

Recurso número 1137/2002

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL
Sección 8ª**

D. TOMÁS ALONSO BALLESTEROS, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), cuya representación tengo acreditada en los autos del recurso contencioso-administrativo número 1137/2002 por mí interpuesto contra la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, comparezco y como mejor proceda en Derecho,

DIGO:

Que el día 19 de noviembre de 2002 me ha sido notificada Providencia de la Excm. Sala dictada el día 5 anterior por la que se me concede el plazo de veinte días para formalizar la demanda.

Que dentro del plazo que me ha sido concedido, formalizo la demanda, basándome en los hechos y fundamentos jurídicos que a continuación se exponen.

HECHOS:

Primero.- La Orden de control metrológico de contadores FOM/1100/2002.

Con fecha 17 de mayo de 2002 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, objeto del presente recurso.

Resulta necesario, dada la complejidad técnica de la materia regulada por la Orden recurrida, hacer una breve explicación de lo que constituye su contenido y ámbito de aplicación, especialmente en lo que se refiere al control metrológico del Estado, a los contadores eléctricos afectados por la Orden y al papel de las empresas distribuidoras de energía eléctrica en cuanto a esta Orden ministerial.

La Orden FOM/1100/2002 regula, según su propio título, el control metrológico sobre un determinado tipo de contadores, el tipo más utilizado en el sistema eléctrico español. El Centro Español de Metrología, en la Memoria justificativa de la Orden (que figura en el Expediente administrativo con el número 21), proporciona una explicación sobre el alcance de la misma que por su claridad reproducimos a continuación:

"La Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, en su artículo séptimo establece el control metrológico del Estado al que deben someterse todos los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar, en defensa de la seguridad, de la protección, de la salud y de los intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Este control metrológico puede comprender diversas fases. Las dos primeras, correspondientes a la aprobación de modelo y a la verificación primitiva, son previas a la puesta en mercado de los instrumentos y garantizan que éstos se encuentran en perfecto estado metrológico y, por tanto, que sus mediciones son correctas y exactas. Las tres fases siguientes, correspondientes a las fases de verificación después de reparación o modificación, verificación periódica y

vigilancia e inspección, tienen como objetivo mantener las características metrológicas de los instrumentos durante su utilización por los poseedores o titulares de los mismos.

La mencionada Ley determina que en cada caso se establecerán, de forma reglamentaria, la modalidad y el alcance del control aplicable. Esta Ley fue posteriormente desarrollada por diversas disposiciones de contenido metrológico, entre las que se encuentra el Real Decreto 1616/1985, de 11 de septiembre, por el que se establece el control metrológico que realiza la Administración del Estado.

En el caso particular de los contadores eléctricos de inducción, clase 2, las dos primeras fases de control metrológico, es decir, aprobación de modelo y verificación primitiva, fueron reguladas mediante el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la aprobación de modelo y verificación primitiva de los contadores de inducción de uso corriente (clase 2) en conexión directa, nuevos, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía activa en corriente monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz.

Al objeto de completar el resto de las fases correspondientes al control metrológico, establecido en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, procede elaborar una disposición legal que contemple la regulación de estas fases. (...)"

Así, las dos primeras fases del control metrológico sobre los contadores eléctricos de inducción de clase 2 son desarrolladas por el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, mientras que las dos siguientes fases (verificación sistemática y verificación después de reparación) son desarrolladas por la Orden FOM/1100/2002 impugnada, siendo así que ambas disposiciones constituyen un desarrollo reglamentario del artículo 7 de la Ley de Metrología.

La Orden FOM/1100/2002 contiene dos capítulos dispositivos: el capítulo II, sobre verificación después de reparación o modificación, y el capítulo III, sobre verificación periódica. Sobre la verificación después de reparación no nos extenderemos, porque entendemos que es una regulación inaplicable (cuando un contador mide mal no se repara, simplemente se retira sustituyéndose por uno nuevo). En cuanto a la verificación periódica, se regula por vez primera esta obligación, estableciéndose (artículo 10) que tendrá validez por un periodo de cinco años: es decir, cada cinco años se deberá proceder a una verificación del

contador. Además, se establece que los contadores con más de treinta años deberán ser retirados de la red, con independencia de la precisión de su medida.

Los Anexos de la Orden ministerial establecen:

- Anexo I: Requisitos para la inscripción en el Registro de Control Metrológico de las personas o entidades que pretendan reparar contadores eléctricos de inducción.
- Anexo II: Boletín de identificación de contadores eléctricos de inducción y de muestras de lotes.
- Anexo III: Etiqueta de verificación.
- Anexo IV: Procedimiento de verificación periódica de contadores eléctricos de inducción.

En este último Anexo IV se introducen los criterios para elaborar las muestras de contadores a verificar así como la fórmula para determinar el error de registro y los criterios de aceptación y rechazo de lotes de contadores.

Segundo.- Los antecedentes regulatorios.

Existen diversos tipos de verificaciones sobre los contadores eléctricos como aparatos electromecánicos. En primer lugar, la verificación primitiva o en origen, que resulta ser la comprobación o control de calidad que efectúa el fabricante del equipo, antes de su venta. Es por tanto una obligación ajena a las empresas eléctricas distribuidoras.

Con independencia de la verificación primitiva, la verificación (o comprobación) del correcto funcionamiento de los contadores eléctricos en uso era una obligación regulada ya en el Reglamento de Verificaciones Eléctricas (Decreto de 12 de marzo de 1954, artículo 46), el cual establecía que cualquier abonado tenía derecho a solicitar del organismo competente (las Delegaciones de Industria) la comprobación de las mediciones del contador que tuviera instalado. Pero se trataba de un derecho que el consumidor interesado debía instar, si lo deseaba.

Esta misma obligación está actualmente regulada en el artículo 96 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución y comercialización, que establece:

Artículo 96. Comprobación de los equipos de medida y control.

1. Tanto las empresas distribuidoras y, en su caso, las comercializadoras o el operador del sistema, como los consumidores, tendrán derecho a solicitar, del órgano de la Administración competente donde radique la instalación, la comprobación y verificación de los contadores, interruptores de control de potencia (ICP) y otros aparatos que sirvan de base para la facturación, cualquiera que sea su propietario.

2. En el caso de comprobarse un funcionamiento incorrecto, se procederá a efectuar una refacturación complementaria.

(...)

Lo que no existía hasta la publicación de la Orden FOM/1100/2002 era la denominada "verificación sistemática" ni la verificación después de reparación o modificación. Este último tipo de verificación en realidad no es aplicable a los contadores eléctricos por las razones ya indicadas.

Como figura en el expediente administrativo remitido por el Ministerio de Fomento, se elabora por primera vez un proyecto de Orden ministerial regulando esta materia (la verificación sistemática) en 1997, proyecto que se remite para alegaciones desde el Centro Español de Metrología a la Secretaría General Técnica de dicho Ministerio (documento número 1 del expediente administrativo).

Sorprende que desde el proyecto de enero de 1997 hasta octubre de 2001 no existan más documentos en el expediente, porque en efecto, el siguiente documento, el número 2 del expediente administrativo, contiene el nuevo proyecto de Orden ministerial que regula esta verificación con modificaciones muy relevantes. No se incluye en el expediente informe o documento alguno que pueda motivar los cambios producidos entre un proyecto y el siguiente.

Y sorprende igualmente que en el breve expediente administrativo remitido por la Administración actuante, no se contiene ningún informe de carácter técnico sobre el que se fundamente la disposición impugnada, ni referencias a estudios técnicos, estadísticos o meros estudios de situación del parque nacional de contadores

eléctricos (cuántos contadores se verán afectados, cuál es la antigüedad de los mismos, etc.), ni referencia alguna a la regulación comparada en la materia. De hecho, las observaciones de UNESA hechas al proyecto de Orden ministerial, que figuran en el expediente administrativo como documento número 6, son las únicas observaciones de carácter técnico que se contienen en el expediente, y casualmente son rechazadas de plano con una referencia tangencial a su contenido técnico: "se ha considerado que no son procedentes, ya que no se ajustan a los criterios vigentes en otros Estados miembros de la Unión Europea" (documento número 7 del expediente, último párrafo), sin que por supuesto se aborde cuáles son los puntos de las alegaciones de UNESA que no se ajustan a los "criterios vigentes en la Unión Europea" ni se especifique cuáles son estos criterios y qué países han sido considerados en este análisis.

No figuran tampoco en el expediente administrativo, informes o análisis sobre la cuestión regulada elaborados por los fabricantes de contadores eléctricos o por algún laboratorio acreditado, lo cual abunda en la falta de transparencia y fundamentación técnica de la norma.

Y finalmente, no figura tampoco en el expediente administrativo ni, por supuesto, en la propia Memoria justificativa del proyecto de Orden ministerial, ninguna referencia al impacto económico de su aplicación: coste unitario de la verificación, coste por lotes, coste del total de verificaciones anuales, etc. Porque no hay que olvidar que las empresas distribuidoras de electricidad, destinatarias de las obligaciones recogidas en la Orden FOM/1100/2002, tienen establecida por disposición legal la retribución de sus actividades, que viene dada por la tarifa eléctrica. En suma, se desprende del análisis del expediente administrativo una falta de previsión que, unida a la ausencia de informes técnicos antes citada, permite aventurar una conclusión ciertamente negativa sobre el contenido de la Orden ministerial impugnada, ya que difícilmente una norma así elaborada puede alcanzar su finalidad constitucional de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución).

Todo ello se ve corroborado por el informe pericial que se aporta como documento número 1, denominado "Análisis crítico a la Orden FOM/1100/2002 sobre verificación periódica de contadores", preparado por el Instituto de Investigación Tecnológica de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, que analiza y pone

de manifiesto las contradicciones y errores contenidos en las fórmulas y aspectos técnicos de la Orden ministerial impugnada, que se expondrán en los fundamentos jurídicos de este escrito.

Tercero.- Contadores afectados por la Orden FOM/1100/2002

Los denominados "contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz" son los contadores de uso corriente más frecuentemente instalados para los consumidores domésticos.

Partiendo de la Estadística de la Industria de Energía Eléctrica 1999, que publica el Ministerio de Economía, existen actualmente en España 22,9 millones de consumidores de energía eléctrica; de éstos, más de 19,3 millones están clasificados como consumidores domésticos, que utilizan como equipo de medida contadores eléctricos de inducción clase 2. Pero además de estos 19,3 millones, existen otros consumidores que utilizan los contadores eléctricos de inducción clase 2, como pueden ser los sectores de hostelería, de comercio y servicios y la pequeña industria. Se puede decir, por tanto, que existen en España cerca de 21 millones de contadores afectados por la Orden ministerial recurrida, casi el 95% del parque actual de contadores. (Se adjunta como documento número 2 fotocopia de la página correspondiente de la Estadística de la Industria de Energía Eléctrica 1999).

