afirma la demandante, un control material particularmente intenso de este tipo de normas, pues si lo que justifica la atribución de potestad normativa es la especificidad técnica de la materia que regulan, las opciones plasmadas en ellas habrán de tener una justificación cumplida que se expresaría en la correspondiente memoria.

Con esta pretendida justificación de la intensidad del control que nos pide (que en la demanda ocupa un lugar postrero) y sirviéndose del dictamen pericial que aporta, aborda la crítica de las razones ofrecidas en la memoria de la Circular impugnada para justificar la reducción de la retribución de la actividad de distribución de gas natural que en ella se plasma. En esta dirección, señala que:

i) Ni el precio del gas natural (al que las distribuidoras son ajenas) ni la evolución de los peajes justifican una reducción del 17% en la retribución de la actividad de distribución. La comparativa con los países semejantes mostraría que los precios que pagan los consumidores y la retribución de las distribuidoras son menores en España.

ii) No existe ninguna situación de déficit ni de endeudamiento acumulado en el sistema gasista que justifique la reducción de retribución diseñada por la CNMC, puesto que el déficit existente en 2014 se debió al fallido almacén Castor y la infrautilización de las plantas de regasificación se afrontó con el recorte de retribución operado en 2014 y en la actualidad el sistema tiene superávit.

iii) La ratio entre el beneficio neto y los fondos propios de la compañía (ROE) no es una ratio válida para medir el rendimiento de las inversiones efectuadas en el sector de la distribución de gas y, por ello, no permite medir la recuperación de una inversión a lo largo del tiempo y concluir que la retribución del sector gasista es excesiva.

Y en todo caso, sostiene no existe un diferencial significativo entre el ROE de los sectores que la propia CNMC considera comparables y el ROE de la distribución de gas.

Por el contrario, sostiene que el método adecuado para evaluar la recuperabilidad de la inversión es el del "descuento de flujos de caja", tal como se señalaría en la Guía de la Comisión Europea para el Análisis de Proyectos de Inversión, citada en el informe pericial, apartado 2.7.-Financial Analysis- (accesible en ec.europa.eu /regional_policy/index).

iv) No existe una situación de sobre retribución ni de rentabilidad excesiva en el sector de distribución de gas natural porque "lo que no es correcto es comparar los euros invertidos en 2002 con los euros que se han ido pagando en concepto de retribución por amortización en cada uno de los años del periodo, pues el valor de un euro de 2002 no es el mismo que en 2020". De manera que "la retribución por amortización abonada en el periodo 2002-2020 no ha permitido recuperar la totalidad de la inversión considerada al fijar la retribución inicial en el año 2002, sino que quedaría pendiente de recuperar una inversión de 880 millones de euros, en valor actual".

Por ello, concluye en este punto que "siendo que aún no se ha recuperado, en valor actual, el valor de la inversión que se hizo en 2002 se hace evidente que el sector de la distribución ni está sobre retribuido ni presenta una rentabilidad excesiva, sino que se encuentra en curso de recuperar la inversión inicial, tal como es lógico en un sector dedicado a la inversión en construcción de infraestructuras, en los que los periodos de maduración son de muy largo plazo.

En consecuencia, el término AAD (Ajuste a la Actividad de Distribución) es nulo de pleno derecho, por resultar contrario al artículo 92 de la Ley del Sector de Hidrocarburos , que reconoce el derecho de las empresas distribuidoras a recuperar el importe de las inversiones realizadas y a obtener una rentabilidad razonable por las mismas, siendo que ni uno ni otro derecho quedan garantizados si se aplica el citado ajuste".

Finaliza este apartado señalando que las inversiones anteriores y posteriores a 2002 no recibieron retribución específica ni tampoco a través de la fórmula paramétrica. Y por lo que respecta a las inversiones a realizar a partir de 2021, tampoco recibirán retribución por amortización, sino que lo serán únicamente a través de la fórmula paramétrica, en la cual no se toma en cuenta el valor real de la inversión ni su periodo de recuperación.

c) En un apartado específico, aunque con una línea no diferenciada de argumentación, sostiene que el art. 6.1 de la Circular es nulo de pleno derecho porque el ajuste retributivo plasmado en el factor AAD se ha calculado con criterios inconsistentes con el modelo retributivo vigente y carentes de racionalidad económica:

- La primera inconsistencia denunciada traería causa de calcular el ajuste a partir de los puntos de suministro y volumen de consumo del año 2000 sin tener en cuenta la pérdida de 350.000 clientes desde entonces, lo que supondría una doble penalización, la una por la pérdida de ingresos derivada de la disminución de clientes y la otra por realizar el cálculo a partir de los datos de actividad (clientes y volumen de circulación de gas) que no se corresponden con los actuales.

- Carecería también de toda lógica en el modelo de retribución por actividad, el tomar un determinado subconjunto de activos en función del año en que se construyeron, y concluir que las empresas ya han recuperado la inversión hecha en esos activos y que por eso, ese monto debe reducirse de la retribución que se abona por el conjunto de inversiones realizadas por las empresas.

- La inconsistencia del ajuste se pondría también en evidencia por el hecho de que la resolución de 17 de diciembre de 2020 no fue capaz de concretar el ajuste para cada empresa y tuvo que repartir de un resto de 9'8 millones de euros (el 4'1 % del ajuste total) con un criterio proporcional.

