



Roj: **STS 1970/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1970**

Id Cendoj: **28079130032016100159**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/04/2016**

Nº de Recurso: **883/2014**

Nº de Resolución: **953/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil dieciséis.

Visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo número 883/2014, interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, en representación de Unión de Empresas Siderúrgicas (UNESID), contra la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, ampliado a la Orden IET/1752/2014, de 26 de septiembre, por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican en consecuencia determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, al artículo 8 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014 y a la Orden IET/346/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, y en el que han intervenido como partes codemandadas la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, IBERDROLA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Martín Jaureguibeitia, Red Eléctrica de España S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jacinto Gómez Simón, Hidroeléctrica del Cantábrico S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Mairata Laviña, ERCROS S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Gustavo Gómez Molero, Gas Natural SDG S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Iribarren Cavallé, Agrupación de Fabricantes de Cemento de España, representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, y Megasa Siderúrgica S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Unión de Empresas Siderúrgicas (UNESID), interpuso recurso contencioso administrativo contra las Resoluciones de referencia, mediante escrito presentado el 30 de diciembre de 2013, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y la letrada de la Administración de Justicia, por decreto de 9 de enero de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por auto de 21 de abril de 2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional acordó remitir las actuaciones a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que por auto de 11 de septiembre de 2014, declaró su competencia para conocer del recurso.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, lo que verificó en fecha de 30 de julio de 2015, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicó a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por cuya virtud estime íntegramente el recurso contencioso administrativo contra la Orden Impugnada y declare la nulidad de pleno derecho de la misma en su totalidad o, con carácter subsidiario, declare la nulidad de pleno derecho de los concretos preceptos de la Orden impugnada que se consideran, en particular, contrarios a lo establecido en las disposiciones de rango



superior a las que se refiere el cuerpo de este escrito (artículos 4, 5, 6, 8, 13 y disposición adicional segunda), con imposición de las costas en todo caso a la Administración demandada.

Se dio traslado a las partes demandadas codemandadas, para que pudieran manifestar su oposición a la demanda, lo que verificó el Abogado del Estado, por escrito de 21 de septiembre de 2015, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor en las costas incurridas, y la representación de Red Eléctrica de España S.A.U., que en escrito de 22 de octubre de 2015 solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente el recurso interpuesto, con expresa condena en costas a la demandante.

Por decreto de 2 de noviembre de 2015, se les tuvo por caducado el plazo de contestación a la demanda al resto de los codemandados.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y, tras los escritos de conclusiones de la parte demandante, de 26 de noviembre de 2015 y de las codemandadas Administración General del Estado y Red Eléctrica de España S.A.U., presentados respectivamente en fechas 14 y 16 de diciembre de 2015, se señaló para votación y fallo el día 19 de abril de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.

Con posterioridad a la interposición del recurso, la parte recurrente solicitó su ampliación a las disposiciones que ahora se indican, a lo que accedió la Sala:

- artículo 8 de la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014.

- la Orden IET/346/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, en particular, los artículos 6, 9 a 11 y 13, que se modifican, y las disposiciones adicional 4ª y transitoria 3ª que se añade.

- la Orden IET/1752/2014, de 26 de septiembre, por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican en consecuencia determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, en concreto, los artículos 4, 5, 7, 10 y 16).

Por tanto, el recurso se dirige contra la Orden IET/2013/2013, en la redacción dada por las Órdenes que se acaban de indicar.

La parte actora expone en su demanda que la Orden impugnada es nula de pleno derecho por los motivos que pueden agruparse a efectos de su resumen en la forma siguiente (FD 1º):

i) Motivos de orden formal:

a) Insuficiencia de la memoria de análisis de impacto normativo.

b) Omisión del dictamen del Consejo de Estado.

ii) Motivos de orden material o de fondo:

a) Infracción de la Directiva 2009/72/CE, de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 y del RD 1634/2006, en el diseño del servicio de interrumpibilidad y, por tanto, del principio de jerarquía normativa, en lo que se refiere a los objetivos y fines el servicio, al mecanismo de asignación del servicio y a los tipos de órdenes de reducción de potencia y a las características de las mismas.

b) Infracción del artículo 23 de la Ley del Gobierno, en relación con la potestad reglamentaria de desarrollo de la Orden impugnada.

c) Infracción del principio de confianza legítima.

d) Infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Las indicadas cuestiones son similares a las suscitadas en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad A.G. Siderúrgica Balboa S.A. contra la misma Orden IET/2013/2013 (recurso ordinario



920/2014), que ha sido deliberado por la Sala en la misma fecha que el presente recurso y en el que ha recaído sentencia de fecha 26 de abril de 2016 , cuyos razonamientos ahora reiteramos por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

SEGUNDO . Sobre la insuficiencia de la memoria de análisis de impacto normativo.

El primer motivo de impugnación reprocha a la Orden impugnada la insuficiencia de su memoria de análisis de impacto normativo, especialmente en lo que se refiere al análisis de su impacto económico, considerando que se infringe el artículo 24 de la Ley del Gobierno y el art. 2 del Real Decreto 1083/2009 .

La demanda considera en este punto que la Orden impugnada incurre en una falta de motivación al no haberse valorado su incidencia sobre los destinatarios de la norma ni desde el punto de vista del impacto económico de la regulación introducida ni desde el punto de vista de las cargas administrativas, como ya se puso de manifiesto en los informes elaborados por la Comisión Nacional de la Energía y la Secretaria del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Considera que la Orden tiene relevancia económica "ad extra" que incide en los consumidores que pueden prestar el servicio de interrumpibilidad, en el operador del sistema y en el conjunto de los consumidores de energía (el ingreso de los prestadores de servicios de interrumpibilidad es menor en esta Orden que el previsto en la anterior normativa, restringe la prestación del servicio a los consumidores que resulten adjudicatarios de las subastas provocando un perjuicio a los que no puedan acceder a la prestación del servicio, costes directos derivados de la participación en las subastas, incidencia sobre la competencia, e incidencia en el equilibrio económico del sistema eléctrico al recaer los costes del servicio de interrumpibilidad en el sistema eléctrico) e impone intensas cargas administrativas a los destinatarios de la nueva regulación, en relación con las obligaciones de información y documentación.