En cuanto a la propiedad de estos contadores, es de señalar que mayoritariamente pertenecen a las empresas eléctricas distribuidoras. Las empresas eléctricas que realizan la actividad de distribución a consumidores domésticos se ven obligadas a poner a disposición de sus clientes, los consumidores, contadores de los afectados por la Orden FOM/1100/2002, ya que el consumidor tiene la facultad de instalar un contador de su propiedad o de exigir a la empresa eléctrica distribuidora que se le instale un contador en régimen de alquiler. Este derecho del consumidor está regulado en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte,

distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en los términos siguientes:

Artículo 93. Instalación de equipos de medida y control.

1. Para la contratación del suministro eléctrico, el consumidor deberá contar con instalaciones adecuadas para la colocación de los equipos de medida y control.

2. Los equipos de medida de energía eléctrica podrán ser facilitados por el consumidor o ser alquilados a las empresas distribuidoras, siempre que los mismos dispongan de aprobación de modelo o en su caso pertenezcan a un tipo autorizado y hayan sido verificados según su normativa de aplicación.

En el caso de los consumidores acogidos a las tarifas 1.0 y 2.0, o aquellas que las pudiesen sustituir, las empresas distribuidoras están obligadas a poner a su disposición equipos de medida e interruptores de control de potencia para su alquiler.

(...)

(Conviene precisar aquí que las tarifas 1.0 y 2.0 son, por sus características de potencia y tensión, tarifas de uso doméstico).

Pues bien, actualmente el 80% de los consumidores domésticos opta por instalar un contador propiedad de la compañía eléctrica en régimen de alquiler (se adjunta como documento número 3 fotocopia de la página 40 del informe de la Comisión Nacional de la Energía de fecha 20 de septiembre de 1999, de la que se ha extraído este dato).

Teniendo en cuenta que el problema de las mediciones erróneas de los contadores eléctricos ha sido objeto de una intensa campaña de prensa, interesa a esta parte poner de manifiesto algunos datos sobre el estado de los contadores, extraídos no ya de estudios propios de las empresas eléctricas sino de entidades independientes, ajenas a ellas.

Como se recordará, en 2001 se publicó en los medios de comunicación un estudio de la organización de consumidores OCU sobre el estado de los contadores eléctricos y sus errores de medida, estudio posteriormente considerado alarmista y carente de rigor técnico. Como consecuencia de ese estudio, algunas Administraciones autonómicas encargaron a entidades independientes estudios circunscritos a sus respectivos ámbitos territoriales. Así, la Junta de Andalucía y el

Gobierno Vasco han publicado las conclusiones de los estudios sobre el funcionamiento de los contadores eléctricos domésticos en sus respectivas páginas web, de donde se han obtenido los informes siguientes:

- "Evaluación del funcionamiento de los contadores eléctricos de las viviendas de Andalucía" (se adjunta copia como documento número 4).
- "Control de contadores eléctricos: Verificación aleatoria de los domésticos" (se adjunta copia como documento número 5).

Ambos estudios vienen a concluir, con algunas diferencias debidas sobre todo al tamaño de la muestra e incluso a la finalidad misma del estudio (en el primer caso es un estudio estadístico general, mientras que en el segundo se trata de una verificación aleatoria que se reproduce anualmente, sobre un universo más reducido), que la inmensa mayoría de los contadores eléctricos cometen un reducido error de consumo, y que el error de consumo mayoritariamente favorece al consumidor.

Cuarto.- Obligaciones derivadas de la Orden FOM/1100/2002 para las empresas distribuidoras de energía eléctrica.

Las obligaciones establecidas en la Orden ministerial impugnada se dirigen en cualquier caso a la empresa distribuidora, como veremos más adelante, sin hacer diferencia de obligaciones en función de quién sea el propietario del contador sujeto a la verificación. En consecuencia, la Orden ministerial impugnada establece unas obligaciones nuevas, adicionales a las hasta el momento existentes, de verificación sistemática o periódica de contadores, para las empresas de distribución de energía eléctrica.

Adicionalmente, conviene dejar claro que la verificación de los contadores eléctricos es una operación técnica que se realiza por Laboratorios oficiales o específicamente autorizados al efecto, en la mayor parte de los casos se trata de laboratorios dependientes de la Administración autonómica, de modo que la empresa distribuidora realiza únicamente la gestión de la verificación: preparación de los lotes, aviso al cliente, retirada del contador y traslado al laboratorio, recogida y reposición al del contador al cliente y precintado; además, la empresa

distribuidora instala en el domicilio del cliente, transitoriamente, un contador para todo el periodo que dura la verificación.

Eso sí, la empresa distribuidora corre con los gastos derivados de la verificación: la empresa distribuidora deberá abonar al laboratorio la tasa correspondiente por control metrológico, lo que supone un coste específico de alrededor de 12 euros por cada contador verificado. Y a este coste hay que sumar los propios de la gestión y operación de la verificación antes señalados (gestión de lotes, retirada del contador, sustitución temporal, reposición, personal necesario para realizar estas operaciones, etc.), con independencia de que los contadores sean de su propiedad o de propiedad de un tercero (el consumidor). Y finalmente, deberá soportar los costes de la retirada y sustitución de los contadores correspondientes a un lote rechazado como consecuencia del procedimiento de la Orden FOM/1100/2002, cuyo coste unitario asciende a 77 euros por contador.

Estos costes, teniendo en cuenta el actual volumen del parque de contadores afectado por esta disposición (que como se ha señalado, está en torno a 21 millones de contadores), resultan tan elevados que cualquier disposición que regule la materia debe ser extremadamente certera y ajustada en su contenido y obligaciones, esto es, regular las operaciones de verificación sistemática de modo que el procedimiento y fórmulas elegidos sean proporcionales con el fin perseguido: que como consecuencia del procedimiento, se rechacen o desechen únicamente los contadores que realmente presentan errores de medición por encima del margen de error permitido.

La Orden debería garantizar un parque de contadores de calidad, con un porcentaje admitido de error bajo (el 3%), y con un coste para el sistema eléctrico determinable *a priori* y asumible por las compañías eléctricas, partiendo de la idea fundamental de que todo contador y todo sistema de medidas tiene error. No podemos olvidar que no existe la medida 100% correcta, perfecta, tal y como se recoge en el apartado 3.1 del Informe pericial del Instituto de Investigaciones Tecnológicas que se acompaña:

"Los contadores de energía activa, al igual que cualquier instrumento de medida, presentan errores de medición cuya magnitud está regulada a través de normativas y procedimientos de verificación primitiva (en origen) que se realizan a cada uno de los contadores que se fabrican."

"**Los contadores patrones** usados tanto en los procedimientos de verificación primitiva como en las prácticas de verificación periódica que se proponen en la Orden FOM/1100/2002, **también presentan errores en su medición** (típicamente de un 0.4%)."

"En síntesis, tanto **los contadores normales como los contadores patrones** tienen errores admisibles por ley, reglamentados en el RD 875/1984."

Por tanto, el procedimiento de verificación de contadores que se diseñe debe partir de este hecho y, sobre todo, ser coherente en el sistema propuesto, de modo que se eliminen del parque de contadores aquellos lotes de contadores con errores superiores a los permitidos, pero únicamente estos lotes, porque en caso contrario nos encontraríamos con una disposición ajena a la realidad que regula y en consecuencia, arbitraria.

El procedimiento de muestreo, por ello, debe ser suficientemente preciso, cosa que como veremos más adelante no se produce en la Orden FOM/1100/2002, como se indica en el estudio preparado por el Instituto de Investigaciones Tecnológicas que se adjunta (apartado 2.4 del Informe):

"Mediante el procedimiento de muestreo propuesto en la Orden FOM/1100/2002, si existe un porcentaje de contadores defectuosos de un 5% en el sistema eléctrico español (...), dicho procedimiento de muestreo conduciría a desechar el 32.7% de los contadores existentes. Esto significa que se habría desechado un 27.7% de contadores válidos, con el consecuente coste económico para las compañías distribuidoras, y por ende para el consumidor final, que esto supondría."

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Jurisdicción

De la cuestión que se suscita ha de conocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción.

II. Competencia

La Sala a la que tengo el honor de dirigirme tiene atribuida la competencia para conocer el presente asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

III. Legitimación

Mi poderdante, la Asociación Española de la Industria Eléctrica UNESA, está legitimada activamente para la interposición del presente recurso, al ser una asociación legalmente habilitada para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos de sus miembros, de conformidad con el artículo 19.1, apartado b), de la Ley Jurisdiccional, siendo por prescripción estatutaria los miembros de la Asociación empresas eléctricas que realizan las actividades reguladas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y en particular la distribución eléctrica, y por ello destinatarias y directamente afectadas por las obligaciones establecidas en la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.

IV. Capacidad y representación

Mi patrocinada cumple los requisitos establecidos en los artículos 18 y 23 de la Ley Jurisdiccional.

V. Plazo

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de dos meses establecido en el artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción.

VI. Fundamentos jurídico-materiales

PRIMERO- La Orden FOM /1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, debe ser declarada nula por infracción del artículo 97 de la Constitución, relativo a la potestad reglamentaria y la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, artículo 22.3.

La Orden FOM/1100/2002, objeto del presente recurso, desarrolla el artículo 7 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, por la que establece el régimen jurídico de la actividad metrológica en España:

"Artículo 7.

1. En defensa de la seguridad, de la protección de la salud y de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar, no podrán ser fabricados, importados, comercializados o empleados mientras no hayan superado el control metrológico establecido en la presente Ley y en las disposiciones que se dicten para la aplicación de la misma.

2. El control metrológico previsto en el párrafo anterior puede comprender.

a) La aprobación de modelo.

b) La verificación primitiva.

c) La verificación después de reparación o modificación.

d) La verificación periódica.

e) La vigilancia e inspección.

3. Se determinarán reglamentariamente la modalidad y el alcance del control aplicable en cada caso.

La Orden FOM/1100/2002, indica en su Preámbulo que tiene por objetivo básico el desarrollo de las letras c) y d) de la Ley 3/1985, de Metrología:

"... en el artículo séptimo.3 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, se establece que se determinarán reglamentariamente la modalidad y el alcance del control aplicable en cada caso. Estando reglamentadas las fases a) y b), de aprobación de modelo y de verificación primitiva de los contadores eléctricos de

inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, por el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, procede reglamentar la ejecución de las fases c) y d) del control metrológico, es decir, las de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica de dichos contadores eléctricos."