Añade la actora que al realizar el ajuste separándose del criterio proporcional que empleó en la reforma de 2014 a la que ya se ha hecho mención, la CNMC actuó de un modo imprevisible y, por ello, contrario al principio de confianza legítima e incluso contraria al principio de igualdad, puesto que las empresas con activos más antiguos se ven más perjudicadas que el resto del sector.

d) Se impugna también la disposición adicional cuarta de la Circular en cuanto a la fijación del valor de los parámetros a utilizar para la fijación de la Retribución por Desarrollo de Mercado según se disciplina esta retribución en los arts. 7 y 8 de la Circular.

Se sostiene que los valores fijados en la disposición adicional cuarta se han fijado sin atender a los criterios previstos en el art. 60 de la Ley 18/2014 . A juicio de la entidad demandante, según se desprendería de la memoria de la Circular, se mantuvo la misma retribución fijada en la propia Ley 18/2014 debidamente actualizada con el

IPH y la aplicación de un factor de eficiencia, pero sin justificación alguna de carácter técnico que se acomode a los criterios del citado art. 60 .

Con esta forma de proceder se produce la paradoja de que "los puntos de suministro anteriores a 2000, mientras siguen en servicio tienen un valor retributivo anual de 50 euros, pero en el caso en que causan baja, su valor retributivo es de (-50.47) euros. Y lo mismo sucede con el valor del resto de clientes y con el valor de los consumos suministrados que contempla la fórmula paramétrica del artículo 7, a la vista de los valores que fija para ellos la disposición adicional cuarta.

Esto es así porque al haber fijado estos nuevos valores para la fórmula paramétrica, pero no haber revisado el valor unitario de los parámetros considerados al calcular el Ajuste de la Actividad de Distribución (112.18 - 50 euros es el valor del ajuste, por lo que la retribución para los puntos ajustados a valor 2014 es de 50 euros), el efecto que se produce es que la retribución que se percibe por los clientes anteriores al año 2000 se mantiene en 50 euros, mientras que cada baja de cliente, incluidos los anteriores a 2000, supone una disminución de la retribución en 50.47 euros por aplicación de este nuevo valor de la fórmula paramétrica. Nos encontramos por tanto con unos valores que además de contravenir el mandato expreso del artículo 60, alteran el funcionamiento del modelo por actividad, pues no tiene sentido económico que un punto de suministro tenga menos valor mientras está en servicio que cuando causa baja".

La memoria presenta además una serie de carencias y omisiones, que acreditan la falta de rigor que se ha seguido al elaborar la Circular 4/2020.

Todo lo cual le lleva a concluir que "el conjunto de inconsistencias, carencias y omisiones que han quedado expuestas, y la falta de una justificación adecuada del ajuste propuesto, acreditan que la CNMC, al ejercitar por primera vez la potestad reglamentaria derivada, no ha actuado con el rigor que es exigible a un regulador sectorial especializado, como requisito de validez de las normas que aprueba", todo lo cual determinaría, en su opinión, la nulidad de pleno derecho.

e) También es objeto de impugnación el art. 13 de la Circular, por cuanto se establece una penalización para las empresas que superen los ratios enunciados en el apartado quinto de 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

Se razona en la demanda que el establecimiento de esta sanción vulnera el principio de tipicidad por no encontrar soporte en norma alguna de rango legal, vulnerando así el art. 27 de la Ley 40/2019, de Régimen Jurídico del Sector Público .

f) Como tercer precepto impugnado, la demanda se dirige frente al art. 5.1 de la Circular en cuanto incluye el incentivo por mermas entre la retribución anual de las distribuidoras, siendo así que el art. 14.9 de la Orden IET/2446/2013 , de 27 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, dispone que "los ingresos o costes de los distribuidores que resulten de la compensación del saldo de mermas en sus redes no serán considerados ingresos o costes liquidables a efectos retributivos".

Esta antinomia determinaría la nulidad de este precepto por resultar contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) e infringir el artículo 129 de la Ley 39/2015 , que garantiza el derecho de las empresas distribuidoras a disponer de un marco normativo claro y estable. Se postula por ello la anulación del precepto "en lo que prevé que los importes que perciban o abonen las empresas distribuidoras en concepto de incentivo positivo o negativo por mermas se computen como si fuera parte integrante de su retribución regulada".

g) Finalmente, en la demanda se aduce que la Circular no se ajusta a las orientaciones de política energética a las que ha de ajustarse en cumplimiento del art. 7.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ello porque, al no contener un incentivo a la inyección de gases renovables en las redes de distribución, se orillaría la orientación prevista en el apartado noveno de 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, según el cual:

"4. Con objeto de contribuir a la lucha contra el cambio climático, la metodología de retribución debería introducir medidas para que el régimen económico sea compatible con la promoción del uso de los combustibles menos contaminantes y menos emisiones de gases de efecto invernadero y la inyección de gases de origen renovable en las redes de distribución".

TERCERO.- Comencemos por reproducir la legalidad aplicable con la que hemos de contrastar la Circular impugnada a fin enjuiciar si se ajusta o no a ella.

El art. 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, aplicable ratione temporis, establece:

Artículo 92. Criterios para determinación de peajes, cánones y cargos.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará, mediante resolución que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado", los precios de los peajes y cánones de acceso a las instalaciones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado de acuerdo con la metodología y estructura que a estos efectos sea aprobada por dicha Comisión.

(...)

Los peajes y cánones tendrán en cuenta los costes incurridos por el uso de las instalaciones de manera que se optimice el uso de las infraestructuras y podrán diferenciarse por niveles de presión, características del consumo y duración de los contratos.

