

Roj: ATS 12407/2011
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 769/2011
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/12/2011
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES: Orden ITC 2585/11 (29-9) por la que se revisan los peajes de acceso, se establecen los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a partir de 1 de octubre de 2011. SUSPENSIÓN de art. 1.2 (revisión de peajes de acceso del art. 20 Orden ITC/1659/09 desde 01/10/11) y de art. 5 (traslado a 2012 de anualidad prevista para 2011 para compensación de déficit) tan sólo en cuanto a las liquidaciones parciales ya realizadas.

Encabezamiento

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil once.

Antecedentes

PRIMERO .- El Procurador D. José Guerrero Tramoyeres, en nombre y representación de Endesa, S.A., ha presentado escrito en fecha 17 de noviembre de 2.011 interponiendo recurso contencioso-administrativo ordinario contra la Orden ITC 2585/2011, de 29 de septiembre, por la que se revisan los peajes de acceso, se establecen los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a partir de 1 de octubre de 2011. En dicho escrito, mediante otrosí, solicita la adopción de las siguientes medidas cautelares:

1. En cuanto al artículo 1.2 (ya la parte correspondiente al mismo del Anexo I) de la Orden impugnada, la suspensión de su ejecutividad, con el consiguiente mantenimiento de los peajes de acceso implícitos en la TUR establecidos en la Orden ITC/688/2011 y la consiguiente necesidad de incrementar en consecuencia la TUR, en sus distintas modalidades, con efectos desde el 1 de octubre de 2.011.

2. En cuanto al artículo 5 de la Orden impugnada:

a) Con carácter principal, la suspensión de su ejecutividad.

b) Subsidiariamente, la suspensión de su ejecutividad sólo en lo que afecta a las cantidades ya liquidadas por la Comisión Nacional de la Energía en la fecha de entrada en vigor de la Orden impugnada en concepto de anualidad prevista para 2.011 en el artículo 3.1 de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial, correspondiente al año 2.011.

3. Que se ordene a la Administración General del Estado que en el plazo máximo de 15 días desde la notificación de la correspondiente resolución judicial:

a) Fije el tipo de interés (en condiciones equivalentes a las de mercado) correspondiente al desajuste temporal en las liquidaciones de las actividades reguladas en el año 2.010 reconocido en el artículo 4 de la Orden impugnada.

b) Incremente en consecuencia el importe de los peajes de acceso en la cuantía suficiente para permitir a las empresas titulares de los correspondientes derechos de cobro recuperar -durante las 14 liquidaciones correspondientes al ejercicio 2.011- los intereses correspondientes a las cantidades financiadas en concepto de desajuste temporal del año 2.010.

Tras exponer las razones en las que basa dichas solicitudes, realiza ofrecimiento expreso de prestar caución o garantía si la Sala lo estimase necesario para adoptar las medidas pretendidas.

SEGUNDO .- Habiéndose tenido por interpuesto el recurso en diligencia de ordenación del Secretario Judicial de 18 de noviembre de 2.011, se ha ordenado en la misma formar la pieza separada de medidas cautelares, en la que se ha acordado dar audiencia a la Administración demandada por plazo de diez días.

El Abogado del Estado en su escrito, tras expresar las argumentaciones que estima convenientes, suplica que se dicte resolución rechazando la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D.**Eduardo Espin Templado** , Magistrado de la Sala.

Fundamentos

PRIMERO .- Sobre la suspensión del artículo 1.2 de la Orden impugnada.

