

LA DETRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN A LAS EMPRESAS ELÉCTRICAS Y SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD*

IÑAKI BILBAO ESTRADA

*Cátedra ENDESA de Fiscalidad y Cambio Climático
Instituto CEU de Derecho y Ética Ambiental
Universidad Cardenal Herrera-CEU*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por don Ángel MENÉNDEZ REXACH, don Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, don Julio GALÁN CÁCERES, don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Luis VACAS GARCÍA-ALOS y don José Eugenio SORIANO GARCÍA.

Extracto:

SEGÚN el Ministerio de Industria, la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero ha generado un efecto perverso al internalizar las empresas productoras de electricidad su valor de mercado y generarse un importante aumento de su precio. A fin de evitar que este incremento sea soportado por los consumidores, se ha previsto mediante sendos Decretos-Leyes la detección de los derechos de emisión en la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. Sin embargo, lo que aparentemente iba a configurarse como una limitación del derecho de propiedad no indemnizable se ha convertido por obra de una Orden Ministerial en la obligación de efectuar un pago por parte de las empresas eléctricas. Atendiendo a esta circunstancia, pretendemos realizar un estudio de los posibles vicios de constitucionalidad que pueden concurrir en la regulación de esta medida que tanto rechazo ha generado en el sector eléctrico.

Palabras clave: detección, derechos de emisión, reserva de ley.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, «La fiscalidad de los derechos de emisión» con referencia SEJ 2007-61307, cuyo investigador principal es Iñaki BILBAO ESTRADA. El mismo ha sido realizado durante una estancia de investigación en el California Center for Environmental Law and Policy de la Universidad de Berkeley, gracias a una beca de investigación «José Castillejo» del Ministerio de Educación y Ciencia.

Sumario

1. Introducción.
2. La regulación de la detracción de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica y cauces para su impugnación.
 - 2.a. *Iter* normativo.
 - 2.b. Régimen jurídico.
 - 2.c. Posibles argumentos y cauces para su impugnación.
3. Naturaleza de la detracción.
4. Análisis de la admisibilidad constitucional del empleo del Decreto-Ley.
 - 4.a. La admisibilidad del Decreto-Ley en la regulación de la detracción de los derechos de emisión.
 - 4.b. El presupuesto habilitante de los Decretos-Leyes: especial referencia a la situación de extraordinaria y urgente necesidad.
5. La reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales públicas: especial referencia a su flexibilidad.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, hasta fechas relativamente recientes la explotación unificada del sistema eléctrico nacional ha tenido naturaleza de servicio público y ha sido desarrollado por el Estado mediante una empresa pública. Sin embargo, esta situación se ha ido invirtiendo en los últimos 15 años, procediéndose a la progresiva liberalización del sector eléctrico mediante la introducción y competencia en el mismo a través de diversas medidas normativas en las diferentes fases conducentes al suministro de energía eléctrica ¹. No obstante, a día de hoy, cabe constatar cómo nos encontramos ante un sector fuertemente regulado, tal y como lo demuestra la intervención del precio de la electricidad mediante la llamada tarifa eléctrica ². Esta intensa intervención en la regulación del mismo obedece, entre otros objetivos, a la finalidad tanto de asegurar la garantía de suministro así como a que este sea prestado al menor coste posible ³.

Sin embargo, y tal y como han puesto de manifiesto los medios de comunicación, en la última década los ingresos proporcionados por las tarifas eléctricas han sido y siguen siendo sensiblemente inferiores a los diversos conceptos que deben ser abonados por medio de las mismas, dando lugar al llamado «déficit tarifario» ⁴. En concreto, la ausencia de voluntad de los distintos Gobiernos

¹ Vid. las Directivas 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y que deroga la Directiva 96/92/CE y Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura. En nuestro ordenamiento interno, vid. la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, y la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En la doctrina, vid. PÉREZ ARRIAGA, J.I.: *Libro blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005 y VV.AA.: *El sector eléctrico en España. Competencia y servicio público*, Comares, Granada, 2007.

² El artículo 17.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, dispone que la tarifa media o de referencia será establecida anualmente, o cuando circunstancias especiales lo aconsejen, por el Gobierno, mediante el correspondiente Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Adicionalmente, el artículo 94 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableció la obligación por parte del Gobierno de aprobar un Real Decreto por el que se establezca la metodología de cálculo de la tarifa eléctrica media o de referencia, en el período 2003-2010.

³ Vid. la Exposición de Motivos de la ya citada Ley 54/1997.

⁴ Vid. LÓPEZ MILLA, J.: «El problema del déficit tarifario en el sector eléctrico español», *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española* núm. 2807, 2004, págs. 27 y ss.

de aplicar una fuerte subida al precio de la electricidad, pensamos que por motivos de rédito electoral, ha conllevado y sigue conllevando que el coste real de su generación sea muy superior al precio que paga el cliente final. Este progresivo aumento del citado déficit ha generado la necesidad de diseñar un sistema de aplazamiento en su cobro e, incluso, a la autorización de su titulización⁵. Esta situación ha sido denominada por la prensa como la hipoteca eléctrica que heredarán las generaciones futuras⁶. Así, a fecha de hoy, constatamos cómo todavía no se ha superado el sistema de retribución regulado a efectos de lograr su funcionamiento según los principios del mercado: oferta y demanda. Esto es debido a que la completa liberalización de los precios de la electricidad podría conducir a un espectacular incremento de precios, con el consiguiente coste político que una circunstancia tal puede tener para los gobernantes que la implanten⁷.

Dentro del fenómeno intervencionista descrito, el cada vez más creciente déficit tarifario unido a la reciente implantación del régimen europeo de comercio de derechos de emisión⁸, consecuencia de la firma por parte de la Unión Europea (UE) y de España del Protocolo de Kyoto, ha forzado al Estado español a tomar diversas medidas tendentes a la progresiva reducción del mismo. No obstante, estas iniciativas, entre las que destacan la de obligar a las empresas de generación y de distribución que pertenezcan al mismo grupo empresarial a establecer entre sí contratos bilaterales de adquisición de energía producida por instalaciones de régimen ordinario así como la detracción de los derechos de emisión a las empresas eléctricas, no han conseguido más que una modesta reducción del mismo. En este sentido, desde diversos sectores, incluido en el seno del propio Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (en adelante, MTYC), se ha indicado que únicamente mediante un sustancial incremento del precio de la electricidad se conseguirá su reducción⁹.

Entre esas medidas queremos destacar la normativa por la que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de

⁵ El Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, reconoce *ex ante* un déficit de ingresos de las liquidaciones de las actividades reguladas de 750.000.000 de euros correspondiente al primer trimestre de 2007 y, asimismo, establece que, en los Reales Decretos posteriores por los que se modifiquen las tarifas eléctricas, se reconocerá *ex ante* un déficit de ingresos en las liquidaciones reguladas, en cuyo cálculo se tendrá en cuenta el déficit o superávit de trimestres anteriores. Según el Real Decreto 1634/2006, dichos déficits *ex ante* se financiarán con los ingresos que se obtengan mediante la subasta de los derechos de cobro correspondientes, que consistirán en el derecho a percibir un determinado porcentaje de la facturación mensual por tarifas suministro y tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución. Estos derechos de cobro reconocidos deberán ser satisfechos en un plazo máximo de 15 años. La Orden PRE/2017/2007, de 6 de julio, 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 precisa el contenido y características del derecho de cobro correspondiente a la financiación *ex ante* del desajuste de ingresos de las actividades reguladas, estableciendo las normas básicas que regulan tanto el procedimiento de subasta del derecho como su ingreso y abono. *Vid.* <http://www.cne.es>.

⁶ *Vid.* el artículo de BALTASAR MONTAÑO «La "hipoteca eléctrica" que heredarán los hijos» publicado en el diario *El Mundo* el 16 de diciembre de 2007.

⁷ *Vid.* PÉREZ ARRIAGA, J.I.: *Libro blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005, págs. 271 y ss.

⁸ Sobre el potencial impacto de la Directiva 2003/87/CE en el sector eléctrico, *vid.* PÉREZ ARRIAGA, J.I.: *Libro blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005, págs. 132 y ss.

⁹ *Vid.* al respecto las declaraciones de Joan CLOS efectuadas en diciembre de 2007 sobre la base de los informes de la Comisión Nacional de la Energía y recogidas por la prensa económica.

derechos de emisión de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI). Atendiendo a su configuración inicial, nos encontramos con lo que consistiría en una suerte de limitación del derecho a la propiedad no indemnizable basados en la necesidad de regulación. A este respecto y atendiendo a lo que la jurisprudencia estadounidense ha calificado como *regulatory taking*, nos encontramos ante una medida próxima a una expropiación normativa y que suscita dudas acerca de la necesidad de indemnizar por su adopción ¹⁰. El fundamento aducido para la adopción de tal medida no es otra que la internalización del valor de los derechos de emisión de GEI en la formación de precios en el mercado mayorista de electricidad y su consiguiente aumento, razón por la cual se establece la minoración de la remuneración de las unidades de generación afectadas en importes equivalentes.

En cierta forma, se perseguiría evitar una especie de enriquecimiento injusto por parte de las empresas eléctricas, así como el correlativo perjuicio para los ciudadanos por el incremento de la retribución de la actividad de producción de la energía eléctrica. En este sentido, desde el Ministerio de Industria, se ha señalado que, dado que la asignación de derechos ha sido gratuita, no es admisible que las empresas eléctricas incluyan el valor de mercado de los derechos entre los costes de producción de la energía, a efectos del cálculo de la correspondiente tarifa ¹¹. A efectos de tomar conciencia de la relevancia de esta opción, cabe señalar que, en caso de no preverse la detracción, con una cuantía estimada de 1.465.000.000 de euros ¹², el déficit tarifario del próximo ejercicio alcanzaría los 4.600.000.000, que debería sumarse a los 8.000.000.000 acumulados hasta diciembre de 2007 ¹³.

Esta medida, arbitrada mediante sendos Decretos-Leyes y desarrollada por Orden Ministerial, ha suscitado una fuerte oposición entre los productores de energía eléctrica que ha derivado en la impugnación de la normativa de detracción de los derechos de emisión, empleándose diversos cauces (recursos ante la Comisión Europea y la Audiencia Nacional) y argumentos (privación patrimonial injustificable y expropiación), en función de la vía procesal elegida. No obstante, debemos incidir en que, si bien la regulación inicial contenida en el primero de los dos Decretos-Leyes parecía instrumentar una privación patrimonial no indemnizable en relación con la actividad de producción de energía eléctrica, el desarrollo reglamentario lo ha transformado en un pago que deben realizar los titulares que se dediquen a la generación de electricidad para terceros ¹⁴. Asimismo y a pesar de una deficiente técnica jurídica, en el segundo de los dos Decretos-Leyes también se puede constatar la opción por la obligación de pago frente a la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, sin que contemos todavía con su desarrollo reglamentario.

¹⁰ Vid. un estudio de la citada figura en AGUILERA VAQUÉS, M.: «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación» en la obra colectiva *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 767 y ss.

¹¹ Vid. la Exposición de Motivos de los Reales Decretos-Leyes 3/2006, de 24 de febrero, y 11/2007, de 7 de diciembre. Asimismo, vid. las declaraciones efectuadas a *Europa Press* por el Secretario de Estado de Energía, Ignasi NIETO, el 11 de diciembre de 2007.

¹² El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía ha fijado, el 24 de abril de 2008, en 1.074 millones de euros el importe de la minoración para el año 2006.

¹³ Vid. el artículo de BALTASAR MONTAÑO «La "hipoteca eléctrica" que heredarán los hijos» publicado en el diario *El Mundo* el 16 de diciembre de 2007.

¹⁴ A este respecto, cabe señalar que se entiende por productores de energía eléctrica aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros.

A pesar de que, como hemos apuntado, pueden existir diversos argumentos y cauces para la impugnación y sin perjuicio de que hagamos una breve mención a los mismos, en este trabajo, pretendemos analizar la corrección constitucional del Decreto-Ley como instituto normativo idóneo para la regulación del problema, bien por la materia a la que afecta, bien por la concurrencia de su presupuesto habilitante. Asimismo, nos adentraremos en el contenido de la Orden Ministerial que desarrolla el primer Real Decreto-Ley (en adelante, RDL) para determinar la naturaleza jurídica de la medida arbitrada en la misma, analizando su adecuación a los criterios que debían orientar el citado desarrollo reglamentario. Por último, procederemos a enjuiciar la compatibilidad de los Decretos-Leyes con el principio de reserva de ley y, en concreto, a comprobar si nos encontramos ante una remisión en blanco al Ministro para la definición del régimen jurídico de la detracción.

2. LA REGULACIÓN DE LA DETRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO ASIGNADOS GRATUITAMENTE A LOS PRODUCTORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y CAUCES PARA SU IMPUGNACIÓN

2.a. *Iter* normativo.

Como puede comprobarse, la regulación de la detracción de los derechos de emisión a las empresas eléctricas se ha producido en diversas fases y con disposiciones distintas, en función de su simple previsión o de su necesidad de desarrollo. En concreto, la imposición de la citada detracción se produjo por primera vez, si bien mediante la denominación de minoración, mediante el RDL 3/2006, de 24 de febrero, para los años 2006 y 2007 por los derechos asignados de forma gratuita en el Plan Nacional de Asignación correspondiente al período 2005-2007. Esta disposición fue convalidada mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 23 de marzo de 2006 (BOE de 30 de marzo de 2006), sin que fuera tramitada como Ley por el procedimiento de urgencia. Posteriormente y en virtud de la autorización prevista en la citada disposición, la medida estudiada fue objeto de desarrollo reglamentario por la Orden 3315/2007, del MTYC, de 15 de noviembre. En dicha Orden se regula, para el año 2006 y 2007, la minoración de la retribución de la actividad de producción de la energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de GEI asignados gratuitamente. A este respecto, cabe subrayar que finalizado el 2006 las empresas eléctricas no conocían exactamente como les iba a afectar la detracción, con las consiguientes consecuencias en sus resultados contables así como fiscales.