Estos precios deberán respetar el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema gasista y ser suficientes para cubrir los costes por el uso de las instalaciones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado.

Los peajes y cánones deberán establecerse de forma que su determinación responda en su conjunto a los siguientes principios:

a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas.

b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.

c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.

Por su parte, el art. 60 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre , de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, del que nos interesa principalmente su apartado primero, dispone:

Artículo 60. Retribución de las actividades reguladas.

1. En la metodología retributiva de las actividades reguladas en el sector del gas natural se considerarán los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada de acuerdo al principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema gasista con criterios homogéneos en todo el territorio español, sin perjuicio de las especificidades previstas para los territorios insulares. Estos regímenes económicos permitirán la obtención de una retribución adecuada a la de una actividad de bajo riesgo.

La metodología de retribución de las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento y distribución de gas natural deberá incluir los incentivos que correspondan, que podrán tener signo positivo o negativo, para garantizar el nivel de endeudamiento adecuado que permita disponer de una estructura de deuda sostenible y otros objetivos.

2. Los parámetros de retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, la demanda de gas, la evolución de los costes, las mejoras de eficiencia, el equilibrio económico y financiero del sistema y la rentabilidad adecuada para estas actividades por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años, salvo que una norma de derecho comunitario europea establezca una vigencia del periodo regulatorio distinta.

No se aplicarán fórmulas de actualización automática a valores de inversión, retribuciones, o cualquier parámetro utilizado para su cálculo, asociados al suministro de gas natural regulado.

3. Para las actividades de transporte, distribución y plantas de Gas Natural Licuado con derecho a retribución, las tasas de retribución financieras aplicables serán fijadas, para cada periodo regulatorio, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

No obstante, lo anterior, para cada periodo regulatorio se establecerá por ley el límite máximo de las tasas de retribución financiera aplicables a las actividades de transporte, distribución y plantas de Gas Natural Licuado. Este límite máximo estará referenciado al rendimiento de las Obligaciones del Estado a diez años en el mercado secundario incrementado con un diferencial adecuado que se determinará para cada periodo regulatorio. Si al comienzo de un periodo regulatorio no se llevase a cabo esta determinación del diferencial, se entenderá prorrogada la tasa máxima de retribución financiera fijada para para el periodo regulatorio anterior.

Excepcionalmente, el referido valor podrá superarse por la Comisión, de forma motivada y previo informe del Ministerio para la Transición Ecológica, en casos debidamente justificados. En este supuesto, la Comisión hará constar el impacto de su propuesta en términos de costes para el sistema respecto del que se derivaría de aplicar el valor anteriormente resultante.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

4. Los parámetros de retribución, así como la tasa de retribución, de los almacenamientos subterráneos básicos, podrán revisarse por el Gobierno antes del comienzo del siguiente periodo regulatorio. Si al comienzo de un periodo regulatorio no se llevase a cabo esta revisión, se entenderán prorrogados para el periodo regulatorio siguiente.

5. La retribución a la inversión de las instalaciones de la red básica del sistema de gas natural se calculará a partir de su valor neto, sin perjuicio de lo que se establezca para las instalaciones de transporte primario de influencia local.

6. No tendrá la consideración de coste reconocido el gas de operación para autoconsumo requerido por las plantas de regasificación.

7. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá establecer, tras solicitud del titular de la planta de regasificación, un régimen económico singular y de carácter temporal para la prestación de servicios logísticos de Gas Natural Licuado. Estos servicios deberán ser prestados bajo contratos a largo plazo y su objeto principal no será el acceso al sistema gasista español para suministro de la demanda nacional. Este régimen singular y de carácter temporal será efectivo durante el periodo de vigencia del contrato a largo plazo.

Estos servicios, al verse afectados por la competencia internacional, podrán llevar aparejado que las condiciones de acceso a las instalaciones y los peajes y cánones para la prestación de estos servicios puedan pactarse libremente entre las partes implicadas, sujetas a los principios de objetividad y no discriminación. En cualquier caso, deberá asegurarse el principio de sostenibilidad económica y financiera en el sistema gasista, por lo que los ingresos obtenidos mediante los peajes y cánones deberán ser iguales o superiores a la retribución reconocida a la instalación. En caso de acceso al sistema gasista español para suministro de la demanda nacional, el peaje aplicado no será inferior al establecido para el resto de plantas de regasificación del sistema.

En caso de que para la prestación de dichos servicios logísticos de Gas Natural Licuado fuera necesaria la realización de nuevas inversiones, estas no serán asumidas por el sistema gasista.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Circular, la retribución anual de la actividad de distribución se define como la suma de varios conceptos retributivos, uno de los cuales es la Retribución Base (RDE), cuya concreción se encuentra en el art. 6: la retribución por distribución definitiva para las instalaciones y puntos de suministro existentes en el año 2020, calculada según el anexo X de la Ley 18/2014, de 15 de octubre , (RD) minorada con el ajuste retributivo de la actividad de distribución en el periodo regulatorio 2021-2026 (AAD)

De esta manera, según lo argumentado en la demanda y su traducción en el suplico, la cuestión sustancialmente controvertida es la legalidad del ajuste retributivo de la actividad de la distribución de gas natural (AAD) que se incluye en la retribución base fijada en el art. 6.1 de la Circular. Más en concreto en el hecho que a la retribución de distribución, calculada conforme se estableció en la Ley 18/2014 , se le reste una cantidad denominada "ajuste retributivo de la actividad de distribución", esto es, el factor AAD.

