

LA NO IMPUGNACIÓN EN SU MOMENTO DE UNA ORDEN MINISTERIAL PROVOCA LA FIRMEZA DE LA MISMA

Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

Se desestima un recurso interpuesto por un interesado contra actuaciones administrativas no recurridas en tiempo, cerrando las puertas a la viabilidad tanto del recurso extraordinario de revisión como de la revisión de oficio de actos firmes, siendo así que la no impugnación en su momento de una orden ministerial provoca la firmeza de la misma, no pudiendo afirmarse que con posterioridad al dictado de la orden han aparecido nuevos y esenciales documentos que revelarían la ilegalidad de su contenido, pues precisamente esos documentos obran en el expediente administrativo tramitado por la Administración a fin de dar luz a la orden ministerial, resultando únicamente imputable al interesado que no hubiera valorado correctamente dicha documentación.

Palabras clave: recurso extraordinario de revisión; solicitud de revisión de oficio; revocación de actos administrativos; energía eléctrica; régimen económico.

Fecha de entrada: 12-12-2017 / Fecha de aceptación: 26-12-2017

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 1 al 15 de diciembre de 2017).

Es de todos sabido que cuando a un posible interesado se le pasan los plazos para recurrir una determinada actuación administrativa surge un grave problema, que suele provocar no pocos quebraderos de cabeza a los letrados que no saben como «vender» esa falta de diligencia a sus clientes, de manera que con frecuencia se acude a mecanismos de carácter extraordinario a fin de mitigar y atenuar ese yerro impugnatorio, procedimientos que en la mayoría de las ocasiones no alcanzan el fin previsto, pues resulta evidente que la finalidad de acudir a tales procedimientos es eludir la firmeza de una actuación administrativa que no ha sido impugnada en tiempo y forma por aquellos que pudieran quedar afectados por la misma.

Claro ejemplo de lo expuesto es la sentencia que vamos a comentar, en la que una gran empresa del sector eléctrico, una vez se publicó en el BOE (1 de febrero de 2014) la Orden Ministerial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo 107/2014, de 31 de enero, por la que se revisa los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014, no consideró oportuno impugnarla y ello a pesar de que el contenido de la citada disposición le pudiera afectar, más concretamente su artículo 5, precepto dedicado a la fijación de la cuantía de la penalización que le corresponde a dicha empresa eléctrica correspondiente a la retribución del año 2013, y que se determina en 968.000 euros.

No es sino hasta el 17 de abril de 2015, más de un año después, cuando decide actuar: así interpone en vía administrativa recurso extraordinario de revisión contra el referido artículo 5 de la OM 107/2014, y en fecha 24 de julio de 2015 solicita ante el Ministerio de Industria y Energía y para el Consejo de Ministros la anulación del citado artículo 5, pretensión que se articula como revisión de oficio al amparo del artículo 105 o del artículo 103 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC.

Pues bien, la respuesta de la Administración ante estas dos pretensiones es el mayor de los silencios, pues no se resuelven de manera expresa ni el recurso extraordinario de revisión ni la revisión del precepto cuestionado, debiéndose entender desestimadas ambas por silencio administrativo negativo.

En relación con esta materia se dictó también resolución por parte de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de noviembre de 2015, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011.

Agotada la vía administrativa la empresa eléctrica afectada decide interponer recurso contencioso-administrativo directo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, acumulando todas sus pretensiones en un solo recurso, atendida la conexidad entre todas las resoluciones impugnadas, avocándose la competencia al Tribunal Supremo para conocer de la totalidad del recurso, toda vez que una de las impugnadas, la referida a la revisión de oficio, debía haber sido dictada por el Consejo de Ministros.

Nos encontramos ante una pretensión compleja que va desde la estimación del recurso extraordinario de revisión con anulación del artículo 5 de la Orden IET/107/2014, la resolución de fondo de la solicitud de revisión de oficio del citado artículo, también con anulación del mismo, hasta la anulación parcial de la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio 2011, aprobada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 5 de noviembre de 2015 en la cuantía fijada para la entidad recurrente, debiendo reconocerse su derecho a cobrar la diferencia entre las cantidades resultantes del incentivo de reducción de pérdidas recogido en la Orden IET/107/2014, y el que resulte de la correcta aplicación de la metodología señalada en la Orden ITC/2524/2009, diferencia que, a juicio de la actora, asciende a 3.829.000 euros respecto del incentivo de pérdidas 2010 y 2.781.000 euros respecto del incentivo de pérdidas 2011.

Por último, y con un carácter meramente subsidiario, insta se declare la obligación de la Administración de iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio para decidir acerca de la anulabilidad del artículo 5 de la Orden IET/107/2014.

Pues bien, lo primero que hace el Tribunal Supremo es calificar el precepto cuestionado por la eléctrica recurrente, siendo así que a pesar de estar incardinado dentro de una orden ministerial de rango reglamentario, el mismo no reviste un carácter normativo, sino que es un mero acto administrativo singular, pues se limita a fijar los incentivos y penalizaciones que se asignan en el periodo 2010 a 2013 a las empresas eléctricas distribuidoras que operan en el mercado, con respecto a sus retribuciones.

También alude el Alto Tribunal a una circunstancia que considera relevante y es que en su momento la eléctrica impugnó: la Orden IET/107/2014, recurso que ya fue resuelto en su día por

el Tribunal Supremo, siendo así que la actora omitió toda referencia impugnatoria con relación a una posible ilegalidad de su artículo 5.