A las pocas semanas de la publicación de la citada Orden, se produjo la promulgación del RDL 11/2007, de 7 de diciembre, por el que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de GEI. Esta disposición también fue convalidada mediante Resolución del Congreso de los Diputados, de 20 de diciembre de 2007 (BOE de 28 de diciembre de 2007), sin que tampoco fuera tramitada como Ley por el procedimiento de urgencia debido a la falta de tiempo material ante el término de

la legislatura ¹⁵. A fecha de hoy, el citado RDL está todavía pendiente de desarrollo normativo, por el cambio de legislatura así como por la fuerte oposición de los productores de energía eléctrica. No obstante, esta circunstancia es difícilmente justificable, dado que este desarrollo ya se había producido en relación con el RDL 3/2006.

Sin perjuicio de un análisis posterior más profundo, queremos resaltar distintas cuestiones de la regulación de la detracción de los derechos de emisión por ambos RDL que serán determinantes a la hora de realizar el análisis de constitucionalidad de la misma. En concreto, prestaremos especial atención a la denominación de la medida, así como a la determinación de los elementos esenciales de la detracción: sujetos obligados y cuantificación de la prestación. En relación con la primera cuestión, queremos resaltar el empleo de los términos minoración y detracción y la contradicción que la misma supone atendiendo al régimen jurídico desarrollado reglamentariamente. Asimismo y respecto a la segunda, cabe reseñar la brevedad de la regulación contenida en ambos RDL a los efectos de diseñar o, al menos, establecer los criterios básicos para la concreción del régimen jurídico de tan compleja materia.

2.b. Régimen jurídico.

A los efectos de este análisis, debemos señalar la necesidad de realizar un examen diferenciado de los dos RDL, dado que el contenido de ambos no es exactamente coincidente. Por el contrario, cabe afirmar que, salvo en relación con la cuantificación de la «minoración», el segundo RDL tiene mayor similitud con la Orden Ministerial que desarrolla el primer RDL. A mayor abundamiento, esta diferenciación obedece a que, a fecha de hoy, todavía no se ha producido el desarrollo reglamentario del segundo RDL. No obstante y como paso previo al citado estudio, consideramos conveniente realizar una sucinta descripción del régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica así como del procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica, a efectos de facilitar la comprensión de las medidas establecidas.

1. Breve descripción del régimen retributivo del sector eléctrico.

Atendiendo al objeto de nuestro estudio y dentro del régimen retributivo del sector eléctrico, vamos a intentar describir cómo se determina tanto el precio final –fijación diaria– de la generación de energía en régimen ordinario como la liquidación –cálculo anual con liquidaciones provisionales– de los costes del suministro de la energía eléctrica ¹⁶. Esta diferencia obedece a que no todos los

¹⁵ Pese a que la amplia mayoría del Pleno había solicitado su tramitación como proyecto de ley, esta posibilidad fue descartada ante la disolución de las Cámaras el 14 de enero de 2008. La razón de la citada propuesta de tramitación era permitir la introducción de algunos cambios de carácter técnico que atenuasen la oposición del sector eléctrico.

¹⁶ Con esta expresión que emplearemos a lo largo del texto, queremos hacer referencia al procedimiento de liquidación de las obligaciones de pago y derechos de cobro necesarios para retribuir las actividades de transporte, distribución, comercialización a tarifas, así como de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. Para una mejor comprensión del funcionamiento de la liquidación de la tarifa eléctrica, *vid.* UNESA: *La tarifa eléctrica 2006*, Madrid, 2007 (www.unesa.es/documentos/otra_publicaciones/tarifa_2006.pdf).

empresarios o empresas que se dedican a la producción de energía eléctrica se integran en los grupos empresariales que también desarrollan las actividades de transporte, distribución y comercialización, procediéndose en consecuencia a una retribución independiente de la actividad de producción respecto a las restantes.

En relación con la primera cuestión, nos encontramos ante el llamado procedimiento de casación por el que el Operador del Mercado Ibérico de Energía recibe diariamente las ofertas de venta de energía por parte de los productores y las ofertas de adquisición por parte de los comercializadores, distribuidoras y por los consumidores cualificados. Ante las citadas ofertas, el citado Operador realiza la casación de oferta y demanda partiendo de la oferta de venta más barata hasta igualar la demanda, para cada período horario (una hora de duración), siendo el precio de la casación el de la última oferta aceptada y vendiendo todos los generadores su producción a dicho precio. El precio final de la energía o «precio del pool» se obtiene al añadir al precio anterior los costes derivados de la explotación real del sistema, y que incluyen las desviaciones sobre las previsiones, averías, servicios complementarios, etc.¹⁷ A este respecto y como veremos más adelante, consideramos que, atendiendo a la redacción del primer RDL, sobre este «precio del pool» se debía practicar una detracción diaria del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente que ha sido objeto de internalización.

Respecto al procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica, cabe indicar que se trata del procedimiento mediante el cual se hace efectivo el régimen retributivo de los sujetos que desarrollan las actividades conducentes a dicho suministro, estableciéndose el régimen de liquidaciones entre las distintas empresas que participan en el citado proceso¹⁸. Esta liquidación obedece a que la tarifa eléctrica y los peajes tienen el carácter de únicos en todo el territorio nacional, siendo necesario establecer un procedimiento de reparto de los fondos ingresados por los distribuidores y comercializadores¹⁹. En suma, se trata del procedimiento de liquidación de las obli-

¹⁷ Vid. el artículo 16.1 a) de la Ley 54/1997.

¹⁸ Vid. el 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.

¹⁹ El 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, establece como ingresos y costes liquidables los siguientes:

- Los ingresos por aplicación de las tarifas y peajes vigentes a los suministros y accesos a las redes de transporte o distribución que hayan tenido lugar en el período objeto de liquidación.
- Los ingresos por acometidas, verificaciones, enganches y alquileres de contadores y otros equipos de medida.
- La retribución de la actividad de transporte.
- La retribución de la actividad de distribución.
- El coste reconocido por las adquisiciones de energía en el mercado de la electricidad, para atender los suministros a tarifas reguladas.
- Los costes permanentes de funcionamiento del sistema: costes que por el desarrollo de actividades de suministro de energía eléctrica en territorios insulares y extrapeninsulares puedan integrarse en el sistema, costes reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado, costes de funcionamiento de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, los costes de transición a la competencia, los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, el coste correspondiente a la potencia y energía adquirida a las instalaciones de producción de energía eléctrica que siguieran acogidas al régimen económico del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre.
- Los costes para compensar las adquisiciones de energía de las instalaciones acogidas al régimen especial que realicen los distribuidores que no hubieran estado sujetos al Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la

gaciones de pago y derechos de cobro necesarios para retribuir las actividades de transporte, distribución, comercialización a tarifas, así como de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. No obstante, resulta necesario subrayar que en este procedimiento únicamente intervienen aquellas empresas y grupos empresariales que desarrollan actividades eléctricas reguladas de transporte y distribución: Iberdrola, Unión Eléctrica Fenosa, Compañía Sevillana de Electricidad, Fuerzas Eléctricas de Cataluña, E.N. Hidroeléctrica del Ribagorza, Hidroeléctrica del Cantábrico, Electra de Viesgo, Hidroeléctrica de Cataluña, Eléctricas Reunidas de Zaragoza, ENDESA, Red Eléctrica de España²⁰.

En definitiva y a efectos de poner de manifiesto la relación entre ambos procedimientos y, a su vez, con el fenómeno del déficit tarifario, cabe destacar que el precio de la generación constituye uno más de los costes de suministro –el más elevado– que se resta a efectos del cálculo de la retribución de las actividades de transporte, distribución y comercialización. Así, cuando el importe total de los costes liquidables es superior a la suma de ingresos liquidables se genera el déficit tarifario, dado que el coste final de la energía es muy superior al precio que viene retribuido por los consumidores como consecuencia de la existencia de tarifas intervenidas. A este respecto, el elevado precio que ha alcanzado la electricidad negociada en el mercado diario ha sido uno de los causantes del espectacular incremento del déficit. Por esta razón, el legislador español, en un claro gesto intervencionista, decidió detraer el valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente del «precio del pool» antes referido, al menos aparentemente.

2. Régimen jurídico de la detacción de los derechos de emisión

Como hemos apuntado, consideramos necesario realizar un examen diferenciado de los RDL, dado que el contenido de ambos no es exactamente coincidente y, sobre todo, porque, a fecha de hoy, todavía no se ha producido el desarrollo reglamentario del segundo RDL.

En relación con el RDL 3/2006, cabe resaltar la breve regulación que se realiza de la medida adoptada, remitiéndose a una norma reglamentaria el verdadero contenido de la misma. En este sentido, su artículo 2 establece que:

«1. A partir del día 2 de marzo de 2006, para las casaciones correspondientes al 3 de marzo de 2006, la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica a la que hace referencia el artículo 16.1 a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, se minorará en el impor-

tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, así como las compensaciones a dichos distribuidores por aquellos suministros a tarifas que se establezcan por el Ministerio de Industria y Energía, mientras permanezcan sujetos al régimen establecido en la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

- Otros ingresos o pagos resultantes de los transportes intracomunitarios o de las conexiones internacionales, incluidos los derivados del mecanismo de gestión de restricciones que estén establecidos en la normativa vigente.

No obstante, a estos habría que añadir como ingresos liquidables las cantidades minoradas como resultado de la aplicación de la detacción de los derechos de emisión como consecuencia del mayor ingreso obtenido por la incorporación a los precios del valor de los citados derechos.

²⁰ Vid. el anexo I.1 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre.

te equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, de conformidad con lo previsto en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007, durante los períodos que correspondan.

A los efectos del cálculo de los importes de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa del año 2006 correspondientes al período desde el día 1 de enero de 2006 hasta el día 2 de marzo de 2006, inclusive, dichos importes se minorarán para cada grupo empresarial a los que pertenecen las empresas que figuran en el apartado 1.9 del Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, en una cantidad equivalente al valor de los derechos de emisión asignados por Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 a la totalidad de unidades de producción en régimen ordinario de cada grupo empresarial, durante el mismo período.

2. El valor unitario de referencia de los derechos de emisión será el precio de mercado del periodo al que correspondan calculado de manera transparente y objetiva.

3. Se habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para el desarrollo reglamentario de la presente disposición.»

En primer lugar y sin perjuicio de que sea objeto de estudio posterior al abordar la naturaleza de la medida establecida por los RDL referidos, consideramos oportuno incidir en cómo el RDL 3/2006 establece, distinguiendo dos períodos, la minoración de la retribución de la actividad de producción eléctrica. A este respecto y prescindiendo del posterior desarrollo reglamentario, creemos que la idea inicialmente prevista era la minoración de la cuantía de las casaciones²¹ que se derivan de la aplicación del artículo 16.1 a)²² de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, que establece que:

²¹ Los vendedores en el mercado de producción de energía eléctrica están obligados a adherirse a las Reglas de Funcionamiento del Mercado de Producción de Energía Eléctrica por medio de la suscripción del correspondiente Contrato de Adhesión. Las ofertas de estos vendedores se presentarán al operador del mercado, y serán incluidas en un procedimiento de casación teniendo efectos para el horizonte diario de programación, correspondiente al día siguiente del día de cierre de la recepción de ofertas para la sesión, y comprensivo de veinticuatro períodos horarios de programación consecutivos (veintitrés o veinticinco períodos en los días en que se produzca cambio de hora). Todas las unidades de producción disponibles que no estén afectas a un contrato bilateral físico tienen la obligación de presentar ofertas para el mercado diario. Las unidades menores de 50 MW o las que a la entrada en vigor de la Ley 54/1997 no estuviesen acogidas al RD 1538/1987 no tendrán que presentar ofertas al mercado diario, pudiendo hacerlo para aquellos períodos de programación que estimen oportunos. Asimismo es potestativo para los productores en régimen especial el declarar al mercado la energía excedentaria, teniendo la alternativa de presentar ofertas al mercado, manteniendo su derecho a las primas establecidas para dicho régimen. También podrán presentar ofertas de venta de energía los agentes externos autorizados a ello. Información extraída de la página web del Operador del Mercado Ibérico de Energía-Polo Español, S.A. (www.omel.es).

²² Este precepto fue modificado por la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, quedando la redacción como sigue:

- a) La energía eléctrica negociada a través de los mercados diario e intradiario que se retribuirá sobre la base del precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos. La energía eléctrica negociada a través de los mercados de contratación bilateral o física o a plazo que se retribuirá sobre la base del precio de las operaciones contratadas en firme en los mencionados mercados.

«Sobre la base del precio ofertado al operador del mercado por las distintas unidades de producción, la energía eléctrica se retribuirá en función del precio marginal correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada en el sistema haya sido necesaria para atender la demanda de energía eléctrica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de esta Ley.

La energía eléctrica negociada a través de los mercados de contratación bilateral física o a plazo se retribuirá sobre la base del precio de las operaciones contratadas en firme en los mencionados mercados.

Este concepto retributivo se definirá considerando asimismo las pérdidas incurridas en la red de transporte y los costes derivados de las alteraciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas».

De esta forma, juzgamos necesario recalcar que, al establecer el RDL 3/2006 la minoración de la retribución de la actividad de producción eléctrica referida al procedimiento de casación, es decir, del «precio del pool», el posterior desarrollo reglamentario debería haber encomendado al Operador del Mercado Ibérico de Energía²³ el cálculo de esa minoración a efectos del cálculo del precio final de la energía. Esto obedece a que a éste corresponde la cuantificación y comunicación de los pagos y cobros que deberán realizarse en virtud del precio final de la energía resultante de cada sistema, del funcionamiento efectivo de las unidades de producción y de la disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación²⁴, correspondiendo en cambio a la Comisión Nacional de la Energía la liquidación de la generación de la energía eléctrica en régimen ordinario y del régimen especial. Si bien se podría alegar la imposibilidad de fijar el valor del derecho *a priori*, nada impediría tomar el precio medio de cotización del derecho a final de la jornada o, si se considera preferible el del día anterior.