Para abordar la cuestión suscitada en los términos en los que se plantea en la demanda, no sobra recordar que nuestro enjuiciamiento contrasta la actividad administrativa con la legalidad aplicable, integrada tanto por normas como por los principios jurídicos que rigen una determinada materia.

De manera que, en el presente caso, lo que es objeto de análisis es el la Circular impugnada y no la memoria y los informes previos que cristalizaron en su publicación. Bien entendido que con ello no se resta un ápice de relevancia a la memoria en cuanto explica y justifica la opción normativa adoptada por la circular, único objeto del recurso.

Por otro lado, en la misma línea delimitadora del modelo de enjuiciamiento que el Ordenamiento jurídico nos encomienda, la legalidad de la norma enjuiciada no se predicará únicamente de aquella que pueda considerarse el óptimo ajuste con las normas y principios de contraste, sino también de la plasme una opción no los violente. Y es que, en esta materia, no cabe una única opción sino varias, y, aun cuando pudiera convenirse en la legalidad de otras regulaciones de la materia, lo esencial aquí y ahora es si la concreta regulación enjuiciada se ajusta o no a la legalidad a la que se subordina por estar sustentada en criterios reconducibles sin violencia a los preceptos legales y reglamentarios a los que ha de ajustarse.

Con esta óptica rechazamos los argumentos de la demanda que se sustentan en que la Circular impugnada adopta, supuestamente, un modelo distinto al que acogió en las primeras versiones de la circular barajadas por la CNMC o en que no se ajusta completamente a uno de los dos modelos de retribución que el actor considera ortodoxos: i) el modelo de retribución a la actividad, en el que no se retribuye la inversión y es el agente económico el que decide si invertir o no en función del rendimiento esperado por su utilización; ii) el modelo RAB que retribuye la inversión.

Lo que importa es si el concreto modelo adoptado en la circular se acomoda o no a la legalidad a la que se subordina y, más en concreto, si el ajuste retributivo que se aplica en la Circular a partir del modelo mixto de retribución que se adopta en cuanto a las inversiones anteriores a 2000, se ajusta o no a los preceptos legales que se dicen infringidos.

QUINTO.- Centrados así los contornos de nuestro enjuiciamiento, la valoración de la prueba pericial practicada a instancia de la demandante y de la Administración demandada nos lleva a concluir que, en efecto, el ajuste retributivo operado a través del factor AAD se justifica en que la retribución de la actividad de distribución anterior al año 2.000 (los puntos de suministro) no debía incorporar (como sí hacía hasta la Circular) retribución alguna a la inversión debido a que esa inversión había sido amortizada durante los veinte años previstos para ello en el sistema retributivo plasmado en la Orden ECO/301/2002.

Así se desprendería del hecho de que cuando en el año 2.002 se retribuye por primera vez la actividad de distribución, se valoraron los activos entonces existentes desde 1969 hasta el año 2.000 (valoración, además, a nuevo del año 2.002) y se establece una retribución que toma en cuenta la inversión y amortización (art. 11.1.b de la Orden ECO/301/2002) por un periodo de veinte años. A esta retribución se añade una retribución a la actividad en razón a los nuevos puntos de suministro y al volumen de gas suministrado, por considerarlos hechos reveladores de la actividad de distribución, empleándose para ello una fórmula paramétrica que no incorpora elementos que retribuyan la inversión. Se establece así un sistema mixto que incorpora retribución a la inversión durante veinte años para los activos anteriores al año 2.000, pero que únicamente retribuye la actividad para los puntos de suministro y volumen de gas suministrado a partir de ese momento.

De esta manera, el ajuste controvertido consiste en que a la retribución calculada conforme al sistema previsto en la Ley 18/2014 -que sí incorporaba retribución a la inversión de los activos previos a 2.000 y se arrastraba desde 2002-, se le resta la parte correspondiente a tal tipo de retribución y somete la retribución a la actividad a los mismos parámetros que las posteriores. Puesto que, tal como señaló la perito de la Administración, si la retribución a la actividad correspondiente al segundo periodo regulatorio (2.021-2.026) es suficiente para retribuir los costes de operación y mantenimiento y proporcionar una rentabilidad razonable, también lo será para retribuir la actividad de los puntos de suministro previos a 2.000 una vez que las inversiones que los hicieron posibles están ya amortizados.

Pues bien, a partir de estos datos fácticos, no puede sino afirmarse que los criterios expuestos, conforme a los cuales se ha regulado el cálculo de la retribución base en al art. 6.1 de la Circular mediante la sustracción del ajuste retributivo (AAD) se acomoda a los mandatos del art. 92 LSH en la medida en que han permitido la recuperación de las inversiones realizadas hasta 2.000 y, además, permiten una rentabilidad razonable para una empresa bien gestionada en una actividad de bajo riesgo, rentabilidad que se ha estimado en un 583 %, por lo demás ampliamente superada según se desprende de la prueba pericial (min. 42).

Ha de precisarse que la impugnación se refiere a este preciso ajuste (AAD), sin cuestionar que las nuevas inversiones y los costes de operación y mantenimiento puedan recuperarse a través de la retribución a la actividad conforme al sistema plasmado en la Circular, por lo demás continuista con respecto al sistema de retribución de la actividad previamente vigente para el primer periodo regulatorio (2.014-2.020).