A continuación, el Alto Tribunal «propina» el primer varapalo jurídico a la recurrente al inadmitir por extemporaneidad el recurso con respecto a la anulación directa del artículo 5 de la Orden 107/2014, no resultando admisibles sus razonamientos acerca de los motivos por los que no lo impugnó de manera temporánea, pues no resulta creíble que desconociera en dicha fecha que los cálculos de los incentivos/reducciones eran erróneos, ya que, como ya hemos dicho, sí que recurrió la orden pero no proyectó su objeto sobre el artículo 5 de la misma, de manera que podía en ese momento procesal haber solicitado todo tipo de aclaraciones en relación con el expediente administrativo que le habría permitido conocer la metodología de cálculo elegida por la Administración para calcular dichas magnitudes.

Precisa también que da muestras de la falta de diligencia de la actora el que después de un año de la publicación de la orden ministerial, la eléctrica se dirigiera a la CNMC pretendiendo la revisión del cálculo efectuado, pues dicha solicitud se podía haber efectuado mucho antes, incluso con anterioridad a la publicación de la orden ministerial, habiendo podido alegar en ese momento cuanto hubiera deseado en relación con la forma de cálculo del incentivo de tarifa.

Veamos a continuación como el Tribunal Supremo resuelve la manera acerca de cómo la actora pretendió sortear la no impugnación directa y temporánea del artículo 5 de la Orden 107/2014, a través de la interposición de un recurso extraordinario de revisión y de la revisión de oficio, intentando reabrir la posibilidad de impugnar el referido precepto.

En primer término analiza la prosperabilidad del recurso extraordinario de revisión. Dentro de los motivos que avalan la interposición de esta modalidad de recurso, la actora alude a la segunda de las causas previstas en el hoy derogado artículo 118 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC.

A día de hoy resulta vigente la redacción del artículo 125 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, referido al caso de aparición o aportación de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida, siendo así que los documentos en los que la actora fundamenta su pretensión, según afirma el Tribunal Supremo, no eran desconocidos y de aparición posterior, pues los mismos fueron utilizados por la Administración precisamente para fijar la cuantía del incentivo/penalización.

Y es que si los mismos eran erróneos o desconocidos para la actora, lo eran por causa exclusivamente imputables a la misma, pues dichos documentos obraban en las actuaciones y fueron empleados por la Administración para la redacción de la orden ministerial, pues cuando impugnó directamente la misma, tuvo acceso al expediente administrativo donde precisamente constaban los mismos, no pudiendo válidamente esgrimir que no los conociera, máxime cuando se dirigió a la CNMC para discrepar de la cuantía que se le asignó y revisó dichos documentos, no existiendo obstáculo alguno para su examen y análisis.

Acota más sus razonamientos el Tribunal Supremo negando la concurrencia de la causa prevista en el apartado 1 del citado artículo 118 de la Ley 30/1992, que contempla como motivo del recurso extraordinario de revisión el que al dictar el acto impugnado se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente, afirmado el Tribunal Supremo que en este supuesto no cabe hablar de error de hecho, sino de diferente criterio en la aplicación de la metodología para determinar la cuantía del incentivo/penalización.

Restaría a la Sala del Alto Tribunal pronunciarse sobre la revisión de oficio pretendida por la empresa eléctrica y que, como vimos, no fue objeto de respuesta expresa por la Administración General del Estado, interponiéndose el recurso contra la desestimación presunta por silencio negativo de dicha solicitud.

Dice mucho de la ligereza con que la actora planteó su solicitud en vía administrativa, cuando acudió de manera indistinta tanto a la figura de la lesividad de actos anulables del artículo 103 de la Ley 30/1992 (hoy 107 de la Ley 39/2015), como a la de revocación del artículo 105 de la Ley 30/1992 (hoy 109 de la Ley 39/2015), ligereza que se evidencia al pretender la declaración de lesividad sobre el artículo 5 de la Orden 107/2014, toda vez que esta figura de revisión de oficio tiene por objeto actos favorables para los interesados, circunstancia que no acontece en el presente supuesto, pues la empresa recurrente tiene por finalidad anular el incentivo/penalización a ella asignado por el artículo 5 citado, al serle gravoso para sus intereses. Todo ello sin perjuicio de que la actora carecería de legitimación para pretender de la Administración autora de un acto que inicie el procedimiento de lesividad del artículo 103 de la Ley 30/1992.

A la vista de lo expuesto, la pretensión de la actora se ha de entender vehiculada a través del artículo 105.1 de la Ley 30/1992, es decir, acudiendo a la revocación de los actos de gravamen o desfavorables para los interesados.

Recordar que la revocación resulta potestativa para la Administración siempre y cuando, bien cambie de criterio sobre una determinada cuestión o materia, o bien constate que ha cometido un error que perjudica a un administrado.

Pues bien, no aprecia el Tribunal Supremo ni que el criterio empleado por el Ministerio de Industria al fijar el incentivo/penalización correspondiente a cada operador eléctrico debiera haber cambiado por una modificación sustancial de las circunstancias, ni tampoco que hubiera incurrido en error alguno, eso sí, debiendo tener muy presente que con posterioridad a la actuación administrativa, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de septiembre de 2017 había declarado que se habían aplicado criterios erróneos en la determinación del incentivo/penalización, error que se proyecta por no haber empleado el criterio horario de consumo de energía eléctrica en lugar del establecido en la orden que se basa en la utilización de coeficientes zonales elaborados según el criterio punta/valle, sin que quepa admitir en contra de lo afirmado por la Administración que el utilizar el criterio horario supone llevar a cabo una ingente carga de trabajo, pues aunque ello fuera así, el acudir al otro criterio no permite obtener una información fiel y fehaciente en la que

fundamentar el incentivo o penalización en lo relativo a la reducción de pérdidas correspondiente a la retribución del año 2014.

En definitiva, el artículo 5 de la orden ministerial al momento de la presentación de toda esta batería de impugnaciones administrativas era un acto firme y consentido e inatacable por la actora.