En lo que respecta a la primera medida cautelar solicitada por Endesa, S.A., así como en lo relativo a las medidas de carácter positivo formuladas en el punto 3 del suplico de la solicitud de adopción de medidas cautelares, esta Sala se ha pronunciado en otro Auto de esta misma fecha, dictado en el recurso 1/765/2.011, estimando parcialmente la solicitud análoga formulada por Iberdola, S.A. Dado que coincide el planteamiento argumental de una y otra solicitud, hemos de reiterar las consideraciones en cuya virtud hemos accedido en aquel recurso a suspender la

eficacia del artículo 1, apartado 2, de la Orden impugnada, en relación con lo dispuesto en su anexo I, apartado primero, y aquéllas en que nos hemos basado para denegar las referidas medidas positivas. Tales razones son las siguientes:

"Primero.- "Iberdrola, S.A." solicita de esta Sala, al recurrir la Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre, por la que se revisan los peajes de acceso, se establecen los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a partir de 1 de octubre de 2011, las medidas cautelares cuya exposición ha sido transcrita en el primer antecedente de hechos de este auto.

La pretensión cautelar se centra de modo especial (a reserva de lo que ulteriormente añadiremos) en el apartado segundo del artículo 1 de la Orden, precepto que cuantifica, para el último trimestre del año 2011, los peajes de acceso definidos en el artículo 20 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

A diferencia de lo que dispone el apartado primero del artículo 1 de la Orden impugnada respecto de los precios de otros peajes de acceso (los definidos en el Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, que se mantienen en los términos fijados en el anexo I de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo), los peajes correspondientes a la tarifa de último recurso se detallan en el anexo primero de la propia Orden ITC/2585/2011 de modo que, en definitiva, presentan una determinada reducción en los precios de sus términos de energía activa, para el referido período tarifario.

La Sala ha deliberado de modo simultáneo este incidente junto con los de naturaleza análoga suscitados frente a la misma Orden en los recursos números 764/2011 y 769/2011. No existe, frente a la alegación del Abogado del Estado, ninguna "manifiesta litispendencia" que nos impida resolverlo por el hecho de que se hayan interpuesto aquellos recursos por otras sociedades o entidades.

Segundo.- Antes de analizar la pretensión cautelar objeto del proceso debemos hacer una primera consideración relevante para su enjuiciamiento.

Esta Sala ha resuelto en fechas recientes los recursos directos números 321/2010 (sentencia de 31 de octubre de 2011), 348/2010 (sentencia de 4 de noviembre de 2011) y 349/2010 (sentencia de 16 de noviembre de 2011) anulando parcialmente la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, por la que se revisaron los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2010.

Aunque no es necesario reproducir en su integridad el contenido de dichas sentencias, baste a los efectos que aquí importan recordar que en ellas rechazamos expresamente que, en la actual situación normativa, las Órdenes ITC de fijación de los peajes de acceso puedan reducir éstos -cuando tal disminución no se corresponda con la suma de los costes estimados de las actividades reguladas, incluida la incorporación de los desajustes temporales precedentes- a fin de evitar un eventual incremento de la tarifa de último recurso, derivado de la "subida" del precio de la

energía fijado en las subastas correspondientes.

Afirmábamos entonces y reiteramos ahora que "[...] sólo mediante una modificación legislativa sería posible legitimar este género de decisiones que distorsionan el modelo de retribución establecido por la *Ley 54/1997* y sus normas de desarrollo. Según él, y a los efectos del cálculo de la tarifa de último recurso, ha de sumarse al coste de producción de energía eléctrica el importe de los peajes de acceso que cubren los costes de las actividades reguladas. Estos últimos -los peajes de acceso- deben ser calculados según parámetros objetivos que respondan precisamente a la estimación de los costes legalmente establecidos, entre los que se encuentran los desajustes temporales de ejercicios precedentes. Insistimos en que, a salvo una reforma normativa que lo autorice con carácter general, no cabe alterar el importe de los peajes, ignorando la existencia de partidas que obligatoriamente han de incorporarse a su cálculo, con la finalidad de "contrarrestar" una eventual subida de los costes de producción de energía eléctrica".

Tercero.- Un segundo elemento que habrá de ser tenido en cuenta al resolver este incidente es que la Comisión Nacional de Energía en su preceptivo informe (número 29/2011) sobre la propuesta de Orden de peajes para el cuarto trimestre del año 2011 volvió a advertir al Gobierno, también de modo expreso, sobre la necesidad de "[...] utilizar las revisiones trimestrales en los peajes de acceso para corregir la senda de déficit y alcanzar cuanto antes la suficiencia, tal y como establece la normativa vigente".