SEXTO.- Con lo anterior damos respuesta al núcleo de la impugnación, contraída a si el ajuste efectuado se compadece o no con la legalidad aplicable respecto de la naturaleza, líneas y principios a los que ha de obedecer la retribución de la actividad de distribución en el sector del gas natural. En esencia, que el ajuste consiste en suprimir la retribución a la inversión de unos activos que ya han sido amortizados, cumpliéndose así con la exigencia de que la retribución permita la recuperación de la inversión.

Ya hemos anunciado que, en opinión de la Sala, la impugnación se adereza con reproches a la memoria de elaboración de la Circular que no pueden conducir a la anulación de sus preceptos porque, insistimos, se ajustan a las normas legales que desarrollan. Así, en la demanda se niega la realidad de factores que pretendidamente justificarían la adopción del ajuste, tales como el aumento del precio del gas natural, la evolución de los peajes, la situación de déficit y excesivo endeudamiento del sistema gasista. Pero lo cierto es que el contraste de legalidad en que este enjuiciamiento consiste no ha de realizarse con estos factores, sino con la adecuación del recorte con el sistema legalmente disciplinado de retribución de la distribución de gas natural, y ya se ha dicho que el ajuste aplicado (AAD) es respetuoso con el principio de recuperación de la inversión y de la obtención de una retribución razonable para una empresa bien gestionada en una actividad de bajo riesgo.

Del propio modo, no merece reproche alguno la utilización del ROE (ratio entre el beneficio neto y los fondos propios de la compañía) para evaluar si existe o no una sobre retribución de la actividad de distribución en lugar de la utilizar el método de descuento de flujos de caja. La Sala constata, a través de la prueba pericial (últimos minutos de la ratificación pericial), que la utilización de aquel está cargada de racionalidad por cuanto, siendo cierto que el ROE se fija en el beneficio en un año concreto, el estudio realizado se ha efectuado a partir del ROE

de la serie histórica de años relevantes a estos efectos. Es decir, contrariamente a lo afirmado en la demanda a partir del informe pericial aportado, no se ha realizado un análisis estático de la realidad empresarial, sino que, a partir de dados ciertos proporcionados por las propias empresas, se toma en cuenta su evolución y se proyecta al futuro.

Por lo demás, la denunciada inidoneidad del ROE para efectuar el análisis de rentabilidad dista mucho de ser algo incontrovertido si se tiene en cuante que resulta particularmente útil cuando se trata de evaluar la rentabilidad a partir de resultados de la empresa ya disponibles, más que de realizar un análisis de futuro -prospectivo- de la rentabilidad de una inversión, para el que sí resultaría adecuado el método de los flujos de caja según la Guía del análisis coste-beneficio de los proyectos de inversión, de la Comisión Europea.

SÉPTIMO.- La misma respuesta negativa, y con idéntico alcance, merecen otros reproches de inconsistencia de la Circular.

Así, resulta coherente que para el cálculo del ajuste a la actividad de distribución de los puntos de suministro y demanda existente en el ejercicio 2000 no se tenga en cuenta la pérdida de clientes posterior (350.000 según la demandante), toda vez que el ajuste trata precisamente de enervar una sobre retribución de la actividad anterior a 2000 eliminando de ella la parte que retribuía los activos ahora ya amortizados. De manera que la variación del número de clientes y del volumen de gas distribuido tiene su reflejo a través de la fórmula paramétrica.

Por lo demás, contrariamente a lo sostenido por la actora, el carácter mixto del sistema retributivo se proyecta sobre la distinción entre la actividad previa a 2.000 que sí tenía reconocida retribución a la inversión, y la posterior a dicha fecha, la cual se retribuye solamente conforme a un modelo de actividad. No se alcanza a entender qué legalidad se violenta cuando se alude a una pretendida incoherencia de este aspecto concreto del sistema retributivo, vislumbrándose más bien un desacuerdo sobre la eliminación de la retribución a la inversión una vez que los activos anteriores a 2.000 ya han sido amortizados y no se encuentra justificado el mantenimiento de tal retribución, por lo demás generosamente calculada a partir de una valoración a nuevo en 2.002 de los activos existentes desde 1969, muy superior a su valor contable al tiempo de la valoración (vid. min 40 de la prueba pericial).

La actualización monetaria de los activos a fin de evaluar si la amortización ha sido efectiva y, en consecuencia, se ha respetado el principio de recuperación de la inversión, tampoco resulta procedente por cuanto la depreciación del valor del dinero ya se tuvo en cuenta al establecer como tipo de interés el 6,77 %, muy por encima de los Bonos del Estado a diez años y, además, valorando las inversiones sin tener en cuenta que ya estaban amortizadas en torno al 30 %. Todo ello pondría en evidencia la generosidad con la que se ha fijado cada uno de los parámetros a considerar para calcular la amortización, con el efecto acumulativo que ello implica y, en consecuencia, lo poco equilibradas que son las quejas formuladas al respecto.

- Finalmente, tampoco cabe deducir la pretendida inidoneidad del ajuste a partir del hecho de que cuando se concretó para cada empresa (Resolución de 17 de diciembre de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se establece el ajuste retributivo de la actividad de distribución aplicable a las empresas que desarrollan la actividad de distribución en el periodo regulatorio 2021-2026), restaran 9,8 millones de euros pendientes de asignar.

Además de que resulta incoherente quejarse de un reparto de este resto con el sistema proporcional que precisamente la entidad postula como general, la CNMC ha justificado que el reparto se realizó con criterios objetivos y adecuados a la información disponible, que es, en suma, lo exigible. El hecho de que con la información disponible no se haya podido asignar el ajuste en su totalidad, no enerva, por sí solo, la adecuación del sistema, siendo así que el reparto proporcional del resto no asignado no vulnera tampoco los criterios legales a los que ha de ajustarse el sistema retributivo.

