

En la Villa de Madrid, a ocho de marzo de dos mil doce.

HECHOS

PRIMERO.- “Endesa, S.A.” interpuso ante esta Sala el 15 de febrero de 2012 el presente recurso contencioso-administrativo número 203/2012 contra la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

SEGUNDO.- En su escrito de interposición solicitó a la Sala por otrosí que “al amparo de los artículos 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, dicte resolución por la que se ordene a la Administración General del Estado que en el plazo máximo de 15 días desde la notificación de la misma y con efectos desde el día 1 de enero de 2012:

1. Reconozca expresamente el desajuste temporal estimado en las liquidaciones de las actividades reguladas en el año 2011 por importe de 904,368 millones de euros y fije el tipo de interés (en todo caso en condiciones equivalentes a las de mercado) que se reconoce a las cantidades aportadas para cubrir tal desajuste.

2. Incluya en los costes que han de satisfacerse con cargo a los peajes de acceso en el año 2012 la anualidad correspondiente al déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas en el año 2012 por importe de 116.738.208,38 euros.

3. Incremente la cuantía de las anualidades correspondientes a los déficits de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas en los años 2006 y 2008, fijadas en el artículo 3.1 de la Orden IET/3586/2011, en los términos que resulten de la aplicación de un tipo de interés de mercado para establecer la cuantía de tales anualidades.

4. Incremente los peajes de acceso en la cuantía siguiente -con la salvedad derivada del déficit tarifario por importe máximo de 1.500 millones de euros autorizado por la DA 21 de la LSE- para satisfacer la totalidad de los costes que han de sufragarse con cargo a los mismos, de forma que se obtengan unos mayores ingresos -como mínimo- de 1.888 millones de euros y, adicionalmente, los mayores ingresos necesarios para satisfacer los costes a los que se alude en los números 1 a 3 anteriores”.

En el tercer otrosí solicitó a la Sala la adopción “de las aludidas medidas sin exigencia a mi representada de caución o garantía alguna. Ello no obstante, en el supuesto de que, al amparo del artículo 133 de la Ley de la Jurisdicción, esa Sala estimase pertinente la adopción de las medidas cautelares pretendidas junto a la exigencia a mi representada de caución o garantía, mi representada hace constar expresamente su ofrecimiento de tal caución o garantía en la medida en que la Sala estime pertinente”.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2012 se acordó dar traslado de la solicitud cautelar al Abogado del Estado para que alegara lo que a su derecho convenga.

CUARTO.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones el 27 de febrero de 2012 y suplicó a la Sala que resuelva “declarando no haber lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas”.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La solicitud de medidas cautelares que presenta “Endesa, S.A.” en este recurso coincide en gran parte con la que otra sociedad (“Iberdrola, S.A.”) interesó en el recurso número 52/2012, interpuesto asimismo frente a la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Mediante nuestro auto de 2 de marzo de 2012 accedimos parcialmente a la petición de medidas instada por “Iberdrola, S.A.” en el recurso 52/2012 y declaramos que, de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden impugnada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad las costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas analizadas en el fundamento jurídico quinto de aquella resolución.

SEGUNDO.- Los fundamentos jurídicos que motivaron el pronunciamiento cautelar hecho en nuestro auto de 2 de marzo de 2012 respecto de la Orden IET/3586/2011 fueron los siguientes:

“(…) Rechazada como fue por la Sala en su auto de 30 de enero de 2012 la pretensión que al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional había formulado la sociedad recurrente, hemos de resolver ahora si proceden las medidas cautelares cuya adopción se nos pide y que consisten, en síntesis, en 'ordenar' a la Administración del Estado que, a su vez, introduzca determinadas modificaciones respecto de la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Con carácter subsidiario 'Iberdrola, S.A.' pide la suspensión del artículo 7, apartado 2, de la Orden recurrida.