Como ya se ha señalado en los hechos Primero y Segundo de esta Demanda, los contadores afectados por la Orden FOM/1100/2002, los contadores eléctricos de inducción, clase 2, son los contadores de uso corriente más frecuentemente instalados para los consumidores domésticos en el sistema eléctrico español. Existen en España cerca de 21 millones de contadores afectados por la Orden ministerial recurrida, casi el 95% del parque actual de contadores, la mayoría de los cuales son propiedad de las empresas eléctricas distribuidoras (el 80%) mientras que el resto es propiedad de los consumidores. Debe destacarse que la Orden FOM/1100/2002 se aplica a todos estos contadores independientemente de su régimen de propiedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 de la Orden:

"2. Las fases de control metrológico reguladas en esta Orden se aplicarán a los contadores eléctricos de inducción utilizados para la facturación de energía eléctrica, tanto si son propiedad del sujeto del sistema eléctrico como si son propiedad del consumidor"

La Orden ministerial impugnada establece nuevas obligaciones adicionales a las existentes, ya que añade las denominadas "verificación sistemática" y "verificación posterior a la reparación o modificación". Hasta ahora únicamente existía la aprobación del modelo y la verificación primitiva propuestas en los apartados a) y b) de la Ley 3/1985 de Metrología, las cuales fueron desarrolladas por el Real Decreto 875/1984 de 28 de marzo, Reglamento para aprobación de modelo y verificación primitiva de contadores de uso corriente (clase 2) en conexión directa, nuevos, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía en corriente monofásica o polifásica de frecuencia 50 Hz, y que afecta a los fabricantes de contadores

En relación con la verificación periódica y la verificación después de reparación, la Orden FOM/1100/2002, hace responsable a los sujetos del sistema eléctrico, tal

como señalan los artículos 5.4 y 10 de la Orden, refiriéndose el primero a la verificación después de la reparación, y el segundo a la verificación periódica:

“El sujeto del sistema eléctrico estará obligado a facilitar todas las operaciones y gestiones necesarias para llevar a cabo esta verificación.” (Artículo 5.4)

“Los sujetos del sistema eléctrico, como responsables de contadores eléctricos de inducción en servicio utilizados para la finalidad establecida en el artículo 1, estarán obligados a solicitar ante la Administración Pública competente la verificación periódica de los que se encuentren instalados en su red, sean o no de su propiedad,... ” (Artículo 10)

Por su parte el artículo 9 de la Ley 54/1997, de 28 de noviembre, del Sector Eléctrico, define entre los sujetos del sistema eléctrico a los distribuidores:

“g) Los distribuidores, que son aquellas sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir la energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa.”

Corresponde por tanto a la empresa distribuidora de energía eléctrica la responsabilidad y la gestión de la verificación de los contadores situados en sus instalaciones de distribución: preparación de los lotes, aviso al cliente, retirada del contador y traslado al laboratorio, recogida y reposición del contador al cliente y así como su precinto

Es claro por tanto, que la nueva regulación prevista en la Orden FOM/1100/2002, significa la imposición de nuevas obligaciones para las empresas distribuidoras de energía eléctrica, obligaciones que afectan a estas empresas desde el punto de vista de gestión de recursos humanos, pues han de responsabilizarse de la gestión de las verificaciones, así como desde el punto de vista económico, puesto que deberá correr con los gastos de sustitución de un gran número de contadores que formen parte de un lote (pueden ser más de 10.000 por lote), cuando de la verificación efectuada sobre una muestra de dicho lote resulten erróneos en la medición al menos 5 contadores.

Siendo como es ésta, una Orden Ministerial que establece obligaciones subjetivas nuevas y que afecta a los derechos de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, entiende esta parte, dicho sea en términos de defensa, que la Administración ha infringido los principios de legalidad y de jerarquía normativa establecidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

El artículo 97 de la Constitución reconoce y atribuye al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria:

"El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes."

La Orden impugnada es una Orden del Ministerio de Fomento, si bien es cierto que corresponden a este Ministerio las competencias relacionadas con la metrología, no obstante las obligaciones establecidas en dicha Orden afectan a una actividad económica como es el suministro eléctrico, cuya regulación depende del Ministerio de Economía. A estos efectos, se trata de una Orden que de acuerdo con el artículo 25.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno debería haber aprobado el Ministerio de Presidencia.

Otra cuestión a la que debe hacerse necesariamente referencia, es la necesidad del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, Dictamen que en este caso no se ha producido, como se desprende del expediente administrativo. La Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado en su artículo 22.3 establece el carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado en aquellas normas de carácter reglamentario, como es la Orden FOM/1100/2002 impugnada en cuanto que no se trata de una simple norma de naturaleza organizativa, sino generadora de obligaciones para los administrados.

Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio de 1990:

"CUARTO.- Una disposición general elaborada en tales condiciones, no sólo adolece de la omisión de estudios e informes previos que garanticen al menos su

legalidad, sino también del deber de conservar los dictámenes y documentos necesarios para conocer el proceso de elaboración (artículo 129.1.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). No ofrece tampoco una aportación solvente ante la inexistencia del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado - artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril y olvida que la autorización para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo de la Ley, se concede al Gobierno a quien está encomendada por la Constitución la potestad reglamentaria (artículo 97) exigencia que cumple la disposición habilitante final tercera de la Ley 41/1984, pero no la Orden impugnada cuyo rango subalterno no le permite afrontar la regulación de la materia que constituye su contenido, cuando distingue las modalidades de licencias de importación para comercio no liberalizado ni globalizado, licencias de importación sin divisas ni compensación y licencias de importación para operaciones especiales."

La Orden FOM/1100/2002, vulnera igualmente el principio de jerarquía normativa, en la medida en que se ha producido una degradación del rango de la norma con el que regula esta materia. Como se ha señalado anteriormente, afecta a los derechos de los administrados, y regula ex novo obligaciones que hasta entonces no existían. Por razones de técnica jurídica, y en virtud del principio de jerarquía normativa, el mecanismo utilizado para dictar normas administrativas, no meramente organizativas sino susceptibles de afectar derechos particulares de los administrados, ha de ser el Decreto del Gobierno y no una simple Orden Ministerial.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de mayo de 1990, establece en su fundamento jurídico quinto lo siguiente:

"QUINTO.-... En consecuencia la Orden Ministerial de 20 de febrero de 1986, al afectar derechos de los particulares, aborda el desarrollo de la Ley 33/1984 en aspectos sustantivos, infringiendo de un lado la competencia irrenunciable atribuida al Gobierno respecto de la potestad reglamentaria y al mismo tiempo degrada la categoría normativa exigida a las disposiciones generales de este carácter, cuya expresión formal reviste el rango de Decreto ... En resumen, la Ley 33/1984 confía su propio desarrollo a la potestad reglamentaria del Gobierno, que no agotó el Real Decreto 1348/1985 por lo que se dictaron las Ordenes Ministeriales impugnadas conteniendo disposiciones de aquel carácter, no

simplemente organizativas sino generadoras de obligaciones susceptibles de afectar los derechos de entidades aseguradoras sometidas por su situación, a controles periódicos más frecuentes.

La naturaleza reglamentaria del contenido de ambas Ordenes Ministeriales, conlleva como efectos inmediatos que sus prescripciones hubieran debido emanar del Gobierno y que hubieran debido dictarse mediante una disposición con categoría de Decreto. Al no hacerse así la nulidad de las Ordenes Ministeriales se deriva tanto de la incompetencia del órgano, como de la insuficiencia de su rango normativo, sin perjuicio de que también hubiese sido necesario el dictamen preceptivo del Consejo de Estado -artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 22.3 de la Ley Orgánica del alto cuerpo consultivo, exigible para la aprobación de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes.

Se trata de un caso sustancialmente idéntico al que se dirime en estos Autos, pues en efecto el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, reglamentó tal como señala en su Preámbulo, la propia Orden Ministerial FOM/1100/2002, de 8 de mayo, las fases a) y b) del artículo 7.2 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, pero no agotó el desarrollo reglamentario del citado artículo 7.2, viniendo ahora a reglamentar las fases c) y d) a través de una norma de rango inferior, cual es la Orden Ministerial impugnada y contradiciendo el propio criterio de rango normativo fijado por la propia Administración al dictar el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, para regular las fases a) y b), del artículo 7.2 de la Ley 3/1985.

En suma y en virtud de lo hasta aquí expuesto, ha de pedirse la nulidad de la Orden Ministerial 1100/2002, de 8 de mayo, al vulnerar lo dispuesto sobre la potestad reglamentaria del Gobierno en el artículo 97 de nuestra Constitución.

Del mismo modo, la Orden impugnada infringe el artículo 25 f) de la Ley del Gobierno anteriormente citado, ya que debería haber sido aprobada por el Ministerio de la Presidencia y no por el Ministerio de Fomento, y en segundo lugar infringe el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado puesto que ha obviado un trámite exigido por dichas disposiciones para las normas reglamentarias como es el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado.

Finalmente, la Orden FOM/1100/2002, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente señalada debería haber sido aprobada mediante Decreto, puesto que incorpora nuevas obligaciones a los administrados, en este caso a las empresas distribuidoras de energía.

Postulamos, por todo lo anterior, la nulidad de la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo.

Segundo.- Nulidad del Anexo IV de la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por ser contrario al Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, a los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución y al artículo 3 de la Ley 30/1992.

El Anexo IV de la Orden ministerial objeto del presente recurso, la Orden FOM/1100/2002, establece el procedimiento de verificación periódica de contadores eléctricos de inducción. Pues bien, el conjunto del procedimiento de verificación resulta ser nulo de pleno Derecho, por contravenir específicamente lo dispuesto en el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, y el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en la Constitución española.

Y ello por los motivos que a continuación se exponen:

1º. Como se demuestra en el informe técnico que se acompaña como documento número 1, (en adelante, el Informe técnico) el procedimiento de verificación periódica de contadores en uso es distinto e incoherente puesto que no guarda relación con el realizado en la verificación primitiva al fabricante.

En efecto, el Real Decreto 875/1984, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para aprobación de modelo y verificación primitiva de contadores de uso corriente (clase 2) en conexión directa, nuevos, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía en corriente monofásica o polifásica de frecuencia 50 Hz (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 12 de mayo), establece en su Capítulo III, apartado 5, las prescripciones metrológicas que deben cumplir los contadores nuevos, para aprobación de modelo y

verificación primitiva. En el mismo apartado 5 se recogen las tablas, condiciones y rangos de errores máximos permitidos, en determinadas condiciones de referencia definidas en la misma norma.

Pues bien, en el Informe técnico se recoge expresamente lo siguiente (Capítulo 2, Resumen ejecutivo y conclusiones):

"- La verificación periódica de contadores es incoherente con respecto al procedimiento de verificación primitiva. Dicha incoherencia se debe a que **ninguno de los puntos de medición** (i.e. valores de intensidad) a los que se ensayó el contador en fábrica antes de instalación al consumidor (verificación primitiva) coincide con los niveles de intensidad que se proponen en la Orden FOM/1100/2002. Además, a diferencia de la verificación periódica propuesta en la Orden FOM/1100/2002, **en la verificación primitiva no se emplea ninguna fórmula de error para ponderar los errores cometidos** en distintos niveles de intensidad de carga del contador."

Se insiste en esta incoherencia en el Capítulo 2.2 del Informe técnico:

"El procedimiento de verificación periódica propuesto en la Orden FOM/1100/2002 **tienen que ser coherente** con respecto al procedimiento de verificación primitiva al que se somete cada contador, y que aplica a los fabricantes de los equipos.