OCTAVO.- Lo anterior permite rechazar la denuncia del principio de igualdad pretendidamente causada por el diferente tratamiento que recibirían en la Circular las empresas según tuvieran o no activos "antiguos". Es precisamente la existencia o no de activos ya amortizados que venían siendo retribuidos el elemento diferencial que justifica el modo y la intensidad en que el ajuste pueda afectar a las diferentes empresas.

Consecuentemente, el término de comparación (las distintas empresas con o sin inversiones previas o más o menos antiguas) no es idóneo para el juicio de igualdad, a lo que se añade que, en cualquier caso, la diferencia de trato se encuentra justificada objetiva y razonablemente. Es más, quizás cabría plantearse si no hacerlo supondría un efecto retributivo injustificadamente más beneficioso para las empresas que seguirían siendo retribuidas por la inversión realizada previamente al año 2.000 cuando dicha inversión ya se habría amortizado y, en consecuencia, no tendría racionalidad económica y las colocaría en una situación de ventaja competitiva.

Del propio modo, ha de rechazarse el último de los reproches genéricos que se realizan a la Circular relativos a la vulneración del principio de confianza legítima.

En efecto, la entidad demandante ha participado en el proceso de elaboración de la Circular mediante la formulación de alegaciones a los distintos estudios y proyectos normativos que la CNMC fue elaborando, dando lugar incluso a la aceptación de algunas de sus observaciones, razón por la cual ha sido consciente de las novedades que en el sistema retributivo se preveían. Además, no se identifica la conducta administrativa que razonablemente hubiera hecho albergar la confianza en el mantenimiento de la retribución a la inversión de los activos ya amortizados, único aspecto aquí discutido, y al que, en consecuencia, cabría proyectar la quiebra de la confianza legítima, siendo así que las empresas conocían desde la Orden ECO/301/2002 que la retribución a la inversión previa se calculó con un plazo de amortización de veinte años.

Por lo demás, el sistema es continuista en cuanto a la retribución a la actividad hacia el futuro. De hecho, no se formula reproche alguno en lo relativo a la retribución de la distribución sobre la base de la actividad, revelada a partir de la variación de los puntos de suministro y volumen de gas distribuido.

En definitiva, lo que pretende la demandante es un interesado inmovilismo normativo que no resulta admisible.

NOVENO.- Corresponde ahora abordar los reproches efectuados a la disposición adicional cuarta en cuanto a la fijación de los valores a tener en cuenta para calcular la Retribución por Desarrollo de Mercado prevista en los arts. 7 y 8 de la Circular.

Se sostiene que los valores fijados en la disposición adicional cuarta se han fijado sin atender a los criterios previstos en el art. 60 de la Ley 18/2014 , según el cual:

"los parámetros de retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, la demanda de gas, la evolución de los costes, las mejoras de eficiencia, el equilibrio económico y financiero del sistema y la rentabilidad adecuada para estas actividades por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años, salvo que una norma de derecho comunitario europea establezca una vigencia del periodo regulatorio distinta".

Pues bien, tal como se desprende de la propia demanda y se ha expuesto en la pericial practicada, se mantuvieron los mismos valores en vigor hasta entonces existentes por cuanto si esos valores fijados en la Ley 18/2014 (anexo X) han sido suficientes para retribuir la actividad desde entonces y captar nuevos clientes, lo lógico es pensar que también lo serán para retribuir la actividad anterior al año 2.000 una vez que los activos estaban ya amortizados. A ello se sumaría que la elevación de la retribución incentivaría la expansión de la red en modo contrario a las orientaciones de política energética (Orden TED/627/2020, de 3 de julio, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), que propugna el mantenimiento adecuado de la red ya amortizada más que su ampliación a un coste excesivo.

Resulta patente que tal razonamiento se adecúa a los criterios del art. 60 citado en la medida en que busca asegurar una rentabilidad razonable (la mantenida hasta entonces, incluso en exceso), sobre todo si se tiene en cuenta que estos valores unitarios se actualizan con índices no puestos en cuestión.

Consecuentemente, siendo el de la rentabilidad adecuada uno de los criterios a los que ha de ajustarse la fijación de los parámetros a utilizar para el cálculo de la retribución por desarrollo de mercado, no puede sostenerse la nulidad pretendida.

Por lo demás, el efecto paradójico que en la demanda se denuncia, consistente en el distinto valor del nuevo punto de suministro para calcular el AAD que para el incremento o decremento de puntos de suministro (se cita como ejemplo en la demanda el valor de 50/50.47 euros), tampoco resulta atendible. Si, de acuerdo con la argumentación de la demanda, el cálculo del AAD resulta de minorar la retribución de los puntos de suministro anteriores a 2.000 con el valor unitario previsto en el anexo X de la Ley 18/2014, no puede pretenderse que el sustraendo sea el valor ahora actualizado, pues se distorsionaría el resultado correspondiente a la parte del valor que entonces representaba la retribución a la actividad.

DÉCIMO.- El art. 13 de la Circular, que es también impugnado, tiene el siguiente contenido:

Artículo 13. Prudencia financiera requerida a los titulares de activos de distribución de gas natural.

1. A efectos de incorporar un principio de prudencia financiera requerido a los titulares de activos de distribución de gas natural, se establece 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, 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.