(…) Antes de analizar la pretensión cautelar objeto del proceso debemos recordar que mediante tres autos dictados el 20 de diciembre de 2011 esta Sala hubo de suspender la eficacia del artículo 1, apartado 2, de la Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre (por la que se revisaron los peajes de acceso, se establecieron los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizaron determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial a partir de 1 de octubre de 2011) en la medida en que disponía, 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.

La Orden objeto de este recurso (la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, aplicable a partir de 1 de enero de 2012) sucede en el tiempo a aquélla, dentro de la secuencia trimestral de disposiciones que establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de la energía eléctrica. Todas ellas están sujetas, en el actual marco normativo, a una serie de criterios objetivos para la fijación de los peajes que, como reiteradamente hemos manifestado, no son disponibles u opcionales para quienes han de dictar las Órdenes, sino de obligado cumplimiento.

Según exponíamos en los autos de 20 de diciembre de 2011, esta Sala ya había con anterioridad fallado determinados recursos directos (los números 321/2010, 348/2010 y 349/2010) 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. En las correspondientes sentencias rechazamos de modo expreso que las Órdenes (entonces con denominación ITC) de fijación de los peajes de acceso pudieran 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 en aquellas sentencias y reiteramos en los autos de 20 de diciembre de 2011 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'.

(...) Reconocíamos igualmente en nuestros autos de 20 de diciembre de 2011 que un elemento relevante para la decisión gubernativa (y que había de ser tenido en cuenta al resolver el incidente cautelar) es el informe preceptivo de la Comisión Nacional de Energía. En el caso entonces resuelto el 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'.

Pues bien, análoga advertencia figura en el informe de la Comisión Nacional de Energía número 39/2011 sobre la propuesta de Orden de peajes para el primer trimestre del año 2012 (apartado tres, in fine, y apartado cuatro del 'resumen y conclusiones') que es objeto del presente recurso.

(...) A partir de estas premisas hemos de verificar ante todo si el contenido de la Orden IET/3586/2011 respeta, en una primera aproximación obligada, aunque no definitiva, a la vista del carácter cautelar del incidente, las pautas legales de necesaria observancia a las que debe someterse la fijación de los peajes de acceso. El análisis será pertinente a fin de determinar si la apariencia de buen derecho de la tesis actora alcanza el mismo nivel de intensidad que apreciamos en los autos de 20 de diciembre de 2011 y que nos permitió 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).

Del contenido de la Orden impugnada y de los documentos del propio Ministerio de Industria, Energía y Turismo que se han aportado al escrito de interposición del recurso puede deducirse que dicho Departamento persiste en su criterio -que hemos considerado no conforme a derecho- de condicionar la revisión de los peajes (la 'parte regulada de la factura eléctrica que financie los costes del sistema', en su expresión) al resultado de las subastas CESUR. Una eventual disminución del precio ('componente energético de la tarifa final') fijado en la última de las celebradas en el año 2011 le 'permite' incrementar mediante la Orden IET/3586/2011 los peajes del primer trimestre del año 2102 en la proporción exacta para que la tarifa final que pagan los consumidores quede inalterada respecto del trimestre precedente. El mismo mecanismo se había adoptado, en sentido inverso entonces (y fue rechazado por esta Sala), en la Orden de peajes para el último trimestre del año 2011: ante una subida del precio de la energía fijado en la subasta CESUR el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio respondió con una bajada correlativa de los peajes de acceso, de modo que

el resultado final fuera no incrementar la tarifa que pagan la mayoría de los consumidores de electricidad.

Por muy bien intencionadas que sean este género de decisiones 'compensatorias', insistimos en que no tienen cabida en la actual regulación del sector eléctrico. De modo que mientras no se proceda por las vías constitucionalmente previstas a la modificación de aquel marco legal (si es que los poderes ejecutivo y legislativo lo consideran ya inadecuado a las actuales circunstancias) esta Sala se ve obligada a exigir su cumplimiento y a anular como contrarias al ordenamiento jurídico, o suspender en su caso, las medidas gubernativas que abiertamente se opongan a él y cuyo contenido haya sido objeto de decisiones jurisdiccionales similares, ya firmes.