En concreto, el informe del regulador energético "advertía" específicamente al Gobierno, una vez conocida la propuesta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que culminaría en la Orden ITC/2585/2011, sobre "[...] el riesgo para la sostenibilidad del sistema eléctrico de utilizar la revisión de los peajes de acceso para compensar un posible aumento del coste de energía de la tarifa de último recurso (TUR). Esta medida es inadecuada, porque aumentaría la deuda del sistema, los costes de su financiación con el correspondiente impacto sobre los peajes de acceso futuros y aumenta el esfuerzo necesario en el futuro para ajustar los peajes a los costes medios de actividades reguladas. El coste de la energía incluido en la TUR se fija a partir de una fórmula que integra, entre otros componentes, los precios de la subasta CESUR y elementos de apuntamiento, prima de riesgo y estimación de otros costes de adquisición de la energía de la CUR que tal y como ha indicado esta Comisión en sucesivos informes, deberían ser revisados a efectos de trasladar al consumidor una señal adecuada del coste de la energía".

Cuarto.- A partir de estas premisas la Sala considera procedente acceder a la medida cautelar interesada de modo subsidiario por la sociedad actora, esto es, a la suspensión de la ejecutividad del *artículo 1, apartado 2, de la Orden ITC/2585/2011 y, consiguientemente, de su anexo primero*, en la parte de este último que se refiere a la reducción del "término de facturación de energía activa" aplicable a los peajes correspondientes a las tarifas de último recurso, respecto del anteriormente establecido.

Limitaremos la respuesta cautelar a esta parte del precepto de modo congruente con lo expuesto en el escrito de solicitud de la medida, donde la censura específica que se dirige lo es frente al decremento de aquella magnitud tal como resulta de aplicar el epígrafe 1 del anexo I de la Orden ITC/2585/2011 a los términos de facturación de energía activa aplicables al peaje 2.0A y al peaje 2.0DHA (con discriminación horaria).

Quinto.- Invirtiendo los términos del debate, expondremos a continuación los motivos determinantes de esta parcial acogida para ulteriormente reflejar los que nos conducirán al rechazo del resto de pretensiones cautelares.

En primer lugar, la apariencia de buen derecho de las alegaciones vertidas por "Iberdrola, S.A." en la defensa de su tesis ha quedado potenciada hasta extremos que van más allá, incluso, de los que ya apreciábamos en *nuestros autos de 27 de julio, 14 y 22 de septiembre de 2010 (recursos directos números 321/2010, 351/2010 y 348/2010)* al resolver los incidentes cautelares relativos a la Orden ITC/1732/2010, autos que invoca en favor de su tesis el Abogado del Estado.

La Orden ITC/1732/2010 ha sido anulada por esta Sala (mediante las sentencias que han quedado citadas) precisamente en la parte que correspondía a la falta de incorporación al precio de los peajes de las cantidades objetivamente considerables como costes de las actividades reguladas, cuyo cálculo no puede hacerse depender de consideraciones económicas -por muy comprensibles que sean desde otras perspectivas- ajenas a las pautas que en la actual regulación vienen establecidas. La vulneración de la *Ley 54/1997 del Sector Eléctrico* y de sus normas de desarrollo en ese punto era manifiesta y así lo reconocimos en aquellas sentencias.

Pues bien, un primer examen de la Orden ITC/2585/2011 revela que parte de su contenido -el ya referido *artículo 1, apartado dos, en relación con el anexo I*- incide en el mismo planteamiento ya rechazado en nuestras sentencias precedentes, conclusión que afirmamos con las reservas propias de la fase cautelar, esto es, sin prejuzgar el fallo definitivo que habremos de pronunciar al fin del proceso. La apariencia de buen derecho de la tesis actora alcanza, pues, en este caso un nivel de intensidad tal que permite su toma en consideración como factor relevante para acceder a la tutela cautelar, incluso si se adopta un enfoque limitado y restrictivo sobre la incidencia de este factor complementario de apreciación en el otorgamiento de las medidas cautelares.