A efectos de analizar el desarrollo reglamentario efectuado por el Ministerio de Industria, consideramos oportuno incluir algunos preceptos de la disposición, con exclusión de aquellos relativos a su cuantificación que serán objeto de estudio posterior:

«Artículo 1. Objeto. Constituye el objeto de esta Orden, en desarrollo del artículo dos.3 del Real Decreto-ley 3/2006, de 24 de febrero, la regulación de la minoración, para el año 2006, de la

Este concepto retributivo se definirá considerando las pérdidas incurridas en la red de transporte y los costes derivados de las alteraciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas.

- b) Los servicios de ajuste del sistema necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor. Reglamentariamente se determinará qué servicios se consideran de ajuste del sistema, así como su régimen retributivo, diferenciándose aquellos que tengan carácter obligatorio de aquellos potestativos.
- c) Adicionalmente el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá establecer una retribución en concepto de pago por capacidad en función de las necesidades de capacidad del sistema.

²³ Las funciones de este operador están contenidas en las siguientes normas: la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica y el Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

²⁴ Artículo 5 del Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente a esta actividad.

Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** 1. Lo dispuesto en esta Orden será de aplicación a los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en el territorio peninsular.

2. No están sujetas a la presente disposición las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial y las de los territorios insulares y extrapeninsulares.

Artículo 3. **Minoración correspondiente al período comprendido entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de 2006.** 1. Los titulares definidos en el artículo 2.1 realizarán, en la cuenta en régimen de depósito de la Comisión Nacional de Energía a que se refiere la disposición adicional de esta Orden, un pago correspondiente al período comprendido entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre del año 2006, ambos inclusive, con objeto de minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente y correspondientes al indicado período.

2. La cuantía de la minoración será proporcional al sobreingreso obtenido en el mercado por la internalización del valor de dichos derechos, en los términos establecidos en la presente Orden.

Artículo 4. **Cálculo de la cuantía del pago.** (...)

Artículo 5. **Pago adicional correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 2 de marzo de 2006.** 1. Los titulares de las instalaciones a que hace referencia el artículo 2.1 que pertenezcan a las empresas que figuran en el apartado I.9 del anexo I 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, realizarán un pago adicional en la cuenta a que se refiere la disposición adicional de esta Orden con objeto de completar la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente y correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero y el 2 de marzo de 2006.

2. La cuantía de la minoración será proporcional al sobreingreso obtenido en el mercado por la internalización del valor de dichos derechos durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 2 de marzo de 2006, ambos inclusive, en los términos establecidos en la presente Orden.

Artículo 6. **Cálculo de la cuantía del pago adicional.** (...)

Disposición adicional única. **Notificación y pago.** 1. Se habilita a la Comisión Nacional de Energía a solicitar la información necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la presente Orden.

2. Antes de que transcurran 15 días desde la entrada en vigor de esta Orden, la Comisión Nacional de Energía notificará a los titulares de instalaciones definidos en el artículo 2.1 y a la Secretaría General de Energía los importes resultantes de la aplicación de las fórmulas anteriores, detallando los cálculos realizados.

3. Antes de que transcurran 15 días desde la entrada en vigor de la presente Orden, la Comisión Nacional de Energía comunicará a los titulares de las instalaciones la cuenta en régimen de depósito donde se harán efectivos los pagos. Estos deberán ser abonados, en su caso, en el plazo de 60 días desde la recepción de la notificación.

En el caso de las empresas que figuran en el apartado I.9 del anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, la cuantía de la minoración correspondiente a las instalaciones de su propiedad será deducida de los importes devengados por estas empresas por las aportaciones realizadas a la financiación del déficit del año 2006. En su caso, los saldos positivos a favor del sistema serán considerados ingresos liquidables del sistema.

4. La Comisión Nacional de Energía comunicará a la Secretaría General de Energía, en un plazo de 30 días desde la entrada en vigor de la presente disposición, la cuantía final del déficit de ingresos del sistema eléctrico del año 2006.

5. En virtud de la disposición adicional duodécima del 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 importe neto correspondiente a la minoración se dedicará a reducir el déficit de ingresos del sistema eléctrico en el año 2006».

Como puede comprobarse de su lectura, la Orden Ministerial ha obviado las consideraciones *supra* realizadas, decantándose por la imposición de dos pagos, atendiendo a la diferenciación de periodos ²⁵ establecidos en el RDL 3/2006, en la cuenta de régimen de depósitos de la Comisión Nacional de la Energía. Llegados a este punto, creemos que esta opción ha venido motivada tanto por el retraso en la materialización del desarrollo reglamentario como por la voluntad de simplificar el proceso de minoración. Sin embargo y como a continuación veremos, se han previsto dos formas para materializar el pago anteriormente citado, atendiendo a la diferente intervención en las diversas fases –transporte, distribución y comercialización– de suministro de la energía eléctrica de las empresas del sector eléctrico y del distinto proceso de retribución que implican.

En concreto, se ha previsto, por una parte, la obligación de efectuar un ingreso por aquellos productores de energía eléctrica que no participan en el procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica. Por otra parte, se ha arbitrado para los grupos empresariales

²⁵ En este sentido, compele a las instalaciones peninsulares de producción de energía eléctrica en régimen ordinario que pertenezcan a los grupos empresariales a realizar un pago adicional a los efectos de los eventuales saldos negativos de la liquidación de la tarifa del año 2006. En relación con este pago relativo al período entre el 1 de enero y el 2 de marzo de 2006 y sin perjuicio de que sea objeto de estudio posterior, debemos señalar que, a nuestro juicio, conlleva una aplicación retroactiva de la «minoración» y puede ser considerado discriminatorio respecto a aquellos productores de energía eléctrica que no se integren en los grupos empresariales ya referidos.

ya citados –aquellos que participan en el procedimiento de liquidación de la tarifa por realizar las actividades de transporte, distribución y comercialización– una minoración de los ingresos a percibir por la liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica. En este último caso, es necesario recalcar que, *ex* artículo 3 de la Orden, resultan obligadas al pago, sin perjuicio de que se establezca una suerte de mecanismo de compensación a través del procedimiento de liquidación de la tarifa, a efectos de que no tengan que realizar un ingreso. De esta forma, para el caso de las empresas pertenecientes a los grupos empresariales que participan en 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 ²⁶, en lugar de este ingreso, se configura la minoración como una deducción de los importes devengados por las aportaciones realizadas a la financiación del déficit del año 2006, a efectos de que no tengan que realizar un ingreso visto el déficit tarifario existente a su favor. A mayor abundamiento y para el eventual caso de que por la aplicación de la detracción se generara un saldo positivo a favor del sistema, la Orden Ministerial dispone que este saldo será considerado ingreso liquidable del sistema.

En ambos casos, la opción por el pago *a posteriori* e independiente de la retribución recibida por la producción de energía eléctrica así como por el mecanismo compensatorio establecido radica en la posibilidad de que pueda realizarse a final del año o, incluso, ulteriormente, a efectos del cálculo y minoración del correspondiente déficit, prescindiendo de su aplicación a las liquidaciones efectuadas mensualmente con carácter provisional. Como puede comprobarse, en ningún momento se produce una minoración de la retribución, sino que, por el contrario, las cuantías depositadas se destinan íntegramente a reducir el déficit de ingresos del sistema eléctrico derivados del 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 regulado en el Anexo I del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre. Esta circunstancia obedece a que, como desarrollaremos al abordar la naturaleza jurídica de la detracción, se ha optado por no practicar la minoración del valor de los derechos en la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. Por el contrario, el MTYC se ha decantado por la obligación de realizar un ingreso en la cuenta en régimen de depósitos de la Comisión Nacional de Energía. Llegados a este punto, es necesario subrayar que el RDL 3/2006 no preveía tal posibilidad, estableciéndose únicamente la minoración de la retribución de la actividad de producción, sin referencia a criterio alguno que permitiese llegar a la citada elección ²⁷.

Atendiendo al régimen jurídico desarrollado, esto supone, a nuestro juicio, una clara extralimitación de la delegación contenida en el RDL 3/2006. En definitiva, atendiendo al planteamiento realizado, juzgamos que la Orden Ministerial es un reglamento *contra legem*, porque, si bien el RDL delega en el MYTC el desarrollo reglamentario de la detracción, el Ministerio se ha extralimitado en

²⁶ Iberdrola, Unión Eléctrica Fenosa, Compañía Sevillana de Electricidad, Fuerzas Eléctricas de Cataluña, E.N. Hidroeléctrica del Ribagorzana, Hidroeléctrica del Cantábrico, Electra de Viesgo, Hidroeléctrica de Cataluña, Eléctricas Reunidas de Zaragoza, ENDESA, Red Eléctrica de España.

²⁷ A este respecto y como hemos apuntado, únicamente se hace mención a la aplicación de una minoración adicional a los grupos empresariales que participan en el procedimiento de liquidación de la tarifa para evitar el aumento del déficit tarifario, siendo la forma más simple de ejecutarla mediante el citado procedimiento y con la atribución de naturaleza de ingreso liquidable.

la cobertura, trasladando la minoración, inicialmente prevista en materia de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, al procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica, rebasando con holgura el marco señalado por la citada disposición. En consecuencia, más allá de la denominación, el cambio conlleva, por sí mismo, diferencias de régimen jurídico significativas y diferencias económicas reales.

En este sentido y como ya hemos apuntado, la Orden Ministerial citada, pese a la ausencia de referencia en el RDL 3/2006, dispone que los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica situadas en territorio nacional, salvo las sometidas al régimen especial y las situadas en territorios insulares y extrapeninsulares, tendrán que realizar un pago con el objeto de minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión de dióxido de carbono asignados gratuitamente y correspondientes al indicado período. A nuestro juicio, si se ha dispuesto la detracción o minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, es sobre este concepto sobre el que debe operarse. En concreto, al precio diario de la energía eléctrica, derivado de la aplicación del artículo 16.1 a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, debería habersele restado el precio medio diario de cotización de la tonelada en el mercado elegido (por ejemplo, Powernext).

Sin embargo y para el supuesto que la mención a la minoración se considere suficiente, tal y como ha realizado nuestro Consejo de Estado²⁸, a efectos de arbitrar la citada obligación de pago así como a fin de analizar la adecuación a nuestro ordenamiento de la medida establecida, resulta ineludible la fijación de su naturaleza, atendiendo al régimen jurídico que se deriva de su normativa reguladora y, tal y como veremos en el siguiente epígrafe, prescindiendo de su denominación. A este respecto, intentaremos demostrar la contradicción en la que incurre nuestro legislador entre denominación y desarrollo normativo que acaba convirtiendo la privación patrimonial no indemnizable en una prestación patrimonial de carácter público.

En segundo lugar y en relación con los sujetos afectados por la detracción, el RDL 3/2006 no hace referencia alguna a los mismos, estableciendo únicamente la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica por un importe equivalente al valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica en el PNA 2005-2007. A mayor abundamiento y como puede constatarse de la lectura del párrafo segundo del apartado primero del citado artículo, nos encontramos con otra referencia que, a nuestro juicio, aumenta la confusión. En particular, nos estamos refiriendo a los sujetos afectados –productores de energía eléctrica que pertenezcan a los grupos empresariales que participan en el procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica y que son titulares de instalaciones productoras

²⁸ Vid. el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Orden por la que se desarrolla, para el año 2006, el artículo dos del RDL 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial aprobado el 8 de noviembre de 2007. Atendiendo al análisis del Consejo de Estado y si bien podemos compartir que al final el efecto es el mismo, no entendemos cómo llega a esta conclusión cuando la medida obvia en todo momento el procedimiento de casación del artículo 16.1 a) de la Ley 54/1997 sobre el que tenía que producirse la minoración.

de energía eléctrica²⁹ – por el pago adicional respecto al período comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 3 de marzo de 2006.

En este orden de ideas y prescindiendo del desarrollo reglamentario del RDL 3/2006, creemos que esta mención era suficiente a la hora de determinar el sujeto concernido por la minoración. En concreto y atendiendo a la definición de productor de energía eléctrica *ex* artículo 9.1 de la Ley 54/1997, afectaría a aquellas personas físicas jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica para consumo por terceros. Sin embargo y como ya hemos apuntado, creemos que esta falta de concreción se deriva de una idea inicial de configuración del procedimiento elegido para realizar la detracción que ha sido sustancialmente modificada por mor del retraso en su desarrollo reglamentario así como por la voluntad de simplificación del procedimiento. A este respecto, cabe subrayar que la Orden Ministerial que ha procedido al desarrollo de este RDL ha concretado que la minoración se aplicará a los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología, en el territorio peninsular. Para luego añadir que no estarán sujetas las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial y las de los territorios insulares y extrapeninsulares³⁰.

Como ya veremos, este mismo contenido se recoge en el posterior RDL 11/2007 que prevé la detracción para el PNA 2008-2012, como consecuencia del mantenimiento del método desarrollado en la Orden Ministerial citada. Empero, se aclara que la minoración se aplicará a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de GEI. En realidad, mediante esta precisión, no se está haciendo únicamente referencia a los sujetos obligados sino a un elemento necesario a efectos de diferenciar la fórmula de cálculo del importe de la minoración o detracción.