(...) El contraste entre, por un lado, los datos de hecho y los argumentos que expone 'Iberdrola, S.A.' con apoyo en parte del contenido del informe 39/2011 de la Comisión Nacional de Energía y, por otro, las alegaciones del defensor de la Administración del Estado permite concluir, bajo las reservas ya expuestas, que la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden IET/3586/2011 no se corresponde, de modo manifiesto, con la debida estimación de los costes legalmente previstos que aquéllos deben cubrir, según ya hemos declarado con carácter firme, en dos de los cuatro extremos que la demandante subraya:

A) Entre los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico que estima la Orden IET/3586/2011 figura (artículo 3.3) el correspondiente al déficit ex ante de ingresos en las liquidaciones de aquellas actividades, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2012, por una cantidad de 1.500 millones de euros. La cifra se ajustaría, en principio, a lo establecido en el apartado 4 de la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997. En efecto, dentro de la senda de reducción progresiva de los déficits ex ante cuya última expresión normativa fue el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que estableció medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, la cantidad correspondiente al último año en que dicho déficit puede aparecer (2012) antes de su definitiva supresión en 2013 (fecha en la que han de converger los ingresos y costes del sistema, sin previsiones de déficit a priori) es de 1.500 millones de euros, cantidad que imperativamente ha de incluirse en las disposiciones por las que se aprueben los peajes de acceso.

Resulta, sin embargo, que según la memoria del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que acompaña al proyecto de orden y según el informe de la Comisión Nacional de Energía el déficit ex ante realmente previsto para el año 2012 es superior a la cifra de 1.500 millones de euros, lo que significa que los peajes de acceso deben sufrir un incremento adicional al ya incorporado por la Orden IET/3586/2011. Sólo así se consigue no sobrepasar el límite máximo legalmente impuesto, esto es, se adecúa el déficit de tarifa del año 2012 al tope que la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, en su última redacción, predetermina.

B) A tenor de los mismos elementos de juicio antes mencionados los peajes de acceso establecidos por Orden IET/3586/2011 tampoco recogen las cantidades precisas para sufragar el desvío o desajuste temporal de las actividades reguladas de 2011.

Como es bien sabido (a ello hemos hecho referencia en las resoluciones antes citadas y en la sentencia de 31 de octubre de 2011) los desajustes temporales que resulten de las liquidaciones de las actividades reguladas de cada período, por exceder del déficit ex ante legalmente autorizado, han de ser objeto de un expreso reconocimiento en las disposiciones de aprobación de los peajes de acceso del período siguiente. Se trata, en realidad, de una partida de déficit ex post que puede generarse por circunstancias coyunturales o por errores en las previsiones iniciales y que debe, en todo caso, ser recuperada por las empresas acreedoras a su cobro, precisamente con cargo a los peajes del ejercicio siguiente.

La Orden de revisión de peajes de acceso para el primer trimestre del ejercicio 2012 no contempla esta partida, pese a que la Comisión Nacional de Energía ya había practicado determinadas liquidaciones mensuales correspondientes a 2011 a través de las cuales se ponía de relieve la existencia de aquellos desajustes. La Comisión Nacional de Energía advertía en su informe 39/2011 de la necesidad de incorporar en la Orden 'como mejor previsión del desajuste del ejercicio 2011 el déficit registrado en la liquidación 10/2011, junto con los intereses que correspondan'.

Era obligado incrementar los peajes de acceso del ejercicio siguiente (2012) para computar como coste de dicho año el importe de los referidos desvíos ocasionados en el año 2011, en la cuantía necesaria para que las empresas recuperasen las cantidades aportadas para su financiación más sus intereses, obligación que la Orden no satisface.