Sexto.- La privación temporal de la eficacia del *artículo 1.2 de la Orden ITC/2585/2011* viene justificada, además de lo hasta ahora expuesto, por la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la causación de perjuicios de muy difícil reparación que pudieran derivarse de aquélla, en el extremo clave al que se refiere el incidente cautelar (esto es, en cuanto a la reducción de los peajes aplicables a las tarifas de último recurso objeto del *artículo 1, apartado dos, de la citada Orden, según la cuantificación realizada por su anexo I, apartado 1*).

El Abogado del Estado invoca, con la lógica inherente a su defensa de la Orden impugnada, que en *nuestros autos de 27 de julio, 14 y 22 de septiembre de 2010*, antes citados, rechazamos la suspensión de la Orden ITC/1732/2010 por considerar que los eventuales perjuicios que de ella derivaban para los intereses de las empresas eléctricas demandantes, titulares de los correspondientes derechos de cobro, no ponían a dichas empresas en una situación financiera de difícil solución.

Ocurre, sin embargo, que las circunstancias en que dictamos aquellos autos difieren cualitativamente de las que concurren en este momento. Por un

lado, la manifiesta ilegalidad de la reducción de los peajes de acceso como mecanismo de compensación ante la subida de los precios de la energía eléctrica resultantes de la subastas ya ha sido declarada con carácter firme por esta Sala. Por otro lado, la reiteración de este género de medidas en sucesivas Órdenes ITC multiplica sus efectos perturbadores y agrava la cuantía del déficit cuyo pago se pospone, en contra de las previsiones legales, para ulteriores ejercicios.

Que ello es así lo manifiesta sin ambages la Comisión Nacional de Energía en el informe al que antes nos hemos referido. Y recordamos que es precisamente dicha Comisión el "organismo regulador" (*artículo 8 y Disposición final trigésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo*) del funcionamiento del sector de la energía, incluido el mercado eléctrico, cuyo cometido esencial es garantizar la efectiva disponibilidad y la prestación del suministro "en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios".

Siendo cierto que al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio le corresponde la fijación de los peajes de acceso, también lo es que la Comisión Nacional de Energía puede y debe proceder a la evaluación de las consecuencias "para la sostenibilidad del sistema eléctrico" que deriven de las propuestas de aquel Departamento. Cuando la Comisión advierte de la magnitud de los riesgos que supone "utilizar la revisión de los peajes de acceso para compensar un posible aumento del coste de energía de la tarifa de último recurso (TUR)", como medida inserta en la Orden impugnada, y califica esta medida de contraria a los intereses generales por los que debe velar, no se trata ya sólo de alegaciones de una parte privada atenta a la defensa de sus propios intereses sino de un juicio relevante sobre los perjuicios para el sector mismo y para los propios consumidores, juicio emitido por el organismo al que la Ley encomienda de modo singular su apreciación.

Si en el caso de autos la Comisión Nacional de Energía advierte, como así sucede, que la reducción de los peajes introducida por la Orden aumenta "la deuda del sistema, los costes de su financiación con el correspondiente impacto sobre los peajes de acceso futuros y aumenta el esfuerzo necesario en el futuro para ajustar los peajes a los costes medios de actividades reguladas", está poniendo de manifiesto otros tantos perjuicios de muy difícil o imposible reversibilidad, perjuicios que se sobreponen a los inmediatos para las empresas eléctricas titulares de los correlativos derechos de cobro postergados.