²⁹ La previsión de esta última posibilidad se deriva de la estructura empresarial que presentan los productores de energía eléctrica en España y, en concreto, en su descomposición en diversas sociedades mercantiles pertenecientes a un grupo empresarial. A este respecto, cabe subrayar que el verdadero productor de la energía no es el grupo empresarial sino, por el contrario, la respectiva sociedad mercantil titular de la planta o plantas de generación. A mayor abundamiento, debemos recordar que son estas últimas las asignatarias de los derechos de emisión en función de la titularidad de la instalación emisora y no el grupo empresarial en su conjunto. El artículo 14.1 d) de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, dispone que «el Plan Nacional de asignación, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de reducción de emisiones asumidas por España, así como el principio de complementariedad recogido en el Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su normativa de desarrollo, debe establecer para cada uno de los períodos de vigencia: el porcentaje de la asignación a cada instalación en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos a su titular para cumplir con la obligación establecida en el artículo 4.2 f)». Concretando su artículo 2 i), que por instalación debe entenderse «toda unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden una relación de índole técnica con las actividades realizadas en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación». Atendiendo a estas afirmaciones y a los preceptos citados, no creemos ajustado a derecho que posteriormente se instrumente la minoración a través de la compensación a los grupos empresariales que agrupan a las sociedades mercantiles productoras de la actividad eléctrica la detracción, aunque sea para que no tengan que realizar ingreso alguno por el saldo existente a su favor.

³⁰ A este respecto, el Consejo de Estado ha señalado que «ciertamente, dentro del respeto a lo dispuesto en el RDL caben diversas interpretaciones y también diversos desarrollos normativos» para añadir que «con todo, del tenor del precepto transcrito y de la consideración de su finalidad, tal y como ha quedado ya establecida, sí que se desprenden cuáles son tales criterios». *Vid.* el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Orden por la que se desarrolla, para el año 2006, el artículo dos del RDL 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial aprobado el 8 de noviembre de 2007.

ción introducida en la Orden ITC/3315/2007. Como podremos comprobar, esta circunstancia se produce porque, aunque inicialmente estaba previsto diseñar la medida como una minoración de la retribución de la actividad de producción, al final en el RDL 11/2007 se ha optado por el mantenimiento de la obligación de pago –dispuesto únicamente en la Exposición de Motivos– así como el mecanismo compensatorio relativo a la inclusión del valor de los derechos como un ingreso liquidable a los efectos de la 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. A nuestro juicio y como estudiaremos posteriormente, esto generará una posterior contradicción con la futura Orden Ministerial de desarrollo, dado que no todas las empresas productoras de esta clase de energía están integradas en los grupos empresariales que participan en la liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica.

En tercer lugar y en relación con la cuantificación de la minoración, el apartado segundo del artículo 2 establece que «el valor unitario de referencia de los derechos de emisión será el precio de mercado del período al que correspondan calculado de manera transparente y objetiva». Nos encontramos ante un criterio genérico que, por el carácter técnico de la materia, necesita de desarrollo reglamentario. Así, es la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, del MTYC, la que procede a su concreción, fijando el valor del derecho de emisión en la media del precio al contado de cada uno de los días entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de 2007 de la tonelada equivalente de CO₂ en el mercado de «Powernext, SA», precisando que los días de negociación se considerará el precio de cierre del mercado, y que el resto de los días se considerará el precio de cierre del último día de negociación anterior. Empero, cabe subrayar cómo, atendiendo al cambio respecto a la medida inicialmente prevista y a la elección del establecimiento de una obligación de pago, la Orden Ministerial se ve obligada a añadir criterios para la cuantificación, derivados tanto de la precisión de los sujetos afectados por la detracción como de la diferenciación entre entidades asignatarias y no asignatarias de derechos de emisión. La suficiencia del criterio previsto en el RDL será estudiada con mayor detenimiento al abordar su adecuación al principio de reserva de ley, una vez analizada la naturaleza de la medida. Sin embargo, resulta curioso que, en una presupuesta situación de extraordinaria y urgente necesidad, se habilite a una disposición reglamentaria la cuantificación de la detracción que, por si esto fuera poco, se promulgó a finales de noviembre del año siguiente, mediando un período de aproximadamente 20 meses y medio.

En relación con el RDL 11/2007, debemos resaltar asimismo la breve regulación que se realiza de la medida adoptada, remitiéndose a una norma reglamentaria el verdadero contenido de la misma. No obstante y como a continuación veremos, hemos de subrayar cómo se han incorporado determinados matices, a efectos de solventar eventuales problemas de constitucionalidad del RDL y de legalidad de la futura Orden Ministerial. Empero, también deben reseñarse tanto incomprensibles confusiones así como clamorosos olvidos, fundamentalmente en materia de cuantificación de la detracción. En este sentido, el RDL11/2007 establece:

«Artículo 1. Objeto. Constituye el objeto de este RDL la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica como consecuencia del mayor ingreso obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asig-

nados gratuitamente a esta actividad por la aplicación del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012.

Artículo 2. **Ámbito de aplicación subjetivo.** 1. Lo establecido en esta disposición será de aplicación a los titulares de cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica en el territorio peninsular español en régimen ordinario, cualquiera que sea su tecnología.

La minoración se aplicará a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación las instalaciones de producción en régimen especial.

Artículo 3. **Ámbito de aplicación objetivo.** La minoración afectará a la retribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica referidas en el artículo 2, con independencia de la modalidad de contratación utilizada.

Artículo 4. **Criterios para efectuar la minoración.** La minoración se efectuará con base en los siguientes principios:

1. Evitar distorsiones en el funcionamiento del mercado.
2. Evitar discriminaciones entre modalidades de contratación.
3. Utilización de una metodología basada en variables objetivas.
4. En cualquier caso, no afectación a la seguridad de suministro.

Disposición adicional primera. **Habilitación normativa.** Se habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio a dictar, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para el desarrollo de este RDL.

Disposición adicional segunda. Las cantidades minoradas como resultado de la aplicación del presente RDL tendrán la consideración de ingresos liquidables del sistema».

Reproduciendo el orden de análisis respecto al primer RDL, queremos destacar cómo en el texto de este segundo RDL se vuelve a utilizar el término minoración siempre vinculado a la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, tal y como se comprueba de la lectura del artículo 1 relativo al objeto de la disposición. Sin embargo, podemos constatar cómo en el título de la citada disposición parece introducirse un cambio terminológico con incidencia en el régimen jurídico de la figura estudiada. En concreto, nos encontramos ante un RDL mediante el que se «detraxa de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión», desmarcándose de la denominación de la medida arbitrada en el primer RDL.

A mayor abundamiento, si atendemos a la Exposición de Motivos del RDL 11/2007 podemos comprobar cómo ya no se pretende minorar el «precio del pool» diario al excluirse cualquier referencia al procedimiento de casaciones sino que, por el contrario, se pretende detraer el valor de los derechos asignados gratuitamente del importe total recibido en concepto de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. En este sentido, se dispone en la citada Exposición que «la cantidad por la que se minorará la retribución de las instalaciones de producción será equivalente al mayor ingreso obtenido por la internalización, repercusión o incorporación en las ofertas de venta del coste de los derechos de emisión asignados gratuitamente», optándose por el mantenimiento de la obligación de pago prevista en la Orden Ministerial anteriormente analizada.

Sin embargo, en su afán por dar apariencia de continuidad respecto al primer RDL y mantener el sistema del pago como mecanismo para hacer efectiva la detracción, creemos que incurre en una imperdonable pero voluntaria imprecisión al querer equiparar la minoración prevista en el RDL 3/2006 con el establecimiento de la obligación de pago establecida por la Orden Ministerial consecuencia de su desarrollo reglamentario. Así, señala que «al amparo de los mismos principios que justificaron el RDL 3/2006, de 24 de febrero, la presente disposición extiende la minoración a partir del 1 de enero de 2008, obligando a los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica a realizar un pago anual, que se calculará atendiendo a variables objetivas». Por estas razones y atendiendo al cambio arbitrado respecto al primer RDL, nos encontramos con que los preceptos del nuevo RDL regulan el objeto, el ámbito de aplicación subjetivo, el ámbito de aplicación objetivo y los criterios para efectuar la minoración. Empero y por la razón que a continuación vamos a exponer, resulta extraño que, pese a su mención en la Exposición de Motivos, no se haga referencia alguna en ninguno de los artículos del RDL al pago al que quedan obligados los productores de energía eléctrica en régimen ordinario situados en la península.

Por último, cabe subrayar la referencia que se realiza en la disposición adicional segunda en la que se establece que «las cantidades minoradas como resultado de la aplicación del presente RDL tendrán la consideración de ingresos liquidables del sistema». Atendiendo al tenor de la citada disposición, se nos suscitan dudas sobre las consecuencias que puede tener la misma respecto a su posterior desarrollo reglamentario. Así, puede descartarse que, en la futura Orden Ministerial, el procedimiento de detracción o minoración se vaya a aplicar a la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, generándose dudas sobre el mantenimiento de la obligación de efectuar el ingreso previsto en la Orden ITC/3315/2007. Ante la falta de mención en el articulado del RDL 11/2007, parecería lógico pensar que se empleara el mecanismo de compensación previsto para los titulares de instalaciones de energía eléctrica en el territorio peninsular en régimen ordinario que pertenezcan a las empresas que realizan las actividades de transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica. De esta forma, parecería que será a través de la 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, mediante la que se detraerá el valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente, con los problemas que esto generará respecto a los sujetos afectados.

Empero, es importante resaltar que esta opción únicamente sería aplicable para los titulares de instalaciones de energía eléctrica en el territorio peninsular en régimen ordinario que pertenezcan a

las empresas que realizan las actividades de transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica como mecanismo sustitutivo del pago con funciones compensatorias respecto al déficit existente a su favor³¹. En consecuencia, debe señalarse que quedarían fuera de este procedimiento los productores de energía eléctrica no pertenecientes a los grupos empresariales *supra* descritos que realizan actividades de transporte, distribución y comercialización, con la consiguiente injustificable discriminación que se produciría. Constatada esta circunstancia y atendiendo a la ausencia de valor normativo de las exposiciones de motivos³², la futura Orden Ministerial deberá incurrir, bien en una flagrante discriminación, bien en una presunta extralimitación, en el supuesto de que se considere que la calificación de ingreso liquidable no constituye habilitación suficiente para establecer una obligación de pago. Como es sabido, la doctrina se ha encargado de recordar que «las exposiciones de motivos constituirían la parte expositiva de la ley, la introducción sin valor normativo, cuya función se limitaría a ilustrar sobre su contenido y a proporcionar unos eventuales criterios interpretativos de la parte dispositiva»³³.

Llegados a este punto, nos preguntamos si el sutil matiz que introduce en su disposición adicional segunda ha sido realizado a fin de paliar la situación de extralimitación descrita con respecto al primer RDL. Mediante esta mención, nos encontramos ante un cambio sustancial, dado que el concepto de ingreso liquidable conlleva la aplicación del procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica, excluyéndose la necesidad de producir la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica así como el pago. En este sentido, creemos que se ha producido una confusión al obviar que la compensación operada a través del procedimiento de liquidación de la tarifa era sustitutiva de la obligación de pago únicamente para determinados sujetos.

Por esta razón, creemos que, si la intención era corregir la redacción del primer RDL en aras de evitar la extralimitación del postero desarrollo reglamentario, hubiese sido suficiente con omitir la referencia a la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el texto del RDL 11/2007 a semejanza de lo previsto en su título. No obstante, hubiese sido necesario haber hecho una referencia a la obligación de pago y eventualmente al mecanismo compensatorio previsto a través del procedimiento de liquidación de la tarifa, para evitar que la habilitación pudiese ser considerada insuficiente con respecto a la obligación de pago para los sujetos no pertenecientes a los grupos empresariales ya mencionados. De esta forma, será ineludible esperar al desarrollo reglamentario de este segundo RDL para ver cómo se resuelve esta cuestión sin incurrir, bien en extralimitación, bien en discriminación.

En segundo lugar y en relación con los sujetos obligados a soportar la detracción, el RDL 11/2007 reproduce *quasi* literalmente el artículo 2 de la Orden ITC/3315/2007, si bien especificando que «la minoración se aplicará a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de GEI». Como ya incidiremos posteriormente, esta necesidad de concretar el ámbito subjetivo de aplicación e incorporarlo al RDL evidencia que el primer RDL no los establecía

³¹ Esto obedecería a que únicamente estas empresas participan en el procedimiento de liquidación de la tarifa.

³² SANTAOLALLA LÓPEZ, E.: «Exposiciones de Motivos de las leyes: motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 47 y ss.

³³ Vid. ROVIRA, M.C.: *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972, págs. 43 y ss.

con claridad. Sin embargo, esta concreción plantea un problema con respecto al posterior procedimiento aparentemente elegido –procedimiento de liquidación de la tarifa– para efectuar la minoración ante la ausencia de establecimiento de la obligación de pago. En concreto y como ya hemos apuntado, cabe subrayar que no todas las sociedades mercantiles, titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, pertenecen a los grupos empresariales que participan en el procedimiento de liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica. Esta circunstancia puede motivar que en el posterior desarrollo reglamentario haya que incurrir en una contradicción y volver a la figura del ingreso, a fin de evitar discriminaciones por razones de estructuración empresarial.

En tercer lugar y en relación con los elementos de cuantificación, resulta incomprensible que el RDL 11/2007 no recoja un criterio de cuantificación siquiera genérico que sirva como pauta suficientemente indicativa a efectos de su futuro desarrollo reglamentario. En este sentido, simplemente se propugna la utilización de una metodología basada en variables objetivas que evite distorsiones en el funcionamiento del mercado y discriminaciones entre modalidades de contratación, y que, por último, no afecte a la seguridad del suministro. A estos efectos, resulta curioso que no se haya mantenido siquiera la referencia al precio medio de mercado. Respecto al desarrollo reglamentario de este último RDL, cabe indicar que el final de la legislatura ha seguramente retrasado su promulgación, reproduciéndose la situación de dilación comentada del RDL 3/2006. No obstante, creemos que previsiblemente la futura Orden Ministerial presentará una estructura y contenido muy similar a la anterior, atendiendo al tenor de la Exposición de Motivos del RDL 11/1007.