En nuestra sentencia de este Tribunal de 3 de febrero de 2016 (rec. 10/2015) ya tuvimos ocasión de analizar esta misma alegación en relación con la Orden ahora impugnada. En dicha sentencia dijimos, y ahora reiteramos, que:

"consideramos suficiente la información contenida en relación con el impacto económico y presupuestario que comporta la aplicación del mecanismo de asignación del servicio, teniendo en cuenta que en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se exponen con suficiente concreción la incidencia de carácter económico que producirá la aplicación de la mencionada Orden ministerial, donde se analiza el coste de la interrumpibilidad precisando la cuantía de la revisión, subrayando que «no tiene efectos en las cargas administrativas» y «no tiene impacto presupuestario», en los siguientes términos:

« La propuesta de orden remitida recoge una revisión en profundidad del mecanismo de gestión de la demanda de interrumpibilidad en lo que se refiere a la retribución a los prestadores del servicio.

a) En lo relativo al coste de la interrumpibilidad este se reparte entre los prestadores del servicio según los parámetros técnicos que cada uno de ellos pueden acreditar para el cumplimiento de los requisitos.

Para el año 2013 estaba inicialmente prevista una partida de 748.900 miles de euros en la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, repartida en un total de 523 millones de euros por el coste de la aplicación del artículo 6.1 de la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, y un total de 225,9 millones de euros procedentes de la aplicación de las modificaciones introducidas por la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, recogidas en el artículo 6.2 de la citada Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio.

No obstante, dicha cantidad puede verse reducida según se pone de manifiesto en el informe mensual sobre el funcionamiento y aplicación del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad correspondiente al mes de agosto de 2013, de carácter confidencial y que Red Eléctrica de España, S.A. envía en cumplimiento del artículo 19, sobre obligaciones de información, de la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio. En dicho informe se señala que la retribución total del servicio en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 31 de agosto de 2013, asciende a unos 520 millones de euros. Extrapolando dicho valor de manera lineal al total de la temporada (que acaba el 31 de octubre) se obtiene un importe anual inferior al previsto en la Orden IET/221/2013.

En cuanto al impacto del nuevo mecanismo que se introduce en la orden en la anterior cantidad destinada a interrumpibilidad, debe considerarse que la existencia de un precio máximo asociado a la subasta constituye un elemento de control económico junto con los volúmenes máximos a subastar. Dado que dicho precio y volumen se determinarán en cada momento y que podrán variar de acuerdo al resultado del mecanismo competitivo de asignación, el impacto económico concreto de esta orden se determinará una vez realizadas dichas subastas.

Con todo ello se estima una disminución de unos 200 millones de euros del coste destinado actualmente a la interrumpibilidad, considerando la reducción introducida por el propio mecanismo de subasta en lo que a precio y cantidad de potencial interrumpible se refiere.



Por su parte, la aplicación efectiva del servicio a través de la solicitud de órdenes de ejecución a los proveedores y, por tanto, la retribución variable asociada a las mismas, se producirá en situaciones en que la aplicación del servicio suponga un menor coste que el de los servicios de ajuste del sistema.

b) En cuanto a los consumidores que prestan el servicio, los adjudicatarios percibirán el precio que resulte de la subasta en lo que se refiere a la parte fija, así como un variable vinculado a la ejecución de órdenes de reducción de potencia. » .

En efecto, cabe consignar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 29 de febrero de 2012 (RC 234/2010), con cita de las precedentes sentencias de 10 de marzo de 2003 (RCA 469/2001), 16 de abril de 2005 y 27 de noviembre de 2006 (RCA 51/2005), la inclusión en la Memoria Económica que acompaña a un proyecto de disposición administrativa de fórmulas estereotipadas sobre el nulo impacto económico o presupuestario que provocaría su aplicación, sólo tiene efectos invalidantes cuando la parte recurrente acredite que aquella apreciación era incorrecta, de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario. O, como en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 2005, cuando no existe referencia alguna a los efectos que sobre el gasto pudiera tener la norma aprobada. En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2011, en el que se constató la incidencia de la disposición cuestionada sobre el gasto público pero, en lugar de elaborar la correspondiente memoria económica, remitió su estimación a las dotaciones que se establecieran en unos futuros presupuestos generales del Estado".

Cabe añadir que la memoria sí contempla la incidencia económica del nuevo mecanismo de asignación del servicio de interrumpibilidad sobre el sistema eléctrico, previendo una reducción del coste para el ejercicio 2013 que implica un ahorro de 200 millones, sin que se pueda determinar con exactitud para años sucesivos, por cuanto dependerá del precio de adjudicación que resulte de la subasta, sin perjuicio de que el impacto económico puede estar limitado por la fijación del precio máximo asociado a la subasta y los volúmenes máximos a subastar. No resulta exigible un mayor grado de detalle en la determinación del impacto económico sobre las empresas que concurren a este servicio, pues dependerá de las que resulten adjudicatarias, los requerimientos de interrupción asociados a este servicio y las cantidades por las que se adjudique la subasta, lo que habría de determinarse en relación con las cantidades que eventualmente pudieran haber percibido estas mismas empresas si hubieran prestado el servicio en años anteriores, previsiones que desbordan por su casuismo y su variabilidad las exigencias de esta memoria de impacto.