Las consideraciones precedentes abonan, pues, el otorgamiento de la medida cautelar pues concurre en este caso, además de la clara apariencia de buen derecho de la tesis actora, el requisito previsto en el *artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional*. La suspensión temporal de la eficacia del *artículo 1.2 de la Orden ITC/2585/2011*, en tanto se dicta sentencia y en los términos que hemos consignado en el fundamento jurídico cuarto de este auto, no tiene por qué provocar un vacío jurídico que no pueda ser colmado. Significará que, como ocurre con los contemplados en el apartado primero del mismo artículo, los términos de facturación de energía activa aplicables a los peajes de acceso a que se refiere el apartado primero del anexo I de la Orden suspendida seguirán siendo los establecidos en el anexo I de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, última disposición aplicable al efecto cuya ultraactividad puede colmar de modo provisional el vacío regulatorio.

Séptimo.- Expuestas las razones en cuya virtud procede suspender el *artículo 1.2* de la Orden, del modo ya señalado, hemos de hacer lo propio con las que determinarán el rechazo del resto de la pretensión cautelar en todo aquello

que difiera de la temporal y parcial privación de eficacia del referido apartado.

La primera y segunda "medidas cautelares positivas" que se nos pide es que condenemos a la Administración del Estado a "modificar" la Orden ITC/2585/2010 de modo que reconozca expresamente un determinado tipo de interés (en condiciones equivalentes a las de mercado) aplicable a las cantidades aportadas por "Iberdrola, S.A." para financiar su parte alícuota del "desajuste temporal producido en el año 2010", que cifra en 53,9 millones de euros. A juicio de la aquella sociedad, se deben "incrementar en consecuencia los peajes de acceso en la medida necesaria para que [...] recupere durante las liquidaciones correspondientes los intereses resultantes del tipo anteriormente aludido por las aportaciones efectuadas, devengados conforme a lo inmediatamente dicho".

No consideramos procedente acceder a esta doble pretensión pues, además de que ello requeriría un examen de su no fácil compatibilidad con lo dispuesto en el *artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional* (en este sentido la objeta el Abogado del Estado), la fijación definitiva de unos intereses en vez de otros debe estar a resultas de lo que finalmente se decida en la sentencia, sin que en este momento haya elementos de juicio suficientes para avanzar una cifra específica a la que atenerse.

En cuanto a la medida cautelar consistente en "restablecer los precios de los peajes de acceso que han de aplicarse a las Tarifas de Último Recurso a partir de 1 de octubre de 2011, sobre la base los peajes de acceso vigentes en ese momento", ya hemos resuelto que la suspensión temporal derivada de las consideraciones expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes tiene como resultado que la cuantía de los peajes de acceso para el último trimestre de 2011 haya de incorporar el término de facturación de energía activa por su valor vigente hasta el 1 de octubre de 2011, y que sobre esta base habrán de calcularse las citadas tarifas de último recurso, a partir de los precios de la energía resultantes de la correspondiente subasta CESUR." (razonamientos jurídicos primero a séptimo)

SEGUNDO. Sobre la solicitud de suspensión del *artículo 5* de la Orden impugnada.

Endesa solicita en segundo lugar la suspensión de la ejecutividad del *artículo 5* de la Orden impugnada. Subsidiariamente pide la suspensión de su ejecutividad sólo en lo que afecta a las cantidades ya liquidadas por la Comisión Nacional de la Energía en la fecha de entrada en vigor de la referida Orden en concepto de anualidad prevista para 2011 en el *artículo 3.1 de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre*, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial.

Sostiene la mercantil recurrente que el Ministerio introdujo el *artículo 5* con la evidente pretensión de no afectar al déficit tarifario -aunque sea en términos meramente nominales, puesto que el importe del déficit a 31 de diciembre de 2011 sería en todo caso el mismo con o sin la previsión del citado *artículo 5*-. *Esto significa, sostiene la actora, que la anualidad prevista para 2011 para pagar los derechos de cobro derivados del déficit del sistema eléctrico correspondiente al año 2011 (aproximadamente 217 millones de euros) no se contabiliza como coste de 2011 sino de 2012; lo que supone, como efecto inmediato, la devolución al sistema*

de 111 millones ya liquidados y cobrados por las empresas eléctricas del referido total de 217 millones de euros.