Sin embargo, mientras que en el procedimiento de verificación primitiva (RD 875/1984) se realizan ensayos de exactitud al 5% de la intensidad nominal (con una tolerancia de $\pm 3\%$ error para ser dado como válido el contador) intensidad nominal del contador I_b y a intensidad máxima I_{max} (con una tolerancia de $\pm 2.5\%$ error para ser dado como válido el contador), en el procedimiento de verificación periódica propuesto en la Orden FOM/1100/2002, el contador es verificado en los niveles de intensidad: $0.1 I_b$ (10% de la intensidad nominal), $0.5 I_b$ (50% de la intensidad nominal) y $0.5 I_{max}$. Esto significa que, por ejemplo, al nivel de $0.1 I_b$, el contador no ha sido ensayado en el procedimiento de verificación primitiva. **Ningún ensayo propuesto en la verificación periódica se ha realizado en la verificación primitiva.**

Por otro lado, en el procedimiento de verificación primitiva (RD 875/1984), a diferencia de la Orden FOM/1100/2002, **no se emplea ninguna fórmula para ponderar errores medidos para distintos niveles de carga del contador.** Por

último, destacar que el efecto de la fórmula propuesta en la Orden FOM/1100/2002 (habiéndose ya probado en el párrafo anterior que es errónea), puede ser especialmente perjudicial al ponderar con un coeficiente de 1.71 el error cometido por el contador para un nivel de carga de 0.1 lb (cuando en la verificación primitiva ni siquiera se probó el contador para ese nivel de carga de 0.1 lb)."

El mismo Informe técnico, cuando describe cuáles son los principios que debieran regir el sistema de verificaciones, incide de nuevo en la necesaria coherencia entre el procedimiento de verificación primitiva o en origen y en la verificación periódica (Capítulo 3.5 del Informe técnico). Y ello, no cabe duda, responde no sólo a criterios técnicos sino también a criterios de seguridad jurídica aplicable a los interesados (todos aquellos que adquieran para su uso propio o para alquiler por terceros, equipos sometidos al régimen de verificaciones previa y periódica).

El Informe técnico concluye en su Capítulo 5.3 lo siguiente:

"Las conclusiones más relevantes del estudio de los errores admisibles y de la fórmula de "error de registro" propuesta en la Orden FOM son:

1. **No existe una coherencia** entre los ensayos de verificación primitiva (R.D. 875/1984) y el de verificación periódica propuesto en la Orden FOM, porque no coincide ninguno de los niveles de intensidad a los que se mide el error del contador comparando ambas verificaciones.
2. **No existe una coherencia** entre el ensayo de aprobación del modelo (R.D. 875/1984) y el de verificación periódica propuesto en la Orden FOM, porque en el primero se le concedía igual peso a los errores desde el 10% de la intensidad base hasta la intensidad máxima, y en la Orden FOM/1100/2002 mediante los coeficientes de ponderación 1.71, 0.77 y 0.52, se penaliza más al error cometido a 0.1 lbase.
(...)
5. El ensayo de verificación realizado a $0.5 \cdot I_{max}$ no guarda ninguna relación, en un alto porcentaje de casos, con la energía consumida por los clientes, por ser esta intensidad muy superior a la correspondiente a su potencia contratada. Por lo tanto, la utilización de los coeficientes de la fórmula de "error de registro" como vía para calcular el error relativo que comete el contador al medir la energía que consume el cliente queda en entredicho."

2º. La falta de coherencia entre ambos procedimientos de verificación no es ni mucho menos inocua, por cuanto que la empresa distribuidora de electricidad, cuando adquiere contadores eléctricos, la verificación que puede exigir al fabricante es únicamente la oficial, la recogida en el Real Decreto 875/1984, mientras que a la empresa distribuidora se le va a exigir que esos mismos contadores superen una verificación distinta, que puede dar lugar a resultados negativos.

Esto supone una diferencia de trato, entre los fabricantes de contadores y las empresas distribuidoras, que no se sostiene desde un punto de vista técnico (porque se trata del mismo producto, el mismo contador eléctrico, y se le hacen pruebas distintas) pero que además, desde un punto de vista jurídico, supone una discriminación y una muestra de arbitrariedad en la elección del procedimiento de verificación que en modo alguno puede ser aceptada, ya que vulnera frontalmente el artículo 9.3 de la Constitución.

El principio de interdicción de la arbitrariedad aparece recogido expresamente en el artículo 9.3 de la CE, al referirse en su Título primero a los principios garantizados constitucionalmente. Este principio se encuentra íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica tal y como manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1990: "Aun cuando no puede erigirse en valor absoluto (...) sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles...".

Respecto a los presupuestos necesarios que deben existir para que se produzca arbitrariedad, el Tribunal Constitucional ha señalado que, al menos, deberá existir alguno de los siguientes: el establecimiento de una discriminación injustificada a través de una norma, o bien, no existiendo discriminación, que la norma no resulte suficientemente motivada.

“De este modo, si el legislador opta por una determinada configuración legal de una materia o sector del ordenamiento, no es suficiente la mera discrepancia política –ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, ya que supondría confundir lo que es legítimo arbitrio o libre margen de configuración legal de aquel con el simple capricho, la inconsecuencia o la incoherencia. (...) El

examen ha de centrarse en determinar si dicha ley o precepto legal establece una arbitrariedad, o bien, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis de fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus consecuencias". (STC 239/1992, STC 73/2000, 104/2000)

En relación con el poder ejecutivo, el Tribunal Supremo ha reconocido igualmente su sometimiento a este principio. Se trata de garantizar que la actuación de la Administración sirva con racionalidad a los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) y más específicamente, que esta actuación venga inspirada por principios de buena administración.

Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno de los límites materiales de los reglamentos es el respeto a los principios generales del derecho, y en especial la interdicción de la arbitrariedad, quedando excluidos del ámbito de validez aquellos reglamentos que recojan una acción arbitraria de los poderes públicos: bien porque partan de una apreciación inexacta de los hechos en virtud de los cuales se determinan (ausencia de fundamento objetivo), o bien impongan medidas desproporcionadas o incongruentes con la finalidad que persigan; u objetivamente irrazonables; o que aboquen a resultados manifiestamente injustos contrarios a la buena fe.

Esta interpretación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ha sido recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de mayo de 1999, en la que reconoce en su fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

"El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos constituye un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria. Principio que supone la necesidad de que exista una motivación y que ésta no sea incongruente o contradictoria con la realidad a la que se pretende regular con la norma. Si bien, respetada tal exigencia, el Gobierno puede utilizar diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a aquella potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta (...)".

Pues bien, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al supuesto que nos ocupa es clara, por cuanto que el Anexo IV establece un procedimiento de verificación distinto y más exigente para los contadores en uso que para los contadores nuevos, sin que para ello exista una motivación, razonamiento o lógica que lo soporte, de modo que los contadores que adquieren las empresas eléctricas y los consumidores para su uso tienen altas probabilidades de no superar una verificación sistemática y por lo tanto, de verse obligados a sustituirlos sin que se agote su vida útil máxima (que resulta ser de 30 años, según se desprende de la Disposición adicional única de la Orden FOM/1100/2002).

3º. En este sentido y en relación también con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, introduce dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Por otra parte, el principio de confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede verse alterada arbitrariamente.

En el caso que nos ocupa, supone también esta diferencia de criterio entre el procedimiento de verificación primitiva y el de verificación periódica, una vulneración del principio de confianza legítima establecido en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, se violenta el principio de confianza legítima cuando la empresa eléctrica distribuidora (y el consumidor que así lo prefiera) adquiere en el mercado unos contadores que han superado la validación o verificación primitiva y por tanto, gozan de la garantía administrativa y técnica de su funcionamiento, para un plazo máximo de treinta años. Sin embargo, el mismo contador puede ser rechazado y obligado a su sustitución en la primera verificación periódica que se le efectúe porque se le van a practicar pruebas distintas a las que en su día sufrió. Y ello, midiendo con la misma calidad de medición que cuando fue adquirido en las condiciones reglamentariamente exigidas.

El contador sufre así un examen distinto e incongruente con la verificación primitiva, lo que implica que la Administración ha establecido un sistema que aboca a la sustitución periódica de los contadores, sin permitirles agotar la vida útil para la que se supone que están diseñados (30 años), aprobados y verificados en origen.

Ello supone un perjuicio económico que para un consumidor individual puede ascender a 77 euros, mientras que para una empresa eléctrica distribuidora, el hecho de que un lote sea rechazado le implica la retirada de un lote completo, que puede superar las 10.000 unidades.

Por todo lo anterior, postulamos la nulidad del Anexo IV de la Orden FOM/1100/2002 objeto del presente recurso, por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en el artículo 9.2 de la Constitución y ser contrario al Real Decreto 875/1984 y por tanto, al principio de jerarquía normativa establecido igualmente en el artículo 9.3 de la Constitución, y vulnerar el principio de confianza legítima recogido en el artículo 3 de la Ley 30/1992.

Tercero.- Nulidad del párrafo tercero del apartado 2.2, por ser contrario al artículo 94 del Real Decreto 1955/2000 y al artículo 43 de la Ley del Sector Eléctrico, así como al artículo 9.3 de la Constitución en tanto que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

El apartado 2.2, que establece el examen metrológico de la verificación periódica de contadores, dispone:

2.2. Examen metrológico- Los ensayos a realizar para llevar a cabo la verificación periódica comenzarán una vez superado satisfactoriamente el examen administrativo.

Antes de comenzar los ensayos, los contadores eléctricos de inducción de cada muestra serán inspeccionados, a fin de eliminar aquellos que presenten evidencias de manipulación o que tengan daños mecánicos o eléctricos importantes. Serán también eliminados los contadores eléctricos de inducción cuyo sistema de medida sea accesible por estar dañado su precinto.

Los contadores eléctricos de inducción rechazados por alguna de las causas anteriores, serán sustituidos por contadores de reserva, aunque se computarán

como contadores defectuosos a efectos de la aceptación o rechazo del lote, de acuerdo con lo establecido en el punto 2.4.

Pues bien, este tercer párrafo que hemos subrayado resulta ser contrario a Derecho y por tanto nulo, por los motivos que a continuación vamos a exponer:

1º. El tercer párrafo del apartado 2.2. del Anexo IV es contrario a lo dispuesto en el artículo 94 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (publicado en el BOE de 27 diciembre de 2000).

En efecto, el artículo 94 del citado Real Decreto de transporte y distribución establece, como no puede ser de otro modo, la responsabilidad del consumidor por la custodia (y consiguientemente la manipulación, golpes o desprecintado) del contador instalado para la medida y control de su consumo, en los términos siguientes:

Artículo 94. Equipos instalados.

El consumidor será responsable de la custodia de los equipos de medida y control y el propietario de los mismos lo será de su mantenimiento.

Si por elevaciones anormales de tensión u otras causas imputables a la empresa distribuidora, los equipos de medida y control sufren averías, será de cuenta de la empresa distribuidora su reparación o sustitución.