La parte recurrente no solo no ha acreditado la incorrección de las apreciaciones incluidas en el apartado sobre impacto económico y presupuestario de la Memoria de la Orden, sino que el informe pericial acompañado a su demanda, referido a la evaluación de impacto económico de la Orden impugnada sobre las plantas del sector siderúrgico, aunque difiere del objeto de la Memoria, pues se limita a un análisis del impacto sobre las empresas siderúrgicas, acepta las cifras de la Memoria Económica que estiman que la cantidad destinada al servicio de interrumpibilidad en 2014 alcanza el importe de 550 millones de euros, por lo que la disminución del coste de este servicio por la nueva Orden para el sistema es de unos 200 millones de euros respecto de las cifras correspondientes al 2013 en las que se cifró coste por retribución de este servicio en 748.9 millones de euros. Y ello con independencia de la incidencia negativa que la reducción de este coste tiene para las empresas que lo venían percibiendo conforme al anterior sistema.

Por lo que respecta a la insuficiencia de la Memoria en relación con las cargas administrativas, el reproche aparece referido a la afirmación de que el nuevo modelo "no tiene efectos en las cargas administrativas". Y ello por entender que la Orden impugnada, en su artículo 16, impone intensas cargas administrativas a los destinatarios (prestadores del servicio, operador del sistema y a los distribuidores, comercializadores y consumidores) que no toma en consideración. Lo cierto es que la empresa recurrente al formular este reproche enumera las obligaciones de información que se contienen en la Orden cuestionada, pero se olvida de analizar si estas mismas cargas administrativas ya existían en las anteriores Órdenes Ministeriales que regulaban ese servicio antes de la modificación. Comparativa que le incumbía realizar a la parte recurrente y que no hace, y hubiese sido necesaria para poder rebatir que el nuevo modelo no tenía efecto sobre las cargas administrativas ya existentes, pues su reproche solo sería atendible si tal afirmación es inexacta, por existir nuevas cargas añadidas a las que ya existían para los destinatarios del servicio antes de la modificación y siempre que estas fuesen relevantes.

Es más, estableciendo esta comparativa se llega a la conclusión de que los deberes de información que se imponen a los destinatarios del sistema son los mismos, o muy similares, a los previamente existentes, llegándose al punto de que las obligaciones de información contenidas en el art. 16 de la Orden impugnada, e invocadas como sustento de este motivo de casación, reproducen casi literalmente las contenidas en el art. 19 de la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, que no se modificaron en la Orden IET/2804/2012.



Por todo ello procede desestimar este motivo.

TERCERO . Sobre la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

El segundo motivo de impugnación se centra en la nulidad de la Orden por la omisión de un trámite esencial del procedimiento de elaboración, cual es el dictamen del Consejo de Estado, invocando la infracción del art. 24 de la Ley del Gobierno en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado .

Argumenta que la Orden impugnada debe considerarse como un reglamento ejecutivo de la Ley del Sector eléctrico, dictado en virtud de la habilitación contenida en el art. 49.2 en relación con la disposición final cuarta de la Ley del Sector Eléctrico . La Orden no se limita a adoptar, puntualizar o actualizar lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 sino que desarrolla el contenido de dicha disposición configurando un nuevo modelo del servicio de interrumpibilidad que, incluso, resulta contrario a lo previsto en dicho Real Decreto.

En nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec. 351 / 2014), si bien el recurso estaba referido a la impugnación a la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/346/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2103/2013, de 31 de octubre, ya tuvimos ocasión de analizar esta alegación. Concretamente la falta del Dictamen del Consejo de Estado, en el proceso de elaboración de tales normas.

En dicha sentencia afirmábamos que:

<<[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado , el dictamen de este Alto Órgano Consultivo del Gobierno de la Nación, es preceptivo respecto de los reglamentos ejecutivos de las leyes, por lo que, atendiendo al contexto normativo en que se adopta la mencionada Orden ministerial, en desarrollo de las precisiones establecidas en el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, que fue objeto de concreción originariamente en la Orden IET/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, y ulteriormente en las Órdenes IET/2804/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, y la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, y a su carácter esencialmente técnico, no resulta aplicable dicho precepto legal, en cuanto, en propiedad, no cabe caracterizarla como un desarrollo del artículo 49 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico >>.

Argumentos que resultan por entero trasladables a la impugnación que nos ocupa.

Se desestima este motivo.

CUARTO . Sobre la infracción de la Directiva 2009/72/CE, de la Ley del Sector Eléctrico y del Real Decreto 1634/2006.

El cuarto motivo de impugnación se funda en la infracción del principio de jerarquía normativa, contenidos en el art. 9.3 de la Constitución , 62.2 de la Ley 30/1992 y art. 23.3 in fine de la Ley del Gobierno , por entender que la Orden impugnada vulnera las disposiciones de rango superior reguladoras del servicio de interrumpibilidad.

Considera que la orden impugnada es un reglamento de desarrollo de la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 y, sin embargo desborda el marco jurídico establecido por las disposiciones de rango superior infringiendo tanto la Directiva 2009/72/CE, como la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (art. 46.2) y la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 .

En primer lugar, considera que la Orden impugnada infringe lo previsto en la Directiva 2009/72/CE (considerando 41 y art.2), y la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (art. 46.2) por cuanto tales normas se refieren a los "contratos de suministro interrumpibles" o "contratos de interrumpibilidad", esto es, la base del servicio de interrumpibilidad se configura como contractual (contrato bilateral) mediante un acuerdo entre los prestadores del servicio (consumidores de energía) y el operador del sistema, sin que dicho mecanismo se pueda sustituir, tal y como hace la Orden impugnada, por otro basado en condiciones predeterminadas por el operador del sistema e iguales para todos los operadores.

Así mismo, considera que el mecanismo diseñado por la Orden no garantiza el cumplimiento de la finalidad esencial prevista en la Directiva y en la Ley del Sector Eléctrico: la eficiencia energética (reducción de consumo) y garantía de suministro. La Orden regula este servicio de interrumpibilidad no solo como una medida de ahorro y eficiencia energética y garantía del suministro sino también como una medida que puede ser adoptada por razones económicas, con el fin de abaratar el coste del sistema eléctrico, y así lo expresa la parte expositiva y el art. 8 de la Orden. Por ello, entiende que con el nuevo sistema diseñado este servicio se aplica cuando sea



más barato para el sistema que la aplicación de los servicios de ajuste, aun cuando ello no suponga un mayor ahorro en el consumo de energía ni una mayor eficiencia energética.