(...) La Sala no considera, sin embargo, que se pueda apreciar en este momento procesal y con la misma "claridad normativa" la desviación de la Orden impugnada respecto de los tipos de intereses de cobro correspondientes a las anualidades para la recuperación del déficit de los años 2006, 2008 y 2009. Es cierto que en nuestras sentencias de 16, 17 y 18 de marzo de 2011 (recursos números 73,74 y 77 de 2009) afirmamos que aquel interés debe asegurar la plena restitución de las cantidades adelantadas por las empresas, siendo insuficiente el previsto por el Real Decreto 485/2009.

Pero también dijimos en ellas que la fijación de un determinado coeficiente adicional que se añada al tipo (euribor a tres meses) plasmado en la Disposición adicional del Real Decreto 485/2009 '(...) corresponde al titular de la potestad reglamentaria, sin que esta Sala pueda sustituirle en sus específicas atribuciones de precisarlo'. Y precisamos que '(...) al establecer dicho coeficiente diferencial, añadido al tipo del euribor a tres meses, el titular de la potestad reglamentaria no está obligado a suplir éste hasta el importe exacto de la media de tasa de interés aplicada a la financiación en su conjunto de las empresas eléctricas, tasa en cuya génesis pueden haber incidido determinados factores (condiciones singulares del prestatario, entre otros) ajenos a los que

corresponderían, en sí mismos considerados, a los derechos de cobro del déficit tarifario. Podrá tomar en cuenta, por el contrario, las características singulares de estos derechos de cobro, cuya recuperación, también antes de que se instaurase el proceso de titulización, estaba en realidad asegurada. Incluso no sería descartable que, en función de consideraciones excepcionales o circunstancias extraordinarias, no puestas de manifiesto hasta ahora, el incremento o diferencial respecto del euribor no sea a la postre significativo.'

Con arreglo a estas consideraciones, el hecho de que la Orden impugnada haya incorporado en sus cálculos para la recuperación del déficit de aquellos períodos tipos de interés equivalentes al euribor a tres meses o incrementados, sobre él, en un diferencial de veinte puntos porcentuales, tal hecho, decimos, no se revela manifiestamente contrario a las sentencias antes citadas, a los efectos de reputar incuestionable la apariencia de buen derecho de la tesis actora.

Tampoco existe manifiesta contradicción con sentencias precedentes por el hecho de que la Orden impugnada no recoja como coste sufragable con cargo a los peajes de acceso la anualidad necesaria para recuperar el déficit ex ante del propio año 2012. Aun cuando en nuestro auto de 20 de diciembre de 2011 (recurso 769/2011) nos pronunciásemos en este sentido de modo cautelar, no puede afirmarse que en este supuesto haya una doctrina consolidada por sentencias que hayan hecho pronunciamientos definitivos de fondo.

(...) La adopción de las medidas cautelares solicitadas respecto de la Orden IET/3586/2011 se justifica, además de por 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, la insuficiencia de los peajes acordados para cubrir los costes que con ellos deben sufragarse).

En nuestros autos precedentes de 20 de diciembre de 2011 ya expusimos el cambio de circunstancias que se había producido respecto de la situación contemplada en los de 27 de julio, 14 y 22 de septiembre de 2010 mediante los que habíamos rechazado 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.

Subrayábamos entonces cuáles eran las circunstancias diferenciales: 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, que ya había 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. Y, sobre esta base, hacíamos las siguientes consideraciones:

'(...) Que ello es así, decíamos, lo manifestaba 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'.

(...) Persisten, meses después, esas mismas circunstancias diferenciales y el informe 39/2011 de la Comisión Nacional, respecto de la Orden ahora impugnada, se pronuncia en términos análogos a los que contenía su informe 29/2011. Y repetimos que el interés general, en cuanto criterio rector del otorgamiento de la tutela cautelar, se protege adecuando las decisiones singulares al marco legal y no viceversa.

La insuficiencia de los peajes de acceso para cubrir los costes de las actividades reguladas, en los términos ya expuestos, no hace sino agravar el déficit tarifario en un sentido contrario al que se deriva de las pautas normativas que han establecido tanto el propio Gobierno con carácter general (mediante la aprobación de sucesivos Reales Decretos-ley a partir del 6/2009, de 30 de abril) como el Parlamento (mediante las modificaciones de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico).

Todas estas consideraciones abonan, pues, el otorgamiento de la medida cautelar solicitada respecto de las dos partidas de costes que hemos analizado en el

fundamento jurídico quinto. Al igual que apreciamos en los autos de 20 de diciembre de 2011 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 modalidad de cautela solicitada con carácter principal por 'Iberdrola, S.A.' no es la suspensión temporal de la eficacia de un determinado precepto de la Orden impugnada, que sólo se interesa con carácter subsidiario. Pretende aquella sociedad que adoptemos 'medidas cautelares positivas' consistentes en que 'se ordene' a la Administración del Estado la adopción de las medidas precisas para adecuar los peajes de acceso a los costes que deben sufragar.

Desde la aprobación del nuevo régimen de medidas cautelares de la Ley 29/1998, reguladora de esta Jurisdicción, la suspensión es una más, pero no la única de las medidas posibles. La Sala puede, para preservar los intereses en juego tras la ponderación que de ellos se ha hecho, adoptar otras medidas de carácter singular que se corresponden con la potestad -inherente a la justicia cautelar- de configurar provisionalmente las relaciones jurídicas objeto de litigio, más allá de lo que supone la estricta limitación de las medidas cautelares al ámbito de la suspensión general de la norma impugnada. Puede, dentro del respeto al principio de congruencia procesal, adoptar aquellas cautelas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

Es cierto que el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional supone un límite que, en principio previsto para las sentencias, puede analógicamente aplicarse a los autos de medidas cautelares. Pero aquel precepto sólo impide a los órganos jurisdiccionales 'determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen'. En el presente caso la respuesta cautelar de la Sala no llega a tal extremo y se limita a declarar que, de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden impugnada debe ser complementada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad las costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas analizadas en el fundamento jurídico quinto. No corresponde a este Tribunal precisar la cifra adicional cuyo cálculo singularizado compete al Ministerio de Energía, Industria y Turismo, previo informe de la Comisión Nacional de Energía. Como es lógico, el incremento correspondiente ha de tener la misma eficacia temporal que la orden impugnada, esto es, referirse al primer trimestre del año 2012 en su integridad."

TERCERO.- Con arreglo a estas mismas consideraciones y dado que los fundamentos de derecho en que se basa la solicitud de medidas cautelares interesada por "Endesa, S.A." coinciden sustancialmente con los que en el recurso 52/2012 expuso "Iberdrola, S.A.", del mismo modo que coinciden en ambos incidentes los opuestos por el Abogado del Estado, debemos reiterar el pronunciamiento que hicimos en el auto de 2 de marzo de 2012, antes transcrito.

En efecto, deben prosperar, a tenor de las razones ya expuestas, las alegaciones de "Endesa, S.A." respecto de la insuficiencia de la Orden IET/3586/2011 por no haber

reconocido el importe del desajuste temporal estimado para el ejercicio 2011 ni el importe real de la anualidad para la recuperación del déficit estimado en el ejercicio 2012, partidas de costes que han de ser cubiertas con cargo a los peajes de acceso de 2012. Y, a tenor de aquellas mismas razones, no es posible acceder a la medida cautelar en lo que se refiere al tipo de interés aplicado para el cálculo de las anualidades destinadas a satisfacer los derechos de cobro correspondientes al déficit de los años 2006 y 2008.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, estimadas parcialmente las pretensiones, cada parte abonará las costas de este incidente causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que concurren razones de temeridad o mala fe para decidir de otro modo.

QUINTO.- Ha de publicarse la parte dispositiva de este auto en el Boletín Oficial del Estado, según prescribe el artículo 134.2 de la Ley Jurisdiccional.

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar parcialmente la pretensión cautelar instada por “Endesa, S.A.” en relación con la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

SEGUNDO.- Declarar que, de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden impugnada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad las costas de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución.

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

CUARTO.- 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. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.