Es decir, es el consumidor y no la empresa eléctrica el responsable en el supuesto de que el contador presente evidencias de manipulación, daños o alteración del precinto, con independencia de la propiedad del equipo. La empresa eléctrica distribuidora sólo será responsable de los daños que sufra el contador, instalado bajo custodia del consumidor, en el supuesto de que estos daños sean debidos a un defecto propio de la energía eléctrica suministrada: anomalías de tensión, etc.

Ello responde al hecho real que se está regulando: el contador eléctrico está siempre instalado en el domicilio del consumidor, o bien el lugar al efecto designado por la correspondiente comunidad de propietarios.

Esta disposición reglamentaria es reflejo de lo establecido en el artículo 45, apartado 3.a), de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, cuando dispone que las empresas distribuidoras "tendrán derecho a exigir que las instalaciones y aparatos receptores de los usuarios reúnan las condiciones técnicas..., así como el buen uso de las mismas".

Y más aún, el Código Penal tipifica como delito la manipulación o alteración maliciosa de los aparatos contadores, en los términos siguientes:

Artículo 255.

Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a cincuenta mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.

2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

Es claro, en consecuencia, que la responsabilidad por las causas aludidas en el apartado 2.2. antes reproducido, esto es, manipulación, daños o desprecintado, corresponde únicamente al responsable de su custodia, el consumidor.

2º. La responsabilidad por la custodia y buen uso del contador recae sobre el consumidor, independientemente de quien sea titular de la propiedad del contador.

Para el supuesto de contadores propiedad de las empresas distribuidoras, el título jurídico por el cual los consumidores pueden utilizar dichos aparatos de medida es el del alquiler, tal y como establece el artículo 93.2 del Real Decreto 1955/2000:

"Los equipos de medida de energía eléctrica podrán ser facilitados por el consumidor o ser alquilados a las empresas distribuidoras, siempre que los mismos dispongan de aprobación de modelo o en su caso pertenezcan a un tipo autorizado y hayan sido verificados según su normativa de aplicación."

A estos efectos el propio Código Civil establece en el Título VI, el régimen de derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento. Al referirse a las obligaciones del arrendatario, esto es y para el caso que nos ocupa al consumidor

de energía eléctrica, el artículo 1.555 del Código Civil establece que el arrendatario estará obligado a:

“... usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y en defecto de pacto al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra”.

En relación con el uso que deba dar el consumidor de energía eléctrica, si bien es cierto que en los contratos de suministro (antiguamente pólizas de abono) no se establece nada específico sobre este extremo, sí debemos referirnos nuevamente a lo establecido en el artículo 45.3 a) de la Ley 54/1997 sobre el “buen uso” y en el artículo 94 del Real Decreto 1955/2000, sobre la responsabilidad de los equipos instalados.

Para el supuesto de contadores propiedad de los consumidores, resulta igualmente aplicable lo establecido en la Ley del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 1955/2000 en relación con el uso de los contadores, en la medida en que el artículo 94 del Real Decreto, anteriormente transcrito, establece que el consumidor es responsable de su custodia.

En definitiva en ambos supuestos, bien siendo arrendatario o bien propietario del contador, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el consumidor será responsable de la custodia del contador, entendiéndose por custodia:

“la obligación de conservarla en el estado que le fue entregada, de forma que de acuerdo con el art. 1563 del Código Civil, responde de la pérdida o deterioro de la misma, salvo que acredite que se ocasionaron sin culpa del arrendatario, de aquí que se diga, en el supuesto de pérdida o deterioro, que existe una inversión de la carga de la prueba de la culpa (contra poniéndolo a la versión contraria del art. 1902), pero lo que ocurre en realidad es que con la pérdida o deterioro, se da el incumplimiento a la obligación de guarda y custodia de la cosa, y para que quede libre de esa responsabilidad contractual, se exige al arrendatario que acredite que se perdió o deterioró sin su culpa” (STS de 25 de septiembre de 1995).

3º. Esta atribución de responsabilidades se ve modificada o alterada de modo injusto por el párrafo antes reproducido del apartado 2.2. del Anexo IV de la Orden FOM/1100/2002.

En efecto, dicho apartado establece un procedimiento de examen previo al examen metrológico: "Antes de comenzar los ensayos, los contadores eléctricos de inducción de cada muestra serán inspeccionados, a fin de eliminar aquellos que..." Y la consecuencia es no ya la simple eliminación de la muestra de los contadores dañados o manipulados, sustituyendo dichos contadores por otros de la denominada "muestra de reserva", como habría sido lógico, sino que el contador o contadores rechazados se computarán como contadores defectuosos a efectos de la aceptación o rechazo del lote, aunque no se les haya hecho el examen metrológico.

Esto tiene un claro efecto penalizador para la empresa distribuidora y para otros consumidores no causantes de la manipulación o alteración del contador: un lote de contadores que mide correctamente puede ser rechazado en su totalidad por causas ajenas a los posibles errores de medida y sin haberse practicado el examen metrológico, y se obliga a la empresa distribuidora a sustituir todo el lote, íntegramente, por contadores nuevos.

Téngase en cuenta que las muestras son pequeñas, y de acuerdo con el apartado 2.4.2. del mismo Anexo IV de la Orden impugnada, bastará con que se encuentran cinco o más contadores defectuosos para entender que el lote íntegro no ha superado los ensayos y rechazar el conjunto del lote, debiendo retirarse de los domicilios de los consumidores. Y esto es especialmente grave por cuanto que un lote puede componerse de más de cincuenta mil contadores. De hecho, el Anexo IV de la Orden impugnada, divide los lotes y el volumen de la muestra en dos grupos: lotes de menos de diez mil contadores y lotes de más de diez mil contadores.

Por ello, rechazar un lote de contadores por un error o defecto no metrológico sino que depende de un tercero (normalmente, el propio consumidor) y que no está relacionado con el lote, ni el fabricante, ni la serie del contador, puede suponer retirar de los domicilios de los consumidores, más de diez mil contadores.

Por tanto, recaen sobre la empresa eléctrica distribuidora las consecuencias de la acción negligente, imprudente o incluso dolosa de un tercero, el consumidor, responsable de la custodia del contador, el cual no se verá perjudicado por este hecho del que es responsable.

Esta traslación de responsabilidad del consumidor a la empresa distribuidora es contraria a lo dispuesto en los artículos 94 del Real Decreto 1955/2000 y 43 de la Ley del Sector Eléctrico, por lo que resulta contraria al ordenamiento jurídico y viola el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española.

4º. El apartado 2.2 del Anexo IV establece un procedimiento de verificación previo al metrológico, que resulta ser arbitrario por su incoherencia, dicho sea en términos de defensa, por lo que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española y los principios de objetividad, eficacia y jerarquía establecidos en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como se ha señalado en el Fundamento segundo del presente escrito, y reiteramos en este punto por ser necesario para la correcta valoración de este motivo de recurso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que uno de los límites materiales de los reglamentos es el respeto a los principios generales del derecho, y en especial la interdicción de la arbitrariedad, quedando excluidos del ámbito de validez aquellos reglamentos que recojan una acción arbitraria de los poderes públicos: bien porque partan de una apreciación inexacta de los hechos en virtud de los cuales se determinan (ausencia de fundamento objetivo), o bien impongan medidas desproporcionadas o incongruentes con la finalidad que persigan; u objetivamente irrazonables; o que aboquen a resultados manifiestamente injustos contrarios a la buena fe.

Pues bien, todo lo anterior es aplicable a este apartado 2.2. del Anexo IV de la Orden objeto del presente recurso, puesto que establece un procedimiento de examen previo al examen metrológico, y al que le asigna las mismas consecuencias que al examen metrológico: es decir, considera que los contadores

con daños o manipulaciones miden erróneamente sin haber practicado el examen de la medición.

La arbitrariedad e incongruencia se manifiestan además en este hecho: si el objetivo que persigue la regulación del control metrológico del Estado no es otro que garantizar una calidad en la medida de estos aparatos, los contadores eléctricos, entonces los parámetros utilizados para determinar si un lote debe ser aceptado o rechazado no pueden ser otros que los metrológicos, esto es, el error de medición que supere los márgenes legalmente admitidos o aceptados.

No cabe olvidar que como se recoge en el Informe técnico, el comportamiento de los consumidores con relación al contador eléctrico es ajeno a la empresa eléctrica y ajeno también al lote de contadores al que pertenece:

"Este apartado de la orden Ministerial está considerando que los contadores que hayan sido desprecintados o manipulados han de considerarse directamente defectuosos a efectos del procedimiento de muestreo del lote de contadores. La consecuencia directa es que todo un lote de contadores pueda ser desechado por esta causa.

Una crítica clara a la Orden FOM es que no se puede considerar como contador defectuoso aquel que presente signos de manipulación y/o que tenga dañado el precinto, a efectos de desechar todo un lote de contadores.

(...)

2. Como se deduce de la norma UNE y del R. D. 875/1984: (i) los contadores son unos equipos robustos desde el punto de vista mecánico y su exterior no se deteriora con el paso del tiempo ni con manipulaciones normales, y (ii) todos los contadores fueron revisados individualmente en la fase verificación primitiva antes de ser instalados.

Por lo tanto, si un contador presenta signos de manipulación y/o tenga dañado el precinto, la causa no está en el envejecimiento natural del mismo sino en un intento deliberado por manipular su correcto funcionamiento. Además, como señala el R. D. 1955/2000, el consumidor y no la empresa distribuidora es el responsable de la custodia del contador. Hay que destacar que en ocasiones, son los propios consumidores quienes intentan manipular los contadores para que midan incorrectamente.

Un estudio del OCU señala que aproximadamente un 4% de los contadores tienen el precinto dañado y que los cuartos destinados a los contadores no siempre están

en buenas condiciones como se aprecia en la siguiente figura extraída de un estudio de la OCU."

(Extractado del Capítulo 4 del Informe).

Las consecuencias de orden jurídico a aplicar a la presencia de contadores con evidencias de manipulación, daños o alteraciones del precinto, no pueden ser otras que las legalmente establecidas, que como se ha señalado en este mismo Fundamento, pueden llegar hasta el orden penal, y que deben tener como sujeto al obligado a la custodia del contador y no al principalmente perjudicado, la empresa distribuidora.

5º. Y abundando en la arbitrariedad de la norma por falta de motivación, es preciso destacar que el propio Ministerio de Fomento ha mantenido hasta la publicación de la Orden objeto del presente recurso, Orden FOM/1100/2002, una postura distinta sobre el tratamiento de los contadores manipulados, prescribiendo la obligación de rechazarlos a efectos de control metrológico, sin que computen a estos efectos, siendo sustituidos por los de reserva.