Para dar respuesta a estas alegaciones debemos partir de que la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 13/2012 de 30 marzo 2012, estableció dentro de las medidas destinadas a fomentar la mejora de la gestión de la demanda eléctrica, el servicio de interrumpibilidad disponiendo en su artículo 46 que:

<<[...] la Administración podrá adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los usuarios y la eficiencia y el ahorro energéticos, directamente o a través de agentes económicos cuyo objeto sea el ahorro y la introducción de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad" medidas entre las que citaba expresamente "los contratos de prestación del servicio de interrumpibilidad gestionados por el operador del sistema">>.

Ni la Directiva 2009/72/CE ni la Ley del Sector Eléctrico diseñaron un servicio de interrumpibilidad cerrado en el que la única opción posible para prestarlo fuera la del contrato entre los consumidores dispuestos a prestarlo (siempre que cumplieran las condiciones previamente impuestas para prestarlo y estuviesen autorizados) y el operador del sistema. Tanto la Directiva comunitaria como la Ley estatal se movían en un plano mucho más genérico al tiempo de diseñar este servicio de interrumpibilidad sin decantarse por un modelo concreto de asignación. De modo que la sustitución del anterior sistema basado en una relación contractual por un modelo basado en la asignación por un mecanismo de subasta no entra en contradicción con tales normas, pues ambos sistemas, u otros diferentes, podían tener cobertura en el diseño general fijado en tales normas. O dicho de otra forma, ni la Directiva 2009/72/CE ni la Ley de Sector eléctrico imponían un sistema concreto de asignación de la prestación del servicio de interrumpibilidad por lo que tales normas no excluían un sistema de asignación basado en la subasta u otro capaz de cumplir los objetivos por ellas perseguidos.

El hecho de que la Directiva estableciese (considerando 41) que <<Los Estados miembros o, cuando un Estado miembro así lo haya dispuesto, la autoridad reguladora deben fomentar el desarrollo de contratos de suministro interrumpibles>> o que la Ley del Sector Eléctrico (art. 46.2) hablase de "los contratos de prestación del servicio de interrumpibilidad gestionados por el operador del sistema" no implica, tal y como pretende la empresa recurrente, que tales normas hubiesen optado por un sistema de asignación concreto, el "contrato" bilateral entre el consumidor que se aviene a prestar el servicio y el operador del sistema, excluyendo otros posibles. La simple mención a los "contratos de suministro interrumpibles" no implica la elección de un sistema de asignación por vía contractual ni se decanta por una modalidad de asignación sino que hace referencia a la posibilidad de que determinadas empresas consumidoras de energía eléctrica puedan acogerse a esta modalidad de interrumpibilidad en determinadas condiciones.

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar el mecanismo de interrumpibilidad no solo por razones de seguridad y ahorro energético sino también por razones económicas cabe señalar que la Ley del Sector Eléctrico no solo perseguía garantizar el suministro sino también hacerlo al menor coste posible, así se pronuncia su exposición de motivos.

Las últimas reformas legales, resulta significativo en tal sentido el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, han perseguido como uno de sus objetivos fundamentales garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico intentando remediar el déficit tarifario estructural motivado a que los costes reales asociados a las actividades reguladas y al funcionamiento del sector eléctrico resulten superiores a la recaudación por los peajes fijados por la Administración y que pagan los consumidores. De modo que, con carácter general, no puede considerarse ajeno al desarrollo normativo experimentado en este sector el intento de corregir los desajustes producidos por la "vis expansiva" de las partidas de costes del sistema eléctrico que era necesario corregir, adoptándose medidas normativas de distinta índole con vistas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, sin que existan razones para excluir de este ajuste la adopción de las reformas necesarias para reducir los costes económicos en el servicio de interrumpibilidad del sistema eléctrico. De ahí que no deba excluirse, como uno de los fines lícitos que pueden perseguir la modificación del servicio de interrumpibilidad, el que este servicio se preste con el menor coste económico posible, sin que ello incida de forma negativa en la seguridad del sistema.

Es cierto que la Ley de Sector Eléctrico (art. 46.2) al referirse a la prestación del servicio de interrumpibilidad gestionado por el operador del sistema se relaciona con medidas que pueden contribuir a incentivar la mejora del servicio a los usuarios y la "eficiencia y el ahorro energéticos" cuyo objetivo sea el ahorro y la introducción de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad. Lo que, a juicio de la empresa recurrente, excluye la posibilidad de tomar en consideración razones económicas para poner en funcionamiento el servicio de interrumpibilidad.

Esta interpretación no puede ser acogida, pues el concepto de eficiencia y ahorro energético no excluye, que entre estas finalidades se tomen también en consideración razones de eficiencia y ahorro económico.



La propia Directiva 2009/72/CE (artículo 2.29) al tiempo de definir el concepto de "eficiencia energética y gestión de la demanda" afirma que en ellas se comprenden determinadas medidas, entre las que se encuentra comprendido el servicio de interrumpibilidad, "siempre que las primeras constituyan la opción más eficaz y económica, habida cuenta de la repercusión positiva en el medioambiente del menor consumo de energía y los aspectos de seguridad del suministro y costes de distribución con ella relacionados", por lo que dicha norma comunitaria también comprende como uno de los objetivos de esta eficiencia energética y de los servicios de gestión de la demanda no solo el ahorro de la energía sino también una gestión eficaz desde un punto de vista económico, y que, por tanto, la regulación de estas medidas contribuyan a reducir los costes con ellas relacionados.