Explica también la recurrente que con esta medida el Gobierno pretende detraer de la ecuación de costes e ingresos correspondiente a 2.011 la citada cantidad de 217 de los costes para con ello compensar sobre el papel los 232 millones de menores ingresos como consecuencia de la rebaja en los peajes prevista en el artículo 1.2 de la Orden y de la aplicación del peaje supervalle establecido en su artículo 2. Sin embargo, esta decisión no pasa de ser, afirma, un ajuste contable que no significa ninguna reducción del déficit del sistema eléctrico a 31 de diciembre de 2.011, sino que lo único que se ha producido es que dicha cantidad de 217 millones de euros se han restado tanto de los costes como de los pagos correspondientes a 2.011.

La mercantil eléctrica justifica su solicitud tanto por existir *fumus boni iuris* respecto a la solicitud de anulación del artículo 5 de la Orden impugnada, como en virtud del *periculum in mora* concurrente en caso de aplicación de dicho precepto.

En cuanto al *fumus boni iuris*, afirma la actora que el artículo 5 de la Orden cuya suspensión se solicita infringe el apartado 5 de la disposición adicional vigésima primera de la Ley del Sector Eléctrico y el artículo 2.1.iii del Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulación del déficit del sistema eléctrico.

La citada disposición adicional vigésima primera de la Ley del Sector Eléctrico establece en su apartado 5 que "los déficits del sistema de liquidaciones eléctrico generarán derechos de cobro consistentes en el derecho a percibir un importe de la facturación mensual por peajes de acceso en los años sucesivos hasta su satisfacción. Las cantidades aportadas por este concepto serán devueltas reconociéndose un tipo de interés en condiciones equivalentes a las del mercado que se fijará en la orden por la que se aprueben los peajes. Los pagos que realice la Comisión Nacional de Energía necesarios para satisfacer los derechos de cobro tendrán consideración de costes permanentes del sistema y se recaudarán a través de los peajes de acceso hasta su satisfacción total".

Por otra parte, el apartado iii del artículo 2.1 del citado Real Decreto 437/2010, estipula que "los derechos de cobro de déficit de 2.011 (...) se recuperarán en un plazo máximo de 15 años a contar desde el 1 de enero del ejercicio siguiente al de su reconocimiento" y que "dichos importes serán reconocidos cada año en la orden ministerial por la que se fijan las tarifas de acceso del año siguiente".

En aplicación de estos preceptos la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de enero de 2.011, reconoció en su artículo 3 el derecho de las cinco empresas obligadas a cubrir el déficit del sistema eléctrico a cobrar, por el déficit correspondiente al año 2.011, calculado ex ante, la cantidad de 217 millones; derecho que se mantiene en la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de abril de 2.011. En virtud de estas órdenes la Comisión Nacional de la Energía había procedido a liquidar y abonar a dichas empresas la ya referida cantidad de 111 millones con cargo a los citados 217 millones reconocidos como déficit de 2.011.

En primer lugar, considera la recurrente que de lo previsto en la *disposición adicional vigésimo primera 5 de la Ley del Sector Eléctrico* y en el *artículo 2.1.iii del Real Decreto 437/2010* se deriva que los derechos de cobro de un determinado año reconocidos en la Orden de fijación de los peajes del año siguiente deben comenzar a pagarse precisamente a partir del 1 de enero de ese año siguiente. Y efectivamente así lo había interpretado la propia Administración hasta la Orden impugnada, en la que se aplaza el pago del déficit reconocido en 2.011 a 2.012. Por otra parte, si hasta esta Orden la Administración había incluido en la fijación de los peajes la anualidad encaminada a recuperar el peaje de cada año era porque tenía obligación de hacerlo, ya que no puede incluir en los peajes sino los conceptos que prevé la Ley, según jurisprudencia de esta Sala.