Así ha sido claramente establecido en la Orden de 18 de febrero de 2000 por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores estáticos de energía activa en corriente alterna, clases 1 y 2 (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo de 2000). El objeto de la Orden de 18 de febrero de 2000 es el mismo que la Orden impugnada, Orden FOM/1100/2002, sólo que el control metrológico se refiere a otro tipo de contadores: contadores estáticos de determinadas características. Pues bien, el apartado 2.3.1. del Anexo V de esta Orden de febrero de 2000 dispone:

2.3.1. Condiciones previas a la ejecución de los ensayos.

Del lote total indicado en la comunicación, serán escogidas, de forma independiente y al azar, para un número $N > 10000$, dos muestras de 40 contadores estáticos cada una, más 10 contadores de reserva por cada muestra. Para un número $N > 10000$, se escogerán dos muestras de 80 contadores estáticos cada una, más 20 contadores de reserva por cada muestra.

Los contadores estáticos de cada muestra se inspeccionarán previamente para eliminar aquellos que presenten evidencias de manipulación, que tengan daños

mecánicos o eléctricos importantes o que el precinto esté dañado de forma que su sistema de medida sea accesible.

Los contadores estáticos rechazados por alguna de las causas anteriores serán sustituidos por contadores de reserva.

Se debe garantizar el azar para todos los contadores estáticos que integren el lote, por lo cual deben tener idéntica probabilidad de ser escogidos. Ningún contador estático incluido en un lote de verificación periódica podrá volver a entrar en pruebas posteriores.

Es claro que el examen previo al metrológico debe tener las mismas consecuencias para cualquier tipo de contador, ya que estamos hablando en ambos casos de equipos instalados en el domicilio del consumidor y por tanto bajo su custodia. Y en caso de establecerse una diferencia, que supone una discriminación, ésta debería estar suficientemente motivada para ser legítima, lo que en el supuesto que analizamos no se ha producido.

Por todo lo anterior, postulamos la nulidad del párrafo tercero del apartado 2.2 del Anexo IV de la Orden objeto del presente recurso, por ser contrario al artículo 94 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, y por tanto al principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, y por ser contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el mismo artículo 9.3 de la Constitución.

Cuarto.- Nulidad del apartado 2.2.2 del Anexo IV de la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española.

Como se ha señalado en los Fundamentos jurídicos precedentes, la Orden ministerial FOM/1100/2002 establece en su Anexo IV el procedimiento de verificación periódica de los contadores eléctricos, es decir, el procedimiento que se deberá aplicar en las revisiones que se efectúan cada cinco años sobre la idoneidad de la medida del contador.

De acuerdo con este Anexo, "todos los contadores eléctricos de inducción deberán estar asignados a lotes según lo definido en el apartado 1.1 de este anexo". Los

lotes se establecen en función de determinados parámetros objetivos: marca y modelo, año de verificación primitiva, tensión, intensidad de base y máxima. De estos lotes, la Administración autonómica competente seleccionará unos contadores al azar, que conformarán la muestra sobre la que se efectuará el examen metrológico. Este examen consistirá en una serie de ensayos de exactitud, regulados en el mismo Anexo IV (apartado 2.2.1).

Al resultado de los ensayos definidos en el apartado señalado, se aplica una fórmula de error de registro para determinar el error del contador objeto de ensayo, fórmula establecida en el apartado 2.2.2 del Anexo IV. Pues bien, esta fórmula adolece de vicios de orden técnico, descritos en el Informe técnico (Capítulo 5) que determinan su inidoneidad para el fin perseguido y por tanto, la arbitrariedad del procedimiento de verificación regulado en el Anexo IV.

En efecto, como claramente se concluye en el Informe técnico, "la fórmula resulta ser inconsistente pues no garantiza que un contador cuyo error real (es decir, el que verdaderamente afecta al consumidor a la hora de pagar de más o de menos a la compañía distribuidora) esté dentro de límites supere el ensayo de verificación." Como consecuencia de la incoherencia de la fórmula establecida para determinar el error de registro, un contador cuyo error de medición esté dentro de los márgenes, puede ser considerado como no válido y computar a efecto de la retirada de un lote completo de contadores eléctricos.

Se recoge en el Informe técnico, vital para la comprensión de esta compleja fórmula técnica, un ejemplo consistente en la aplicación de la citada fórmula de error de registro a un contador cuyo error de medición está dentro de los márgenes permitidos. Pues bien, por aplicación de la fórmula, el resultado es que dicho contador es rechazado cuando debiera haber sido considerado como válido. Reproducimos la primera conclusión del Informe técnico (Capítulo 2):

"- La fórmula del error que se presenta en la Orden FOM/1100/2002 es inconsistente, pues no garantiza que un contador cuyo error real (el que verdaderamente afecta al consumidor a la hora de pagar de más o de menos a la compañía distribuidora) esté dentro de límites, supere el ensayo de verificación. **Además dicha fórmula adolece de falta de transparencia y claridad, que la hace incompatible con un procedimiento de verificación de contadores objetivo y justo."**

Resulta en este sentido esclarecedor lo que recoge el Informe técnico sobre esta inconsistencia en el Capítulo 5, apartado 5.2.2:

"Es decir, con el umbral del 3% de error fijado en la Orden FOM/1100/2002, este contador SÍ QUE DEBERÍA HABER SIDO DADO POR VÁLIDO, al ser 2.66% inferior a la tolerancia del 3% fijada en la Orden FOM/1100/2002. Por tanto, queda probado que la fórmula propuesta en la Orden FOM/1100/2002 NO ES CORRECTA, achacándosele las siguientes críticas:

- La fórmula es errónea:

La primera y más importante es que la fórmula propuesta en la Orden FOM/1100/2002 no conduce a discriminar aquellos contadores con error por encima del 3% (desechables) respecto a aquellos con error por debajo del 3% (pueden seguir funcionando).

- Falta de transparencia en la fórmula:

Si se quiere establecer un procedimiento de verificación **objetivo y justo**, es fundamental que la fórmula utilizada para decidir si un contador es válido para seguir operando o debe ser sustituido, **sea lo más transparente y clara posible**. En este sentido, en ningún lugar de la Orden FOM/1100/2002 aparece explicado el origen de los coeficientes de ponderación 1.71, 0.77 y 0.52 que figuran en la fórmula. **El efecto que tienen dichos coeficientes de ponderación afectando a los errores relativos en valor absoluto $|e|$ no obedece a ninguna realidad física en el cálculo de error relativo total cometido por el contador bajo ensayo**, como queda probado a través del ejemplo aclaratorio anteriormente expuesto.

- El error propuesto en la Orden FOM 1100/2002 no guarda relación alguna con la diferencia existente entre lo que paga de más o de menos el consumidor a la compañía distribuidora, y lo que debería pagar.

La inconsistencia de la fórmula puede tener consecuencias muy negativas para la distribuidora, máxime si como se aprecia en estudio de Andalucía [estudioAndalucía], el error de los contadores crece a medida que decrece el valor de la intensidad de ensayo."

Es claro que si una fórmula de error, que tiene como consecuencia la retirada de un lote de contadores completo, no está bien diseñada o produce distorsiones

como la puesta de manifiesto en el ejemplo técnico, debe ser anulada radicalmente por errónea, incongruente e incluso arbitraria (en determinadas circunstancias un contador pasaría la fórmula holgadamente, mientras que el mismo contador, que superó los ensayos, en otras circunstancias será rechazado).

Reproducimos a continuación las conclusiones del Capítulo 5 del Informe técnico en lo que se refiere a la fórmula de error de registro:

"(...)

3. La fórmula de "error de registro" **no tiene significado físico** y puede ser la causante de desechar contadores que midan correctamente la energía consumida por el cliente como se ha mostrado en el ejemplo.
4. Si un consumidor presenta un patrón de consumo distinto al típico en el que está basada la fórmula, ésta puede aceptar contadores con un error muy grande y desechar otros cuyo error es admisible."

Además, si tenemos en cuenta la escasa documentación que obra en el expediente administrativo, y efectuamos la comparación entre el primer Proyecto de Orden ministerial para regular esta materia, Proyecto de 1997 y que fue sometido a alegaciones por los interesados (obra en el expediente con el número 1), la fórmula de error de registro que se establece en ese Proyecto (apartado 2.3.4 del Anexo V) difiere de la fórmula adoptada por la Orden FOM/1100/2002 en un elemento fundamental que ha servido de base para la crítica del Informe técnico: la ponderación o peso relativo que se da a los distintos errores. En efecto, el Informe técnico destaca que no existe una coherencia entre el ensayo de aprobación del modelo (R.D. 875/1984) y el de verificación periódica propuesto en la Orden FOM, porque en el primero se le concedía igual peso a los errores desde el 10% de la intensidad base hasta la intensidad máxima.

El hecho de introducir una ponderación de los errores en la fórmula de error de registro desvirtúa su resultado, no estaba previsto en el Borrador de Orden ministerial de 1997 y no está contemplado en el Real Decreto 875/1985 para la determinación del error en la verificación primitiva de los contadores nuevos. Al ser ésta una modificación sustancial del procedimiento de verificación y de su fórmula en particular, y conllevar unas consecuencias tan relevantes para los afectados (la retirada de lotes completos de contadores cuando un contador podría haber superado el ensayo), la disposición debía haber sido motivada, al menos

sucintamente, pero no aparece en ningún momento (ni en el expediente administrativo, ni en la memoria justificativa, ni en el texto de la propia Orden ministerial) dicha motivación. Es éste un argumento más que avala la arbitrariedad de la fórmula elegida para determinar el error de registro.

En suma, el procedimiento de verificación propuesto por la Orden ministerial impugnada resulta viciado de nulidad porque la fórmula de error de registro establecida en el apartado 2.2.2 conduce a resultados erróneos y distintos de los perseguidos por la Orden ministerial, que no pueden ser otros que la retirada del parque de contadores español de aquellos lotes de contadores defectuosos, que miden con un error inadmisibles, pero no aquellos contadores cuya medición no puede ser considerada errónea por estar dentro de los márgenes de error individual permitidos. Esta incoherencia entre la finalidad del procedimiento y su plasmación técnica conduce, por aplicación de la doctrina jurisprudencial citada en el Fundamento jurídico segundo, a postular la nulidad del apartado 2.2.2. de la Orden ministerial impugnada, por vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución y de los principios de eficacia y de interés general recogidos en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Quinto.- Nulidad del apartado 2.4 del Anexo IV de la Orden FOM/1100/2002, por ser contrario al principio de arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

El apartado 2.4 del Anexo IV de la Orden impugnada establece el criterio para la aceptación o rechazo del lote de contadores eléctricos analizado.

La Orden ministerial define la calidad exigible mediante la definición del error de registro (que hemos analizado en el Fundamento jurídico anterior) y la definición de un procedimiento de muestreo, definido en el apartado 2.4 del Anexo IV. El error de registro y sus valores límite (establecidos en el apartado 2.2 y 2.3 del Anexo IV) definen la frontera entre un contador que mide correctamente y uno que lo hace de manera defectuosa. El procedimiento de muestreo tiene por objetivo desechar aquellos conjuntos de contadores (lotes) cuyo porcentaje de aparatos

defectuosos exceda un determinado valor. (El procedimiento de muestreo es independiente del tipo de fórmula de error de registro que se emplee, y por ello va a ser analizado separadamente.)