Mediante este repaso al *iter* normativo y la breve descripción realizada de determinados elementos del régimen jurídico de la detección de los derechos de emisión, hemos querido poner de manifiesto ciertas cuestiones que pueden derivar en la ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad de esta medida y que serán estudiadas posteriormente. Sin perjuicio de que, como veremos a continuación, existen varios argumentos y cauces para recurrir la citada detección, este trabajo se centrará en el análisis de los posibles vicios de constitucionalidad en los que pueden incurrir los RDL objeto de estudio por la falta de concreción, bien de los sujetos pasivos, bien de los elementos de cuantificación, así como por la extralimitación en que pueda haber incurrido la Orden Ministerial que desarrolla el primer RDL y la eventual en que también puede incurrir el desarrollo reglamentario del segundo RDL.

Como ya hemos apuntado, esta medida ha sido denominada, bien como minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de GEI asignados gratuitamente, bien como detección de la retribución de la actividad de producción de la energía eléctrica del mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión GEI. Si atendemos al Diccionario de la Lengua Española y, en concreto, a la definición de minoración, tras remitirnos al verbo *aminorar*, nos señala que es el resultado de reducir en cantidad, calidad o intensidad, y de disminuir o menguar. Asimismo y en relación con el término *detracción*, nos indica que constituye la acción y efecto de *detrar* que a su vez es definido como *restar, sustraer, apartar o desviar*. En este sentido y respecto al primer RDL, resulta cuanto menos paradójico que algo que, en teoría y desde una perspectiva matemática, debe ser restado en una retribución concreta, deba consistir en un pago, sin perjuicio de que el efecto y resultado hubiese sido el mismo. Respecto al segundo RDL resulta curioso que se corrija en su Título y se mantenga en el texto una redacción

que puede inducir al mismo error en que ha incurrido la Orden ITC 3315/2007 en relación con el primer RDL, máxime tras el olvido de incluir en ninguno de los preceptos el establecimiento de una obligación de pago. A estos efectos, cabe apuntar que lo dispuesto en la Exposición de Motivos únicamente puede coadyuvar en aras de la interpretación del RDL 11/2007, suscitándose dudas sobre una eventual vulneración del principio de reserva de ley. Atendiendo al régimen jurídico descrito y como desarrollaremos en el siguiente epígrafe, creemos que nos encontramos ante una prestación patrimonial pública de naturaleza no tributaria.

2.c. Posibles argumentos y cauces para su impugnación.

Atendiendo a la situación normativa expuesta, las empresas eléctricas disponen de diferentes argumentos y cauces procesales para impugnar la detracción de los derechos de emisión. A continuación, vamos a analizar las diversas opciones por las que se han decantado y las que, a nuestro juicio, todavía pueden decantarse, para posteriormente centrarnos en la inconstitucionalidad del empleo del Decreto-Ley. En virtud de la información publicada por la prensa económica, el sector eléctrico ha recurrido la normativa de detracción tanto a nivel colectivo, a través de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), en sede comunitaria como a nivel individual en España. A estos efectos, conviene resaltar que los argumentos para la impugnación de la normativa en materia de detracción condicionarán los cauces de impugnación y viceversa.

Así, por una parte, se ha impugnado el RDL 11/2007 ante la Comisión Europea señalando que la citada medida supone una privación patrimonial contraria a la asignación gratuita de los derechos de emisión prevista en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de GEI en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo y a la Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura. En concreto, los argumentos se centran en el grave perjuicio que genera a los operadores del sector e, incluso, al propio funcionamiento del mercado eléctrico europeo junto a las dificultades que puede acarrear para la consecución de los objetivos de la política energética y medioambiental de la Unión Europea. A mayor abundamiento, indican que desincentiva futuras inversiones y discrimina a las eléctricas frente a empresas de otros sectores en los que no se minoran los derechos de emisión ³⁴.

Por otra parte, a nivel nacional las empresas eléctricas han impugnado, *ex* artículo 11.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) ³⁵, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la Orden

³⁴ Vid. BOUTE, A.: «Combating climate change and securing electricity supply: the role of investment protection law», *European Environmental Law Review*, núms. 8-9, 2007, págs. 227 y ss. El citado autor ha puesto dicho argumento en relación con el derecho de propiedad realizando el análisis con respecto al régimen europeo de comercio de derechos de emisión y los diversos conflictos suscitados.

³⁵ El citado artículo establece que «la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

Ministerial que desarrolla el RDL 3/2006, solicitando como medida cautelar su suspensión parcial ³⁶. Este recurso contencioso-administrativo se presentó a mediados de enero antes de que expirara el plazo de dos meses previsto por el artículo 46 de la LJCA para impugnar la citada disposición ³⁷. En este caso concreto, la fundamentación de la impugnación radica en el carácter expropiatorio y confiscatorio que aducen tiene la detracción de los derechos de emisión asignados gratuitamente. En relación con este argumento, creemos que difícilmente resulta defendible al no ser privadas las empresas eléctricas de sus derechos. A mayor abundamiento, cabe recordar que no todas las empresas productoras de energía eléctrica ³⁸ afectadas por la minoración han sido asignatarias de derechos de emisión, razón por la cual difícilmente puede reconducirse a la institución citada.

En todo caso, podría defenderse este planteamiento respecto a los ingresos derivados de la actividad de producción de energía eléctrica. A este respecto y pese a la larga espera que puede conllevar, cabe señalar que el TEDH, en el caso *Dangeville versus France* (Application núm. 36677/97), de 16 de abril de 2002, ha interpretado muy ampliamente el derecho de propiedad, hasta el punto de que se ha considerado, incluso, que una ley que priva a los contribuyentes del derecho a recuperar ingresos tributarios indebidamente efectuados en virtud de una ley declarada inconstitucional vulnera el derecho de propiedad ³⁹.

Frente a estas opciones, creemos que, a efectos de impugnación de la Orden Ministerial que desarrolla la detracción, resulta más oportuno fundamentar la ilegalidad de la misma en la extralimitación que ha incurrido en el ejercicio de la habilitación concedida. En este sentido, tal y como intentaremos demostrar en el subepígrafe siguiente, resulta preferible, a nuestro juicio, constatar la articulación del establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público frente al proceso de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica que, a nuestro juicio, establecía el RDL 3/2006. Por esta razón, creemos que hubiese sido preferible fundar el recurso contra la Orden Ministerial no en la inconstitucionalidad del RDL que le sirve de cobertura, sino en su propia ilegalidad sobre la base, bien de la extralimitación de la citada disposición respecto a lo establecido en la norma con rango de ley, bien de la vulneración del principio de reserva de ley contenido en el artículo 31.3 de la Constitución.

- a) De los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Asimismo, conocerá de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos».

³⁶ Sobre la suspensión cautelar de los reglamentos, *vid.* FUERTES LÓPEZ, M.: «Tutela cautelar e impugnación de reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, págs. 57 y ss.

³⁷ Respecto a la necesidad de ampliar este plazo por la complejidad de impugnar un reglamento frente a un acto administrativo singular, *vid.* BOQUERA OLIVER, J.M.: «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, págs. 23 y ss. DOMÉNECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 377 y ss. Este último autor ha sostenido incluso, con argumentos muy convincentes, que el recurso directo contra reglamentos no debería someterse a plazo preclusivo.

³⁸ En este caso, resulta necesario aclarar que nos estamos refiriendo a las sociedades titulares de las instalaciones productoras de electricidad, sin perjuicio de su pertenencia a un grupo empresarial.

³⁹ *Vid.* BOUTE, A.: «Combating climate change and securing electricity supply: the role of investment protection law», *European Environmental Law Review*, núms. 8-9, 2007, págs. 227 y ss.

No obstante y frente a la impugnación directa de la Orden Ministerial, cabe señalar que también cabía la posibilidad de que las empresas eléctricas hubiesen impugnado los actos de aplicación tanto de la Orden de Ministerial como del RDL 3/2006. Así, en primer lugar y en la línea de lo apuntado *supra*, hubiese sido posible aducir la ilegalidad de la citada disposición por ser el proceso de minoración arbitrado en la misma diverso al contenido en el RDL 3/2006 con la extralimitación que, respecto a la habilitación efectuada, supone ⁴⁰. Como hemos apuntado, la Orden Ministerial crea, a nuestro juicio, una prestación patrimonial pública, prescindiendo del mandato de concreción de la minoración –limitación del derecho de propiedad no indemnizable– de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. En segundo lugar y prescindiendo de la constitucionalidad del empleo del Decreto-Ley y de la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad, también hubiese sido posible impugnar el citado acto sobre la base de la vulneración del principio de reserva de ley previsto por el artículo 31.3 de nuestra Constitución por parte del RDL 3/2006 por la falta de fijación de los criterios de los elementos esenciales de la citada prestación ⁴¹, en caso de que se considerase que no se ha incurrido en extralimitación. Asimismo, cabe señalar que este planteamiento también es extensible en caso de rechazarse la calificación de prestación patrimonial y decantarse por la consideración de la minoración como una limitación del derecho de propiedad. Esta estrategia estaría dirigida a lograr la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ante la imposibilidad fáctica de presentación de un recurso de inconstitucionalidad ⁴².

Empero, creemos acertada la estrategia seguida por las compañías eléctricas en el ordenamiento interno, dado que la impugnación directa de la Orden Ministerial obedece a que la misma no impide la posterior presentación de un recurso contra el acto de ejecución fundamentado en otros motivos de ilegalidad ⁴³ y a fin de obtener la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad antes referida. Esta posibilidad ha sido denominada por la doctrina como «recurso indirecto contra reglamentos» ⁴⁴ para aquellos supuestos en que el reglamento ha adquirido firmeza, bien ante su falta de impugnación, bien ante la resolución desestimatoria de la misma. Asimismo, cabe recordar que, en virtud del artículo 66 de la LJCA, los recursos directos contra disposiciones generales gozan de pre-

⁴⁰ *Vid.* respecto a las relaciones entre ley y reglamento, REBOLLO PUIG, M.: «Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 119 y ss.

⁴¹ *Vid.* respecto al carácter insuficiente de la remisión, TORNOS MÁS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 492 y ss.

⁴² A este respecto, caber apuntar la imposibilidad del planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad ante la inexistencia del número mínimo de diputados o senadores dispuestos a presentarlo. En este sentido, cabe recordar que, tanto la proximidad de las elecciones en las fechas en el que planteamiento del recurso era posible como las consecuencias en materia de déficit tarifario, condicionaban enormemente la postura de los diversos grupos políticos en la oposición.

⁴³ Respecto a la aplicación del principio de cosa juzgada a la impugnación de un acto administrativo de aplicación de un reglamento legal, *vid.* BOQUERA OLIVER, J.M.: «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, pág. 34. Debe llamarse la atención, no obstante, sobre una muy crítica doctrina sentada por la STS de 27 de junio de 2006 (rec. cas. 337/2004) en que se señalaba que «la parte cuyo recurso directo dirigido contra una norma reglamentaria fue desestimado no puede luego aducir la invalidez de la misma norma en un "recurso indirecto" interpuesto contra un acto dictado en aplicación de esta».

⁴⁴ Sobre las diversas vías que cabe seguir para impugnar los reglamentos, *vid.*, por todos, DOMÉNECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 352 y ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 149 y ss.; CARLÓN RUIZ, M.: *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Civitas, Madrid, 2005; BONACHERA VILLEGAS, R.: *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ferencia ⁴⁵, dado que, una vez conclusos, deben ser antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo ⁴⁶. A mayor abundamiento y en el caso de que el fallo sea desestimatorio, se dispone de información adicional para orientar la fundamentación del nuevo recurso sobre la base de la Sentencia dictada y, en concreto, de los motivos que han llevado a su rechazo.

Con respecto a la impugnación del RDL 11/2007 en nuestro ordenamiento interno, creemos que tampoco ha sido posible encontrar diputados o senadores suficientes, a efectos de presentar el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, habiendo caducado a los tres meses –7 de marzo de 2008– de la publicación en el BOE tal posibilidad ⁴⁷. Empero, cabe señalar que, debido a los cambios introducidos en relación con el primer RDL y las contradicciones en que puede incurrir, será necesario esperar a la promulgación de la Orden Ministerial que desarrolle el RDL 11/2007 para definir la estrategia de impugnación, siendo extensible el planteamiento respecto a las cuestiones anteriormente planteadas.

3. NATURALEZA DE LA DETRACCIÓN

Una vez descrito el régimen jurídico de la llamada «minoración o detracción», vamos a intentar demostrar cómo concurren, en la obligación de pago impuesta a las empresas eléctricas tanto por la Orden Ministerial ITC 3315/2007 como por la futura Orden que desarrollará el RDL 11/2007, atendiendo a lo dispuesto en su Exposición de Motivos, la totalidad de los requisitos que la doctrina y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) han fijado para su calificación como una prestación patrimonial pública. En relación con su carácter coactivo, podemos comprobar cómo nos encontramos ante el establecimiento unilateral de una obligación de contenido económico por parte del ente público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla ⁴⁸. A este respecto y pese a que se trata de un pago con finalidad compensatoria entre particulares, su carácter público resulta innegable por la manifiesta regulación e intervención del Estado ⁴⁹ en el sector eléctrico y, en particular, por ser este el que fija la tarifa eléctrica. En este sentido, se ha pronunciado el TC en su Sentencia 37/1994, de 10 de febrero, relativo a la prestación por incapacidad laboral transitoria, en el que otorga la naturaleza de prestación

⁴⁵ A este respecto, BOQUERA OLIVER señala que el fundamento de esta preferencia radica en «un reglamento ilegal al ser aplicado multiplica las situaciones y actos ilegales, y por esto debe ser eliminado cuanto antes» («La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, pág. 29).

⁴⁶ Con la excepción del proceso especial de protección de derechos fundamentales.