En segundo lugar, sostiene la actora que en la medida en que la Orden se aplica a las liquidaciones ya realizadas y pagadas antes de su entrada en vigor, el *artículo 5 de la Orden ITC/2585/2011* supone una retroactividad de grado máximo contraria al *artículo 9.3* de la Constitución. Y, en la medida en que se aplica a las liquidaciones correspondientes al año 2.011 posteriores a su entrada en vigor, supone una retroactividad de grado medio contraria a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Y, sobre la base de la confianza en percibir las cantidades que le correspondían por el déficit de 2.011 había realizado Endesa su planificación financiera del ejercicio.

En tercer lugar, el *artículo 5* de la Orden impugnada sería ilegal, afirma la mercantil recurrente, por no haber sido objeto de informe por la Comisión Nacional de la Energía ni de trámite de audiencia ante el Consejo Consultivo de Electricidad, cuando ello resultaba obligado por constituir una modificación substancial del proyecto inicialmente sometido a dichos trámites, según reiterada jurisprudencia que se cita de esta Sala.

En lo que respecta al *periculum in mora*, afirma Endesa que la aplicación inmediata de los preceptos de la Orden impugnada cuya suspensión solicita afecta potencialmente a la sostenibilidad económica del sistema como consecuencia del creciente déficit del mismo; así, considera que dicho déficit afecta al diferencial de la deuda soberana, al crédito al sector privado, al coste de las primas por los seguros ante impago y al rating de la deuda española; la parte cita a este respecto un amplio número de informes bursátiles que destacan la insostenibilidad de un sistema de fijación de tarifas cuyos ingresos no alcanzan para cubrir los costes y el riesgo que ello supone para la regulación para las empresas eléctricas. En definitiva, entiende la recurrente que se produce una potencial afectación irreversible a la credibilidad del sistema en los mercados, con la posible afectación también irreversible para la seguridad del suministro derivada de dicha falta de credibilidad. En cuanto a sus propios intereses, afirma la actora que también se produce una potencial afectación irreversible de su posición competitiva con la posible pérdida irreversible de oportunidades de negocio.

Finalmente, defiende Endesa que la adopción de las medidas cautelares solicitadas no ha de producir perturbación grave de los intereses generales que, por el contrario, exigen su adopción. En efecto, en su opinión, los intereses generales afectados serían los intereses de los consumidores, los ligados a la sostenibilidad del sistema eléctrico y la seguridad del suministro. Pues bien, en relación con los intereses de los consumidores, afirma que es fundamental que se adopten las medidas cautelares solicitadas, pues de lo contrario si bien inicialmente se produciría

un fugaz y aparente beneficio por la no inclusión en los peajes de acceso de los 217 millones de euros en los que se han cifrado los derechos de cobro de 2.011, dicha cantidad habrá de incluirse más adelante incrementada con los correspondientes intereses, y ello con independencia del sentido del fallo, pues dicho déficit está ya reconocido. Y desde la perspectiva de la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y de la garantía del suministro, también resulta conveniente la adopción de las medidas solicitadas, que evitan el incremento del déficit del sistema, como ya se ha argumentado.

El Abogado del Estado por su parte niega de forma sucinta las razones expuestas por la actora y postula la denegación de las medidas cautelares al igual que en su momento se hizo en los recursos 1/321, 1/351 y 1/348/2.010.

TERCERO .- Sobre la suspensión del artículo 5 de la Orden impugnada.

Tras lo que hemos indicado en relación con la suspensión del artículo 2.1 de la Orden impugnada y atendiendo a las razones de la parte que se acaban de exponer, hemos de acordar asimismo la suspensión que se solicita en forma subsidiaria del artículo 5 de la misma.