Seguidamente se cuantifica en euros la penalización mediante una fórmula que incluye entre sus factores la retribución de la empresa distribuidora.

Con respecto a este precepto, la demanda sostiene que el apartado noveno de 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, establece que la metodología de retribución debería incorporar un principio de prudencia financiera requerida a los titulares de activos de red de distribución. Sin embargo, el artículo 13 de la Circular, en vez de incorporar un incentivo que pudiera ser positivo o negativo, en función del nivel de endeudamiento de las empresas, se limita a establecer una sanción pecuniaria de hasta el 1% de la retribución.

Por ello, afirma que "la Circular, en su condición de disposición administrativa de carácter general, no puede establecer una penalización o sanción por el incumplimiento de determinadas ratios de endeudamiento, puesto que esa conducta no ha sido tipificada como infracción administrativa por medio de ninguna norma con rango de ley".

Comencemos por señalar que en la demanda se alude a la vulneración del principio de tipicidad, pero en el desarrollo del motivo no se refiere a las exigencias de certeza en la delimitación de la conducta constitutiva de infracción que haga previsible la imposición de una sanción (principio de tipicidad), sino que se refiere a que la penalización descrita en el precepto impugnado no tiene soporte en precepto legal alguno. De manera que es la perspectiva formal del principio de legalidad la que está en juego, es decir, la exigencia de norma con rango de ley que atribuya el ejercicio de la potestad sancionadora, concrete los hechos constitutivos de infracción, y prevea las sanciones que es posible asociar a tales conductas, todo ello sin perjuicio de la colaboración reglamentaria que, dentro de ciertos límites, es aceptable cuando de potestad administrativa sancionadora se trata.

Para resolver la cuestión suscitada hemos de analizar primeramente si, más allá del nomen iuris utilizado (penalidad), lo regulado en el art. 13 de la Circular es o no una sanción en el sentido material del término, pues sólo en caso afirmativo serían aplicables las exigencias de reserva de ley que dimanan del art. 25 CE y que tienen su plasmación en el art. 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público . Con reiteración ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas STC 279/20000, de 16 de noviembre) que resulta improcedente "extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos (entre otras, SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2 ; 164/1995, de 8 de noviembre , FJ 4; ATC 323/1996, de 11 de noviembre , FJ 3)".

De acuerdo con la doctrina constitucional, de la que es exponente la STC 291/2000, de 30 de noviembre , para determinar si una consecuencia adversa reviste o no naturaleza sancionadora es necesario discernir si posee la finalidad represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones, o si, por el contrario, se persiguen otras finalidades justificativas de las que se encuentre ausente la idea de castigo y que permitan, por lo tanto, aplicarlo sin necesidad de observar las garantías constitucionales que rigen la imposición de las sanciones.

En el caso concretamente aquí analizado, la denominada penalidad se inserta en el método de cálculo de la retribución. Más en concreto, el art. 5 de la Circular regula, según su propio enunciado, la "Retribución anual por los costes incurridos en la actividad de distribución". Tal retribución se configura como la adición de determinados parámetros (retribución base; retribución por desarrollo de mercado; retribución transitoria de distribución, e incentivo por mermas) que son luego desarrollados en los siguientes artículos de la Circular.

Ahora bien, la determinación de la retribución anual no concluye ahí, sino que, según se señala en el último párrafo del propio apartado definitorio de la retribución, a la cantidad así obtenida (que denomina retribución anual) ha de aplicársele el ajuste por productos y servicios conexos (art. 9) y la penalidad relativa a la prudencia financiera (art. 13). El apartado en cuestión dice así:

Una vez determinada la retribución anual de cada empresa distribuidora conforme a lo establecido en este apartado, se realizará el ajuste retributivo previsto en el artículo 9 y se aplicará, en su caso, la penalización relativa a la prudencia financiera prevista en el artículo 13.

De este modo, el apartado primero del art. 5 contiene la totalidad de los factores determinantes de la retribución a la que tienen derecho los distribuidores, uno de los cuales es la penalidad por no ajustarse a los ratios financieros que son recomendables y que se aprueban por la CNMC. Tales factores se desarrollan en los artículos siguientes.

De este modo, el derecho de las distribuidoras a percibir el máximo de retribución que resulta de la aplicación de los parámetros mencionados sólo surge en la medida en que se ajustan a los ratios de solvencia recomendados, no antes. Dicho de otro modo, lo que en el apartado primero del art. 5 se denomina retribución anual sólo cristaliza si las empresas se ajustan al grado de solvencia requerido.

Por este motivo, la denominada penalidad no es sino una regla de cálculo de la retribución a la que tienen derecho los distribuidores. La penalidad no opera, por ello, sobre la retribución ya determinada a la que tengan derecho las distribuidoras al margen del cumplimiento de las ratios, sino precisamente si los cumplen o en la medida en que los cumplan.

Se trata, en definitiva, de una regla de determinación de la retribución que actúa como incentivo al cumplimiento de los objetivos de solvencia del propio sistema. Solvencia que, contrariamente a lo sostenido por la actora, no sólo constituye una recomendación al regulador del sistema retributivo, sino un mandato expreso y vinculante al legislador incorporado al art. 60 LSH, según el cual:

La metodología de retribución de las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento y distribución de gas natural deberá incluir los incentivos que correspondan, que podrán tener signo positivo o negativo, para garantizar el nivel de endeudamiento adecuado que permita disponer de una estructura de deuda sostenible y otros objetivos.