En segundo lugar, la entidad recurrente invoca la infracción de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 con la consiguiente vulneración del principio de jerarquía normativa entre normas reglamentarias, contenido en el art. 23.3 de la Ley del Gobierno , al diseñar un mecanismo del servicio de interrumpibilidad que no se basa en la contratación bilateral y no respeta los tipos y los periodos de interrumpibilidad a que se refiere dicha norma. Además la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 establece las bases técnicas de la configuración del servicio de interrumpibilidad, estableciendo determinados tipo de órdenes de reducción de potencia, sus características y los límites de aplicación del servicio de interrumpibilidad. Bases que se infringen en la orden impugnada, pues no respeta los tipos de órdenes de reducción de potencia, ni el preaviso mínimo con el que deben solicitarse, ni la duración total máxima de las mismas. Tampoco respeta la duración de las órdenes de reducción de potencia ni la duración máxima de cada periodo ni el máximo valor de potencia residual a consumir en cada periodo. Y tampoco respeta los límites temporales máximos de prestación del servicio de interrumpibilidad.

La Ley del Sector Eléctrico, tanto la de 1997 como la de 2013, diseñaron el servicio de interrumpibilidad como una medida destinada a la gestión de la demanda y habilitó al Ministro de Industria para aprobar su regulación. Así el art. 46 de la Ley de 1997, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 13/2012 de 30 marzo 2012 , estableció expresamente que:

"El cumplimiento de los objetivos previstos en dichas medidas podrá dar lugar al reconocimiento de los costes en que se incurra para su puesta en práctica, que tendrán la consideración de costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. A los efectos de dicho reconocimiento las medidas deberán ser aprobadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo informe de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial".

Habilitación que encuentra cobertura en el art. 12.2.a) de la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (corresponde a los Ministros "Ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica") siguiendo así la larga tradición en esta materia de remisión legal a las Órdenes Ministeriales para regular los aspectos técnicos del sector eléctrico, al tratarse de un sector en constante evolución que requiere su continua adaptación a los requerimientos técnicos y económicos del sistema.

Fue la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006, de 20 de diciembre la que reguló, por vez primera, las bases de este servicio, pero esta regulación transitoria, consciente de la habilitación legal establecida en el art. 46 del RDL 13/2012 en favor del Ministro de Industria para regular esta materia, dispuso que:

<<2. Antes de que transcurran tres meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio desarrollará las condiciones de estos servicios y los requisitos para la participación en los mismos de los consumidores en el mercado, así como su régimen retributivo>>.

De modo que el régimen fijado en la Disposición Transitoria Sexta se configuraba como una regulación transitoria o provisional y esta misma norma remitía la futura regulación a una posterior Orden Ministerial adoptada por el Ministro de Industria, tal y como así ocurrió con las Ordenes ITC/2370/2007, de 26 de julio, la Orden ITC/2804/2012 de 27 de diciembre y finalmente por la Orden ahora impugnada. En esta misma línea la Disposición Final de la Orden ITC/2370/2007 dispuso que fuese el Ministro de Industria, Turismo y Comercio el que revisaría cada cuatro años, el mecanismo de gestión de la demanda regulado en esta orden para adaptarlo a las necesidades del sistema en cada momento.

De modo que la regulación de este servicio de interrumpibilidad operada por el Real Decreto 1634/2006 ni modificó ni alteró la atribución competencial que la Ley hizo en favor del Ministro de Industria para regular esta materia. Se trató de una regulación provisional en la que expresamente se seguía manteniendo que la futura regulación o las futuras revisiones se realizarían por Órdenes Ministeriales, tal y como ya había acordado el art. 46 de la ley del Sector Eléctrico , tras la redacción dada por RDL 13/2012 de 30 marzo 2012, y que se mantuvo en el artículo 49 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .



Por otra parte, el hecho de que la regulación de este servicio se hiciese por un Real Decreto no congeló el rango de la norma reglamentaria que debería regular esta materia al existir una previsión legal competencial que prevalece, y así lo ha declarado este Tribunal en sentencia de 2 de marzo de 2016 (rec. 1480/2013, f.j. cuarto), por lo que cuando las sucesivas Órdenes Ministeriales del Ministro de Industria, incluida la que ahora nos ocupa, reguló este servicio ejercían una competencia atribuida expresamente por la Ley.

Debe recordarse que esta misma alegación ya fue planteada en el recurso de casación entablado por la Generalitat de Cataluña contra esta misma Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, que fue resuelto por sentencia de este Tribunal de 3 de febrero de 2016 (rec. 10/2015). En dicha sentencia ya afirmábamos que:

<<En efecto, estimamos que la regulación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad establecida en la disposición transitoria sexta del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, no tiene vocación de permanencia, en cuanto el apartado 2 de la citada disposición reglamentaria prevé que "antes de que transcurran tres meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio desarrollará las condiciones de estos servicios y los requisitos para la participación en los mismos de los consumidores en el mercado, así como su régimen retributivo", lo que ha sido objeto de desarrollo en la Orden Ministerial ITC/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, que, en su disposición final primera, contempla expresamente un horizonte específico de "revisión de la norma", al disponer que "el Ministro de Industria, Turismo y Comercio revisará cada cuatro años, previo informe del Operador del Sistema y de la Comisión Nacional de Energía, el mecanismo de gestión de la demanda regulado en esta orden para adaptarlo a las necesidades del sistema en cada momento".

Y al respecto, cabe poner también de relieve que, en la secuencia de desarrollo normativo de la regulación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, resulta significativo lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, que da un mandato al operador del sistema para que presente en el plazo de un año desde su entrada en vigor una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemple, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado.

Y esta previsión normativa, que evidencia la temporalidad de la regulación adoptada, se vuelve a contemplar en la disposición final primera de la Orden 2013/2013, de 31 de octubre, que establece que "el Ministro de Industria, Energía y Turismo, revisará cada dos años, previa propuesta del operador del sistema y tras informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el mecanismo competitivo de adjudicación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en esta orden para adaptarlo a las necesidades del sistema en cada momento".