Concretamente, el procedimiento de muestreo consiste en evaluar el error de registro de una muestra reducida de contadores, y en función del número de contadores defectuosos encontrados en dicha evaluación se estima el porcentaje de contadores que son defectuosos dentro un lote completo. En el caso de que el porcentaje estimado de contadores defectuosos sea superior al porcentaje de calidad exigible, se rechaza el lote completo de contadores.

Así, la Orden establece los siguientes valores para determinar cuándo se admite o rechaza un lote completo de contadores:

- cuando la muestra es de 40 contadores (por ser lotes de menos de 10.000 unidades), si se encuentran 5 contadores que superan el error de registro admitido (3%), el lote completo será rechazado;
- cuando la muestra es de 80 contadores (para un lote de más de 10.000 contadores), si se encuentran 8 contadores que superan el error de registro admitido (3%), el lote completo será rechazado.

Para determinar cómo se han de realizar los procedimientos de muestreo, existe en España una disposición de carácter técnico: la Norma UNE 6602073. "Inspección y recepción por atributos". Esta norma técnica establece los elementos constituyentes de un procedimiento de muestreo, por lo que la Orden FOM/1100/2002 debería seguir sus criterios e indicaciones técnicas y, en caso de no hacerlo, motivar suficientemente las razones para ello. Sólo de este modo quedaría legitimado un procedimiento de muestreo que se apartara de una Norma UNE.

Sin embargo, y según se expone claramente en el Informe técnico, la Orden se aparta de dicha Norma UNE, sin que para ello haya un fundamento específico (capítulo 6.1 del Informe técnico):

"Las normas UNE para la inspección y recepción establecen y definen aspectos genéricos para cualquier muestreo. La Orden ministerial FOM/1100/2002 adolece

de definiciones que para cualquier procedimiento de muestreo resultan necesarias. Entre las definiciones más relevantes de un procedimiento de muestreo se considera el nivel de calidad aceptable (NCA) cuya definición viene indicada en el punto 4.2 de esta norma.

“El NCA es el porcentaje máximo de unidades defectuosas alcanzable por la media del proceso para poder considerar a éste último satisfactorio desde el punto de vista de la inspección por muestreo”

La Orden FOM/1100/2002 carece de un valor para dicho nivel de calidad aceptable (NCA) que fundamente el procedimiento de muestreo. La definición del NCA debe estar fundamentada en análisis previos del conjunto de contadores instalados en España. Los estudios realizados hasta la fecha y referenciados en el documento no abarcan toda la geografía nacional (Andalucía y el País Vasco), y además se han evaluado un número insuficiente de contadores.

Realizando la hipótesis de que los resultados alcanzados por los estudios fuesen un reflejo fiel de la situación de los contadores a nivel nacional, el elevado porcentaje de rechazo del conjunto de contadores instalados es una prueba fehaciente de que la definición del procedimiento de muestreo está desligada de la realidad práctica del conjunto de contadores instalados.”

Este defecto señalado en el Informe técnico, que se concreta en la ausencia de un elemento clave como es el Nivel de Calidad Aceptable, resulta de gravedad insoslayable porque desvirtúa el procedimiento de muestreo y verificación (al no tener un objetivo definido de calidad del parque de contadores, se desconoce cuál es el objetivo de calidad que persigue la Administración) y viene avalado o confirmado por el hecho (a su vez gravísimo) de la inexistencia, en el Expediente administrativo remitido por el Ministerio de Fomento, de informes o estudios sobre la situación del parque de contadores en España, la calidad de los contadores, antigüedad, errores de medida, niveles aceptables de calidad, situación comparada en otros países de nuestro entorno, etc.

Partiendo de un análisis del sistema de muestreo establecido en el apartado 2.4 de la Orden ministerial, que se plasma en los gráficos recogidos en el Capítulo 6.3 del Informe técnico, se pone de manifiesto la falta de rigor técnico del sistema de muestreo previsto en la Orden ministerial:

- si hubiera un 2% de contadores defectuosos en todos los lotes, se rechazaría un 2% de los lotes muestreados;
- sin embargo, si hubiera un 6% de contadores defectuosos, el porcentaje de lotes rechazados alcanzaría el 47% de los lotes (si son lotes de tamaño inferior a 10.000 contadores) y el 60% (si son lotes de tamaño superior a 10.000 contadores).

Aplicando este procedimiento a los únicos estudios de que disponemos sobre la medición de los contadores eléctricos (los realizados en la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el País Vasco, que se aportan como documentos número 4 y 5), los resultados nos llevan a concluir que el procedimiento de muestreo está totalmente alejado de la realidad:

"En el estudio realizado en el País Vasco se ha diferenciado los resultados en función de la fecha de fabricación del contador. Los resultados obtenidos indican que el porcentaje de contadores defectuosos varía de forma significativa con relación a la fecha de fabricación.

Los contadores que tienen una antigüedad superior a treinta años no se consideran a efecto del procedimiento de muestreo ya que se ha establecido que todos ellos han de ser reemplazados en plazo máximo de dos años tal y como aparece en la Disposición adicional única del Artículo 14 de la Orden FOM/1100/2002.

En este mismo estudio del País Vasco, los contadores que llevan entre 20 y 30 años instalados tienen un porcentaje de contadores defectuosos del 22% y los instalados entre 10 y 20 tiene un porcentaje del 6%. Estos porcentajes de contadores defectuosos provocarían el rechazo del 100% de los lotes de entre 20 y 30 años de antigüedad y un rechazo de aproximadamente el 50% de los lotes de entre 10 y 20 años de antigüedad. Los contadores con menos de 10 años de antigüedad tienen un porcentaje de contadores defectuosos por debajo del 1% y por lo tanto prácticamente ningún lote con contadores de esta antigüedad sería rechazado."

"En España existen un parque de contadores instalados de veintiún millones de los cuales se estima, extrapolando los datos del estudio del País Vasco [estudio País Vasco], que un 9% tienen más de 30 años, un 40% una antigüedad entre 20 y 30 años, un 20% una antigüedad entre 10 y 20 años y el 31% restante una antigüedad de menos de 10 años.

Los resultados muestran que se rechazan todos sus lotes de entre 20 y 30 años de antigüedad, mientras que se rechazan el 50% de los lotes del intervalo entre 10 y 20 años. "

(Informe técnico, Capítulos 6.3 y 6.4)

Esto conduciría, siempre de acuerdo con el Informe técnico, a tener que rechazar y sustituir un volumen de contadores que podría superar los diez millones, y considerando que el reemplazo de un contador por otro nuevo tiene un coste de setenta y siete euros, el cuadro siguiente recoge el número de contadores afectado y su coste económico:

Volumen contadores rechazados	Coste de reemplazo
Entre 20 y 30 años (8.400.000 contadores)	646,8 millones € (107.618 millones ptas)
Entre 10 y 20 años (2.100.000 contadores)	161,7 millones € (26.904 millones ptas)
Total ... 10.500.000 contadores	808,5 millones € (134.522 millones ptas)

En caso de llevarse a cabo el reemplazo de tal volumen de contadores, el orden de magnitud de los reemplazos a realizar es tal, que existirían dificultades en cuanto a la infraestructura logística necesaria para llevarlo a cabo en un plazo de tiempo tal como el que se prevé en la Orden FOM/1100/2002. Así, de acuerdo con la disposición transitoria única, en el plazo de 3 años la empresa distribuidora deberá constituir los lotes de contadores con antigüedad inferior a ocho años y transmitirlo a la Administración competente para efectuar las verificaciones; para los contadores con antigüedad superior a ocho años, el plazo para comunicar a la Administración los lotes y comenzar las verificaciones es de dos años a partir de la entrada en vigor de la Orden.

Comparando el coste de reemplazo de un contador con el error medio de medición del 4% de la energía eléctrica consumida en un año para un usuario medio que consume 4000 kWh/año, y un coste medio de la energía de 10,01 cent. euro/kWh, resulta que el impacto económico anual del exceso de error de medición en el

contador (7,3 euro/año) es del orden de 10 veces menos que el coste de reemplazo de un contador (77 euros).

No podemos olvidar que la actividad de distribución de energía eléctrica es una actividad regulada, y que en virtud de la Ley 54/1997 su régimen económico está sujeto a una tarifa aprobada por el Gobierno, el cual aprueba igualmente para cada ejercicio el precio máximo que las empresas de distribución de electricidad pueden percibir del consumidor por el alquiler del contador eléctrico. Por ello los costes en que incurra la empresa de distribución como consecuencia de la aplicación de la Orden ministerial impugnada no podrán ser recuperados a través de una subida del precio del alquiler del contador, que la empresa distribuidora no es libre de practicar.

Como tampoco podemos desconocer que la empresa distribuidora está obligada, en virtud del artículo 93 del Real Decreto 1955/2000 antes citado, a poner a disposición de los consumidores domésticos (los que consumen a tarifa 1.0 o 2.0) los contadores para su alquiler:

Artículo 93. Instalación de equipos de medida y control.

1. Para la contratación del suministro eléctrico, el consumidor deberá contar con instalaciones adecuadas para la colocación de los equipos de medida y control.

2. Los equipos de medida de energía eléctrica podrán ser facilitados por el consumidor o ser alquilados a las empresas distribuidoras, siempre que los mismos dispongan de aprobación de modelo o en su caso pertenezcan a un tipo autorizado y hayan sido verificados según su normativa de aplicación.

En el caso de los consumidores acogidos a las tarifas 1.0 y 2.0, o aquellas que las pudiesen sustituir, las empresas distribuidoras están obligadas a poner a su disposición equipos de medida e interruptores de control de potencia para su alquiler.

La empresa distribuidora no puede, por tanto, dejar de prestar este servicio al consumidor, aunque le resulte enormemente gravoso por las consecuencias del procedimiento de verificación descrito en esta demanda.

Todo ello conduce a postular la nulidad del procedimiento establecido en el apartado 2.4 del Anexo IV de la Orden ministerial impugnada, por resultar

contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 6.3 de la Constitución.

Y en virtud de todo lo anterior,

SUPLICO A LA SALA que, mediante el presente escrito, tenga por formalizada la demanda frente a la **Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica** y en su día, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que:

- 1º. Declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto la Orden impugnada.
- 2º. Subsidiariamente, y para el supuesto de que no se estime la pretensión anterior, declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto el Anexo IV de la Orden impugnada.
- 3º. Subsidiariamente, y para el supuesto de que no se estimen las pretensiones anteriores, declare nulos, anule o revoque y deje sin efecto los apartados siguientes del Anexo IV de la Orden impugnada:
 - El párrafo tercero del apartado 2.2.
 - El apartado 2.2.2.
 - El apartado 2.4.

Por ser todo ello de justicia.

OTROSÍ DIGO: Que interesa a esta parte el recibimiento del pleito a prueba, que deberá versar sobre los puntos de hecho siguientes:

1º. Diferencias entre el procedimiento de verificación primitiva y el procedimiento de verificación periódica.

2º. Inconsistencia de la fórmula de error de registro empleada en la Orden impugnada.