Con la penalidad no se sanciona a la empresa que no cumple unos ratios, por lo demás no obligatorios ni incorporados a la descripción de una infracción, sino que se incentiva su cumplimiento mediante el reconocimiento a la empresa que los cumple el derecho a percibir, sin descuento alguno, la totalidad de la retribución calculada con arreglo a determinados parámetros ya mencionados.

La consecuencia de lo anterior es que la concreción de la penalidad en el art. 13 de la Circular tiene cobertura legal en el art. 60 LSH ya indicado y que, no revistiendo carácter sancionador, la remisión a disposiciones infralegales para su concreción, no vulnera la reserva de ley. Tampoco el modo en el que se ha concretado como uno más de los parámetros establecidos para el cálculo de la retribución a la distribución de gas natural.

UNDÉCIMO.- En un tercer bloque impugnatorio se aduce que el art. 5.1 de la Circular es contrario al principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 CE y 129 de la Ley 39/2015 , por cuanto incluye el incentivo por mermas entre la retribución anual de las distribuidoras, siendo así que el art. 14.9 de la Orden IET/2446/2013 , de 27 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas, dispone que "los ingresos o costes de los distribuidores que resulten de la compensación del saldo de mermas en sus redes no serán considerados ingresos o costes liquidables a efectos retributivos".

Se razona que, dado el carácter no retributivo de las mermas, su ordenación no puede realizarse por la CNMC, que restringe su competencia a los aspectos de esta naturaleza, sino que corresponde al Ministerio. De modo que, merced a su indebida calificación como retribución por la Circular, la variación de su régimen jurídico por el Ministerio incidiría en los aspectos retributivos para los que carece de competencia regulatoria.

Al respecto ha de señalarse que la impugnación de este precepto de la Circular parte de la pretendida antinomia de esta previsión con el art. 14.9 de la Orden IET/2446/2013 , pero tal antinomia no existe.

El art. 65 LSH, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 1/2009 que asigna competencias a la CNMC, disciplina la gestión técnica del sistema distribuyendo las competencias del siguiente modo:

Artículo 65. Normas de gestión técnica del sistema.

1. El Ministerio para la Transición Ecológica y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobarán, en el ámbito de sus competencias, la normativa de gestión técnica del sistema que tendrá por objeto propiciar el correcto funcionamiento técnico del sistema gasista y garantizar la continuidad, calidad y seguridad del suministro de gas natural, coordinando la actividad de todos los transportistas.

(...)

3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia regulará los siguientes aspectos:

c) Las mermas y los autoconsumos, debiendo determinarse las cantidades a retener para cada tipo de instalación.

Ahora bien, la competencia de la CNMC para la regulación de las mermas y la caracterización del incentivo por mermas como retribución es perfectamente compatible con que el ajuste de esta retribución no tenga lugar a través del sistema de liquidaciones de las actividades reguladas, sino que se realice mediante pagos o cobros entre los usuarios de la red, implicando así a todos los usuarios de la red en su eficiencia.

DUODÉCIMO.- Finalmente, la demandante sostiene que, al no incluirse un específico incentivo a la inyección de gases renovables, la Circular vulnera el art. 7.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a tenor del cual la CNMC debe ejercer sus funciones "de acuerdo con las orientaciones de política energética". En concreto, se refiere la actora a la orientación cuarta del apartado noveno, según la cual:

Con objeto de contribuir a la lucha contra el cambio climático, la metodología de retribución debería introducir medidas para que el régimen económico sea compatible con la promoción del uso de los combustibles menos

contaminantes y menos emisiones de gases de efecto invernadero y la inyección de gases de origen renovable en las redes de distribución.

Con respecto a esta cuestión, ha de señalarse que el art. 7.1 de la Circular incentiva el uso del gas natural vehicular mediante una retribución adicional por el gas natural facturado a puntos de suministro conectados a la red de distribución correspondientes a estaciones de servicio para su venta como gas natural vehicular, incentivo que se fija en 0,50 €/MWh, en la disposición adicional cuarta, apartado 1.g).

Por lo que se refiere al incentivo a la inyección de gases de origen renovable en las redes de distribución, tal como aduce la Abogacía del Estado, la Circular no agota los instrumentos pertinentes para materializar los incentivos ordenados en las orientaciones. En concreto, es posible trasladar incentivos en la fijación de los peajes de acceso a la red, tal como por lo demás efectivamente se ha hecho a través de la Circular 6/2020, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural, siendo ilustrativo de ello la exención del pago de peajes de acceso a redes locales prevista en el art. 18.3 de esta Circular para la inyección de biogás.

DÉCIMOTERCERO.- Finalmente, hemos de advertir que la STS de 23 de noviembre de 2021 , que el recurrente aporta en conclusiones, se refiere a un aspecto muy concreto del cálculo de la retribución (qué retribución se toma como base del año 2018 para el cálculo de la de 2019) que en nada incide en la resolución de la controversia aquí trabada.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

TERCERO: No procede imposición especial de costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que la sala ordenó la desacumulación de las acciones ejercitadas, entre otros, por la recurrente.

VISTOSlos preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey y por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando**el recurso contencioso administrativo interpuesto por **NEDGIA ANDALUCÍA, S.A.,**y en su nombre y representación la Procuradora Susana Hernández Del Muro en sustitución de su compañero Procurador Sr. Dº Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, frente a la **Administración del Estado,**dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **la Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,**debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y, en consecuencia, **debemos confirmarla**y la **confirmamos,**sin especial imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que 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 y 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; siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN/ Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