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la Abogada de la Generalidad de Cataluña, respecto de que los artículos 4.1, 5 y 13 de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, deben anularse, en cuanto - según se aduce - la regulación del mecanismo de asignación del recurso de interrumpibilidad a través de un procedimiento de subasta, la fijación de los tipos de reducción de potencia y el sistema de liquidación de los costes del servicio de interrumpibilidad contradicen e incumplen lo dispuesto en la disposición transitoria sexta del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, pues apreciamos que en este planteamiento impugnatorio subyace la idea de petrificación o congelación del rango normativo de dicha regulación reglamentaria del servicio de interrumpibilidad, sin tomar en la consideración debida que dicha regulación se efectúa en una disposición transitoria del mencionado Real Decreto, lo que evidencia el carácter provisional de su vigencia, que resulta aplicable hasta que el Ministro de Industria, Energía y Turismo ejerza la competencia legalmente atribuida de regular las condiciones esenciales del mecanismo de interrumpibilidad>>.

Se desestima este motivo.

QUINTO. Sobre la infracción del artículo 23 de la Ley del Gobierno en relación con la potestad reglamentaria de desarrollo de la Orden impugnada.

El quinto motivo de impugnación alega la infracción del principio de jerarquía normativa por vulneración del art. 23 de la ley del Gobierno, al entender que la Orden impugnada atribuye la potestad reglamentaria a la Secretaría de Estado de Energía y de modo indirecto al operador del sistema.

Argumenta que conforme a lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución y el art. 23 de la Ley de Gobierno la titularidad de la potestad reglamentaria la ostenta el Consejo de Ministros y los Ministros sin referencia alguna a los Secretarios de Estado, lo cuales no son órganos del Gobierno sino de la Administración General



del Estado. La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 14) no atribuye competencias a los Secretarios de Estado para aprobar normas reglamentarias y de conformidad con el art. 13.2. b) de la Ley 30/1992 y el art. 20.3.a) de la Ley del Gobierno la potestad reglamentaria no es susceptible de delegación.

Considera que la Orden impugnada habilita a la Secretaria de Estado de Energía, y a través de ella al operador del sistema, para dictar disposiciones de desarrollo de su propia regulación. Y así se desprende de lo previsto en el art. 4.3 respecto a los mecanismos de asignación del servicio de interrumpibilidad, el art. 13 respecto a la liquidación del servicio y la Disposición Adicional Segunda respecto de los procedimientos de operación. La propia Orden en su art. 3 se remite a las previsiones de la Orden y la normativa de aplicación que viene constituida por las sucesivas resoluciones dictadas por el Secretario de Estado (resolución de 1 de agosto de 2014 por la que se aprueba los procedimientos de operación del sistema eléctrico; resolución de 1 de agosto de 2014 por la que se aprueban las reglas del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, resolución de 10 de octubre de 2014 que aprueba las características del procedimiento competitivo de subastas; resolución de 29 de octubre de 2014 que aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, y la resolución de 17 de diciembre de 2014 por la que se aprueban los aspectos relativos al procedimiento de subasta extraordinaria para la temporada eléctrica 2015). A juicio de la entidad recurrente, tales resoluciones son verdaderas disposiciones administrativas de carácter general con vocación de permanencia.

Analicemos tales disposiciones.

El artículo 4 de la Orden, tras establecer que la asignación del servicio de interrumpibilidad se realizará a través de un procedimiento de subastas gestionado por el operador del sistema, establece que la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo resolverá teniendo en cuenta la propuesta del operador del sistema y el informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, determinando diferentes aspectos que concreta en los siguientes: las cantidades a adjudicar en cada subasta, el precio de salida, las reglas de esa subasta, la fecha de realización y el periodo de entrega. No se trata, en definitiva de una habilitación para dictar normas reglamentarias ni una regulación general y con vocación de permanencia sino de concretos actos de aplicación necesarios en cada caso para la celebración de la subasta y las condiciones técnicas necesarias para el desarrollo de la misma.

La misma conclusión se obtiene respecto de la previsión del artículo 13 de que la Secretaria de Estado de Energía apruebe el procedimiento de liquidación tanto del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad como de las obligaciones de pago.

Tampoco la previsión contenida en el artículo 3 de dicha Orden (*"El servicio de interrumpibilidad para un consumidor que sea proveedor del mismo consiste en la reducción de su potencia activa en respuesta a una orden de reducción dada por el operador del sistema de acuerdo a lo dispuesto en la presente orden y su normativa de aplicación"*) puede ser tomada como una habilitación a órgano administrativo alguno para dictar normas reglamentarias por lo que dicho precepto no puede ser anulado por tal motivo.

Finalmente se cuestiona la previsión contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Orden impugnada respecto de los procedimientos de operación al señalar que:

<<El Operador del Sistema, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la presente orden presentará al Ministerio de Industria, Energía y Turismo:

1. Una propuesta de mecanismo de subasta y de reglas de subasta así como un calendario para su implantación teniendo en cuenta la temporada eléctrica.
2. Una propuesta de revisión tanto de los procedimientos de operación del sistema relativos al servicio de gestión de interrumpibilidad en el mercado así como del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del mismo.
3. Una propuesta de modelo de adhesión.
4. Una propuesta de adaptación de la presente orden a los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares a efectos de lo dispuesto en la disposición adicional primera.

Dichas propuestas serán sometidas al preceptivo trámite de audiencia, con carácter previo a su valoración y aprobación por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía, y publicadas en el "Boletín Oficial del Estado"».



Los mecanismos de la subasta, las reglas de la subasta, los procedimientos de operación del sistema relativos a la gestión de interrumpibilidad y el procedimiento de comunicación, ejecución y control del mismo, son mecanismos de carácter instrumental necesarios para la gestión económica y técnica del sistema y además la propia Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico (art. 3.1. K) le atribuye al Secretario General de la Energía -en la actualidad al Secretario de Estado de Energía-, la competencia para dictarlas por lo que la previsión contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Orden no regula ni una potestad reglamentaria ni una atribución competencial "ex novo" sino que se limita a recoger una atribución competencial sobre actos instrumentales de carácter técnico que ya le había sido conferida por Ley a dicho órgano administrativo.