En este caso es preciso reconocer que, sin entrar en detalle en los argumentos de fondo expuestos por la parte para justificar la apariencia de buen derecho de su pretensión de nulidad, tanto de carácter material como procedimental, existen razones suficientes para entender que dicha apariencia existe. Y aunque dicho criterio tiene hoy una apoyatura meramente jurisprudencial, con carácter restrictivo, y un valor complementario respecto al de pérdida de la finalidad legítima del recurso reconocido por el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción, no deja de ser un criterio que es preciso ponderar. Y, en el caso de autos, la consideración de que la Administración había reconocido ya la cantidad de 217 millones como déficit ex ante de 2.011 y había realizado ya 9 liquidaciones parciales de dicha cantidad hasta un total de 111 millones de euros, es un argumento fuerte para pensar que la propia Administración consideraba que la previsión inicial de pago era una consecuencia necesaria de las premisas normativas que aduce la parte recurrente. Tanto más cuanto que el Ministerio no justifica el cambio operado por la disposición impugnada en el artículo 5 de cuya suspensión se trata con consideraciones jurídicas sobre su improcedencia, sino que dicho cambio se debe aparentemente a consideraciones coyunturales de tipo presupuestario, como lo evidencia el hecho de que el precepto impugnado simplemente posterga el pago correspondiente a 2.011 al año siguiente, sin anularlo o minorarlo.

En lo que respecta a los potenciales efectos perjudiciales, esto es, al alegado periculum in mora, y tal como hemos indicado en relación con la suspensión del artículo 1.2 de la Orden impugnada, parece acertada la previsión de la recurrente de que toda postergación de pago de las cantidades que integran el déficit del sistema eléctrico produce efectos perjudiciales, puesto que dichas cantidades habrán de ser abonadas en todo caso con el correspondiente incremento debido a los intereses. En este sentido, tiene razón la actora en que la medida de suspensión, en cuanto que supone mantener la previsión inicial de la Administración de acometer en el propio 2.011 el pago del déficit de dicho año calculado ex ante, no parece provocar un perjuicio a los intereses generales que haga inviable la medida de suspensión solicitada ex artículo 130.2 de la Ley jurisdiccional.

En lo que afecta a los propios intereses de la actora, la no percepción de los ingresos previstos por la propia Administración y abonados ya en gran medida sin duda cabe calificarlos como perjudiciales. Es verdad que no podría afirmarse que se trata de perjuicios absolutamente irreparables, pues el carácter económico de la materia siempre hace posible la indemnización económica mediante el pago de los intereses que legalmente correspondan. Pero ciertamente la devolución de lo ya percibido en el propio ejercicio ocasiona sin duda de forma imprevista un innegable perjuicio inmediato e irreversible en las cuentas de la sociedad eléctrica recurrente, no exactamente equivalente a la posterior percepción de intereses por las cantidades presupuestadas a tenor de la Orden ITC/3353/2010, ingresadas y luego devueltas. Y aunque también esgrime la actora que sus previsiones incluían la percepción de la cantidad íntegra que le correspondía del déficit de los 232 millones de euros correspondiente a 2.011, resulta obligado diferenciar entre el perjuicio ocasionado por la devolución de lo ya percibido, que se corresponde con 9 de las catorce liquidaciones correspondientes a 2.011, y el originado por la no percepción de las cinco restantes, que a su vez en su mayor parte habrían de ser percibidas ya en el siguiente ejercicio.

Estas consideraciones nos llevan a acordar la suspensión del artículo 5 de la Orden tan sólo en cuanto a las cantidades que ya habían sido liquidadas y abonadas a la actora por la Comisión Nacional de Electricidad, y no en lo que atañe a las cantidades pendientes por liquidar en el momento en que entró en vigor la Orden impugnada.

Fallo

1. Suspender la eficacia del artículo 1, apartado 2, de la Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre (por la que se revisan los peajes de acceso, se establecen los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a partir de 1 de octubre de 2011) en la medida que dispone, por referencia al primer apartado de su anexo I, la reducción de los "términos de facturación de energía activa" aplicable a los peajes 2.OA y 2.ODHA, respecto de los anteriormente fijados.

2. Suspender asimismo la ejecutividad del artículo 5 de la misma Orden, tan sólo en lo que afecta a las cantidades ya liquidadas por la Comisión Nacional de la Energía en la fecha de entrada en vigor de la citada disposición en concepto de anualidad del desajuste de ingresos previsto para el año 2.011.

3. No imponer a ninguna de las partes las costas del incidente cautelar.

4. Publíquese la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados