

DISCRECIONALIDAD Y TARIFA ELECTRICA. LOS RETOS JURÍDICOS DEL DÉFICIT TARIFARIO

ANDRÉS BETANCOR*
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra

I. LA TARIFA ELÉCTRICA.—II. ¿REGLAMENTO O ACTO ADMINISTRATIVO? NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE FIJACIÓN DE LA TARIFA.—III. LA TARIFA QUE DEBERÍA SER: LA TARIFA SUFICIENTE Y EL CÁLCULO PROSPECTIVO EN EL QUE SE BASA.—IV. LA TARIFA COMO DERECHO: EL DERECHO A PERCIBIR LA TARIFA SUFICIENTE.—V. EL DÉFICIT TARIFARIO.—VI. DÉFICIT TARIFARIO. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUFICIENCIA DE LA TARIFA.—VII. DÉFICIT EX ANTE.—VIII. LOS RETOS JURÍDICOS DEL DÉFICIT TARIFARIO: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO, DESVIACION DE PODER Y PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO. 1. *Concepto jurídico indeterminado y desviación de poder*. 2. *Imposición de una prestación patrimonial pública*.—IX. CONCLUSIONES.—X. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN

La Administración fija la retribución o tarifa por el suministro de la energía eléctrica. Esta tarifa ha de ser «económicamente suficiente». El problema jurídico surge cuando la tarifa fijada por la Administración es económicamente insuficiente. Esta insuficiencia puede deberse bien a razones técnicas (déficit técnico) o políticas (déficit político). en este último caso, la tarifa sería ilegal. sin embargo, es muy difícil, como ha sucedido en el pasado, que un Tribunal acepte que el déficit es político. Siempre ha entendido que no se puede probar que la Administración ha fijado voluntariamente una tarifa insuficiente por razones políticas, económicas, sociales o equivalentes. Pero las últimas Ordenes ministeriales que la fijan reconocen el denominado déficit ex ante, o sea, reconoce que la tarifa que fija no es suficiente. A mi juicio, esto supone la prueba definitiva de que se incumple la legislación. Esta ilegalidad tiene un doble rostro. Por un lado, la tarifa insuficiente incurre en desviación de poder y, por otro, impone a las empresas suministradoras una prestación patrimonial obligatoria sin cumplir con los requisitos constitucionales. Así pues, este artículo está consagrado a los problemas jurídicos del déficit de la tarifa eléctrica, como reza su título.

Palabras clave: Electricidad; tarifa; déficit; desviación de poder; prestación patrimonial.

ABSTRACT

The Spanish Government has the power to decide electricity prices. This price needs to be «economically sufficient». A legal problem arises, however, when the price the government fixes, due either to technical or political reasons, is economically insufficient. If it is for politi-

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pompeu Fabra, andres.betancor@upf.edu. Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación SEJ2006-10986/JURI. Quiero expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. Antonio FORTES por haber revisado, amablemente, una primera versión de este trabajo. Sus comentarios han sido muy valiosos para el enriquecimiento de este artículo. Igualmente quiero agradecer las observaciones del Dr. Antonio SÁNCHEZ gran especialista en el Derecho del sector eléctrico.

cal reason, then the price is illegal. Nevertheless, past experience shows that it is very difficult for a court to accept the the deficit is political. But the latest ministerial Orders that decide the price recognise that its price is "insuficient". In my opinion, this is the definitive proof the the law has not been upheld. This illegal situation has two sides: on the one hand, it involves a misuse of power and, on the other hand, it imposes an obligatory loan upon the utility companies without following the constitutional requisites. This article therefore discusses the legal problems around the electricity price deficit, as its title indicates.

Key words: Electricity; energy; price; deficit; illegal.

La lectura de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos sobre tarifas eléctricas¹ me anima a plasmar algunas reflexiones sobre esta ya importante jurisprudencia que tiene el atractivo, además de la materia sobre la que versa, de servir de escenario en el que mostrar las limitaciones del control jurisprudencial de aquellos ámbitos reconocidos como de ejercicio de la discrecionalidad.

La materia sobre la que versan estas Sentencias ha sido tradicionalmente considerada como un ámbito propicio al juego de la discrecionalidad, aunque existen argumentos, que expondremos más adelante, para rechazar que la potestad tarifaria pueda ser considerada como discrecional. No obstante, es indudable el peso que tienen en la tarifa eléctrica ciertos factores de índole social, económicos y, por consiguiente, políticos que enrarecen su ejercicio rodeándolo de cierto halo de libertad. La tarifa es la contraprestación por el consumo de un bien de primera necesidad como es la energía eléctrica. A esta importante característica social, económica y política se une la complejidad técnica del bien del que hablamos, consecuencia del hecho sabido de que la electricidad no puede ser almacenada, por lo que toda la producida es consumida, y toda la consumida es la producida. Esta circunstancia da lugar a unas dificultades de gestión extraordinarias que hacen único este bien.

Un bien de primera necesidad que tiene unas características técnicas como las indicadas, hace que la política y la economía se mezclen con la

¹ A lo largo de los últimos años, el Tribunal Supremo dicta tres o más Sentencias que resuelven cada año los recursos contra el Decreto que fija las tarifas eléctricas para el año correspondiente. Así, por ejemplo, los Decretos de tarifas de los últimos años 2004, 2005 y 2006 ha dado lugar a una importante jurisprudencia que tiene la virtud más sobresaliente de consolidar cierta doctrina sobre las cuestiones jurídicas que suscita la tarifa después de tantos años de controversias. Los recursos interpuestos contra el Decreto que fija para el año 2004 la tarifa eléctrica ha dado lugar a las SsTS de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006/1106), de 22 de marzo de 2006 (RJ 2006/1676), de 11 de abril de 2006 (RJ 2006/2153), y de 3 de mayo de 2006 (RJ 2006/2145). Los recursos contra el Decreto que la fija para el año 2005, ha dado lugar, a su vez a las SsTS de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006/3092), de 14 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9409), y de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/2315). Y, por último, los recursos contra el Decreto que la fija para el año 2006 ha dado lugar, hasta el momento de cierre de este trabajo (marzo 2008), a dos SsTS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7325 y RJ 2007/7326).

técnica, dando lugar a una regulación (intervención pública) igualmente extraordinaria. Por un lado, la liberalización, objetivo central de la última política económica, no ha podido alcanzar las cotas a las que nos tiene acostumbrados en otros ámbitos: ha topado con las características económicas y técnicas de ciertas actividades relacionadas con el suministro, como el transporte y la distribución, que son monopolios naturales. Y, por otro, la regulación se impone no sólo por conveniencia sino también por exigencia. La conveniencia, más o menos discutible, viene de la mano de la importancia social del recurso, pero también de objetivos tan importantes como la seguridad del abastecimiento, relacionado intensamente con la seguridad nacional. En cambio, la exigencia surge de la necesidad de la coordinación de todas las actividades imprescindibles para alcanzar el objetivo de interés público: el suministro de electricidad en condiciones adecuadas de calidad, cantidad, regularidad y, también, precio.

En este contexto, la discrecionalidad hace acto de presencia. Cuando la regulación (intervención) es tan intensa, incluso con liberalización, y tan afectada por los factores sociales, económicos y políticos, la Administración tiende a disfrutar de unos márgenes de libertad mayores que en otros ámbitos. El caso de la tarifa eléctrica es prototípico. La Administración al fijar esta contraprestación, no sólo tiene en cuenta, como se analizará más adelante, que sea la justa para soportar los costes, sino también la que menos repercusiones sociales, económicas y políticas vaya a tener. Al final, incluso, estas repercusiones pesan más que la vertiente de los costes, por lo que se crea un problema extraordinario como es el denominado déficit tarifario, y amenaza el suministro, al quebrar, como ha afirmado la Comisión Nacional de Energía (CNE), el equilibrio económico-financiero de las empresas.

El Derecho ha de jugar un papel importante para restablecer los equilibrios y, sobre todo, para impedir que el poder de la Administración sacrifique derechos como los de las empresas a percibir la contraprestación adecuada. Estos derechos no pueden ser sacrificados por ningún interés, por muy loable que sea, sin la adecuada contraprestación. Además, este sacrificio lo único que consigue es posponer la solución de un problema para que recaiga en las generaciones futuras su solución.

Este trabajo tiene por objeto el análisis del régimen jurídico de la potestad tarifaria de la Administración en relación con el suministro eléctrico. Este análisis mostrará que el ejercicio de este poder ha dado lugar a una tarifa insuficiente, que no cubre los costes incurridos para el suministro, por lo que se ha creado un grave problema de déficit a las empresas suministradoras. Este problema plantea, a su vez, importantes problemas jurídicos que conducen a concluir que la Administración ha incurrido en ilegalidad al ejercer el indicado poder, por cuanto voluntariamente ha fi-

jado una tarifa insuficiente para atender las señaladas exigencias políticas y sociales pero a riesgo de imponer a las empresas una carga económica que quiebra su equilibrio económico-financiero. Esta calificación jurídica debería sentar las bases para la solución definitiva de un problema que crece y crece cada año hasta alcanzar unas magnitudes económicas considerables.

I. LA TARIFA ELÉCTRICA

¿Qué es la tarifa eléctrica? ¿qué elementos la integran? ¿cómo y quién la aprueba? Estas son las primeras cuestiones a las que nos debemos enfrentar.

La tarifa eléctrica es el precio que los consumidores de la electricidad deben abonar por su consumo. Es un precio fijado por la Administración que es igual en toda España con independencia del lugar en donde se produzca el consumo.

¿Qué es lo que se retribuye? Con este pago, se retribuye a las empresas eléctricas que suministran la energía. Ahora bien, hay que tener presente que el suministro exige el concurso de múltiples actividades tales como las de producción, la de transporte, la de distribución y la de comercialización, pero no todas se retribuyen con la tarifa.

Mientras que la de producción se retribuye fundamentalmente con el precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mercados diario e intradiario [art. 16.1.a) Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE)], la de transporte y de distribución se fija administrativamente. Por último, la de comercialización se fija libremente entre las partes.

En una situación ideal, a la que aspira el Derecho comunitario, los consumidores pagarán por la energía que consumen un precio que reflejará todos los costes incurridos para suministrarla. En consecuencia, el distribuidor (en el escenario más normal u ordinario) repercutirá al consumidor tales costes, esto es, todos los costes de producción, transporte y de distribución.

Sin embargo, por ahora esto no es así. El distribuidor sólo puede cobrar al consumidor el precio fijado administrativamente, o sea, la tarifa. Esta reflejará los costes que la Administración fije, que no necesariamente, como así lo acreditan los últimos años, recogerá todos los costes en que el distribuidor ha incurrido para adquirir, transportar y distribuir la energía al consumidor.

Los distribuidores se encuentran en una situación intermedia entre productores que le venden la electricidad a precio de mercado y los consu-

midores que la pagan a precio administrativo (tarifa). La falta de correspondencia entre uno y otro, sumados otros conceptos como los del transporte y de la distribución pone en cuestión el funcionamiento de todo el sistema, además de la viabilidad económica de las empresas.

Lo relevante, a nuestros efectos, es que este precio es fijado por la Administración, no por el mercado. Ciertamente, las partes, productores y consumidores, podrían pactar contratos de suministro al margen de la tarifa, como efectivamente así sucede; en tal caso, el precio es propiamente un precio libre, distinto a la tarifa². Sin embargo, por distintas circunstancias asociadas a las características o peculiaridades de nuestro sistema eléctrico, la mayoría de los consumidores son consumidores a tarifa³. Esto quiere decir que la tarifa es más económica que el precio libre. Esta circunstancia es un dato sobresaliente de que el sistema eléctrico no está funcionando adecuadamente. Al menos, pone de relieve que la tarifa no refleja adecuadamente todos los costes de suministro. En efecto, existe un desfase o déficit entre el coste de la producción de la electricidad y la tarifa abonada. Este déficit tarifario es uno de los problemas más graves de nuestro sistema eléctrico, cuyas repercusiones jurídicas serán analizadas en este trabajo.

La tarifa, así pues, resulta del poder tarifario de la Administración. Este poder está atribuido y regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE). En particular, el artículo 3 lo atribuye a la Administración General del Estado que deberá ejercerlo en el marco delimitado por los artículos 15 y ss. que regula los distintos aspectos de la tarifa⁴.

Este marco legal de la tarifa ha sufrido varias modificaciones importantes que caminan en una misma dirección: objetivar el poder tarifario. Con este término, se alude a la pretensión del legislador de reducir el margen de libertad de la Administración mediante la vinculación hacia el objetivo

² Según los datos de la Comisión Nacional de la Energía (en adelante CNE), el 40 por 100 del suministro se lleva a cabo conforme a este régimen.

³ Según los datos de la CNE, el 60 por 100 del suministro se lleva a cabo bajo el régimen de tarifa.

⁴ Un aspecto de este marco jurídico que sobresale inicialmente es la perspectiva desde la que se elabora: es la del consumidor y no la de las empresas que llevan a cabo las actividades de suministro. Esta perspectiva desde la que el Derecho regula el indicado poder también vendría a explicar, en última instancia, los desencuentros (o déficit) que hemos señalado. Para el Derecho, al menos en este momento de la evolución del sistema eléctrico español, lo relevante es lo que el consumidor ha de abonar, no lo que ha costado a las empresas producir, transportar y distribuir la electricidad consumida. Esta perspectiva finalista hace que el peso de la política se incremente considerablemente. Esto no quiere decir que sea, en sí mismo, negativo. Simplemente vendría a explicar el porqué del peso de consideraciones políticas en la fijación de la tarifa. Como se piensa en el consumidor, la Administración tiene en cuenta el cómo el precio a fijar va a incidir en la economía familiar y en la de las empresas. Si, en cambio, pensase en los costes de producir, transportar y distribuir la electricidad, probablemente, el resultado sería distinto.

de los costes. Desde el primer momento, la primera redacción de la LSE, el objetivo era que la tarifa reflejase los costes, como así se establecía en la primera redacción del artículo 15 LSE. Ante las dificultades de hacerlo realidad, el legislador ha introducido distintos cambios.

El artículo 94 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social obligó al Gobierno a aprobar la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia durante el período 2003-2010. Sobre la base de tal habilitación, el Gobierno aprobó el importante Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la citada metodología.

Posteriormente, la Ley 17/2007, de 4 de julio, modificó la LSE para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54. Uno de los cambios fue la incorporación a la LSE de una nueva Disposición, la Disposición adicional vigésimo cuarta, que dispone la eliminación del régimen de tarifas a partir del 1 de enero de 2009⁵. Esto nos acercaría al desiderátum de la liberalización puesto que el precio lo marcaría el mercado y no la Administración. Sin embargo, esto no es así porque el régimen tarifario podrá continuar bajo un nuevo ropaje, el de las denominadas «tarifas de último recurso»⁶ aunque, una vez más, también orientadas a los costes.

Hasta el momento de entrada en vigor del nuevo mecanismo de suministro de último recurso, continuará en vigor el suministro a tarifa pero bajo el régimen de la Disposición transitoria segunda de la misma Ley 17/2007. Este régimen transitorio incluye un importante cambio: la competencia para el establecimiento de la tarifa pasa a recaer en el Ministro de Industria. En virtud de tal habilitación, el Ministro ha dictado las Ordenes ITC 2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 y la ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008⁷.

⁵ La Disposición adicional vigésimo cuarta («suministro de último recurso») de la Ley 17/2007 dispone lo siguiente: «A partir del 1 de enero de 2009, queda suprimido el sistema tarifario integral, estableciéndose las tarifas de último recurso. A partir del 1 de enero de 2010, sólo podrán permanecer acogidos a tarifa de último recurso aquellos consumidores con suministros en baja tensión. A partir del año 2011 podrán acogerse a tarifas de último recurso los consumidores de energía eléctrica cuya potencia contratada sea inferior a 50 kW».

⁶ Vid. la nota anterior.

⁷ Cada año, el Gobierno ha fijado la tarifa mediante la aprobación del Decreto correspondiente. La correspondiente al año 2007 fue fijada por el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007. A su vez, fue complementado con lo dispuesto en el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007. El Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, establece en su apartado 1 del artículo 1 que «A partir del 1 de julio de 2007 y con carácter trimestral, previos los trámites e informes oportunos, el Gobierno mediante real decreto, efectuará modificaciones de las tarifas para la venta de energía eléctrica que aplican las empresas distribuidoras de energía eléctrica, revisando los costes derivados de las activida-

Al nuevo régimen tarifario, el de la «tarifa de último recurso» (art. 18 LSE), sólo podrán permanecer acogidos, a partir del año 2011, los consumidores de energía eléctrica cuya potencia contratada sea inferior a 50 kW, esto es, unos 20 millones de hogares y pymes. Esto representa que, al menos, el 40 por 100 del consumo de la electricidad se seguirá produciendo a tarifa⁸. Por lo que se puede observar, la tarifa ha muerto pero sigue teniendo muy buena salud. Se han introducido cambios en su regulación, pero sus líneas maestras, en lo que ahora nos interesa, se seguirán manteniendo.

El artículo 18 LSE, modificado por la Ley 17/2007, establece las indicadas líneas maestras en los siguientes términos: i) Las tarifas de último recurso serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que asuman las obligaciones de suministro de último recurso, a los consumidores que se acojan a las mismas. ii) Estas tarifas de último recurso se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado. iii) Para su cálculo, se incluirán de forma aditiva en su estructura los siguientes conceptos: a) El coste de producción de energía eléctrica, que se determinará atendiendo al precio medio previsto del kilovatio hora en el mercado de producción durante el período que reglamentariamente se determine y que será revisable de forma independiente. b) Los peajes de acceso que correspondan. c) Los costes de comercialización que correspondan. iv). El Gobierno establecerá la metodología de cálculo de las tarifas de último recurso y será el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, el que dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso. v) Las tarifas de último recurso no incluirán ningún tipo de impuestos que sean de aplicación pero se le podrá incluir un suplemento territorial, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local. vi) Con el fin de que exista la mayor transparencia en los precios del suministro de energía eléctrica, se desglosarán en la facturación al usuario los distintos costes. Así pues, en lo que ahora nos interesa, existe una línea de conti-

des necesarias para el suministro de energía eléctrica, los costes permanentes del sistema y los costes de la diversificación y seguridad de abastecimiento, incluyendo el reintegro con cargo a la recaudación de la tarifa eléctrica en los próximos ejercicios de los saldos negativos resultantes de las liquidaciones realizadas de acuerdo con la metodología en vigor por la Comisión Nacional de Energía correspondientes a la tarifa del año 2006 a cada una de las empresas eléctricas que figuran en el apartado 1.9 del anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, en los importes realmente aportados por cada una de ellas, con inclusión de los costes financieros que se devenguen».

⁸ Según el Informe 34/2007 de la CNE sobre la propuesta de Orden por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, ésta es la previsión de consumo de energía para el año 2008 correspondiente a los clientes en baja tensión.

nidad en cuanto al régimen jurídico de la tarifa en el de la nueva tarifa de último recurso. En ésta nos encontramos con la potestad tarifaria de la Administración sometida a los mismos límites y, en particular, el de la suficiencia tarifaria.

II. ¿REGLAMENTO O ACTO ADMINISTRATIVO? NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE FIJACIÓN DE LA TARIFA

El cambio jurídico introducido por la Ley 17/2007 por el que pasa a ser una Orden ministerial la que aprueba la tarifa eléctrica, incluida la denominada tarifa de último recurso, suscita algunas cuestiones de interés sobre la naturaleza jurídica del acto de fijación de la tarifa.

Por un lado, nos encontramos con la previsión del artículo 15 LSE. En su segundo apartado establece de manera taxativa que «para la determinación de los peajes y precios que deberán satisfacer los consumidores se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico»⁹.

En cambio, por otro, la tarifa y, en particular, la nueva tarifa, la denominada tarifa de último recurso, es fijada por el Ministro de Industria, tanto en el régimen transitorio (Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2007) como en el nuevo régimen de la tarifa de último recurso (art. 18 LSE). En efecto, la tarifa eléctrica ha sido fijada por las Ordenes ITC 2794/2007 y ITC 3860/2007 que, como hemos señalado, las han aprobado a partir de octubre de 2007 y enero de 2008, respectivamente. Además, el cambio que comentamos distingue entre i) la metodología para el cálculo de la tarifa (aprobada por el Gobierno) y ii) el establecimiento de la tarifa (que corresponde al Ministro).

En este contexto, no es extraña la confusión de la jurisprudencia, incluso, con la legislación anterior a la reforma del año 2007. Ésta viene a sostener la originalidad de los Decretos de tarifas. Estos no vendrían a ser ni reglamentos ni actos administrativos. Un mix jurídicamente confuso.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7325) ha resumido, recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, la opinión sobre la originalidad de estos Decretos.

Por un lado, afirma, con cita de varias Sentencias recaídas en esta materia [SsTS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8301) y de 9 de febrero

⁹ La Ley 17/2007, de 4 julio, modificó la redacción de este apartado para eliminar la referencia a la tarifa. Sin embargo, no eliminó que sería una norma reglamentaria la que habría de fijar la retribución de las actividades.

de 2004 (RJ 2005/3838)], que «no constituye una disposición de desarrollo normativo, porque, pese a la vinculación a la Ley del Sector Eléctrico, no innova el ordenamiento jurídico, puesto que no cubren espacios de carácter sustantivo habilitados por la Ley al Gobierno». Pero, por otro, proclama, también con cita de otras Sentencias [STS de 3 de mayo de 2006 (RJ 2006/2145)], que «tampoco puede asimilarse a un acto administrativo más, al que resulten aplicables las reglas de motivación establecidas en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de modo que se matiza que no puede exigirse de un Real Decreto de estas características que incorpore la motivación singular de los cientos de cifras o factores retributivos que contiene».

Podría parecer, a la vista de lo expuesto, que estaríamos ante un acto administrativo, ciertamente, peculiar, pero acto al fin y al cabo. Esta conclusión inicial se ve desmentida inmediatamente cuando, a continuación, la misma Sentencia añade, con cita de otras Sentencias del Tribunal Supremo [SsTS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002/9014) y de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10826)], en qué consiste el «ejercicio de la potestad reglamentaria, en estos supuestos»: «es más bien, la aplicación de previsiones y cálculos de naturaleza esencialmente económica a un marco jurídico ya establecido, el de las tarifas eléctricas, a fin, no de modificarlo, sino de traducirlo para esa anualidad en determinaciones concretas acomodadas a aquellas previsiones y cálculos».

Así pues, la conclusión a la que se podría llegar, a la vista de las afirmaciones recogidas en la jurisprudencia citada, es compleja pero también confusa. El contenido de los Decretos de tarifas no es, por un lado, reglamentario pero, por otro, tampoco es el de un acto administrativo para, por último, volver a insistir que sí es el de una norma reglamentaria.

El Reglamento ha sido considerado unánimemente como una norma que desarrolla lo dispuesto en una Ley según el modelo del denominado reglamento ejecutivo o de ejecución; es una norma que especifica (desarrolla) lo previamente establecido en una Ley para lo que establece ciertas reglas que concretan las de ésta.

En el caso de los tradicionales Decretos de tarifas y, ahora, las Órdenes, su contenido no encaja, exactamente, en este esquema. Basta la lectura de unos y otras para compartir la conclusión de la jurisprudencia citada: se trata de la «aplicación de previsiones y cálculos de naturaleza esencialmente económica a un marco jurídico ya establecido, el de las tarifas eléctricas, a fin, no de modificarlo, sino de traducirlo para esa anualidad en determinaciones concretas acomodadas a aquellas previsiones y cálculos»¹⁰.

¹⁰ En cambio, no compartimos la opinión expresada en la misma Sentencia de 17 de octubre que pretende excluir la aplicación a los Decretos y ahora a las Ordenes ministeriales de todas las exigencias legales relativas a los actos administrativos y, en particular, las de la

Se trata, por consiguiente, de un acto administrativo que establece, fundamentalmente¹¹, los costes, las tarifas, los precios de las distintas actividades de los sujetos que intervienen en el suministro de la energía eléctrica, así como los pagos que podrían percibir unos y otros. Éste constituye el contenido principal de los Decretos y ahora las Órdenes de tarifas.

La Administración no desarrolla, en sentido normativo, ninguna disposición legal cuando lleva a cabo la fijación de los conceptos señalados. Estamos, así pues, ante el contenido típico de un acto administrativo; una resolución de la Administración por la que exterioriza la voluntad de fijar en cierta magnitud económica ciertos conceptos esenciales para la fijación de la retribución que han de percibir todos los sujetos que participan en el suministro de la energía. A tal fin, como señala la jurisprudencia, la Administración aplica el ordenamiento jurídico, no lo desarrolla. Ésta es una conclusión muy interesante a los efectos de lo que más adelante se dirá. Si el acto de fijación de tarifa aplica el ordenamiento jurídico, la Administración, al ejercer el poder tarifario, deberá limitarse a aplicar este ordenamiento, en particular, el concepto jurídico utilizado por el mismo para referenciar la tarifa que ha de ser fijada por la Administración: la tarifa suficiente. Ahora nos interesa determinar cuál es ese ordenamiento jurídico que enmarca dicho poder y, en particular, cuáles son las restricciones que le impone a la Administración como garantía de los derechos de los sujetos que llevan a cabo el suministro.

III. LA TARIFA QUE DEBERÍA SER: LA TARIFA SUFICIENTE Y EL CÁLCULO PROSPECTIVO EN EL QUE SE BASA

El poder tarifario de la Administración tiene una directriz legal básica: ha de responder a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios

motivación alegando, sorprendentemente, que se trata de una norma reglamentaria. O es una cosa o la otra. Esta suerte de naturaleza jurídica mixta no es posible, al menos por lo que ahora nos interesa. Si es un acto administrativo, se le ha de aplicar todas las disposiciones legales asociadas a esta naturaleza. Además, no tiene ningún sentido la exclusión de las exigencias de motivación cuando los Decretos de tarifa son el resultado de un procedimiento administrativo complejo en el que intervienen diversos órganos administrativos y se incorporan distintos informes que aportan justificación suficiente a sus determinaciones.

¹¹ También se incluyen otras cuestiones. Así, por ejemplo, en la Orden ITC 3860/2007, se incluye la aprobación del Plan de sustitución de equipos de medida (disposición adicional primera), el pago en concepto de incentivo a la inversión medioambiental (disposición adicional segunda), el desarrollo de las condiciones de mantenimiento y acceso relativas a las bases de datos de puntos de suministro (disposición adicional tercera), los mandatos a la CNE (disposición adicional cuarta), el procedimiento de liquidación de la energías vendidas y compradas a través del despacho económico de la generación en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares pendientes hasta la entrada en vigor de la disposición transitoria sexta de la Ley 17/2007, de 5 de julio de 2007 (disposición adicional quinta), el servicio transitorio de disponibilidad (disposición transitoria primera),...

pero que, a la vez, incentive la mejora de la eficiencia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de la actividades destinadas al suministro de energía y la calidad del suministro eléctrico (art. 15.2 LSE)¹². En particular, respecto de las tarifas de último recurso, las únicas tarifas que, como ya hemos comentado, subsistirán a partir del 1 de enero de 2009, la Ley también dispone, incluso con mayor rotundidad, que «estas tarifas de último recurso se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado» (art. 18.1 LSE).

Para hacer realidad tales objetivos, el legislador habilitó al Gobierno, como ya nos consta, con la potestad para aprobar una metodología para el establecimiento de la tarifa media o de referencia de cada año y, con el nuevo régimen, la tarifa de último recurso¹³. El objetivo es dar seguridad y previsibilidad al poder tarifario.

La Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social estableció en el artículo 94 la previsión de la indicada metodología¹⁴. En

¹² Esta es la nueva redacción que la Ley 17/2007 da al citado artículo 15 en la que se elimina cualquier referencia a la tarifa. Sin embargo, esta supresión no es un argumento para considerar que estos principios no son aplicables al régimen transitorio, máxime cuando se trata de una disposición general dirigida a regular la retribución de todas las actividades. Además, la Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2007, que regula el indicado régimen transitorio, no dispone nada en sentido contrario a lo que establece el citado artículo 15 LSE.

¹³ Como ya hemos señalado, el artículo 18 LSE dispone que el Gobierno establecerá la metodología de cálculo de las tarifas de último recurso y será el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, el que dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso.

¹⁴ «Artículo 94. Metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia durante el período 2003-2010.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, el Gobierno establecerá, mediante Real Decreto, una metodología para la determinación de la tarifa eléctrica media o de referencia, pudiendo establecer un límite máximo anual al incremento de dicha tarifa.

2. A estos efectos, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2010, la determinación de la tarifa media o de referencia deberá tener en cuenta al menos las siguientes previsiones:

a) El precio medio previsto de la energía correspondiente a las instalaciones de generación en régimen ordinario será el siguiente:

1. Para aquellas instalaciones cuya autorización sea anterior al 31 de diciembre de 1997 y pertenecientes a sociedades con derecho a cobro de costes de transición a la competencia será de 3,6061 céntimos de euro por kWh.

2. Para el resto de instalaciones se estimará teniendo en cuenta las mejores previsiones del precio del gas en el ejercicio de que se trate.

b) Se incluirá como coste en la tarifa la cuantía correspondiente a la anualidad que resulte para recuperar linealmente el valor actual neto del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas generado entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002. A los efectos de su liquidación y cobro, este coste se considerará un ingreso de las actividades reguladas.

c) Se incluirá como coste en la tarifa la cuantía correspondiente a la anualidad que resulte para recuperar linealmente las cantidades que se deriven de las revisiones que se

virtud de la habilitación contenida en dicho artículo, el Gobierno aprobó el importante Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia¹⁵. Este Decreto será substituido por aquel otro que en el futuro regule la metodología de la tarifa de último recurso. Hasta tanto subsista el régimen transitorio, la metodología que el Gobierno ha de aplicar es la del indicado RD 1432/2002.

Este Decreto 1432/2002 es importante porque intenta, como hemos expuesto, objetivar el poder tarifario como exigía la LSE. A tal fin, contiene unas previsiones normativas de singular interés a nuestros efectos.

Por un lado, define la tarifa eléctrica media o de referencia como «relación entre los costes previstos necesarios para retribuir las actividades destinadas a realizar el suministro de energía eléctrica y la previsión, para el mismo período considerado, de la demanda en consumidor final determinada por el Ministerio de Economía» (art. 2).

Y, por otro, establece el cómo se han de establecer las dos magnitudes esenciales a los efectos de la fijación de la indicada tarifa media o de referencia. Estas dos magnitudes son los costes previstos y la demanda prevista.

El resultado debería ser, como se considerará más adelante, coherente con el principio de suficiencia de ingresos y costes. Esto quiere decir, que los ingresos deberían ser suficientes para cubrir todos los costes de las actividades de suministro¹⁶.

establecen en la disposición adicional segunda del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2001 y en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1483/2001, de 27 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2002.

A los efectos de su liquidación y cobro, este coste se considerará un ingreso de las actividades reguladas».

¹⁵ Además, modificó algunos artículos del Real Decreto 1717/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

¹⁶ Los costes de las actividades a recuperar en el año 2008 por el mecanismo de liquidaciones son: i) coste de generación de clientes a tarifa integral; ii) costes de transporte, distribución, gestión comercial de distribuidores; iii) costes permanentes (Compensación extrapeninsulares, operador del sistema, operador de mercado, tasa CNE); iv) costes de diversificación y seguridad de abastecimiento; v) anualidades para 2008 que resulten necesarias para recuperar el valor actual de los déficit acumulados desde el año 2000 y la anualidad correspondiente al déficit reconocido ex ante para 2008; y vi) plan de viabilidad para Elcogas, S.A. En el Informe de la CNE 34/2007 se afirma (págs. 76-77) lo siguiente sobre esta importante cuestión: «según el escenario del MITYC, la aplicación de las tarifas integrales y de acceso de la propuesta de Orden no cubren los costes del sistema previstos para 2008 en 4.791 Millones de euros». En cambio, «según el escenario de previsión de la CNE, la aplicación de las tarifas integrales y de acceso de la propuesta de orden no cubrirían los costes del sistema previstos para 2008 en 4.660 Millones de euros». Por lo tanto, concluye la CNE: «las variaciones en las tarifas integrales y de acceso consideradas en la propuesta de Orden se consideran insuficientes y se propone que las mismas aumenten de forma significativa para que cubran los costes del sistema. En concreto, los ingresos totales del sistema deberían

Como la tarifa es un precio administrativamente fijado se basa en previsiones de costes y de consumos. Ésta es una característica que acentúa las dificultades asociadas a la tarifa, en particular, que cubra los costes realmente producidos. El salto o distancia entre la previsión y la realidad de costes y consumos es un gap inevitable cuando el precio no es el resultado del mercado sino de una decisión administrativa ex ante.

¿Cómo se calculan administrativamente las previsiones de consumos y de costes? Los artículos 3 y 4 del citado RD 1432/2002 detallan el cómo se han de calcular estas previsiones. En definitiva, se trata de unas cifras deducidas a partir de los consumos y los costes del año finalizado incrementados según unos porcentajes deducidos por la Administración. Se trata, en suma, de un juicio prospectivo sobre cuánto se consumirá y cuánto costará dicho consumo al finalizar el año cuya tarifa ha sido establecida ex ante.

Estos cálculos deberían ser los adecuados para que la tarifa sea suficiente. La Administración lleva a cabo unos cálculos complejos que deberían conducir a una cifra que sería la que plasmaría la tarifa suficiente, o sea, la tarifa cumplidora con el principio de suficiencia de ingresos.

Al ser la tarifa el resultado de un cálculo prospectivo (de consumos y de gastos), es inevitable que se produzcan desajustes entre la tarifa prevista para cubrir los costes y la tarifa necesaria para que efectivamente tales costes sean cubiertos. Estos desajustes tienen sus repercusiones jurídicas si analizamos la tarifa desde la perspectiva de su beneficiario (las empresas suministradoras) porque este tiene, como se analizará a continuación, un derecho subjetivo a percibir la cantidad suficiente para cubrir todos los costes.

IV. LA TARIFA COMO DERECHO: EL DERECHO A PERCIBIR LA TARIFA SUFICIENTE

Hay que recordar que, como dispone el artículo 2 LSE, es la libre iniciativa empresarial la que impulsa el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica aunque, ciertamente, bajo la garantía del

aumentar un 20%, según el escenario del MITYC, o un 19%, según el escenario de la CNE para que se igualaran a los costes totales del sistema sin considerar la Disposición transitoria 11ª de la Ley 54/1997». Así pues, afirma la CNE lo siguiente como resumen conclusivo de su estudio sobre la propuesta de tarifas para el año 2008: «la aplicación de las tarifas integrales y de las tarifas de acceso a los consumidores a mercado regulado y a mercado liberalizado, respectivamente, deben permitir la recuperación de los costes de actividades reguladas. Sin embargo, ni los ingresos totales del sistema aplicando los precios de las tarifas integrales y de acceso de la propuesta de Orden son suficientes para cubrir los costes totales del sistema, ni las tarifas de acceso de la propuesta de Orden son suficientes para cubrir los costes de acceso. En consecuencia, los precios de las tarifas integrales y de acceso establecidos en la propuesta de Orden deben ser superiores a los considerados en la misma».

suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional por lo que tienen la consideración jurídica de servicio esencial.

La libre iniciativa empresarial para desarrollar todas estas actividades conduce a la exigencia de su retribución adecuada para permitir su propio desarrollo o, lo que es lo mismo, la garantía del suministro de la electricidad. Aunque pueda resultar evidente: sin retribución adecuada no hay garantía adecuada de suministro.

Una retribución adecuada es la mejor garantía de suministro de la electricidad en un contexto jurídico, social y económico de libre empresa y, por consiguiente, de mercado. Cuando se rompe esta regla elemental, el servicio esencial del suministro de la electricidad sufre. El poder tarifario ha de servir preferentemente a dicho objetivo (retribución adecuada) porque es el requisito imprescindible para la garantía del suministro.

Esto es necesario reiterarlo porque podría parecer, como se pondrá de manifiesto a la luz de la lectura de las Sentencias que comentaremos, que el poder tarifario y su concreción cuantitativa no están relacionadas con la garantía del suministro, cuando, en realidad, es su principal garantía. Sin una retribución adecuada no se puede garantizar el suministro porque las empresas no pueden ni deben, por las responsabilidades lógicas y jurídicas de sus administradores para con sus accionistas, subvencionar un servicio por muy esencial que sea.

Esto que decimos forma parte no sólo de lo básico del Derecho sino, sobre todo, del sentido común. Sin embargo, lamentablemente, tanto uno como otro, el sentido jurídico y el sentido común, se echan en falta, al menos, en algunas de las Sentencias que comentaremos.

¿Por qué? Porque está más extendida de lo deseable la mentalidad del servicio público. Según esta forma de pensar, profundamente anclada en nuestra tradición jurídica, el suministro de la electricidad es un servicio público, además, en algunos casos, prestado por empresas públicas. Si es un servicio público, incluso prestado por empresas públicas, que la retribución sea o no la adecuada para cubrir todos los costes de las actividades es irrelevante porque el Estado, vía presupuestos, cubriría los posibles desajustes.

Cuando esta relación se ha roto porque la actividad de suministro, siendo un servicio esencial, ha dejado de ser un servicio público, la falta de cobertura de todos los costes de las actividades por la tarifa ha de repercutir necesariamente y como hemos dicho, en la garantía del suministro porque las empresas privadas no pueden soportar (subvencionar) estas actividades de manera indefinida por lo que tenderán a reducir las cantidades destinadas a las actividades de suministro para reducir los gastos y reequilibrar su cuenta de resultados. Cuando los ingresos son inferiores a los gastos, la lógica económica más elemental conduce a la reducción de

éstos. Éste es el problema elemental que, sorprendentemente, no ha calado en nuestros Tribunales. Estos continúan considerando que se trata de un servicio público por lo que resulta irrelevante la situación económica de las empresas prestadoras. Esto hace irrelevante, hasta cierto punto, cuál sea la cantidad que se fija vía tarifa. Es irrelevante porque la tarifa es analizada y considerada de manera separada a la seguridad del suministro. Cuando, en realidad, son dos aspectos que están absolutamente entrelazados por la libertad de empresa.

Esto supone un conflicto jurídico central entre, por un lado, el poder de la Administración para fijar la tarifa y, por otro, el derecho de las empresas suministradoras a percibir la retribución adecuada para garantizar el suministro de la energía por cuanto le permite cubrir todos los costes del suministro.

En realidad, no debería haber conflicto puesto que la tarifa debería permitir la plena satisfacción de los derechos de los suministradores. Sin embargo, esto no es así.

La tarifa debería responder, como ha sido subrayado en numerosas ocasiones sobre la base de lo dispuesto en el artículo 15 LSE (y en el artículo 18 respecto de la tarifa de último recurso), al principio de suficiencia económica. En consecuencia, el poder tarifario del Gobierno debería traducir numéricamente este principio de modo y manera que se puedan dar satisfacción al derecho de las empresas a la retribución adecuada, o sea, conforme a dicho principio.

Los problemas jurídicos surgen precisamente porque las empresas consideran que la tarifa no se ajusta a tal principio. Esto plantea varios interrogantes jurídicos. Por el lado de las empresas se plantean: ¿tienen un derecho a percibir una tarifa adecuada o conforme a la suficiencia económica? ¿es realmente un principio o es un derecho? Y, por el lado del poder de la Administración ¿estamos ante un poder reglado o discrecional?

La primera cuestión es si las empresas tienen un derecho a la tarifa y, en especial, a la tarifa suficiente o adecuada. El derecho a la tarifa, entendida como derecho a percibirla, surge precisamente como consecuencia de la entrega al sistema eléctrico de la energía para su consumo por los consumidores que tienen un contrato de suministro a tarifa. Una cuestión distinta es el derecho a que la tarifa, cuyo derecho a percibir surge precisamente como consecuencia de la producción y el consumo, tenga un importe determinado, aquel que hemos denominado adecuado. En definitiva, si el denominado principio de suficiencia económica de la tarifa constituye el contenido de un derecho subjetivo: el derecho a la percepción de una tarifa suficiente económicamente.

La pura lógica establece la conexión entre el derecho a percibir la tarifa y el derecho a la suficiencia económica de la tarifa. No tendría sentido

lo contrario. Sería absurdo que las empresas pudieran tener el derecho a percibir una tarifa que no fuese la adecuada o suficiente, máxime cuando esta tarifa es la contraprestación por la producción de la energía consumida. Si la energía se consume, este acto hace surgir el derecho a una contraprestación adecuada o suficiente para cubrir todos los costes y demás conceptos derivados de dicho acto. Por lo tanto, el derecho a percibir la tarifa incluye necesariamente el derecho a que la tarifa sea económicamente suficiente.

El problema pasa a ser el cuánto, la cantidad que concreta la suficiencia económica. Aquí surge el otro problema jurídico que habíamos anunciado: la naturaleza jurídica de la potestad tarifaria de la Administración. Es un poder que tiene por objeto la plasmación aritmética de la suficiencia de la tarifa. Por esta razón, ya habíamos adelantado su naturaleza resolutoria y no reglamentaria de la decisión de la Administración que plasma dicha cantidad. Ahora nos interesa otra dimensión de su naturaleza jurídica: ¿cuál es el margen de libertad que tiene la Administración para ejercer dicho poder? El resultado es un acto administrativo, pero la Administración puede tener un mayor o menor margen para su concreción.

Podemos considerar y admitir que la Administración tiene un margen, más o menos amplio, para llevar a cabo la concreción aritmética indicada. Sin embargo, no debemos olvidar que se trata de un poder que sirve para dar contenido a un derecho subjetivo, el derecho de los suministradores a la contraprestación por la energía suministrada y consumida. Desde esta perspectiva, entiendo que no cabe la posibilidad de considerar que el poder de la Administración es discrecional. Puede haber discrecionalidad, según el planteamiento doctrinal y jurisprudencial al uso, cuando el resultado de dicho poder sea jurídicamente irrelevante: la elección de la Administración es jurídicamente irreprochable si se circunscribe al ámbito de lo establecido por la Ley. Sin embargo, no hay irrelevancia cuando se trata del contenido de un derecho. A los suministradores no puede resultarles irrelevante que la cantidad sea una u otra. La cantidad ha de ser, necesariamente, aquélla que sea la contraprestación adecuada o suficiente para cubrir costes y otros conceptos derivados del suministro. Por esta circunstancia, ciertamente esencial, se acude a la noción jurídica de concepto jurídico indeterminado.

Según esta construcción, la tarifa económicamente suficiente es un concepto jurídico indeterminado. Esto significa que no hay irrelevancia jurídica en cuanto a la elección de la Administración, por lo que sólo puede haber una solución justa. Por consiguiente, los Tribunales pueden reconstruir plenamente el proceso de aplicación del concepto para determinar cuándo la tarifa es realmente suficiente y, en consecuencia, podrían sustituir el juicio de la Administración cuando lo considerase ilegal o arbitrario.

La conclusión provisional, ciertamente, a la que podríamos llegar es la siguiente: i) las empresas tienen un derecho subjetivo a la percepción de una tarifa económicamente suficiente como contraprestación al suministro de la energía; ii) la Administración tiene un poder, el poder tarifario, que ha de permitirle concretar aritméticamente cuál es dicha tarifa, o sea, determinar la suficiencia económica de la tarifa para lo que iii) debe aplicar el concepto jurídico indeterminado de «tarifa económicamente suficiente» que ha de conducir a una magnitud aritmética que ha de ser, a la vista de las circunstancias, la magnitud adecuada para que los suministradores a tarifa puedan sufragar todos los costes. En consecuencia, iv) los Tribunales podrían revisar plenamente dicho proceso de aplicación del concepto a los efectos de comprobar su legalidad y ausencia de arbitrariedad.

Sin embargo, dos objeciones surgen inmediatamente a estas conclusiones provisionales: i) la tarifa no es sólo una contraprestación por el suministro, sino que incluye otros conceptos; ii) el cálculo de la suficiencia económica no es tan perfecto para que sólo pueda dar lugar a una única cifra aritmética; y iii) los Tribunales de lo contencioso son muy reacios a considerar que estamos ante un concepto jurídico indeterminado ya que se decantan, sin expresarlo de esta manera, por considerar que se trata de una potestad discrecional por lo que hay una consciente deferencia hacia la Administración en cuanto al cálculo de la tarifa.

Como analizaremos a continuación, la lógica jurídica y económica de la tarifa se ve profundamente contaminada por la ruptura de su naturaleza retributiva para convertirse en un mecanismo de políticas muy dispares (redistributiva) y por la material calificación de la potestad tarifaria como discrecionalidad. La política y la discrecionalidad vician la lógica esencial de la institución tarifaria. La consecuencia es conocida: la auto-limitación del control judicial.

Además, como factor decisivo a añadir, debemos tener presente que, como analizaremos a continuación, la tarifa es fijada asumiendo el déficit correspondiente, o sea, asumiendo que no va a cubrir todos los costes del suministro de la energía a los consumidores.

Por lo tanto, nos encontramos con dos planos de análisis a considerar: i) la tarifa adecuada o suficiente es un concepto jurídico indeterminado que ha de conducir a una plasmación aritmética determinada pero con cierto margen de incertidumbre que puede y debe ser objeto de control por los tribunales y ii) la tarifa es fijada asumiendo un déficit.

Debemos distinguir entre la tarifa suficiente y la tarifa que es conscientemente insuficiente. La primera es una imposición de la Ley (tarifa nominal). La segunda es una realidad denunciada, como ya nos consta, incluso por la CNE. El Derecho exige la suficiencia de la tarifa y rechaza

que la tarifa sea fijada asumiendo que es insuficiente. Sin embargo, incluso las normas que fijan la tarifa reconocen «ex ante» los déficit. Nos encontramos, así pues, con dos déficit, i) el ex post, el que resulta de la liquidación efectiva que se lleva a cabo al finalizar el año cuando se procede a comparar, por un lado, los costes y los ingresos previstos, y, por otro, los costes efectivamente incurridos y los ingresos efectivamente obtenidos. En cambio, ii) el déficit ex ante es el que la Administración reconoce anticipadamente a aquella liquidación porque reconoce que la tarifa nominativa, la tarifa jurídica, es insuficiente para cubrir los costes, incluso, los costes previstos¹⁷.

V. EL DÉFICIT TARIFARIO

Para entender cómo funciona el sistema, así como sus problemas, son fundamentales los informes, excelentes, que la Comisión Nacional de Energía (CNE) emite con ocasión de la propuesta de norma reguladora de la tarifa correspondiente. Estos informes detallan esta mecánica pero también exponen sus defectos.

Uno de los defectos, expuesto y criticado por la CNE, es el déficit tarifario al que nos hemos referido. Lo relevante no es, sólo, que el déficit tarifario sea un resultado del sistema regulatorio de la electricidad, sino que es un efecto, incluso, previsto y, como se analizará más adelante, querido del propio sistema de fijación de la tarifa.

En su último Informe, Informe 34/2007, de la CNE sobre la propuesta de Orden por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, de 20 de diciembre de 2007, se formula la siguiente conclusión:

«Segundo. La aplicación de las tarifas integrales y de las tarifas de acceso a los consumidores, deben permitir la recuperación de los costes de actividades reguladas. Sin embargo, ni los ingresos totales del sistema aplicando los precios de las tarifas integrales y de acceso de la propuesta de Orden son suficientes para cubrir los costes totales del sistema, ni las tarifas de acceso de la propuesta de Orden son suficientes para cubrir los costes de acceso. En consecuencia, los precios de las tarifas integrales y de acceso

¹⁷ Así, por ejemplo, la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 «reconoce ex ante la existencia de un déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas que se generarán entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de marzo de 2008 que asciende a un máximo 1.200.000 miles de euros» (art. 1.11).

establecidos en la propuesta de Orden deben ser superiores a los considerados en la misma.

La subida propuesta de tarifas ni siquiera llega a la subida anunciada de un aumento equivalente al aumento del IPC, que según las últimas estimaciones sería del 4,1%.

En este sentido, la situación de grave desequilibrio financiero estructural en la que se encuentra el sistema eléctrico hace que el escenario actual no sea sostenible en el medio plazo, debiendo el MITYC, a juicio de esta Comisión, tomar medidas urgentes de reajuste que no se contemplan en ningún lugar en la propuesta de Orden sometida a esta CNE».

La contundencia y claridad del juicio hace innecesario cualquier comentario: las tarifas son conscientemente deficitarias, esto es, no cubren los costes previstos. Esto produce un déficit estructural que se repite a lo largo de los años hasta acumular unas cifras estratosféricas que, como afirma la CNE, producen un grave desequilibrio financiero estructural de todo el sistema eléctrico. A su vez, desde la perspectiva jurídica¹⁸, resulta sorprendente la «normalidad» con la que el Derecho y el regulador «asumen» y regulan esta previsión. Por un lado, el regulador asume y reconoce un déficit de la importancia que comentamos y, por otro, la norma que regula la tarifa, o sea, el mecanismo de retribución de las empresas que desarrollan las actividades de suministro, ya prevé que esa retribución

¹⁸ En cambio, desde el punto de vista económico, la CNE ha afirmado (pág. 22-23): «Esta Comisión considera necesario insistir en que la no traslación de los costes a los precios de las tarifas integrales y de acceso implica en realidad el mantenimiento en el sistema de dos conceptos de tarifa distintos, que, a los efectos de esta explicación, podrían denominarse «nominal» y «real». La «nominal» sería la publicada en el BOE y es la que paga el consumidor en la factura correspondiente al mes en que se ha producido el consumo. La «real» es la que resulta de considerar los costes totales del sistema y constituye la que la globalidad de los consumidores del sistema acabará finalmente pagando en el futuro por esos consumos pasados. La decisión de no trasladar los costes reales a los precios de las tarifas integrales y las tarifas de acceso (esto es, el mantenimiento de las tarifas «nominales» por debajo de la suma de los costes, generándose un déficit en el sistema) en el fondo supone decidir el modo de financiación de la tarifa «real» (esto es, decidir cómo y qué porcentaje de la tarifa real se va a diferir a ejercicios futuros). Esto conlleva efectos perversos en el sistema, entre los que se pueden enunciar los siguientes: (1) la necesidad de mayores incrementos futuros de las tarifas «nominales» eléctricas al tener que considerar amortización e intereses de la deuda adquirida, (2) problemas de asignación de costes entre distintos segmentos de clientes o (3) el incremento del consumo derivado del uso ineficiente de la energía eléctrica al recibir los consumidores señales de precios inferiores a los reales. Este último aspecto iría además en contra de la búsqueda del objetivo de consecución de mayor eficiencia en la forma de consumir, lo cual debería ser una prioridad en la realidad energética actual. En este sentido, los ingresos reales de las empresas del sector no sólo no se ven afectados de forma sensible por el mantenimiento de una tarifa nominal que genere déficit de ingresos (cuyo reembolso con sus costes tienen asegurado), sino que incluso podrían beneficiarse por un incremento del consumo debido a la señal distorsionada de precios bajos que reciben».

será insuficiente para compensar los déficit históricos, así como los costes de suministro en el mismo ejercicio en el que la tarifa se va a cobrar. Todos estos déficit se amortizarán durante una serie de años con cargo a la tarifa eléctrica. Ésta es la previsión legal. Las empresas van a cobrar el déficit en cierto número de años. Ahora bien, la cuestión jurídica es otra: ¿por qué razón las empresas tienen que soportar esta carga y sus consecuencias financieras, de la magnitud que hemos señalado durante el número de años, muchos (hasta el 2022 se recoge en el Informe de la CNE), hasta su completa satisfacción? Al tener las empresas suministradoras unos ingresos inferiores a sus gastos, han de acudir a distintas fórmulas (financieras) para cubrir este desfase. Sea cual sea la fórmula elegida, esta financiación les ha de suponer un gasto que, a la luz de las magnitudes económicas de las que hablamos, será importante. El déficit supone para las arcas de las empresas una carga financiera con independencia de la fórmula elegida para sufragar el desfase que hemos comentado.

El examen de los Informes de la CNE sobre tarifas están huérfanos de cualquier argumento jurídico sobre los temas aquí planteados. Según parece, forma parte de lo normal para el regulador que unos privados tengan que financiar la prestación de una actividad. El impacto económico del déficit es analizado pero nada se dice sobre lo que resulta, a mi juicio, más llamativo: el por qué de la imposición de esta obligación jurídica de soportar los costes económicos de la prestación de una actividad cuando la retribución que han de percibir es insuficiente porque la Administración quiere, y así lo reconoce, que lo sea. ¿Por qué las empresas tienen la obligación jurídica de soportar el déficit de retribución creado por la Administración para reducir el eventual impacto político o social de una tarifa adecuada? ¿Por qué razón las empresas han de subvencionar la política redistributiva del Gobierno?

Estas preguntas, planteadas en términos jurídicos, no consideran el eventual problema social y político que se podría plantear si las tarifas fuesen las adecuadas. Entiendo que este problema, que podría ser extraordinariamente grave para ciertas familias, debería ser solucionado por el Estado haciendo uso de los medios y de las políticas sociales que tiene en su mano. Ahora bien, la cuestión jurídica sigue abierta: ¿cuál es el fundamento y la naturaleza de la obligación jurídica de soportar los déficit durante los años necesarios hasta su completa redención?

VI. DÉFICIT TARIFARIO. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUFICIENCIA DE LA TARIFA

Como hemos señalado, la cuestión jurídica central que se aborda en este trabajo no es la existencia o la magnitud de los déficit o, incluso, el

porque se han producido, sino la justificación jurídica de su existencia y de su regulación, incluso, *ex ante*, como hemos indicado. Ni los Tribunales ni el regulador (CNE) se han enfrentado a estas cuestiones. Ni los Tribunales al resolver los recursos planteados por las empresas eléctricas contra la tarifa, ni el regulador que se ha centrado en las cuestiones económicas. Nos interesa, así pues, analizar la dimensión jurídica de este problema (el déficit) y, en particular, cuál es el título jurídico que permite y justifica su propia existencia con la consecuencia que nos es conocida: las empresas deben soportarlo con la consiguiente carga financiera que supone.

¿Qué dice la jurisprudencia sobre esta cuestión? Existe una importante jurisprudencia sobre la tarifa eléctrica. Cada año son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que ventilan recursos de las empresas eléctricas contra el Decreto que la fija, tal y como hemos expuesto al inicio de este trabajo.

En todos esos recursos, las empresas han alegado, utilizando unos u otros argumentos, que la tarifa es insuficiente, esto es, que el incremento de la tarifa previsto en el Decreto correspondiente no permitía cubrir los costes de las actividades de suministro de la energía.

Este alegato ha sido rechazado por la jurisprudencia utilizando unos argumentos que se han ido estandarizando a lo largo de los años. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7325) sistematiza, para lo que se sirve de la amplia jurisprudencia recaída en esta materia, estos argumentos de la manera que pasamos a exponer.

En primer lugar, la Sentencia reconoce que la legislación eléctrica consagra el «principio de suficiencia económica de la tarifa» (art. 15 LSE). «Este precepto legal —afirma la Sentencia citada— institucionaliza el principio de suficiencia económica de la tarifa como principio rector del régimen económico retributivo de las actividades de distribución de energía eléctrica, que se desprende de la cláusula mencionada de «objetividad», en cuanto que las tarifas deberán ser adecuadas para garantizar el equilibrio económico-financiero de las empresas prestadoras del servicio, atendiendo al interés del funcionamiento regular del sector eléctrico, que satisface intereses públicos vinculados al desarrollo de la economía y al bienestar de la colectividad, de modo que permitan compensar los costes derivados de la obligación de asegurar la garantía del suministro de energía eléctrica en condiciones de universalidad, calidad, seguridad y continuidad, y que impone a las Compañías obligaciones de servicio público, y garantizar, asimismo, la protección del derecho de los consumidores al suministro eléctrico en condiciones equitativas, sin ser obstáculo a la iniciativa empresarial que se desenvuelve en este sector sometido a un proceso de liberalización en un marco de libre competencia, que tiene como finalidad conseguir un mercado de la electricidad competitivo, y

cuya concreción se atribuye al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, en cuya determinación deberá ponderar el complejo núcleo de intereses subyacentes encuadrables en la política económica y social del Estado».

Las dos ideas fuerzas de este alegado pueden parecer contradictorias: i) las tarifas deberán ser adecuadas para garantizar el equilibrio económico-financiero de las empresas prestadoras del servicio; y ii) la concreción de la tarifa se atribuye al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, en cuya determinación deberá ponderar los intereses amparados por el Estado social.

Estas dos ideas son, como hemos dicho, contradictorias porque da a entender, como posteriormente se verá confirmado, que el Gobierno ha de tener en cuenta, además de los intereses de las empresas en orden a garantizar el equilibrio económico-financiero de las mismas, «el complejo núcleo de intereses subyacentes encuadrables en la política económica y social del Estado».

El Tribunal considera que la potestad tarifaria se puede contaminar con consideraciones políticas y sociales derivadas, en última instancia, de la cláusula de Estado social.

A mi juicio, éste es el error de partida. La mejor política social es la que garantiza que el suministro se pueda producir en condiciones de igualdad, calidad, cantidad y continuidad. Si las empresas no obtienen la retribución adecuada, el suministro no puede ser garantizado. Hay que recordar, una vez más, que se trata de empresas privadas, no de empresas públicas y aún menos, de empresas prestadoras de un servicio público. Estas formas de prestación podrían admitir el juego de otros intereses, como señala la Sentencia, pero tratándose de empresas privadas no es posible. Las alternativas son, o garantizar la retribución adecuada para que la prestación se pueda seguir llevando a cabo a plena satisfacción de los intereses de los usuarios o restablecer el servicio público para la prestación de la actividad bajo el régimen de concesión. Sin embargo, mezclar las dos formas de prestación, además de jurídicamente incoherente, produce unos efectos que, desde el punto de vista social, son adversos. Un único dato es suficiente: el déficit, principal manifestación de la insuficiencia de la tarifa, tiene como consecuencia diferir hacia el futuro, por lo tanto, incluso a las generaciones futuras, el pago de un servicio que estamos disfrutando nosotros ahora. Esta subvención que las generaciones futuras prestan a las generaciones presentes es injusto. No me parece justo que dejemos a nuestros hijos, además de un planeta con una grave crisis ambiental, unas deudas que hemos contraído nosotros por la incapacidad de nuestros gobernantes, lastrados por una ideología paternalista, de arbitrar una solución más justa. Es la gran paradoja del paternalismo: adoptar una

solución paternalista con los ciudadanos de hoy a cambio de incumplir una de las exigencias más elementales del padre de familia: que la situación heredada por los hijos sea mejor que la recibida por los padres. Unos padres que transmiten a los hijos un patrimonio de deudas no son los mejores padres. Esto es lo que está sucediendo con el paternalismo supuestamente amparado en el Estado social: la transmisión de las deudas, que no es más que el reconocimiento de la incapacidad de encontrar en el presente una solución a un problema por lo que se difiere hacia el futuro. Es injusto e ilógico.

En segundo lugar, la Sentencia afirma que la fijación de la tarifa es una tarea de gran complejidad. Esto obedece a que requiere, como señala la Sentencia, «un juicio prospectivo complejo, sometido al examen de múltiples cuestiones asociadas a la estructura del consumo durante el ejercicio y al comportamiento de las empresas de generación, de transporte, de distribución y comercialización, que, por el carácter de impredecible, al estar sometidos a diversas variables, sobrepasa el enjuiciamiento revisor desde cánones estrictos de juridicidad».

Ésta es la segunda matización o modulación al control jurisdiccional que se suma a la ya comentada (la conjugación de múltiples intereses económicos, sociales y políticos). Tiene razón la Sentencia cuando reconoce que la tarifa es el resultado, como ya nos consta, de un proceso complejo de cálculo de previsiones tanto de costes como de consumos, a los que hay que añadir otros conceptos como los denominados costes permanentes. Es, por lo tanto, una previsión sobre lo que habrá de costar al sistema eléctrico el suministro de una cierta cantidad de energía que igualmente es objeto de una previsión. El cálculo no puede ser, por razones obvias, exacto. La exactitud sólo podrá resultar de la liquidación a posteriori, una vez producido el consumo, nunca a priori. La tarifa es un ejercicio prospectivo de gran complejidad. Esta gran complejidad introduce, como señala la Sentencia, otra modulación al control jurisdiccional.

La Sentencia considera que el control jurisdiccional sólo puede ser un control de la arbitrariedad pero en su vertiente externa. Esto significa que la potestad tarifaria es una potestad discrecional sometida a un control jurisdiccional doblemente modulado: por la conjugación de los múltiples intereses que sólo puede ser llevada a cabo por el poder político y por la dificultad técnica del juicio prospectivo sobre dos variables esenciales (los costes y los consumos previstos) cuya determinación y revisión igualmente escapan a los Tribunales. El resultado, como afirma la Sentencia, «sobrepasa el enjuiciamiento revisor desde cánones estrictos de juridicidad».

Esta afirmación deja el control de la potestad tarifaria al control externo de la discrecionalidad, o sea, al control de la justificación de la decisión sobre el importe de la tarifa desde el doble plano de su plasmación (mo-

tivación) y de su «calidad justificadora», o sea, su capacidad para que, al menos, los jueces consideren que es una decisión que está suficientemente basada en razones (razonabilidad).

Esta aseveración deja el derecho de las empresas a la retribución adecuada en manos de la discrecionalidad de la Administración que, además, sólo está sometida a un control jurisdiccional auto-contenido o minorado por las dos razones fundamentales que hemos expuesto.

A partir de aquí, las demás conclusiones a las que llega la Sentencia son coherentes con esta renuncia a entrar en el corazón del poder tarifario, lo que debería hacer en buena lógica jurídica con el punto de partida del derecho a la retribución.

«Esta Sala no aprecia —afirma la Sentencia— que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad de fijación de la tarifa eléctrica para 2006, no haya justificado adecuadamente los motivos para incrementar la tarifa en un porcentaje del 4,48%, ni que haya vulnerado los principios de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad, por no garantizar una retribución suficiente de las actividades necesarias para prestar adecuadamente el servicio de distribución de energía eléctrica».

Y se añade más adelante, tras el examen de la Memoria económica del Decreto, pero también el informe de la CNE, que «la fijación de las tarifas no se ha producido huérfana de toda motivación y justificación, sino que hay una decisión respaldada por el informe razonado del órgano consultivo de la Administración en la materia, cuyos miembros son nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional». Ésta es una afirmación que la Sentencia extrae de la Sentencia de 15 de febrero de 2004 (RJ 2004/1876) y que ahora vuelve a reiterar.

Queda en el aire la cuestión del déficit. La tarifa es razonable, o mejor, es externamente razonable, en tanto justificada y motivada, pero esto no quiere decir que no pueda ser ilegal, por contrario al principio de suficiencia, o lo que es lo mismo, a mi juicio, el derecho de las empresas a la retribución adecuada, si aquella tarifa, por muy razonable que sea en apariencia, produce un resultado injusto como sería el déficit.

La Sentencia se enfrenta a esta cuestión jurídica de primera magnitud pero sin afrontar, a mi juicio, la cuestión central: ¿cuál es el título jurídico por virtud del cual una empresa privada ha de soportar todos los costes de la prestación de un servicio sin recibir la contraprestación adecuada? En particular, ¿cuál es el título jurídico por el que las empresas han de soportar la carga financiera derivada de la necesidad de cubrir cada año el desfase entre ingresos y gastos para garantizar la continuidad del suministro de la electricidad?

La Sentencia reproduce, sin entrar en el fondo del asunto, el pronunciamiento contenido en la Sentencia de 15 de febrero de 2004, sobre esta

cuestión: «De la redacción de la norma y desde la propia perspectiva que tiene en cuenta nada impide, derivado de aquella limitación al incremento anual, que esos costes se puedan establecer en un máximo anual siempre que en el horizonte que prevé, esto es, 1º de Enero de 2003 y el 31 de Diciembre de 2010, tales déficits no se produzcan, esto es, que en definitiva estos costes queden recuperados al final de ese periodo. Y para eso están precisamente las previsiones de los artículos 4.9 (Determinación de los costes previstos para retribuir las actividades), 7 (Revisión de las previsiones de años anteriores) y 8 (Revisión de la tarifa eléctrica media o de referencia), del Real Decreto 1432/2002 , por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia y se modifican algunos artículos del Real Decreto 2017/1997, de 26 de Diciembre , por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. Lo que significa que si se produce un déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas al finalizar el año 2003, será corregido a través del sistema de desvíos establecido en ese Real Decreto, subsanándose así cualquier tipo de desfase que se pueda originar en el periodo que resta hasta aquella fecha de 2010».

Esta última frase es la mejor ilustración de lo que queremos decir: la Sentencia abandona cualquier empeño en buscar el título jurídico que sirva para justificar el porqué una empresa privada ha de soportar los costes de la prestación de un servicio sin percibir la retribución correspondiente con las consiguientes cargas financieras, por lo demás, importantes, que ha de soportar. Para el Tribunal lo importante es que al finalizar el año 2010 todos los costes habrán sido sufragados, pero por qué la empresa ha de soportar hasta esa fecha las importantes cargas financieras de la prestación de un servicio que no puede interrumpir. Según parece, no es relevante jurídicamente que se suministre a déficit sino que en el futuro, dentro de diez o más años, el suministrador recibirá la compensación íntegra.

Mientras tanto, la tarifa es sólo una previsión por lo que es razonable que los ingresos finales no coincidan con los previstos. La Sentencia acude a la cita de la Sentencia de 3 de mayo de 2006 (RJ 2006/2145) para reiterar: «la Administración del Estado no incumple la regla establecida en el artículo 17 de la Ley 54/1997 cuando los cálculos prospectivos para un determinado año, en cuya virtud se fijan las magnitudes que integran un Real Decreto de fijación de tarifas, se hacen sobre la base de unos costes razonables. El apartado 1.d) de aquel artículo exige, en efecto, que la fijación de la tarifa incluya entre los conceptos correspondientes los costes permanentes del sistema, esto es, los costes que razonablemente se prevea que van a ser devengados en el año siguiente. No se le puede exigir una

absoluta adecuación a la realidad por venir y, de hecho, como acabamos de ver, los ingresos finales suelen no coincidir con los presupuestados: cuando este fenómeno se produce al alza, ninguno de los beneficiados por el superávit se ha creído en la obligación de devolverlo. El mandato contenido en aquel artículo, insistimos, no obliga sino a que las previsiones correspondientes sigan una orientación a costes».

Lamentablemente, los ingresos son inferiores, muy inferiores a los costes. Ya hemos señalado que la cifra reconocida ascienda a más de 10.000 millones de euros. La hipótesis de que los ingresos reales sean superiores a los ingresos previstos es algo más que teórico: es materialmente imposible. La misma CNE reconoce, pero también la Administración, como se analizará más adelante, que la tarifa no se corresponde con los costes para lo que sería necesario, incluso, un incremento de la misma en un 20 por 100.

La cuestión jurídica es la siguiente: i) podemos admitir, como hace la Sentencia, que la tarifa es el resultado de una proyección que, en tanto que tal, no necesariamente se ha de ajustar a los ingresos realmente percibidos y que estos, además, cubran los costes, pero ii) no parece razonable que esta previsión de tarifa, orientada a los costes, refleje unos costes que no son reales, tanto es así que se sabe de antemano que los costes van a ser un 20 por 100 más elevados. Por lo tanto, la cuestión jurídica es la siguiente: ¿forma parte del ámbito de la discrecionalidad un «error» del 20 por 100? ¿forma parte de la discrecionalidad fijar una tarifa que, no obstante estar orientada a los costes, estos costes previstos no son reales, por lo que la Administración sabe e incluso lo reconoce, como se analizará más adelante, que la tarifa produce un déficit que se habrá de sumar a los acumulados en años anteriores hasta dar lugar a la cifra que ya conocemos de más de 10.000 millones de euros al finalizar el año 2008?

En otros términos nos debemos interrogar si la discrecionalidad puede tener el alcance de permitir a la Administración disponer del derecho a la retribución adecuada de modo y manera que la tarifa o retribución ni se adecua a los costes reales ni conscientemente va a retribuir los costes efectivamente producidos o que se van a producir porque se sabe que no es una retribución suficiente.

A mi juicio, el poder tarifario de la Administración no es un poder discrecional. Como ya hemos señalado, si fuese discrecional, sería jurídicamente irrelevante la cuantía que la Administración fijase. Esto no es posible. El poder tarifario ha de dirigirse a la fijación de la tarifa económicamente suficiente. Éste es un concepto jurídico indeterminado, según la clásica doctrina jurídica¹⁹. También según ésta, su determinación no da

¹⁹ Vid las referencias bibliográficas que sobre esta cuestión se contienen en la nota bibliográfica final.

lugar a ningún poder discrecional en manos de la Administración. Además, las empresas tienen un derecho subjetivo a que la tarifa sea económicamente suficiente. Por lo tanto, tampoco podría haber una potestad del tipo que señalamos. El objeto de la potestad y el derecho subjetivo de las empresas respecto de tal objeto, cierran el paso a cualquier consideración de la potestad tarifaria como una potestad discrecional.

Las características del sistema administrativo elegido por la ley para la fijación de la tarifa no pueden afectar a la naturaleza jurídica de la potestad tarifaria que no puede ser discrecionalidad por afectar, como he dicho, a un derecho subjetivo. Ahora bien, la Administración tiene un margen de apreciación, consustancial a la operación que ha de llevar a cabo (proyecciones sobre costes e ingresos), pero cuyo resultado no es irrelevante jurídicamente por lo que no escapa al control judicial la decisión de la Administración (la fijación de la tarifa en una determinada cantidad) puesto que la Ley no ha querido que la Administración elija y, aún menos, que elija con libertad.

A mi juicio, la superación de la distinción entre potestades regladas y discrecionales es una de las cuestiones sobre las que la doctrina debería avanzar con decisión, como sucede, por ejemplo, en otros ordenamientos como el norteamericano. Las potestades son potestades legales y es la Ley la que delimita el margen de apreciación mayor o menor de la Administración. El papel de los Tribunales es controlar que la Administración ha actuado dentro del margen entregado por la Ley. Ésta es la cuestión esencial. En el caso de la potestad tarifaria nos encontramos con un ejemplo excelente. Los Tribunales admiten de una u otra manera que estamos ante una potestad discrecional que, además, está sometida a un control judicial doblemente modulado, como hemos expuesto. En cambio, la renuncia a considerar la potestad como discrecional o reglada nos ha de conducir a interpretar los términos de la ley que habilita y regula este poder. Este análisis no permite concluir que forme parte del margen de apreciación de la Administración elegir una u otra cifra a los efectos de concretar la tarifa correspondiente a cierto año. Las dificultades técnicas que encierra el ejercicio de este poder tarifario no pueden confundirse con ninguna libertad sino con las dificultades que encierra la determinación de la tarifa adecuada dentro del margen concedido por la Ley sobre la base de ciertas proyecciones sobre ingresos y costes en el año correspondiente.

Este planteamiento tiene una consecuencia jurídica: no puede haber déficit y aún menos déficit *ex ante*. No puede haber déficit salvo el derivado del error material (en su significado matemático) nacido del desfase entre la previsión y la realidad de los costes y los ingresos al finalizar el año. Es más, se podría considerar que la tarifa es una retribución provisional a falta de la que resulte de la liquidación definitiva al finalizar el año

correspondiente. Esta consideración del déficit como error técnico no supone sólo un cambio terminológico. Supone el reconocimiento de la tarifa como retribución provisional que siempre ha de quedar pendiente de la liquidación final que se llevará a cabo al terminar el año correspondiente.

En ningún caso es admisible, desde el punto de vista jurídico, el denominado déficit *ex ante*. Este es el déficit que surge cuando la Administración fija una tarifa conscientemente insuficiente y reconoce que dará lugar a un déficit antes de producirse materialmente que se sufragará por el procedimiento que se detalla en la misma regulación.

La Administración reconoce que la tarifa que fija es, antes de su percepción, insuficiente. Si esto es así, supone una violación del derecho subjetivo a la retribución. Las empresas suministran la energía sin percibir a cambio la retribución adecuada. Siendo así que no pueden interrumpir la prestación, pasan a soportar una carga sin justificación jurídica de ningún tipo. Ésta es la cuestión jurídica sobre la que nos pronunciaremos más adelante.

La jurisprudencia ha preferido obviar este asunto considerando que el déficit no está acreditado. Así la Sentencia de 17 de octubre de 2007 afirma lo siguiente: «no cabe considerar acreditada la existencia de déficit tarifario, derivado inmediatamente de la fijación de la tarifa para la venta de energía eléctrica, que aplican las empresas distribuidoras, siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala en la sentencia de 22 de junio de 2005 (R 32/2003), ya que la falta de recibimiento del proceso a prueba, permite concluir que no ha quedado contradicha la inexistencia de déficit retributivo supuestamente soportado por las empresas eléctricas, ya que este hecho sería incongruente con los resultados económicos obtenidos por las Compañías eléctricas en el ejercicio precedente de 2005, que se exponen en el Informe Anual 2005 de UNESA, vinculado además a la revalorización del precio de las acciones de aquellas empresas que cotizan en Bolsa, que sería incompatible con la previsión negativa de ingresos y de beneficios, como aduce el Abogado del Estado».

No es posible negar lo evidente, como reconoce, por ejemplo, la CNE. El déficit alcanzará a finalizar el año 2008 la cifra de más de 10.000 millones de euros. Sorprende, sin embargo, que se pueda deducir que no existe sobre la base de la cuenta de resultados de las empresas; deducir de la cuenta de resultados de las empresas la inexistencia del déficit es como deducir del saldo de un particular que no paga una hipoteca. También se podría pensar a la vista de una y de otra que si los déficit no existieran tanto la cuenta de resultados como el saldo de la cuenta sería aún más saneado.

Por último, la fortaleza de la economía de una empresa no es título jurídico para hacer reposar sobre la misma cualquier carga pública. Ésta es la cuestión que queda sin resolver.

En todo caso, merece subrayarse que la Sentencia sienta un argu-

mento muy interesante de cara a la eventual impugnación de la Orden ITC/3860/2007 que fija, como ya nos consta, las tarifas para el año 2008. Esta Orden, como anteriormente el Real Decreto 1634/2006 que establecía la tarifa para el año 2007, «reconoce ex ante la existencia de un déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas que se generará entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de marzo de 2008 que asciende a un máximo de 1.200.000 miles de euros» (art. 1.11).

Si la Sentencia consideraba que no estaba acreditada la existencia de déficit tarifario, este reconocimiento será suficiente para acreditarlo. Ya no hay excusa: ¿cuál es el título jurídico que legitima a la Administración para imponer conscientemente a una empresa la obligación de soportar la carga de la prestación de un servicio sin percibir la contraprestación adecuada? El déficit no es ya un resultado de la complejidad del proceso de la fijación de la tarifa. Con el reconocimiento del déficit ex ante, la Administración está reconociendo que fija una tarifa que no cubre los costes, o sea, una tarifa conscientemente insuficiente. Este reconocimiento sitúa la pregunta que tantas veces nos hemos reiterado en otro plano, abriendo el paso a consideraciones jurídicas que se analizarán a continuación.

VII. DÉFICIT EX ANTE

El caso del denominado déficit ex ante tiene dos dimensiones importantes a nuestros efectos: el reconocimiento de su existencia y el sistema regulado para su cobro.

La primera dimensión es la que nos interesa. La Administración reconoce, antes de la liquidación definitiva, que la tarifa es insuficiente. Este reconocimiento anticipado es importante porque viene a confirmar que la Administración admite que la tarifa que ha fijado no cubre adecuadamente todos los costes.

La segunda dimensión tiene una menor relevancia a los fines de este trabajo. En líneas generales el sistema²⁰ es el siguiente: i) Anualmente, la Administración establece el déficit ex ante en las Ordenes de tarifas; ii) la Administración procede a la subasta del derecho de cobro de esas cantidades (el denominado valor base del derecho de cobro objeto de subasta que será como máximo el reconocido como déficit ex ante) más los interés de actualización del valor base (EURIBOR a tres meses) mediante la atribución del derecho a percibir un determinado importe mensual de los ingresos del sistema eléctrico; iii) la atribución de tal derecho corresponderá,

²⁰ Este sistema ha sido regulado por la Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo, por la que se regula el derecho de cobro correspondiente a la financiación del déficit ex ante de ingresos de las liquidaciones de las actividades reguladas y su procedimiento de subasta.

mediante subasta, a las ofertas presentadas en orden ascendente según el diferencial ofertado (positivo o negativo a aplicar sobre el tipo de interés de referencia para la actualización del valor base); y iv) las cantidades así obtenidas serán gestionadas por la CNE que las habrá de destinar a atender los desajustes de ingresos de actividades reguladas que se hayan producido durante el período al que se refiera la subasta o que puedan producirse en las sucesivas liquidaciones correspondientes al ejercicio en que se celebre la subasta y, en su caso, en ejercicio posteriores.

Este sistema garantiza, al menos inicialmente, que las empresas eléctricas percibirán las cantidades correspondientes para sufragar los desajustes entre ingresos y gastos pero, a partir de los déficit de los años 2007 y siguientes, no así los anteriores. Además, no hay certeza de que los déficit reconocidos *ex ante* sean los efectivamente incurridos. Por lo tanto, se plantean interesantes cuestiones jurídicas, en coherencia con el objeto central de este trabajo, respecto de las consecuencias jurídicas del déficit anterior al año 2007 y el nuevo déficit no cubierto por el sistema de cobro arbitrado por el denominado déficit *ex ante* reconocido. En ambos casos, las empresas soportan una carga financiera como consecuencia del indicado desfase temporal entre el momento del coste y el momento del ingreso.

Así pues, dos son las cuestiones jurídicas de interés a nuestros efectos: por un lado, el mismo reconocimiento que hace la Administración de la insuficiencia de la tarifa y, por otro, que ese reconocimiento previo y *ex ante* (de la producción del déficit efectivo) no garantiza, ni la compensación de los déficit históricos (anteriores a 2007) ni la compensación de los déficit realmente producidos en el caso de que el déficit reconocido (*ex ante*) no sea suficiente. En ambos casos, la insuficiencia de la tarifa suscita la necesidad del análisis de la legalidad del ejercicio por la Administración de su potestad tarifaria en un doble plano: i) ¿es jurídicamente correcto que la Administración ejerza su potestad sin dar cumplida satisfacción del objetivo de la suficiencia? O, en otros términos, ¿es jurídicamente admisible una potestad tarifaria que consciente y voluntariamente determina una tarifa que no es suficiente? Y ii) ¿cuál es la situación jurídica en la que se sitúan las empresas eléctricas como consecuencia de la insuficiencia de la tarifa? ¿esta situación jurídica es legal? O, en otros términos, ¿es jurídicamente admisible que las empresas eléctricas soporten la carga financiera de los déficit históricos (anteriores a 2007) o los déficit posteriores no cubiertos por el déficit reconocido *ex ante*?

VIII. LOS RETOS JURÍDICOS DEL DÉFICIT TARIFARIO: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO, DESVIACION DE PODER Y PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO

Las cuestiones jurídicas que hemos señalado conducen a que nos interroguemos sobre dos posibles ilegalidades de la potestad tarifaria relativas a su concreto ejercicio alumbrando una determinada tarifa y a la situación jurídica impuesta a las empresas que suministran la electricidad a tarifa, o sea, aplicando la tarifa que la Administración fija.

Una aclaración se impone de manera inmediata. Como hemos señalado, nuestro sistema eléctrico se encuentra, por lo que ahora nos interesa, en una fase de transición desde un «sistema tarifario integral» a otro que sólo ha de contar con una denominada «tarifa de último recurso». Este nuevo régimen se habrá de comenzar a aplicar a partir del 1 de enero de 2009. Por lo tanto, los problemas jurídicos que estamos analizando tienen dos dimensiones: i) la dimensión cierta de los déficit producidos hasta el año 2008 y la situación jurídica para las empresas como consecuencia de los mismos; y ii) la dimensión previsible de su continuidad como consecuencia del nuevo régimen.

Nuestro análisis se centra en el que podemos denominar como «régimen histórico» subsistente hasta enero de 2009. Sin embargo, el poder tarifario de la Administración no desaparece sino que adopta un nuevo ropaje (tarifa de último recurso) pero que tiene las mismas líneas maestras, por lo que a nosotros interesa, que el régimen en extinción. En este nuevo régimen también va a subsistir el debate entre el poder de la Administración y la suficiencia de la tarifa.

No tenemos certeza de que la Administración se decidirá a fijar una tarifa realmente suficiente. Es más, creemos que seguirá soportando una importante presión política cuanto se tratan de los consumidores domésticos. Es de prever que existirá una tendencia (política) a distorsionar la tarifa y alejarla del óptimo de la suficiencia previsto, no lo olvidemos, en el artículo 18.1 LSE también respecto del nuevo tipo de tarifa («estas tarifas de último recurso se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado»).

Así pues, aún cuando nuestro trabajo versa sobre el régimen histórico, sus conclusiones son o previsiblemente serán extrapolables al nuevo régimen tarifario. En todo caso, habrá que estar al ejercicio que haga la Administración de la potestad bajo el nuevo régimen. Éste es el único enfoque posible para un trabajo como el presente. No obstante, creo que el cambio normativo no va a afectar, sustancialmente, a la tarifa que soportarán el 40 por 100 de los consumidores (que son los que se podrán beneficiar del

régimen de tarifa de último recurso) por lo que estoy convencido de que el futuro ejercicio de la potestad en el nuevo marco normativo seguirá presentando los mismos problemas jurídicos que estoy considerando.

La ilegalidad del ejercicio de la potestad tarifaria se despliega en dos planos, por un lado, en cuanto a la determinación (conforme a Derecho) del concepto jurídico indeterminado de la tarifa suficiente y, por otro, el servicio a unos fines que no son los que la Ley ha establecido como los fines de la potestad. Estas dos ilegalidades estarían, además, conectadas: la tarifa fijada sería consciente y voluntariamente insuficiente para, de esta manera, servir a unos fines (políticos, sociales, económicos, ...) distintos a los que la ley prescribe a la potestad tarifaria.

La situación jurídica de las empresas frente a una tarifa insuficiente es la de un sujeto al que se le ha impuesto una prestación patrimonial de carácter público consistente en soportar las cargas financieras derivadas del desfase entre el momento del coste y el momento del ingreso. Estas dos cuestiones jurídicas serán objeto de análisis en las páginas que siguen.

1. *Concepto jurídico indeterminado y desviación de poder*

Como ya hemos señalado, el artículo 15 LSE dispone, por un lado, que «las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a los peajes y los precios satisfechos» y, por otro, que «para la determinación de los peajes y precios que deberán satisfacer los consumidores se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico». A su vez, el artículo 18 LSE establece, respecto de la tarifa de último recurso, que «se fijará de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado».

El Ministro de Industria es el competente para establecer la tarifa pero respetando el principio de suficiencia de ingresos, como gráficamente establece el artículo 18 LSE. El resultado debería ser lo que la jurisprudencia ha denominado como la «tarifa suficiente» o la «suficiencia de la tarifa». Estos términos identifican lo que podemos entender como el objeto de la potestad. Aquello que debería constituir el contenido de la decisión producida por la Administración como consecuencia del ejercicio de la potestad atribuida por el Derecho. La norma atributiva de la potestad la atribuye precisamente para que la Administración produzca ciertas decisiones en ciertos ámbitos que la misma norma delimita. Las normas no son atribui-

das de un poder, sin más. Estas normas delimitan el ámbito objetivo de la decisión de la Administración. El objeto delimita el contenido posible de la decisión de la Administración en tanto que referido al ámbito material sobre el que tal decisión ha de versar.

El problema jurídico se plantea cuando el objeto está descrito por la norma como un concepto jurídico indeterminado, según la interpretación doctrinal²¹ al uso. La potestad ha sido atribuida al Ministro para que establezca la tarifa eléctrica, no cualquier tarifa sino la tarifa que sea económicamente suficiente (principio de suficiencia de ingresos) o sea, la suficiencia es un hecho: una cantidad cierta pero aproximada. La Administración tiene margen para su determinación pero no debería haber, al menos en puridad, ninguna discrecionalidad porque, como ya hemos expuesto, no es irrelevante, desde el punto de vista jurídico, que la tarifa sea una cantidad u otra puesto que ha de servir para retribuir a los suministradores de la electricidad de manera suficiente a los costes incurridos.

No hay discrecionalidad, como hemos dicho, recogiendo la opinión de la doctrina²², cuando se trata de interpretar un concepto jurídico como el indicado, para su aplicación a un hecho expresado numéricamente para su calificación conforme con el objeto legal de la potestad. Ciertamente, cuando se lleva a cabo este proceso cabe cierto margen para la determinación de la cantidad pero en todo caso, como suele reiterar la doctrina, la decisión de la Administración que resulta de la interpretación y aplicación del concepto a la vista de las circunstancias en que dicho proceso tiene lugar, debe moverse dentro del denominado ámbito de certeza. Cuando no es así, o sea, cuando la tarifa fijada no es suficiente para cubrir los gastos del suministro (tarifa insuficiente), nos encontraríamos ante una ilegalidad. La Ley quiere que la tarifa sea suficiente. Si es objetivamente insuficiente, deberá ser considerada como ilegal.

Esta ilegalidad será más evidente cuando la propia Administración reconoce con hechos y con palabras que la tarifa que ha fijado es insuficiente. Es el caso del denominado déficit *ex ante*. El reconocimiento de su existencia es la prueba definitiva de que la tarifa no cubre los costes por lo que, incluso antes de que la misma sea liquidada, la Administración ya ha decidido arbitrar un sistema alternativo (a la tarifa) para obtener unos ingresos con los que sufragar los costes incurridos por los suministradores. Este reconocimiento supone la prueba de que la tarifa fijada no es una tarifa suficiente por lo que se incurre en la ilegalidad de ejercer la potestad atribuida con un contenido distinto al previsto-impuesto por la Ley.

Nos podemos interrogar, a continuación, sobre el porqué de este proce-

²¹ Vid. con carácter general la doctrina reseñada en la nota bibliográfica final.

²² Acerca de la discrecionalidad administrativa, y sin ánimo de exhaustividad, remitimos a los trabajos que se incluyen en la nota bibliográfica.

der de la Administración. Aunque la prueba del reconocimiento por parte de la Administración podría ser considerada como suficiente para acreditar la ilegalidad, podemos apreciar la concurrencia de otro vicio de ilegalidad igualmente relevante e, incluso, explicativo, en última instancia del porqué la tarifa es consciente y voluntariamente insuficiente: para evitar los eventuales efectos sociales y políticos que podría tener el encarecimiento de la tarifa incluso hasta un 20 por 100 de la inicialmente fijada por la Administración. La ilegalidad de la insuficiencia de la tarifa oculta otro vicio de ilegalidad: la desviación de poder.

La desviación de poder es un vicio expresamente reconocido por la legislación administrativa como suficiente para anular el acto o reglamento correspondiente (art. 63 L30/92). Sin embargo, el problema de la desviación de poder es su apreciación en cada caso concreto a los efectos de anular el acto o reglamento de la Administración. No es exagerado afirmar que muy excepcionalmente la jurisprudencia ha admitido la concurrencia de este vicio. El principal argumento utilizado para impedir su aplicación es el relativo a la falta de prueba. La jurisprudencia exige una prueba fuerte para romper la presunción de legalidad de la que disfrutaban las decisiones de la Administración. Se presume que la Administración actúa conforme a Derecho y aquél que pretenda destruir esta presunción no sólo tiene la carga de accionar sino también la carga de probar que, además, pasa a ser particularmente rigurosa. Exige una prueba plena. No basta suposiciones.

La idea central de la doctrina jurisprudencial²³ en materia de desvia-

²³ La doctrina jurisprudencial sobre este vicio está perfectamente aquilatada. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/3158) (asunto suspensión de obras y verificación de trazado de gaseoducto) la resume en los siguientes términos.

«La jurisprudencia ha extraído las notas caracterizadoras de la desviación de poder (por todas citaremos la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2005 (RJ 2005, 9373) —Rec. 85/2003—) señalando como tales notas caracterizadoras:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la Ley a este concepto (art. 1.2 LJ).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva (SsTS 5ª, 5-10-83 [RJ 1983, 4829] y 3-2-84 [RJ 1984, 613]).

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues «si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios —infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto— producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma..». (STS 5ª, 8-11-78 [RJ 1978, 3491]).

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición «que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional al derecho vulnerado» (STS 5ª, 10-11-83 [RJ 1983,

ción de poder es, a nuestros efectos, la de considerar que este vicio supone la disfunción entre el fin objetivo que emana de la naturaleza del acto administrativo y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio. La desviación de poder es, por consiguiente, la falta de correspondencia (debida) entre el fin objetivo y el fin subjetivo del acto administrativo.

Según la tesis que estoy desarrollando cuando la tarifa fijada no sirve al principio de suficiencia tarifaria, como he expuesto, es porque sirve (subjetivamente) a otros fines distintos a los que (objetivamente) está obligada. En otros términos, objetivamente la tarifa debe servir al principio de suficiencia tarifaria pero subjetivamente no lo hace porque la Administración fija (consciente y voluntariamente) una tarifa que no es suficiente o adecuada como lo demuestra que esa misma Administración contempla que los déficit se van a producir y a tal fin, reconoce «ex ante» su existencia. Esta ilegalidad objetiva (derivada de la incorrecta aplicación del indicado concepto jurídico indeterminado) sirve a unos fines extraños a los que la potestad debería servir conforme a su norma de habilitación.

Se produce una confluencia de ilegalidades entre las que se establece una relación de instrumentalidad: la ilegalidad en cuanto al objeto de la potestad (aplicación incorrecta del concepto jurídico indeterminado de

5396]), lo cierto es que «la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder» (STS 5ª, 30-11-81 [RJ 1981, 4611])

e) En cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, «siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —artículo 1249 del Código Civil— de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano —artículo 1253 CC— deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma» (STS 4ª, 10-10-87 [RJ 1987, 8334]).

f) La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS 4ª de 23 de junio de 1987 (RJ 1987, 6525), la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil «puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditación para la otra» (FD. 4º).

g) Finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor «es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de “desviación de poder” (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que se precise la existencia de dicho vicio» (STS 3ª, 4ª, de 28-4-92 [RJ 1992, 4114]). Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella» (STS 5ª, 24-5-86 [RJ 1986, 3777] y STS 3ª 11-10-93 [RJ 1993, 7552]).»

Esta doctrina está influida por la de autores como C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, 2ª edic., Editorial Civitas, Madrid, 2004

tarifa suficiente) es instrumental respecto de la ilegalidad del servicio de la potestad a fines distintos a los que se consignan en la norma de habilitación.

Esta confluencia de ilegalidades viene a quedar confirmada con el reconocimiento del déficit *ex ante*. Este reconocimiento confirma, a mi juicio, la ilegalidad objetiva de la potestad y la desviación (subjetiva) de poder: no se fija una tarifa suficiente (objetivo) porque se quiere impedir que la tarifa refleje todos los costes incurridos para evitar el impacto social y político que tendría sobre los consumidores al obligárseles a pagar, según los cálculos de la CNE, un 20 por 100 más. Para evitar este impacto se arbitran dos fórmulas: i) la tarifa no refleja los costes y no cumple el principio de suficiencia (ilegalidad objetiva) y ii) se organiza un sistema de cobro del déficit que consiste, para evitar hacer recaer de manera inmediata sobre los consumidores actuales todos los costes, en la subasta entre las entidades financieras de los derechos de cobro del importe de los déficit durante diez o más años. Se obtienen (mediante la subasta) unas cantidades insuficientes pero que, al menos, permite amortiguar el impacto que tiene el déficit sobre las cuentas de las empresas.

La cuestión que nos quedaría por confirmar, para acreditar la desviación de poder, es la de asegurar que no forman parte de los fines de la tarifa, según dispone la LSE, aquellos relativos a los fines políticos y sociales a los que serviría que el precio de la electricidad no se viese incrementado, al menos, en un 20 por 100, si la tarifa reflejase adecuadamente todos los costes. En otros términos: cuando la Administración fija la tarifa ¿ha de tener en cuenta, además de la suficiencia de la tarifa, el eventual impacto social (y político) de la tarifa de modo y manera que un incremento importante de la misma podría ser neutralizado por estos efectos? En caso afirmativo, ¿estos fines de interés social podrían dar lugar, a su vez y en su caso, a la modulación del principio de suficiencia de la tarifa puesto que ha de ceder frente a aquellos intereses?

Como ya hemos señalado, el artículo 15.2 LSE dispone que el poder tarifario ha de responder a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios pero que, a la vez, incentive la mejora de la eficiencia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de las actividades destinadas al suministro de energía y la calidad del suministro eléctrico.

El artículo 15.2 LSE incluye dos tipos de fines que han de ser tenidos en cuenta por la Administración al ejercer su potestad tarifaria. Por un lado, los fines relativos a la suficiencia de la tarifa (objetividad, transparencia y no discriminación) y por otro, los relativos a la eficiencia de la gestión y la calidad de las actividades de suministro. Inicialmente se podrían considerar como fines diferentes, pero no lo son. Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es que no se contemplan los fines sociales o, utilizando los

términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre que venimos comentando, los intereses subyacentes encuadrables en la política económica y social del Estado.

El legislador no ha previsto que la tarifa pueda ser utilizada al servicio de estos fines genéricos a los que alude la Sentencia. La tarifa ha de servir sólo a dos fines: i) la adecuada y suficiente retribución de las actividades de suministro y ii) a incentivar la gestión eficiente y de calidad de las actividades. Estos son fines principales del precio en un entorno de mercado. Por lo tanto, el legislador ha querido decir que la tarifa debería ser como el precio de las actividades de suministro eléctrico. No son dos fines, como hemos adelantado distintos. Son las dos funciones que cumple el precio en cualquier mercado.

El precio, al que ha de tender por expresa disposición legal la tarifa, no entiende de otros fines y aún menos de los aludidos genéricamente por referencia a la política social y económica del Estado. La tarifa no entiende, tampoco, de estos otros fines. No entiende porque tampoco legalmente puede. La tarifa, al igual que los precios, sólo han de servir a dos funciones: i) la retributiva y ii) la incentivadora. Cualquier otro fin ha de ser considerado legalmente extraño. Cuando la potestad sirve subjetivamente a estos otros fines, debemos considerar que la Administración está incurriendo en desviación de poder.

La prueba definitiva de la indicada desviación nos la ofrece, como hemos señalado, la propia Administración al reconocer el déficit ex ante y al arbitrar un procedimiento, distinto a la tarifa, para su compensación. Por lo tanto, la Administración reconoce doblemente que la tarifa es insuficiente tanto porque reconoce que con la tarifa se ha de generar un déficit que incluso cuantifica ex ante y porque reconociéndolo no re-equilibra la tarifa sino crea otro procedimiento ad hoc para su compensación.

Siendo la tarifa insuficiente, no puede objetivamente desplegar ninguna de las dos funciones que la Ley (art. 15 LSE) le ha asignado. Ni puede retribuir adecuada o suficientemente a las empresas por las actividades de suministro, ni puede incentivarlas de manera apropiada para contribuir a la eficiencia de la gestión y la calidad de las actividades.

Al incumplirse estas dos funciones, se pone en riesgo la prestación de las actividades en términos de cantidad, calidad y continuidad. Ésta es la consecuencia principal. Si la tarifa no puede cumplir las funciones como si de un precio se tratase, no sería posible garantizar el desarrollo de la actividad de suministro de manera adecuada a las exigencias del interés público.

Una tarifa apropiada es, en definitiva, la mejor garantía de la satisfacción de las exigencias del interés público porque se podrán cumplir las dos funciones que la ley le ha asignado como si de un precio se tratase: la retribución y el incentivo. Si fallan estas dos funciones se comprometen las

inversiones necesarias para mantener y mejorar la prestación del servicio y, además, se eliminan los incentivos apropiados para que la gestión sea eficiente y las actividades cumplan los estándares de calidad. Sin la tarifa adecuada ni se garantiza el mantenimiento y mejora de las prestaciones ni se incentiva que las actividades sean gestionadas con eficiencia y con calidad.

Existe una estrecha conexión entre la tarifa, la prestación eficiente y de calidad de las actividades y la garantía de la satisfacción del interés público relacionado con las actividades de suministro de la electricidad. En consecuencia, la mayor amenaza a este interés público es la tarifa inadecuada, o sea, la tarifa contraria a Derecho, la que no sirve a las dos funciones que le asigna el artículo 15 LSE.

A nuestros efectos, la Administración incurre en ilegalidad cuando la potestad tarifaria no se dirige consciente y voluntariamente a determinar, dentro del margen de certidumbre, lo que debe ser considerado como tarifa suficiente, sino que establece una tarifa insuficiente para evitar ciertos efectos sociales y políticos que se consideran inconvenientes, cuando estos fines sociales y políticos no han sido contemplados por la norma habilitadora de la potestad.

2. *Imposición de una prestación patrimonial pública*

La otra cuestión jurídica que nos hemos planteado es la relativa a la imposición de una prestación patrimonial sin satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributario (art. 31.3 CE). Con esto aludimos a que la tarifa conscientemente inadecuada, o sea, la tarifa que no sirve objetivamente a las dos funciones que hemos identificado como las dos funciones legales a las que debe servir (dando lugar a los vicios de ilegalidad comentados) tiene un efecto jurídico sobresaliente que debemos considerar: la imposición de una prestación patrimonial²⁴.

La Constitución dispone que sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley (art. 31.3 CE). Estamos ante una de las dimensiones, en el ámbito económico-financiero, del principio de legalidad.

²⁴ No parece razonable sostener que las autorizaciones administrativas necesarias para desarrollar las actividades de suministro incluyen alguna previsión de que los promotores de tales actividades deban suministrar la energía soportando la carga financiera del desfase entre el coste de suministro y los ingresos por tales suministros. La autorización es un acto administrativo de control del ejercicio de una actividad amparada en un previo derecho subjetivo. Ese acto de control podría imponer condiciones al ejercicio de la actividad. Sin embargo, no consideramos que entre tales condiciones se pudiera incluir la de soportar la carga financiera derivada del indicado desfase. Estas condiciones pueden referirse al cómo desarrollar la actividad y siempre bajo el prisma de la garantía de los intereses generales. La carga financiera no es una condición asociada a la garantía de dicho interés general.

Sobre las prestaciones patrimoniales²⁵ y su régimen jurídico constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional. La última de las Sentencias, la 102/2005, de 20 de abril de 2005, ventiló una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la tasa portuaria y su calificación legal como precio privado no sometido a las exigencias de la reserva de Ley (art. 31.3 CE) ya que era un precio impuesto por las autoridades portuarias dentro de los márgenes fijados por el Ministerio. En consecuencia, se cuestiona si, de tratarse de una prestación patrimonial de carácter público, se respeta la reserva de ley cuando su fijación corresponde a una autoridad portuaria.

En la citada Sentencia se recuerda la doctrina asentada por el Tribunal desde su Sentencia 185/1995, de 5 de diciembre. Así, la naturaleza de las prestaciones es recordada reiterando la doctrina de esta Sentencia: «conforme a nuestra jurisprudencia [SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 3 b); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 16], constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público los pagos exigibles en dos supuestos concretos. En primer lugar, por la prestación de servicios o la realización de actividades en las que concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: que sean de solicitud o recepción obligatoria; que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho; o que sean «objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar». Y, en segundo lugar, por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público»²⁶.

La cuestión central, a mi juicio, es la subrayada por la STC 185/1995: la coactividad. En esta Sentencia, Este es, como se recalca el elemento determinante para identificar cuándo estamos ante una prestación patrimonial de naturaleza pública. «Lo decisivo —señala la Sentencia— a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o

²⁵ Sobre las prestaciones patrimoniales remitimos con carácter general, entre otros, a los trabajos que se incluyen en la nota bibliográfica final.

²⁶ Así, por ejemplo, en la Sentencia 102/2005 se califican como prestaciones patrimoniales los pagos por los servicios portuarios por las siguientes razones: «En definitiva, debe considerarse que los “servicios portuarios” a que hace referencia la Orden ministerial cuestionada en el proceso a quo implican, bien la prestación de servicios o realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y, en consecuencia, “los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación” [STC 185/1995, FJ 3 c)], bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan “una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos” [STC 185/1995, FJ 4 a)]. De donde se deduce que las tarifas por los denominados “servicios públicos” portuarios constituyen prestaciones de carácter público en el sentido del art. 31.3 CE que, en cuanto tales, quedan sometidas a la reserva de ley [STC 185/1995, FJ 4 a); en el mismo sentido, STC 233/1999, FJ 16]».

no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación. Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público —por ejemplo cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria— y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación».

En el caso que nos ocupa, el déficit tarifario, el supuesto de hecho, la existencia de tal déficit es de realización obligatoria (la Administración prescribe e impone su existencia) de modo y manera que constituye a las empresas suministradoras en la obligación de soportarlo, así como soportar las condiciones establecidas por la Administración para su compensación (cantidad, período de amortización y cuantía de la amortización anual), sin que el sujeto que ha de soportarlo tenga ningún margen de maniobra o de libertad. Ha de limitarse a soportarlo con todas las consecuencias.

Se podría objetar que el déficit afecta a la cuantía de la tarifa. Sin embargo, estamos hablando de las tarifas que son conscientemente insuficientes para cubrir los costes, como lo prueba el denominado déficit *ex ante*. En este caso ya no se trata estrictamente de un problema sobre la cuantía de la tarifa. Estamos contemplando el reconocimiento por la Administración de que la tarifa es insuficiente por lo que regula el procedimiento para su satisfacción (subasta de los derechos de cobro durante diez años). El salto cualitativo es notable: una cosa es que la tarifa creada no sea suficiente, una vez realizada la liquidación correspondiente, para cubrir los costes y otra cosa bien distinta es que la tarifa sea establecida conscientemente sin capacidad para cubrir todos los costes por lo que los déficit se generarán necesariamente porque la tarifa no será adecuada a los costes. Mientras que aquélla es una posibilidad, ésta es una certeza derivada de la insuficiencia de la cuantía de la tarifa. En otros términos, mientras que el déficit *ex post* es una posibilidad asociada a la eventualidad de que los costes superen los ingresos una vez practicada la liquidación, el reconocimiento *ex ante* de cierto déficit impone una prestación patrimonial a las empresas prestadoras de las actividades de suministro que, en tanto que tal, debe ajustarse a los principios de legalidad tributaria, en los términos desarrollados por el Tribunal Constitucional y la legislación correspondiente.

La diferencia jurídica, no precisamente menor, radica en la finalidad material de la potestad tarifaria: i) en un caso, la tarifa materialmente se orienta a los costes, en tal caso, si se produce un desfase en la liquidación final sería consecuencia de los eventuales errores incurridos en los cálculos de las proyecciones de ingresos y costes. ii) Un supuesto radicalmente distinto sería aquel en el que la Administración ejerce su potestad tarifaria formalmente orientada a los costes pero conscientemente no los cubre para evitar ciertas consecuencias perjudiciales según ciertos criterios políticos por lo que la tarifa no resulta de un cálculo más exacto y racional de las previsiones de ingresos y costes.

Así pues, la diferencia reside, en el plano jurídico, en la causa de la potestad tarifaria orientada a costes y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicha causa. El incumplimiento de la causa da lugar, como ya nos consta, al surgimiento de la obligación de soportar las consecuencias patrimoniales sin posibilidad de que las empresas se puedan liberar porque las empresas tienen la obligación de producir y suministrar la energía eléctrica y todos los consumidores tiene derecho a su suministro.

Una de las consecuencias patrimoniales más relevantes es la derivada del déficit tarifario que da lugar a unas cargas financieras que, como hemos dicho, las empresas tienen la obligación de soportar durante el tiempo que establezca la Administración hasta su completa redención. Esta obligación de soportar las cargas financieras derivadas del déficit constituye una prestación patrimonial en los términos del artículo 31.3 CE y de la interpretación jurisprudencial. Siendo esto así, la pregunta que nos surge inmediatamente es si se cumplen las exigencias del principio de legalidad al que se refiere el artículo 31.3 CE. En la interpretación jurisprudencial que se ha hecho del principio de legalidad se ha consolidado la exigencia de que sea una Ley la que proceda a la creación ex novo de la prestación patrimonial obligatoria, así como que esa misma Ley determine los elementos esenciales de dicha prestación (como ha recordado la STC 185/1995, con cita de la numerosa jurisprudencia recaída sobre esta cuestión).

Ciertamente, se trata de una reserva de ley relativa por lo que es posible la colaboración del reglamento. Sin embargo, sólo puede corresponder a la Ley la creación y la determinación de los elementos esenciales de la prestación. ¿Se cumplen estos requisitos en el caso de la prestación nacida del déficit tarifario? La respuesta es negativa.

Debemos distinguir entre la tarifa y la obligación de soportar el déficit tarifario. Mientras que aquélla es un precio fijado administrativamente que nada tiene que ver con las prestaciones patrimoniales de naturaleza pública puesto que se mueve más en el terreno de la intervención administrativa de los precios, la obligación de soportar el déficit tarifario sí es, en cambio, una prestación del tipo indicado.

Las diferencias son, desde el punto de vista jurídico, notables. Si analizamos los tres criterios jurídicos esenciales para comparar las obligaciones correspondientes (la obligación de pago de la tarifa y la obligación de soportar el déficit) se pueden observar las diferencias.

En primer lugar, en cuanto al establecimiento o creación de la obligación, en el caso de la tarifa, surge de la Ley que habilita a la Administración con el poder para la fijación de su cuantía. En cambio, en el caso de la obligación de soportar el déficit ni hay ley ni tampoco habilitación a la Administración para su establecimiento.

En segundo lugar, en cuanto al hecho imponible de la obligación, en el caso de la tarifa surge de la voluntariedad, relativa, de los consumidores de optar por el suministro a tarifa cuando podrían optar por otras formas de suministro, como sería a precio de mercado. Esta voluntariedad es doblemente dudosa porque, por un lado, se trata del suministro de un servicio esencial para la vida de los seres humanos. Ésta es la razón de la sujeción a un elevado grado de intervención pública que tiene, en lo que ahora nos interesa, dos manifestaciones sobresalientes: por un lado, la obligación de suministrar el servicio a todos los solicitantes y por otro, que sólo podrá interrumpirse el suministro previa autorización de la Administración como, por ejemplo, para el cierre de las instalaciones o la suspensión de sus actividades. Por lo tanto, no hay voluntariedad para el suministrador ni tampoco para el beneficiario del suministro puesto que lo necesita para el desarrollo de su vida (calidad de vida).

En el caso de la obligación de soportar el déficit, el hecho imponible escapa absolutamente de la voluntariedad del obligado, en este caso, las empresas suministradoras. Éstas quedan constituidas en la obligación de soportar precisamente como consecuencia de la obligación de suministrar. Están obligadas a suministrar, luego están obligadas a soportar el déficit. Esto no depende de su voluntad. Se trata de una obligación derivada de otra obligación. Una doble obligación que agrava, lógicamente, la situación jurídica del suministrador porque además de suministrar ha de soportar que la tarifa no cubra todos los costes por lo que en realidad se le está imponiendo la obligación de subvencionar el consumo mediante la obligación de soportar todas las cargas financieras derivadas del impago de todos los costes.

En otros términos, si no hay voluntariedad en cuanto al suministro, aún menos la habrá en cuanto a soportar el déficit incurrido por dicho suministro sin que la tarifa cubra todos los costes.

Además, en el caso de la tarifa, es la contraprestación por la actividad mientras que la obligación de soportar es una obligación que no retribuye nada, al contrario, precisamente porque no hay una retribución completa surge esta obligación. En consecuencia, porque la tarifa no es una con-

traprestación suficiente, surge la obligación de soportar en lo que aquella tarifa no es suficiente.

En tercer y último lugar, el criterio de la naturaleza de las actividades, o sea, el criterio de la naturaleza jurídica de la actividad cuya contraprestación es la obligación de pagar (tarifa) o de soportar (déficit). Hay una diferencia notable: el suministro es una actividad privada aunque sometida a un régimen de Derecho público. En cambio, la obligación de soportar surge porque, como hemos dicho, la tarifa no es suficiente. Esta insuficiencia supone una actividad exclusivamente pública y directamente imputable a la Administración que es la del cálculo insuficiente de la tarifa. Por lo tanto, el suministro es una actividad privada aunque intervenida. En cambio, el déficit es el resultado de una actividad exclusivamente pública de cálculo (erróneo) de la contraprestación adecuada del suministro.

Así pues, hay tres diferencias importantes en los siguientes aspectos:

i) Mientras que el establecimiento de la tarifa tiene un fundamento legal e incluso es la ley la que atribuye a la Administración con el poder adecuado para la concreción de sus elementos esenciales, en cambio, la obligación de soportar el déficit no cuenta con este respaldo legal aún más necesario cuanto se trata de una prestación patrimonial de naturaleza pública ya que así lo exige el artículo 31.3 CE. En el caso de la tarifa, el principio de legalidad es una exigencia de la intervención pública de una actividad privada. En cambio, en el caso del déficit, es una prestación impuesta que exige no sólo un establecimiento legal sino además, la determinación de los elementos esenciales de la misma.

ii) El hecho imponible de la obligación de pagar (tarifa) o de soportar (déficit) es dudosamente voluntario en el primer caso, por las razones expuestas, pero es indudablemente obligatorio si se da la condición del suministro: dado el suministro, surge necesariamente y obligatoriamente la obligación de soportar.

iii) La naturaleza jurídica de las actividades es distinta. En el caso de la tarifa es una actividad privada aunque intervenida, mientras que en el caso del déficit es la actividad enteramente pública de calcular de manera errónea o equivocada el importe de aquella tarifa que da lugar a un déficit que ha de ser soportado por las empresas suministradoras.

Estas diferencias entre la tarifa y el déficit acentúan la naturaleza de prestación patrimonial pública de este otro. El contraste con la tarifa subraya el carácter de este tipo de prestación que estamos comentando. Este contraste recalca, a su vez, el incumplimiento de las exigencias del principio de legalidad tributaria del artículo 31.3 CE.

La obligación de soportar el déficit es una prestación patrimonial de naturaleza pública que no cumple con ninguno de los requisitos del prin-

cipio de legalidad: ni ha sido establecida por una Ley ni tampoco una ley ha determinado los elementos esenciales de dicha obligación. Es una obligación que surge precisamente como consecuencia del erróneo cálculo que ha hecho la Administración del importe de la tarifa adecuado para compensar todos los costes en que incurren las empresas al llevar a cabo el suministro de la electricidad. Esta obligación de soportar no ha sido establecida por una ley ni tampoco, insistimos, sus elementos esenciales. Por esta razón, es una obligación impuesta con infracción de este principio con las consecuencias que esto supone: inconstitucionalidad.

IX. CONCLUSIONES

La tarifa es la contraprestación fijada por la Administración por el suministro de la energía eléctrica. Es el resultado, por tanto, del ejercicio de una potestad, la potestad tarifaria, que se concreta en un acto administrativo que fija su cuantía para lo cual aplica, sin innovar, el ordenamiento jurídico, en particular, el concepto jurídico indeterminado «tarifa económicamente suficiente» o sea, la tarifa que cumple con el principio de suficiencia de ingresos que es la directriz legal básica a la que ha de servir la Administración al ejercer el indicado poder. Esta directriz es, a su vez, coincidente con el derecho de los suministradores a la percepción de la tarifa suficiente. Es un derecho subjetivo que, además, sirve para garantizar el suministro desde el momento en que la suficiencia de la tarifa asegura el equilibrio económico-financiero que las empresas necesitan para cumplir con las obligaciones derivadas del suministro. La confluencia del concepto jurídico indeterminado y del derecho subjetivo a la tarifa suficiente o suficiencia de la tarifa, hace extraordinariamente dificultoso, o, incluso, imposible, que se pueda considerar que la potestad tarifaria tiene naturaleza, en su relación con el principio de legalidad, de potestad discrecional. La Administración no puede alegar discrecionalidad cuando se trata de aplicar un concepto jurídico indeterminado como el indicado porque está en juego un derecho subjetivo como es el de los suministradores a la percepción de una tarifa suficiente para cubrir los costes en que ha incurrido.

Cuando la tarifa efectivamente fijada no es la tarifa suficiente se puede deber a dos circunstancias: o bien a unos cálculos erróneos o bien a la voluntad de evitar las repercusiones políticas, sociales y económicas que tendría la tarifa suficiente. El primer caso es perfectamente posible por cuanto la tarifa es el resultado de un proceso prospectivo, complejo e incierto, de previsión de los consumos y de los gastos en el año correspondiente. Este proceso da lugar, de manera casi inevitable, a lo que

podemos denominar como déficit técnicos. Sin embargo, más problemático es, desde el punto de vista jurídico, el segundo de los supuestos. La Administración no puede, como hemos señalado, fijar conscientemente una tarifa insuficiente. En tal caso, estaría incurriendo en dos importantes ilegalidades: i) la errónea aplicación de la legislación de necesario cumplimiento (en particular, la del concepto jurídico indeterminado) y ii) la desviación de poder por cuanto la tarifa es ilegalmente insuficiente para impedir las repercusiones políticas, sociales y económicas que tendría la tarifa suficiente, por lo que tenemos la base suficiente para estimar que la potestad sirve a unos fines radicalmente distintos a los previstos en la Ley. La prueba de que la tarifa es conscientemente insuficiente es la previsión y la regulación del denominado déficit ex ante. Su reconocimiento en las Órdenes ministeriales que fijan la tarifa vendría a ser el reconocimiento de que la tarifa es conscientemente insuficiente. Esta prueba vendría a acreditar la doble ilegalidad denunciada.

A estas ilegalidades habría que sumar la derivada de la situación jurídica en la que quedan las empresas frente a la tarifa insuficiente. Esta insuficiencia coloca a las empresas en la obligación de soportar todas las consecuencias económico-financieras de la insuficiencia desde el momento en que han de seguir prestando un servicio de suministro pero sin percibir la contraprestación suficiente para cubrir los costes. Este desajuste entre gastos e ingresos le ha de suponer unas cargas financieras que las empresas no están obligadas legalmente a soportar ni la Administración puede imponer. Nos encontraríamos ante una prestación patrimonial de naturaleza pública que sólo puede imponerse en virtud de la Ley (art. 31 CE). Sin embargo, en el caso de esta prestación no hay ninguna ley que la imponga o que sirva de base suficiente para su imposición. Al contrario, como ya hemos indicado, las leyes sientan el principio de suficiencia de los ingresos como directriz legal básica de la potestad tarifaria. En ningún caso, ésta tiene la habilitación legal suficiente para imponer la obligación de soportar todas las consecuencias económicas derivadas de la insuficiencia de la tarifa. Esto no es posible porque la tarifa sólo puede ser, jurídicamente, suficiente. La insuficiencia de la tarifa es un supuesto de triple ilegalidad del ejercicio de la potestad tarifaria en los términos que quedan expuestos.

X. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre la regulación del sistema eléctrico contamos con pocas pero sobresalientes monografías. Son de cita obligada: SALAS, J (1977), *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Barcelona, Real Colegio de

España. Y del mismo autor, el capítulo titulado «Energía», dentro del libro de S. MARTÍN-RETORNILLO (dir) (1991): *Derecho administrativo económico*, vol. II, Madrid, Ed. La Ley, págs. 867 y ss. ARIÑO, G. & LOPEZ DE CASTRO, L., (1998): *El sistema eléctrico español, regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo. TRILLO-FIGUEROA, J. & LOPEZ-JURADO, F. de B. (1996): *La regulación del sector eléctrico*, Madrid, Civitas.

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados: SÁINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas. SÁINZ MORENO, F. (1976): «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», REDA, 8. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado». REDA, 89. IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (1996): «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa». REDA, 92. MUÑOZ MACHADO, S. (2005): Voz «Conceptos jurídicos indeterminados», /en/ Muñoz Machado, S (dir). *Diccionario de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid, Iustel.

Sobre la discrecionalidad: GARRIDO FALLA, F. (1954): «El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa», RAP, 13. MOZO SEOANE, A. (1985): *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal*, Madrid, Montecorvo. BULLINGER, M. (1987) «La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones y control judicial», Periódico La Ley, vol. IV. PAREJO ALFONSO, L. (1993): *Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos. ATIENZA, M. (1995): «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», REDA 85. BELTRÁN DE FELIPE, M (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos. DELGADO BARRIO, J. (1995): *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid, CGPJ; TORNOS MAS, J. (1996): «Discrecionalidad e intervención administrativa económica», /en/ E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO (coords): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid, Civitas. LÓPEZ MENUDO, F. (1996): «El control judicial de la Administración en la Constitución Española», /en/ E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO (coords): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid, Civitas. IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (1996): «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», Revista Vasca de Administración Pública, 46. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R (1997): *Arbitrariedad y discrecionalidad*, 2ª ed. Madrid, Civitas. BACIGALUPO SAGGESE, M (1997):

La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Madrid, Marcial Pons. CIRIANO VELA, C (2000): *Administración económica y discrecionalidad: (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Valladolid, Lex Nova. BOCANEGRA SIERRA, R. (2001): «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar». REDA, 111. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004): *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid, Cuadernos Cívitas. SESÍN, D. (2004): «El control judicial de la discrecionalidad administrativa». Documentación Administrativa, 269-270. MENÉNDEZ, P. (2005): Voz «Discrecionalidad» /en/ Muñoz Machado, S (dir): Diccionario de Derecho Administrativo. T. I. Madrid, Iustel; y ORENA DOMÍNGUEZ, A. (2006): *Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras*. Pamplona, Aranzadi.

Sobre las prestaciones patrimoniales de naturaleza pública: LOZANO SERRANO, C. (1998): «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público». Revista española de Derecho Financiero, 97. RUBIO DE URQUÍA, J. I (1998): *El nuevo régimen de las tasas y precios públicos locales: la modificación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales*. Valencia, CISS. LITAGO LLEDÓ, R. (1999): «Doctrina constitucional sobre los precios públicos: aproximación a la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público ex artículo 31.3 CE», Revista española de Derecho Financiero, 102. GRANIZO LABRANDERO, J. J. (1999): *La reforma del sistema tributario local de 1998: la ley 25/98, de 13 de julio, de modificación del régimen local de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público*. Valencia, CISS. JIMÉNEZ ZELEDÓN, M (2000): «Prestaciones patrimoniales de carácter público y tributos en la Constitución política». Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación, 202; y de LOZANO SERRANO, C. (2002): «Calificación como Tributos a Prestaciones Patrimoniales públicas de los Ingresos por Prestación de Servicios». Revista española de Derecho Financiero, 116.