En definitiva, los preceptos cuestionados no habilitan a la Secretaria de Estado de Energía a dictar reglamentos sino para dictar actos de aplicación de la Orden IET/2013/2013 siguiendo las directrices marcadas por la misma. Cuestión distinta es si las resoluciones dictadas por el Secretario de Estado, en atención a su propio contenido, se constituyen en verdaderas disposiciones reglamentarias, pues en tal caso el vicio de nulidad sería imputable a estas últimas pero no a las previsiones de la Orden, a las que circunscribe el presente recurso.

Se desestima este motivo de impugnación.

SEXTO . Sobre la infracción del principio de no discriminación.

El sexto motivo aduce la infracción del principio de no discriminación en el tratamiento regulatorio de los prestadores del servicio de interrumpibilidad. Argumenta que la Orden impugnada es discriminatoria por varios motivos, que analizaremos de forma separada.

1º En primer lugar, por entender que establece una competencia directa entre los prestadores del servicio de interrumpibilidad y los prestadores de los servicios de ajuste del sistema sobre la base del precio, sin tener en cuenta las profundas diferencias existentes entre ellos. El operador del sistema puede elegir entre el servicio de interrumpibilidad y los servicios de ajuste del sistema como mecanismo para equilibrar la oferta y la demanda de energía en función del precio de los servicios, tal y como se desprende del art. 8 de la Orden.

Esta alegación no plantea, en realidad, una discriminación propiamente dicha, sino que cuestiona la posibilidad de que el operador del sistema pueda optar por criterios económicos, el que suponga un menor coste, entre la aplicación del sistema del servicio de interrumpibilidad o los servicios de ajuste del sistema eléctrico. La posibilidad de proceder a la asignación por criterios económicos ya ha sido abordado anteriormente, sin que, por otra parte, a lo largo de este motivo se razone porqué el hecho de entrar en competencia ambos mecanismos implica una infracción del principio de igualdad o una discriminación.

2º En segundo lugar, se alega que la Orden cuestionada dispensa el mismo trato a todos los posibles prestadores del servicio de interrumpibilidad, sin atender a las diferencias objetivas que existen entre ellos, dadas las distintas condiciones técnicas para la prestación del servicio. Su queja se centra, por tanto, en el hecho de que se dispense un mismo tratamiento, en cuanto a las condiciones de acceso al servicio de interrumpibilidad, a todas las empresas, pese a que las mismas se encuentran por razón de su tecnología y producción en una situación de partida desigual.

En definitiva, la parte recurrente plantea una vulneración del principio de igualdad en la norma por dispensar el mismo trato a situaciones desiguales. Para examinar esta alegación resulta oportuno partir de que en la Sentencia 19/2012 de 15 de febrero, el Tribunal Constitucional recuerda su reiterada doctrina sobre el principio constitucional de igualdad afirmando que dicho precepto no consagra "un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual" [STC 69/2007, de 16 de abril , FJ 4, en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE ; en el mismo sentido, SSTC 117/2006, de 24 de abril , FJ 2 c); 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4 ; 231/2005, de 26 de septiembre, FJ 5 ; 104/2005, de 9 de mayo , FJ 3 ; 156/2003, de 15 de septiembre, FJ 3 ; 88/2001, de 2 de abril, FJ 3 ; 21/2001, de 29 de enero, FJ 2 ; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11 ; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4 ; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4 ; y 308/1994, de 21 de noviembre , FJ 5], menos consagra un pretendido derecho al trato igual de situaciones desiguales."

Por otra parte, ya en la STS de 13 de noviembre de 2015 (rec. 351/2014) abordaba una pretensión de tratamiento discriminatorio dispensado por la Orden IET/346/2014, de 7 de marzo, por entender que las modificaciones introducidas en la regulación del servicio de interrumpibilidad «conllevan un trato desigual», en cuanto sólo beneficia a los «consumidores modulables», en detrimento de los consumidores «planos». En dicha sentencia dijimos que tal motivo no podía prosperar y no se consideraba que la citada Orden ministerial vulnerase el principio de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución . Y ello por entender que:

<<[...] las eventuales desventajas que se producirían en contra de los consumidores planos por ser éstos - según se aduce- los destinatarios de las órdenes de reducción de potencia por ser los únicos que consumen



energía en cada uno de los periodos tarifarios, se derivan de las propias características de consumo de dichos prestadores del producto interrumpible y de las decisiones empresariales que adopten dichos sujetos.

Al respecto, cabe poner de relieve que, según una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 19 de noviembre de 2014 (RC 4626/2011), no toda desigualdad de trato normativo, respecto a la regulación de una determinada materia, supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonada para ello>>.

Por todo ello procede desestimar este motivo de impugnación.

SÉPTIMO . Sobre la infracción de la libertad de empresa y del principio de confianza legítima

El séptimo motivo argumenta que la Orden, al regular el servicio de interrumpibilidad de modo completamente distinto a lo establecido en las disposiciones anteriores, vulnera la libertad de empresa y la confianza legítima. Y ello al entender que los ajustes técnicos y productivos provocan determinados costes que deben recuperarse con la retribución correspondiente a la prestación del servicio, equilibrio que se garantizaba por la contratación bilateral en cuanto le permitía planificar sus inversiones y producción a medio y largo plazo, sistema que se modifica con la Orden al no permitir conocer si serán prestadoras de este servicio ni en qué medida lo serán o a qué precio.

Lo cierto es que el mecanismo de la subasta abre las posibilidades de prestación de este servicio a todas las empresas que lo deseen y su adjudicación se basa en la mejor oferta económica. La libertad de empresa no puede entenderse vulnerada por el establecimiento de un procedimiento abierto de competencia competitiva, en el que participan aquellas empresas que voluntariamente han decidido solicitarlo y que concurren en igualdad de condiciones, pues un sistema con estas características lejos de atentar al derecho de libertad de empresa tiende a propiciarlo.