3º. Consecuencias de la aplicación del procedimiento de muestreo y porcentajes de lotes rechazados en función del porcentaje de contadores defectuosos.

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que tenga hecha la anterior declaración a efectos del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y acuerde el recibimiento a prueba del recurso sobre los hechos señalados.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que se aportan junto al presente escrito, fotocopias de los documentos a los que se hace referencia en el mismo, pero debido al gran volumen de páginas de algunos de ellos únicamente se aportan las páginas concretas aludidas en el escrito; pero si hubiera controversia sobre la autenticidad de dichas páginas o si la Sala así lo considerara oportuno, esta parte aportaría los documentos completos.

Y en su virtud,

SUPLICO A LA SALA tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos oportunos.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que interesa a esta parte la suspensión cautelar de la aplicación de la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación

o modificación y de verificación periódica. Suspensión que se solicita al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, por cuanto que su ejecución haría perder la finalidad legítima del presente recurso, sin que exista perjuicio grave a los intereses generales o de tercero, lo que se fundamenta en los motivos siguientes:

Primero.- Para la adopción de la medida cautelar solicitada, la Ley jurisdiccional exige en su artículo 130 que la aplicación de la disposición pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la suspensión de la ejecución de actos o disposiciones impugnadas, ha sido claramente resumida en el Auto de 6 de marzo de 2001 (RJ 2847/2001), en el que se analizan los artículos 129 y 130 de la Ley de la Jurisdicción en los términos siguientes:

"SEGUNDO.- En general, la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su día, se dicte, no pueda ser llevada a puro y debido efecto.

La jurisprudencia ha delimitado su naturaleza y alcance:

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 y 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo núm. 486/1997) ha reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.

b) En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado dentro de las previsiones de la Ley 4/1999), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.

c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de

la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado este Tribunal (en Autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997, entre otros).

TERCERO.- En el caso examinado, la nueva regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de esta Sala y, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

En consecuencia, en el art. 129,1 de la Ley 29/1998 se faculta a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en el art. 130 se establece la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada."

Para determinar cuándo pierde el recurso su finalidad debemos igualmente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establece en el Auto de 19 de febrero de 2001 (RJ 2845/2001) lo siguiente:

"Debemos entender que el recurso pierde su finalidad si el recurrente, caso de obtener una sentencia favorable a su pretensión, no podría alcanzar la satisfacción de su derecho. Por ello hemos de vincular la medida cautelar a la idea de que la ejecución pueda causar al recurrente unos perjuicios que harían ilusoria la estimación del recurso."

Finalmente, es preciso recordar el Auto de 8 de marzo de 2001 (RJ 2848/2001), que accediendo a la suspensión solicitada por la parte actora, profundiza en los requisitos exigibles para dicha suspensión:

"PRIMERO.- En el art. 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LJCA de 1998–, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del «periculum in mora».

La apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial de antes citado art. 130, habrá de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia.

Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta también lo que sigue. La medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. Y la razón de esto último es que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito."

En síntesis, de la interpretación jurisprudencial de los artículos 129 y siguientes de nuestra Ley Jurisdiccional interesa destacar lo siguiente:

- La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva.
- La adopción de medidas cautelares no debe contemplarse como una excepción sino como facultad ejercitable por el órgano judicial.

- Han de armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que supone la suspensión de una disposición impugnada, con la evitación de perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, mediante la adecuada ponderación.

- La ponderación se habrá de efectuar sobre los intereses en conflicto, determinando cuál de ellos se presenta prioritario.

Segundo.- Aplicando al supuesto que nos ocupa la jurisprudencia antes recogida del Tribunal Supremo sobre la suspensión cautelar de la disposición recurrida, procede en primer lugar poner de manifiesto los perjuicios de reparación imposible o difícil que de la aplicación de la Orden impugnada se derivarían.

1º. La aplicación del procedimiento de verificación previsto en el anexo IV de la Orden FOM/1100/2002 tendrá un efecto económico directo e inmediato sobre las empresas eléctricas distribuidoras. Para conocer de un modo realista cuál será este impacto económico, siempre con independencia de la idoneidad del sistema de verificación elegido, que en este punto no se enjuicia por constituir el fondo del asunto, basta con extrapolar al parque nacional de contadores de uso doméstico los datos obtenidos del único estudio realizado por una entidad oficial, ajena a las empresas eléctricas. Se trata del estudio efectuado por el Gobierno Vasco, titulado "Control de contadores eléctricos: Verificación aleatoria de los domésticos", y que se acompaña como documento número 5.

Como se ha señalado en los fundamentos jurídicos de este escrito, si extrapolamos esos datos al total de España, donde existe un parque de contadores instalados de veintiún millones, se estima que un 9% tienen más de 30 años, un 40% una antigüedad entre 20 y 30 años, un 20% una antigüedad entre 10 y 20 años y el 31% restante una antigüedad de menos de 10 años.

Los resultados de la aplicación del modelo de verificación muestran que se rechazarán todos los lotes de contadores instalados que tengan entre 20 y 30 años de antigüedad, y se rechazará el 50% de los lotes del intervalo entre 10 y 20 años.

Teniendo en cuenta que el reemplazo de un contador por otro nuevo tiene un coste aproximado de setenta y siete euros (77 euros), dato extraído del citado Informe técnico y fácilmente comprobable a partir de los informes de la OCU, los costes estimados por el rechazo de lotes se indica a continuación:

Volumen contadores rechazados	Coste de reemplazo
Entre 20 y 30 años (8.400.000 contadores)	646,8 millones € (107.618 millones ptas)
Entre 10 y 20 años (2.100.000 contadores)	161,7 millones € (26.904 millones ptas)
Total ... 10.500.000 contadores	808,5 millones € (134.522 millones ptas)

El coste total del reemplazo de los contadores que el procedimiento de muestreo daría lugar sería de 808.5 millones de euros (134,522 millones de pesetas).

Se incurriría en este coste de reemplazo, por aplicación de lo dispuesto en la Orden FOM/1100/2002, en un periodo de entre uno y dos años a partir de la puesta en marcha de los mecanismos de verificación previstos en la Orden.

En caso de llevarse a cabo dicho reemplazo el orden de magnitud de los reemplazos a realizar es tal, que existirían dificultades en cuanto a la infraestructura logística necesaria para llevar a cabo dicho reemplazo en un plazo de tiempo tal como el que se prevé en la Orden FOM/1100/2002.

Todo ello sin considerar que la misma Orden FOM/1100/2002 establece que los contadores de más de 30 años deberán ser retirados de la red, sin examen metrológico, en un plazo máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Orden (según se prevé en la Disposición adicional única).

2º. Las empresas eléctricas distribuidoras no tienen forma de resarcirse de este coste. Su retribución viene determinada por la tarifa eléctrica que anualmente aprueba el Gobierno, y en el mismo Real Decreto de tarifas se fija el precio máximo que las empresas pueden percibir por el alquiler de los contadores a los consumidores que así lo demanden, de modo que este precio está administrativamente fijado y no puede ser modificado por la empresa eléctrica.

Por lo que se refiere al consumidor que adquiere el contador para su uso, el perjuicio que le provoca el rechazo de un lote dentro del cual esté incluido su contador, a pesar de no haber sido ensayado específicamente, es directo: deberá adquirir otro contador nuevo ya que el suyo será retirado de la red por la misma empresa distribuidora (el apartado 3.3 del Anexo IV de la Orden ministerial dispone la retirada de la red y la sustitución de la totalidad de los contadores eléctricos de inducción del lote de referencia, representado por la muestra).

Además, el perjuicio será irreparable por cuanto que el contador retirado por rechazado nunca se podrá reponer (ya que se destinan a chatarra estos contadores) ni resarcir a los afectados por el perjuicio económico causado por toda la operativa de gestión de contadores por lotes, rechazos, sustituciones, costes de personal, formación, etc.

3º. El interés de los consumidores afectados por la retirada de un lote de contadores y de las empresas eléctricas distribuidoras, que lleva a dejar en suspenso la aplicación de la norma hasta tanto se decida sobre su validez jurídica, debe ser ponderado y valorado junto con el coste que supondría la no aplicación de la disposición impugnada.

Así, es preciso comparar el coste de reemplazo de un contador con el error medio de medición de un usuario medio doméstico. De acuerdo con las valoraciones del Informe técnico, el error medio de medición de un consumidor doméstico es del 4% de la energía eléctrica consumida en un año. Para un usuario medio que consume 4000 kWh/año, y un coste medio de la energía de 10,01 cent. euro/kWh, resulta que el impacto económico anual del exceso de error de medición en el contador es de 7,3 euros al año (1.215 pesetas/año). Pues bien, el importe de este hipotético perjuicio es del orden de 10 veces menos que el coste de reemplazo de un contador (que asciende a 77 euros, esto es, 12.812 pesetas).

4º. En cuanto al interés general, es preciso tener en cuenta que según los únicos informes técnicos de que se dispone en estos momentos sobre la calidad de la medida de los contadores eléctricos, los elaborados por la Junta de Andalucía y por el Gobierno Vasco (que se adjuntan como documentos 3 y 4 respectivamente), la calidad del parque de contadores en España es buena, o al

menos aceptable, y no se justificaría la aplicación de una medida drástica de sustitución de más de 10 millones de contadores.

En efecto, según la primera conclusión del informe presentado por la Junta de Andalucía, "la inmensa mayoría de los contadores eléctricos instalados en las viviendas de Andalucía cometen un reducido error en la medición del consumo" (apartado 3.1 del informe). Y el estudio elaborado por el Gobierno Vasco, si bien es algo más negativo, estima en su primera conclusión que "del total de los 400 contadores verificados han aparecido 55 incorrectos, lo que supone un 13,75%", cifra que está todavía muy lejos de los volúmenes de contadores recogidos en el cuadro anterior y que por virtud del procedimiento de verificación deberán ser retirados del total del parque de contadores: diez millones y medio, sin contar los contadores de más de 30 años, que podrían sumar otro millón en toda España, con lo que estaríamos en más del 50% de contadores a retirar frente al 13,75% que se puede considerar defectuoso.

Esta injustificada desproporción debiera llevar a la Sala a la que tengo el honor de dirigirme, a estimar la petición y acordar la suspensión de la aplicación de la Orden impugnada, por cuanto los perjuicios que de su aplicación se derivarían serían irreparables y no se afectaría negativamente el interés general por la suspensión solicitada.

En virtud de lo cual,

SUPLICO A LA SALA que, en mérito a lo expuesto, acuerde la suspensión de la aplicación de la Orden FOM/1100/2002, de 8 de mayo, por ser igualmente de justicia.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que al amparo de lo dispuesto en los artículos 40 y ss. de la Ley Jurisdiccional, la cuantía del recurso es indeterminada.

Y en su virtud,

SUPLICO A LA SALA se sirva fijar la cuantía indeterminada para el presente recurso.

Por ser todo ello justicia que pido en Madrid a 13 de diciembre de 2002.

Pascual Sala Atienza
Colegiado núm. 69.605