⁴⁷ Artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁴⁸ Centrándonos en la figura que nos interesa, las prestaciones patrimoniales de carácter público, es preciso comenzar recordando que, conforme a nuestra jurisprudencia podemos incluir en dicha categoría los pagos exigibles en dos supuestos concretos: 1) los que derivan de la prestación de servicios o la realización de actividades que sean de solicitud e recepción obligatoria, que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho, o que sean objetivamente indispensables 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; 2) los que se generan por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. *Vid.* las SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 3 b); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 16.

⁴⁹ *Vid.* MALARET GARCÍA, E.: «Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 327 y ss.

patrimonial pública, a pesar de ser una prestación entre particulares, a semejanza del caso que nos ocupa de pagos impuestos a los empresarios eléctricos sin el concurso de la voluntad de estos.

A este respecto, el TC ha afirmado que «el problema de la determinación del alcance del concepto de prestación patrimonial de carácter público se centra, pues, en precisar cuándo puede considerarse que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta». Para concretar posteriormente que estamos ante un supuesto de coactividad «cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público»⁵⁰. Respecto al análisis del tipo de coactividad, procede volver a traer a colación la doctrina de nuestro TC y encuadrar la obligación de entrega objeto de estudio en los supuestos de coactividad formal descritos en la Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, dado que la misma se impone en los dos RDL ya analizados.

Llegados a este punto, podría ponerse en duda el carácter patrimonial y público de dicha obligación, a efectos de descartar la atribución de la naturaleza anteriormente referida. No obstante, juzgamos que ambas notas concurren en la «detracción» o «minoración» de los derechos de emisión, tal y como intentaremos demostrar en el análisis conjunto que a continuación vamos a realizar. En relación con la primera nota, la doctrina ha señalado que «ha de procederse con precaución para no extender en demasía el concepto de prestaciones patrimoniales públicas haciendo que se confunda con el de prestaciones coactivas. De lo contrario, cualquier conducta impuesta a los ciudadanos, cuya inobservancia supusiese un gasto al ente público, acabaría siendo considerada como prestación patrimonial pública y financiera»⁵¹. No obstante y respecto al caso concreto que nos ocupa, creemos que el carácter patrimonial de la prestación es innegable⁵² en virtud de la imposición en el desarrollo reglamentario del primer RDL de una obligación de pago y, concretamente, de un ingreso en la cuenta en régimen de depósito de la Comisión Nacional de la Energía.

Ahora bien, llegados a este punto, es necesario recordar que, a nuestro juicio, la obligación de pago es consecuencia de una clara extralimitación de la Orden Ministerial con relación al RDL 3/2006 que preveía una minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. Asimismo y en relación con el RDL 11/2007, si bien afirma explícitamente en su Exposición de Motivos el establecimiento de la obligación de pago, se olvida de establecerlo en su articulado con las consecuencias ya apuntadas en el epígrafe precedente. Por esta razón, en el caso de que un futuro se

⁵⁰ FJ 3 de la STC 185/1995, de 14 diciembre. *Vid.* con respecto a las prestaciones patrimoniales públicas, LOZANO SERRANO, C.: «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, págs. 25 y ss.

⁵¹ *Vid.* GRAU RUIZ, A.: *Ideas para un Proyecto Docente en Derecho Financiero y Tributario*, E-Prints Complutense, Madrid, 2006, pág. 101. A pesar de que estas circunstancias concurren en la obligación de entrega de los derechos de emisión, dado que España se ha obligado a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, con independencia de que sus empresas cumplan con las obligaciones que nuestro Estado les imponga, no juzgamos que esto permita descartar su carácter patrimonial y público.

⁵² A este respecto, LOZANO SERRANO ha afirmado que «la prestación patrimonial no es siempre un ingreso público, ni una prestación al ente público», añadiendo luego que «cabe incluir como prestación patrimonial pública toda detracción coactiva del patrimonio del particular, consista esta en una obligación de dar al ente público o a particulares, o en una obligación de padecer o soportar dando lugar en todo caso a una merma de riqueza, ya sea definitiva o meramente temporal» («Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, pág. 29).

estableciera efectivamente la minoración en el «precio del pool» y, en consecuencia, una limitación del derecho a la propiedad no indemnizable, será necesario estudiar si la misma es admisible o si, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de expropiación. No obstante, queremos incidir en que, dejando a salvo la cuestión de la eventual indemnización que podría proceder, las reflexiones que realizaremos en el epígrafe siguiente en torno a la observancia del principio de reserva de ley serían perfectamente trasladables. Esto obedecería a la vigencia del citado principio no solo con respecto a las prestaciones patrimoniales públicas *ex* artículo 31.3 de nuestra Constitución, sino también en materia de derecho de propiedad *ex* artículo 33⁵³.

En cambio, mención aparte merece el desarrollo reglamentario del RDL 11/2007, dada la falta de mención de la obligación de pago en su articulado y la calificación de las cantidades minoradas exclusivamente como ingresos liquidables del sistema. Si bien resulta difícil conjeturar ante la ausencia, a fecha de hoy, de la Orden Ministerial, creemos que, como hemos apuntado, será difícil prescindir de la obligación del citado pago, dado que no todos los productores de energía eléctrica están integrados en los grupos empresariales que participan en el procedimiento de liquidación de los diferentes costes que implica el suministro eléctrico con la consiguiente discriminación que supondría. Ahora bien, en caso de establecerse y dado que la liquidación de los costes del suministro de la energía eléctrica es el resultado de restar a los ingresos liquidables los costes liquidables⁵⁴, consideramos que el planteamiento seguiría siendo admisible. Esto obedecería a que, atendiendo al sistema de cuantificación del precio medio de la tonelada, se va a imputar a las empresas eléctricas un ingreso al final del año, a efectos de proceder a la liquidación definitiva. En definitiva, creemos que esta calificación como ingreso liquidable ha sido prevista a efectos de evitar el supuesto de la extralimitación del desarrollo reglamentario de la Orden Ministerial, sin advertir los problemas que en materia de discriminación de los sujetos afectados conlleva a tenor de la estructuración empresarial del sector eléctrico.

Acerca del carácter público de la prestación, creemos que el mismo es innegable por las razones que vamos a apuntar a continuación. Como es fácilmente apreciable, estas prestaciones no tienen finalidad recaudatoria alguna sino que han sido establecidas en aras de evitar que los ciudadanos asuman la internalización del valor de los derechos en el precio de la energía y, a su vez, el Estado evite mayores problemas en materia de déficit tarifario⁵⁵. Si a estos objetivos, añadimos que la causa de la detracción –internalización– es consecuencia de la implantación del régimen de comercio de derechos de emisión y de la asignación gratuita de los derechos de emisión previstas en la Ley 1/2005, el carácter público de la medida se nos antoja indudable. No obstante, la especialidad radica en que la prestación se impone a fin de aliviar una carga de los particulares. Empero, cabe recordar cómo nuestro TC ha subrayado que el concepto de prestación patrimonial de carácter público es independiente de la condición pública o privada de quien la percibe⁵⁶. A mayor abundamiento y a efectos de disi-

⁵³ *Vid.* al respecto LEGUINA VILLA, J.: «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1995, págs. 9 y ss. y RIBOT IGUALADA, J.: «La garantía constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 203 y ss. En relación con la función social de la propiedad y el medio ambiente, *vid.* MORO ALMARAZ, M.ª J.: «Medio ambiente y función social de la propiedad», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 617, 1993, págs. 943 y ss.

⁵⁴ *Vid.* nota 19.

⁵⁵ *Vid.* nota 5.

⁵⁶ STC 37/1994, de 10 de febrero.

par cualquier tipo de dudas, debemos traer a colación, *ex* artículo 51 de nuestra Constitución, la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios así como la protección de los legítimos intereses económicos de los mismos⁵⁷. En definitiva, si bien la detracción o minoración no supone ingreso alguno sí que implica un importante ahorro para los consumidores así como la corrección de un efecto perverso consecuencia de una medida nacional cuyo origen es la transposición de una Directiva comunitaria⁵⁸.

No obstante y como siguiente paso en nuestro análisis, tenemos que cerciorarnos, atendiendo a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional, de si la citada prestación tiene o no carácter tributario, a efectos de descartar cualquier relación con el deber de contribuir del artículo 31.1 de nuestra Constitución y, en consecuencia, la necesidad de cumplir con los principios de Justicia tributaria. Como es sabido, en ocasiones, este encaje es imposible, siendo necesario mantener la figura en el ámbito de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias sometidas a la reserva de ley del artículo 31.3 de nuestra Constitución⁵⁹. Este es precisamente el caso de la detracción de los derechos de emisión, en que no es posible reconducirla a las categorías tributarias, dado que no tiene como propósito la contribución al sostenimiento de los gastos públicos sin perjuicio de la inequívoca finalidad pública que persigue. Por el contrario, creemos que la detracción debería reconducirse al ámbito de las exacciones parafiscales, con la especialidad de constituir una compensación entre particulares realizada a través de la Comisión Nacional de la Energía en la que concurren las notas de coactividad, extrapresupuestariedad y afectación⁶⁰.

En todo caso y como colofón, no se puede dudar de que en el caso de la detracción de los derechos de emisión y con independencia del concreto mecanismo mediante el que se concrete nos encontramos con una medida potencialmente controvertida con la libertad de empresa⁶¹ y el derecho de propiedad, al suponer una injerencia en el patrimonio de las empresas eléctricas. Si bien en este caso, atendiendo al desarrollo de la detracción efectuado por la Orden Ministerial ITC/3315/2007 y el RDL 11/2007, la hemos calificado como una prestación patrimonial pública, entendemos que

⁵⁷ En el caso del sector eléctrico, este objetivo vendría satisfecho a través de la previsión en la Ley 54/1997 de la voluntad de que este servicio se preste al menor coste posible, tal y como viene recogido en su Exposición de Motivos.

⁵⁸ El Secretario de Estado de Energía reconoció, en declaraciones a la Agencia EFE, que hubo un «error de diseño» al permitir a las eléctricas internalizar estos derechos, y abogó por que a partir de 2012 se implante, como ya ocurre en otros sectores como el siderúrgico, un sistema de subastas de derechos de emisión. Atendiendo a estas declaraciones, podría pensarse que los consumidores podrían iniciar actuaciones tanto en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como contra las empresas eléctricas. *Vid.* respecto a la tutela colectiva de los consumidores, ANDRÉS CIURANA, B. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios» en la obra colectiva *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 361 y ss. GONZÁLEZ CANO, M.I.: *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, 2002.

⁵⁹ STC 121/2005, de 10 de mayo.

⁶⁰ *Vid.* MATEO RODRÍGUEZ, L.: *La tributación parafiscal*, Colegio Universitario de León, León, 1978. En relación con el canon por derechos de autor, *vid.* FALCÓN Y TELLA, R.: «El llamado "canon por derechos de autor" (copyright levy) o compensación equitativa por copia privada. (II): naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad», *Quincena Fiscal* núm. 17, 2006, págs. 5 y ss.

⁶¹ En relación con la libertad de empresa, cabe recordar que no nos encontramos ante una reserva cualificada de ley en la concreta regulación de las distintas actividades empresariales sino respecto a aquellas cuestiones con incidencia directa y grave sobre el contenido del derecho.

los efectos de esta denominación son también extensibles a los supuestos en que se articule como una injerencia o limitación, bien del derecho de propiedad, bien de la libertad de empresa. En este sentido, consideramos aplicables, con independencia de la opción elegida, todas las consecuencias que se derivan del principio de reserva de ley en relación con el establecimiento y fijación de los elementos esenciales de la detracción de los derechos de emisión. Una vez atribuida su naturaleza jurídica, vamos a estudiar la admisibilidad constitucional de la utilización del Decreto-Ley en su regulación por afectar a materias reguladas en el Título I de nuestra Constitución así como la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que constituye su presupuesto habilitante.

4. ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL EMPLEO DEL DECRETO-LEY⁶²

Atendiendo a lo expuesto hasta el momento y acotado el objeto de nuestro trabajo, resulta necesario analizar ahora desde una perspectiva constitucional la admisibilidad del empleo del Decreto-Ley para establecer el régimen jurídico de la detracción de los derechos de emisión para estudiar en el epígrafe siguiente la adecuación de la misma con el principio de reserva de ley. En este sentido, vamos a estudiar la admisibilidad de esta norma con rango legal desde la perspectiva tanto de la materia objeto de regulación como de la concurrencia del presupuesto habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad.

4.a. La admisibilidad del Decreto-Ley en la regulación de la detracción de los derechos de emisión.

A la hora de abordar los límites materiales del Decreto-Ley, es decir, los aspectos excluidos de su regulación, debemos acudir a la lectura del artículo 86.1 de nuestra Constitución así como a la interpretación que del mismo ha realizado nuestro TC. En este sentido, la referencia «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero», entre los que se encuentran las prestaciones patrimoniales públicas así como el derecho de propiedad y la libertad de empresa⁶³, plantea el problema de su admisibilidad para la normación de la materia objeto de estudio. Sin embargo y como a continuación veremos, un análisis de la evolución de la jurisprudencia de nuestro TC nos permite afirmar, en la actualidad, la adecuación con nuestra Constitución del empleo del Decreto-Ley para la regulación de estos institutos.

Frente a posturas doctrinales radicales que, realizando una interpretación literal del artículo 86.1, descartaban la utilización del RDL en la regulación de cualquier derecho, deber y libertad contenido

⁶² Vid. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el Ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985, págs. 97 y ss.

⁶³ Vid. nota *supra*.

en el Título I⁶⁴, en la actualidad y tal y como hemos avanzado, resulta innegable su admisibilidad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, en relación con la citada admisibilidad, podemos constatar diversas posiciones respecto a la profundidad con la que los Decretos-Leyes pueden regular los citados derechos, deberes y libertades, en función de la conexión que realizan, bien con el principio de reserva de ley, bien con el contenido esencial del instituto regulado.