No se aprecia tampoco la pretendida vulneración del principio de confianza legítima, pues la asignación del servicio de interrumpibilidad y la consiguiente retribución que ello conlleva para las empresas que lo prestan no puede ser considerado como un derecho adquirido a seguir prestandolo ni como un sistema primado en favor de determinadas empresas, sino un servicio que se establece en aras al mejor funcionamiento del sistema eléctrico que puede ser modificado por la norma.

Los cambios producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. El principio de confianza legítima no supone el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado, pues la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios normativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

En este caso, el servicio de interrumpibilidad se mantiene, si bien se modifica el sistema de asignación optando por un mecanismo que favorezca el proceso competitivo que propicia una reducción de los costes de este servicio que, a la postre recaen, sobre el sistema eléctrico, por lo que el cambio está justificado desde el punto de vista del interés público. Debe tomarse en consideración que los cambios normativos operados en los últimos años en el sistema eléctrico vienen motivados por la necesidad de proceder a un ajuste de los costes en el sector y el respeto del principio de confianza legítima es compatible con las modificaciones en el régimen del sistema eléctrico, incluido el régimen retributivo.

Por otra parte, tampoco es posible sostener que los cambios operados en el sistema de interrumpibilidad fueran imprevisibles en atención a la evolución normativa en la regulación de este servicio. Tras su introducción por el RDL 13/2012 de 30 marzo 2012, el servicio de interrumpibilidad y su regulación ha estado presidido por la constante referencia a la necesidad de adaptarlo a las nuevas exigencias y necesidades del sistema. Así se puso de manifiesto ya en la primera regulación de detalle contenida en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006, que habilitaba al Ministerio de Industria para desarrollar las condiciones en un futuro. Y esta misma necesidad de adaptación se volvió a destacar en las sucesivas Órdenes Ministeriales que lo regularon. La Orden ITC/2370/2007 dispuso que la revisión del mecanismo cada cuatro años para adaptarlo a las necesidades del sistema (Disposición Final Primera) y Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre (Disposición Adicional Primera) establecía que <<El operador del sistema deberá presentar en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente orden, una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemple, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado>>. Mecanismo competitivo que se desarrolla en la Orden impugnada.



En definitiva, la modificación del mecanismo de interrumpibilidad hacia un modelo que contemplase, entre otros aspectos, factores económicos, propiciando un sistema de asignación del servicio basado en mecanismos competitivos, es fruto de la necesidad de adaptación de este servicio a las necesidades del sistema eléctrico que se venía anunciando en las sucesivas reformas normativas habidas, y que ya fue anunciado de forma más precisa en la Orden de 27 de diciembre de 2012, por lo que tampoco es posible admitir que la reforma operada por la Orden IET/2013/2013 estableciendo un modelo en el que se tuvieran en consideración factores económicos en la asignación del servicio, fijando un mecanismo de subasta entre las empresas que pretendan participar en el mismo, pueda considerarse una reforma imprevisible o insospechada para las empresas que venían participando en este servicio.

Se desestima este motivo.

OCTAVO . Sobre la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El octavo motivo denuncia la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y ello porque, a su juicio, la Orden impugnada carece de justificación razonable y no es coherente con la realidad que pretende regular, ni con la propia naturaleza de las cosas, límites que han sido establecidos por la jurisprudencia frente a la potestad reglamentaria. Dado que no es idóneo para cumplir los objetivos a los que la propia Orden supedita el servicio.

Ya hemos razonado, y no es preciso volver a incidir en ello, que la utilización de criterios económicos ni vulnera los objetivos de la Directiva o la Ley de Sector Público ni resulta contrario al interés público que se persigue, baste tan solo añadir que si existen unas empresas, que por su tecnología o por el tipo de productos que fabrican, pueden prestar el servicio de interrumpibilidad de forma más segura, ágil y barata no existen razones de interés público, o al menos no se han apreciado por el legislador ni por el ejecutivo, que justifiquen la necesidad de fomentar que determinadas empresas tengan preferencia para acceder a este servicio, como si de un mecanismo primado se tratase.

La recurrente manifiesta que la arbitrariedad de la conducta administrativa se demuestra por el hecho de que tras haber subastado la potencia interrumpible para el 2015 y haberse cubierto a un precio inferior al previsto, obteniéndose un ahorro asociado al procedimiento de subasta, se convocó una subasta extraordinaria. Esta segunda convocatoria estuvo motivada, a juicio de la empresa recurrente, porque una empresa (Alcoa) no consiguió adjudicarse el servicio de interrumpibilidad para dos de sus instalaciones y ante la amenaza de un ERE se convocó esta segunda subasta.

La propia argumentación de este motivo pone de manifiesto que el mecanismo de la subasta ha cumplido los objetivos propuestos, pues la adjudicación de toda la oferta del servicio de interrumpibilidad a un precio inferior al esperado, con el consiguiente ahorro, confirma la bonanza del sistema y la concurrencia de numerosas empresas para la prestación de este servicio pone de manifiesto el interés de este mecanismo para ellas. El hecho de que posteriormente se convocase una segunda subasta extraordinaria, que la parte recurrente conecta con el intento de favorecer a una determinada empresa ante la eventualidad de que se produjese la pérdida de puestos de trabajo, al margen de que se basa en meras afirmaciones que no pueden entenderse acreditadas, no puede convertirse en un argumento que sirva para apreciar un motivo de nulidad de la Orden o del sistema diseñado por la misma, sino que sería reprochable a la concreta actuación administrativa a la que se le imputa esa arbitrariedad, suponiendo que esta haya existido.

Se desestima este motivo.

NOVENO . Costas

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida, más el IVA que corresponda a la cantidad fijada.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de Unión de Empresas Siderúrgicas (UNESID), contra la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, con imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D.



Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castoverde **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