Fiel reflejo de este planteamiento relativo a la admisibilidad, lo encontramos en el cuestionamiento del empleo del RDL en materia tributaria, en el que se puede constatar una importante evolución doctrinal que ha tenido posteriormente su reflejo en la jurisprudencia de nuestro TC. En concreto, la jurisprudencia constitucional ha sufrido una evolución, incorporando en cada una de sus dos etapas fundamentales las aportaciones de la doctrina científica favorable a la utilización del Decreto-Ley en materia tributaria. Por esta razón, vamos a estudiar este planteamiento por la proximidad y conexión de la materia tributaria con las prestaciones patrimoniales públicas así como por ser extensible a otros derechos y libertades reconocidos en el Título I como son el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

Así, por una parte, una primera postura sería aquella mantenida por MARTÍN QUERALT⁶⁵, en la que relaciona la utilización del RDL en materia tributaria con el principio de reserva de ley⁶⁶. Este sector doctrinal ha entendido más oportuno matizar el alcance de la prohibición de dictar Decretos-Leyes en materia tributaria, afirmando su licitud con el único límite de que tal regulación no alcance a la creación de los tributos ni a los elementos del tributo cubiertos por el principio de reserva de ley. Esta postura supone una garantía para el principio de seguridad jurídica aunque implica una importante restricción del ámbito de actuación de los Decretos-Leyes. En este sentido, en una situación de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno no podría emplear este tipo de disposición para establecer un tributo o para modificar los elementos esenciales de cualquier tributo preexistente. Por el contrario, tendría que acudir a la tramitación de una Ley por el procedimiento de urgencia. Esta tesis fue mantenida por el propio TC⁶⁷, aunque es necesario señalar que ha evolucionado, como a conti-

⁶⁴ Vid. SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Los Decretos-leyes en la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979.

⁶⁵ Vid. por todos MARTÍN QUERALT, J.: «La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 24, 1979, págs. 553 y ss.

⁶⁶ El citado principio fue originariamente empleado para conseguir que toda intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio de los ciudadanos se hiciera depender del consentimiento expreso de sus representantes. Sin embargo, en nuestro marco constitucional no cabe afirmar que toda formulación de una reserva responda a este fundamento. En ocasiones, la importancia de la materia determina su regulación por ley, dadas las garantías que su procedimiento de elaboración y su posición en el ordenamiento comporta. Vid. la enumeración que realizan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ de las reservas de ley previstas en nuestra Constitución (*Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 2007, pág. 265). Con relación a las garantías que supone su regulación por ley, ALGUACIL MARÍ, destaca «la potencialidad del Parlamento para actuar de garante de valores constitucionalizados que implican intereses públicos. El Parlamento es requerido para que dicte las leyes que hagan justo el sistema, y para que no permita que otros Poderes incidan sobre la materia en cuanto que dicha intervención pueda poner en peligro la efectividad de los criterios o reglas que dimanen de la Constitución y que informan el sistema tributario» («Acerca de la flexibilidad de la reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 101, 1999, págs. 14, 17 y 20). Asimismo, CUBERO TRUYO, A.M.: «La doble relatividad de la reserva de ley en materia tributaria. Doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 109-110, 2001, págs. 218 y 219.

⁶⁷ Vid. por todas la STC 6/1983, de 4 de febrero. En la citada Sentencia, el TC afirma que «no se puede decir que el Decreto-ley cuestionado afecte a lo que el artículo 86 de la Constitución llama los "derechos, deberes y libertades de los ciudada-

nuación veremos, hacia las tesis que relacionan en la materia tributaria al RDL con el deber de contribuir y, en general, con los derechos, deberes y libertades del Título I y su contenido esencial. En el concreto caso de la detracción de los derechos de emisión, el mantenimiento de esta postura implicaría la prohibición del empleo del Decreto-Ley para su regulación, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, al afectar a una materia sometida al principio de reserva de ley.

Por otra parte, en materia tributaria, existe una segunda postura defendida por PÉREZ ROYO⁶⁸ que relaciona la admisibilidad del RDL con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. A fin de superar la teoría anterior, sostiene que el principio de reserva de ley en materia tributaria no es una institución que afecte al estatuto personal del ciudadano sino una garantía de carácter colectivo a que se debata en el Parlamento la política fiscal. En este sentido, afirma que debe entenderse superada la concepción del citado principio como una garantía del derecho de propiedad que se integra en el estatuto personal del ciudadano para abogar por su concepción como un derecho de la sociedad a que se debata con garantías la materia tributaria cubierta por el principio de reserva de ley. En consecuencia, entiende que el ámbito de exclusión del Decreto-Ley se limita exclusivamente al estatuto personal del ciudadano, cuya vulneración puede causar consecuencias irreparables. Aplicado a la materia tributaria, sostiene que la única limitación radicaría en la alteración del deber de contribuir referido al conjunto del sistema tributario y no respecto a un único tributo, ya que el deber de contribuir no se identifica con un solo tributo sino con el conjunto de los mismos.

Esta teoría ha sido criticada ya que supone una merma del principio de seguridad jurídica al permitir que cualquier situación, apreciada por el Gobierno, de extraordinaria y urgente necesidad permita el establecimiento de un tributo o la modificación o alteración de alguno de sus elementos esenciales. Sin embargo, ha sido acogida por el TC en Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, en la que se puede observar un cambio notable en su jurisprudencia que pasa de anclar la admisibilidad del Decreto-Ley en materia tributaria en el principio de reserva de ley a sujetarlo al deber de contribuir a los gastos públicos, a fin de dotar de mayor flexibilidad a esta figura normativa.

En definitiva, podemos concluir que, atendiendo a la actual jurisprudencia de nuestro TC, debe realizarse una interpretación equilibrada del artículo 86.1 de nuestra Constitución para no reducir a la nada el Decreto-Ley permitiendo que regule determinados aspectos de los derechos, deberes y libertades del Título I, pero excluyendo la regulación del régimen general de los mismos. Por esta razón, es necesario atender a la configuración constitucional del deber, derecho o libertad afectado. Sin embargo, atendiendo a este cambio de jurisprudencia apuntado, hemos pasado de poder efectuar

nos regulados en el título I", por el hecho de que en el referido título I se encuentra el artículo 31.3, según el cual –como más arriba hemos visto– "solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley", pues ya hemos dicho que en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo».

⁶⁸ PÉREZ ROYO, F.: «Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, págs. 41 y ss. En la misma línea, *vid.* FALCÓN Y TELLA, R.: «El Decreto-ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 183 y ss.

el control de la constitucionalidad *a priori* (exclusión de materias cubiertas por el principio de reserva de ley), a realizarlo *a posteriori* ya que es necesario analizar la naturaleza y alcance de la regulación y, en concreto, su incidencia en el régimen general del derecho, libertad o deber afectado.

En el caso que nos afecta, si bien en función de la naturaleza jurídica que atribuyamos a la detracción de los derechos de emisión, nos encontraríamos ante materias cubiertas por el principio de reserva de ley, entendemos que, en ningún caso, se está procediendo a una regulación del régimen general del derecho de propiedad y de la libertad de empresa⁶⁹. Así, en relación con este último, cabe recordar que, atendiendo a la jurisprudencia de nuestro TC⁷⁰, no existe una reserva cualificada de ley en la concreta regulación de las distintas actividades empresariales sino respecto a aquellas cuestiones con incidencia directa y grave sobre el contenido del derecho⁷¹. Un planteamiento similar es aplicable al supuesto en que entendamos que la detracción constituye una limitación del derecho de propiedad no indemnizable, a semejanza de la jurisprudencia del TC respecto al caso RUMASA en sus fundamentos jurídicos 8 y 9⁷².

En relación con el instituto de las prestaciones patrimoniales públicas, creemos que *mutatis mutandi* son aplicables los planteamientos citados, admitiéndose por tanto el empleo de esta figura normativa para imponer una prestación de esta naturaleza. A mayor abundamiento, cabe señalar que nuestro TC ha señalado en el específico caso de las prestaciones patrimoniales públicas que «el precepto cuestionado regule una prestación patrimonial de carácter público que, conforme al artículo 31.3 de la Constitución Española, solo puede establecerse "con arreglo a la ley", no significa que el RDL 5/1992 haya incidido en un ámbito material que le esté constitucionalmente vedado. Es evidente que el artículo 86.1 de la Constitución Española no prohíbe que mediante estos actos con fuerza de ley pueda afectarse a cualquiera de las materias tratadas en los preceptos del Título I de la Constitución, sino únicamente a los que contienen una consagración de "derechos, deberes y libertades de los ciudadanos". Y aunque, ciertamente, entre tales deberes hay que incluir el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo regulado en el apartado 1 del citado artículo 31 de la Constitución Española, ya hemos excluido la naturaleza tributaria de la prestación de Seguridad Social que establece el Decreto-ley impugnado. Por otro lado, aunque hemos concluido, asimismo, que esta última es una de las prestaciones patrimoniales de carácter público a las que se refiere el apartado 3 del mismo artículo 31 de la Constitución Española, como acertadamente señala el Abogado del Estado, tampoco este precepto constitucional consagra en sí mismo ningún derecho, deber o libertad que pueda resultar afectado por el RDL 5/1992. El artículo 86.1 de la Constitución Española –reiteramos– solo alude

⁶⁹ Vid. las reflexiones de MALARET GARCÍA, E.: «Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 343 y ss.

⁷⁰ STC 83/1984, de 24 de julio.

⁷¹ A mayor abundamiento y atendiendo al artículo 128 de nuestra Constitución, la detracción no implica una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios (STC 111/1983, de 2 de diciembre), sino una actuación en defensa y protección de los consumidores en el marco del artículo 51 de nuestra Constitución.

⁷² Vid. la STC 111/1983, de 2 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 116/1983, contra el RDL 2/1983, de 23 de febrero, sobre expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el Grupo «RUMASA, SA». En contra, vid. PARADA VÁZQUEZ, R.: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 1.139 y ss.

a los derechos, deberes y libertades consagrados directamente por la propia Constitución, y es evidente que el mencionado artículo 31.3 de la Constitución Española no reconoce ningún derecho, deber o libertad»⁷³.

No obstante, es necesario recalcar que cuestión distinta será determinar si la habilitación normativa contenida en ambos RDL es suficiente para dar cumplimiento al principio de reserva de ley previsto en el artículo 31.3 de nuestra Constitución así como, en caso de atribuírsele otra naturaleza, la reserva de ley en materia de derecho de propiedad o de libertad de empresa.

4.b. El presupuesto habilitante de los Decretos-Leyes: especial referencia a la situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Como es sabido, el presupuesto habilitante para la emanación de un RDL consiste en la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad⁷⁴, radicando la clave en determinar cuándo se produce su concurrencia. A este respecto y tal y como ha señalado nuestro TC⁷⁵, queda fuera de toda duda la admisibilidad de su utilización no solo para casos de necesidades sociales sino también para el cumplimiento de determinados objetivos gubernamentales. En conclusión, el Gobierno dispone de un amplio margen para discernir la existencia o no de esa urgente y extraordinaria necesidad, sin que en ningún caso pueda llegar a convertirse en una facultad discrecional del Gobierno para determinar si nos encontramos ante esta situación. A fin de evitar posibles abusos en su utilización, se ha previsto el doble control tanto por las Cortes como por el propio TC⁷⁶.

En relación con el supuesto que nos ocupa, juzgamos que el primer RDL puede justificarse sobre la base de la imprevisibilidad⁷⁷ de la internalización del valor de los derechos de emisión por parte de las empresas eléctricas. A mayor abundamiento y atendiendo a su Exposición de Motivos, la extraordinaria y urgente necesidad se basaría en la exigencia de reducir el riesgo de la elevación de precios en el mercado de producción de este tipo de energía. Asimismo, creemos que el empleo de esta figura normativa se deriva de la intención de conseguir su inmediata aprobación a fin de que la misma no pueda considerarse que conlleva la aplicación retroactiva de la detracción. No obstante, juzgamos que, con relación al segundo pago relativo al período comprendido entre el 1 de enero y el 2 de marzo de 2006, nos encontramos ante un supuesto de retroactividad de grado medio debido a la elección de aplicar la compensación sobre la liquidación de la tarifa que tiene carácter anual.

⁷³ STC 37/1994, de 10 de febrero.

⁷⁴ La doctrina ha señalado que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, *vid.* por todos DE VEGA GARCÍA, A.: «La cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" del decreto ley en la jurisprudencia constitucional española», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, págs. 251 y ss.

⁷⁵ STC 6/1983, de 4 de febrero.

⁷⁶ SEGURA, L.: «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso "RUMASA"», *Revista de Administración Pública*, núm. 104, 1984, págs. 355 y ss.

⁷⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.J.: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.

En cambio, respecto al segundo RDL, resulta discutible la concurrencia de situación de extraordinaria y urgente necesidad, dada la previsibilidad de la internalización⁷⁸ sobre la base de la experiencia de la asignación gratuita del anterior PNA 2005-2007. En este caso, el argumento sostenido en el RDL 11/2007 es la imposibilidad de utilizar «el procedimiento legislativo ordinario para la promulgación de una norma con rango de ley con anterioridad a la aplicación efectiva del nuevo Plan Nacional de Asignación 2008-2012». Esta circunstancia tendría origen en la tardía aprobación del citado Plan por la Comisión Europea y el consiguiente retraso en la promulgación de la norma interna –RD 1030/2007, de 20 de julio– que permitía conocer el alcance en el conjunto del sector eléctrico de las nuevas asignaciones. A mayor abundamiento, cabe reseñar que el alcance concreto para cada una de las instalaciones no se conoció hasta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007.

Llegados a este punto, cabe traer a colación la STC 68/2007, de 28 de marzo de 2007, que ha resaltado que la nota de la imprevisibilidad define la situación de extraordinaria y urgente necesidad. A mayor abundamiento y dado cierto paralelismo en materia de regulación del sector eléctrico, creemos oportuno reproducir lo señalado por el TC al afirmar que «esta percepción sobre la finalidad básica de la norma analizada y sobre la situación en la que la misma se inserta, que responde más al esquema propio de los tratamientos continuados preventivos y de acompañamiento que al de las acciones quirúrgicas de emergencia, es coherente, desde luego, con los objetivos que la propia exposición de motivos de la norma afirma perseguir –facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, corregir disfunciones observadas en la protección por desempleo y ampliar la protección a colectivos que actualmente carecen de ella– y no hace sino proseguir el proceso continuado de reformas legales, dirigidas todas ellas a finalidades idénticas o similares, desarrollado en las últimas dos décadas en los ámbitos de las relaciones laborales, la protección social y el empleo. Es claro que la realidad misma sobre la que actúan las disposiciones reguladoras del mercado de trabajo exige una acción de permanente adaptación a la evolución de las circunstancias que la conforman; o, por decirlo en los términos de la exposición de motivos del RDL, de respuesta a la cambiante situación de la economía internacional, a la evolución de la situación del mercado de trabajo y a la aparición de nuevas oportunidades de empleo. Pero tal necesidad de adaptación no es coyuntural, sino estructural, y salvo en situaciones especialmente calificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes».

Si bien es posible que la fecha de aprobación del PNA 2008-2012 y de las correspondientes normas de aplicación haya hecho imposible el empleo del procedimiento legislativo ordinario, creemos que su vigencia no era necesaria a efectos de la promulgación del RDL. A este respecto, cabe subrayar que en ninguno de los RDL se hace referencia al número de derechos asignados ni tampo-

⁷⁸ Adicionalmente, cabe señalar el miedo derivado del precio esperado de los derechos de emisión de GEI en el mercado de referencia para el año 2008 se prevé extraordinariamente superior al que se está registrando en el año 2007. Asimismo, debe añadirse que de los datos recientemente publicados por la Comisión Nacional de Energía sobre la evolución de los mercados a plazo de electricidad en España se infiere indefectiblemente una notable repercusión en el precio de la electricidad del precio esperado de los derechos de emisión de GEI.

co a las concretas asignaciones al sector eléctrico, citándose únicamente el PNA para delimitar temporalmente los derechos asignados gratuitamente en relación con los dos períodos establecidos en la Ley 1/2005 (2005/2007 y 2008/2012). En consecuencia, no alcanzamos a comprender la vinculación existente con la citada norma que ha conllevado el retraso en su aprobación, habiendo sido suficiente una mención a las emisiones gratuitas de derecho con independencia del PNA al que correspondan. De esta forma, se contaría con un marco estable concretado en una Ley que previese la detracción de los derechos de emisión para los supuestos de asignación gratuita, con su correspondiente desarrollo reglamentario. Así, no sería necesario aprobar un RDL cada vez que sea necesaria la promulgación de un nuevo PNA en que se prevea la asignación gratuita de los derechos de emisión⁷⁹ y su posterior concreción mediante una Orden Ministerial.

En definitiva, creemos que en este segundo RDL no es admisible el argumento de «la difícil previsión de los hechos determinantes de la necesidad de la medida en un momento adecuado para la tramitación y aprobación de una ley ordinaria antes de enero de 2008». Por el contrario, creemos que el verdadero motivo radica en la ausencia de una idea clara sobre cómo debe articularse la citada medida, ante la complejidad que el diseño de su régimen jurídico conlleva por los numerosos condicionantes derivados de nuestro ordenamiento interno como del comunitario. Muestra de ello es que hasta que no se produjo el desarrollo reglamentario del primer RDL no se sabía con certeza cómo se iba a producir la minoración, situación que parece que se reproducirá con respecto al segundo RDL, si bien con muchas probabilidades de que el contenido sea muy similar, atendiendo a su continuista Exposición de Motivos.

Prescindiendo de la concurrencia del presupuesto habilitante en aras de evitar un importante incremento del déficit tarifario que se traslade a los ciudadanos, queremos centrarnos en la falta de desarrollo y exacta concreción de las medidas adoptadas. A este respecto, creemos que esta circunstancia ha sido la que ha motivado, a nuestro juicio, la conversión de la minoración en un ingreso liquidable. A este respecto, junto al instrumento de control que constituye la apreciación del presupuesto habilitante por las Cortes en aras de su convalidación, cabe subrayar el juicio de constitucionalidad que puede realizar el TC no solo en un nuevo examen de la concurrencia del presupuesto habilitante sino también respecto a la llamada «conexión de sentido o relación de adecuación» entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas⁸⁰. En el caso concreto que nos ocupa, cabe recordar que, si bien el RDL tiene fecha de 24 de febrero de 2006, la Orden Ministerial no se promulgó sino aproximadamente un año y ocho meses y medio después.

Atendiendo a la doctrina del TC, debe verificarse «la "conexión de sentido" entre las medidas concretamente impugnadas y la situación de urgencia que se pretende afrontar a través de su aprobación», comprobando la concurrencia de la inmediatez necesaria para hacer frente a la teórica situación de extraordinaria y urgente necesidad⁸¹. No obstante y como premisa para afrontar el estudio

⁷⁹ No obstante, cabe subrayar que en la propuesta de modificación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de GEI en la Comunidad, establece como regla general la subasta como método de asignación.

⁸⁰ STC 182/1997, de 28 de octubre.

⁸¹ *Vid.* la STC 332/2005, de 15 de diciembre.

de esta cuestión, cabe recordar que al TC «no le corresponde discutir acerca de la "bondad técnica", la "oportunidad" o la "eficacia" de las medidas impugnadas, sino que debe limitarse a examinar la correspondencia entre las mismas y la situación que se trata de afrontar», sin perjuicio del control de constitucionalidad de la medida en sí. Empero, no puede obviar si las elecciones efectuadas contradicen las habilitaciones de los respectivos RDL y, en consecuencia, el marco en que estas debían haberse producido. Por el contrario, debe enjuiciar si el Decreto-Ley produce una innovación normativa efectiva, prescindiendo de que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo ⁸².

En relación con la medida objeto de estudio, cabe reseñar que la previsión de la detracción produjo una innovación normativa efectiva, sin perjuicio de la necesidad de la concreción de su régimen jurídico. A este respecto, debemos subrayar que coadyuva especialmente tanto el lapso temporal que requiere el procedimiento de liquidación de los costes del suministro de energía como la decisión de financiar a largo plazo el pago del déficit tarifario. Si bien consideramos que el RDL no tenía que haber incluido el régimen jurídico de la detracción, juzgamos que la dilación en su concreción ha llevado a descartar la minoración diaria del «precio del pool» y a tener que establecer un pago para proceder a la compensación del citado déficit, con la consiguiente extralimitación que, a nuestro juicio, supone. Llegados a este punto, creemos que la «conexión de sentido o relación de adecuación» queda seriamente entredicho, máxime cuando el lapso de tiempo transcurrido ha sido nada más y nada menos que de un año y aproximadamente nueve meses ⁸³. Esta situación es todavía más flagrante respecto al segundo RDL en que el desarrollo reglamentario todavía no se ha producido, pese a la experiencia anterior y sin que sirva como pretexto la finalización de la legislatura.

Así, consideramos que este proceder vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima ⁸⁴, sobre todo teniendo en cuenta los efectos de la reforma en los ingresos de las empresas del sector eléctrico. A mayor abundamiento, cabe señalar que, a finales de 2006, las empresas eléctricas desconocieron cómo iba a afectar la medida a su resultado contable y, en consecuencia, a sus efectos en el Impuesto sobre Sociedades. A este respecto, debemos recordar que el TC ha señalado que se vulnera el principio de seguridad jurídica cuando «solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos» ⁸⁵, así como en los supuestos de «incertidumbre razonablemente insuperable sobre la previsibilidad de sus efectos» ⁸⁶. Si bien podemos llegar a compartir la necesidad de esperar a final del año para efectuar la detracción, no podemos aceptar que no se concrete la cuantificación de la misma bajo el mismo pretexto.

⁸² Vid. las SSTC 29/1982, de 31 de mayo, 29/1986, de 28 de febrero, 23/1993, de 13 de febrero, y 11/2002, de 17 de enero.

⁸³ A este respecto, cabe añadir que la Orden Ministerial todavía da un plazo de quince días a la Comisión Nacional de la Energía para que notifique a los titulares de las instalaciones los importes resultantes de la minoración que están obligados a ingresar.

⁸⁴ Vid. las reflexiones de MALARET GARCÍA, E.: «Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 327 y ss.

⁸⁵ STC 96/2002, de 25 de abril.

⁸⁶ STC 150/1990, de 4 de octubre, y STC 226/1993, de 8 de julio.

Llegados a este punto, nos preguntamos por qué no se ha empleado directamente un Real Decreto para implementar la detracción de los derechos de emisión. Ante este interrogante, varias pueden ser las razones por las que se ha optado por la figura del Decreto-Ley. Atendiendo a la naturaleza jurídica propuesta –prestación patrimonial pública– para la detracción y su íntima relación con el derecho de propiedad, podría pensarse que la causa de exclusión es la reserva de ley prevista en nuestra Constitución tanto por el artículo 31.3 como por el artículo 33. Si bien esta argumentación sería plausible, difícilmente cuadra con el contenido de ambos RDL y con la ausencia de fijación de los criterios para la determinación de los elementos esenciales de la prestación patrimonial pública. Una segunda razón podría ser la voluntad de sustraer a los agentes económicos implicados –empresas eléctricas– del proceso de elaboración de la disposición reglamentaria, dada la necesaria participación que debe conferírsele a los mismos⁸⁷. Asimismo, el empleo de esta figura normativa –RDL– también podría estar motivada por la ausencia de filtros jurídicos tales como los del Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social, que serían solo necesarios en relación con el respectivo desarrollo reglamentario. No obstante, desde un punto de vista constitucional, cabe señalar que «que nuestro sistema de fuentes no contempla reservas de reglamento, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas susceptibles de ser reguladas por reglamento⁸⁸. De esta forma, podríamos estar asistiendo a un posible uso perverso del RDL por los motivos *supra* apuntados⁸⁹.

5. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA A SU FLEXIBILIDAD

Prescindiendo de las dudas de inconstitucionalidad relacionadas con el empleo de Decretos-Leyes para regular la detracción de los derechos de emisión así como en materia de concurrencia del presupuesto habilitante que han sido planteadas en el epígrafe anterior, juzgamos que las normas aprobadas son contrarias al principio de reserva de ley previsto en el artículo 31.3 de nuestra Constitución, atendiendo a la naturaleza que hemos atribuido a la obligación de pago establecida por la Orden Ministerial ITC/3315/2007. A mayor abundamiento y aunque no se compartiera la citada calificación, no cabría duda que estamos ante una injerencia en la propiedad y que, por tanto, sigue siendo aplicable el principio de reserva de ley en virtud del artículo 33 de nuestra Constitución.

Sin embargo, al analizar la vulneración del citado principio, creemos que es conveniente realizar una distinción entre los RDL y su posterior desarrollo reglamentario. En relación con este último, es necesario estudiar si la Orden Ministerial en cuestión se extralimita en la ejecución de la habilitación normativa, creando *ex novo* una figura o implementando una medida que tiene vedada por nuestro ordenamiento. En cambio, en el caso de los primeros, pretendemos demostrar cómo en ambos RDL nos encontramos con remisiones en blanco al Ministerio de Industria en relación con elementos esenciales de la detracción, tanto si se arbitra como una prestación patrimonial pública como si se opta por configurarla como una limitación del derecho de propiedad no indemnizable.

⁸⁷ Vid. NÚÑEZ LOZANO, M.C.: «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, págs. 343 y ss.

⁸⁸ Vid. por todas, SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 73/2000, de 14 de marzo, y 104/2000, de 13 de abril.

⁸⁹ Vid. NÚÑEZ LOZANO, M.C.: «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, págs. 350 y ss.

Como hemos apuntado, el principio de reserva de ley del artículo 31.3 de nuestra Constitución exige que la creación *ex novo* de una prestación patrimonial pública sea realizada por una norma con el citado rango. Sin embargo y en relación con el caso que nos ocupa, creemos que su establecimiento es previsto únicamente en el desarrollo reglamentario del RDL 3/2006, sin que, a nuestro juicio, pueda considerarse que el citado establecimiento está implícito en la referencia a la minoración o detracción de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica. En este sentido y como hemos apuntado, nos encontramos ante una clara extralimitación del reglamento que vulnera el principio de reserva de ley⁹⁰. No obstante, creemos que, aun considerando que con la referencia a la minoración o detracción se está creando una prestación patrimonial pública, el RDL vulnera el principio de reserva de ley por las razones que a continuación expondremos.

Una vez analizada la necesidad de la previsión de la prestación patrimonial pública por una norma con rango de ley, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han planteado reiteradamente si la garantía constitucional a la que estamos haciendo referencia quedaría satisfecha con la simple aprobación—desde el punto de vista estrictamente formal—de una norma con rango de ley, o si, por el contrario, la misma debe cumplir algún tipo de condición en lo que a su contenido material se refiere para que la garantía quede salvaguardada. La respuesta a este interrogante ha sido unánime, indicándose que no se puede pensar que la aprobación y entrada en vigor de una ley formal—sin referencia alguna a su contenido—esté dando satisfacción a la exigencia de la reserva de ley constitucionalmente fijada. Así, la ley deberá responder a una serie de contenidos mínimos en función de la materia de que se trate, ya que, en caso contrario, sería admisible la aprobación de leyes en blanco o simples leyes remisorias que acabarían por facilitar aquello que la Constitución quiere evitar con la figura en cuestión: que la regulación de una materia quede en manos del poder ejecutivo a través de su regulación mediante reglamentos. Por esta razón, la reserva de ley no puede entenderse únicamente como una exigencia de tipo formal, debiendo ir acompañada de la determinación de sus elementos esenciales.

El planteamiento apuntado ha sido defendido por la jurisprudencia de nuestro TC desde los albores de su funcionamiento. Sirva, a modo de ejemplo, el siguiente fragmento: «el principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador»⁹¹.

En definitiva, lo que viene a subrayar el Tribunal es que cabrían remisiones a la potestad reglamentaria siempre que queden restringidas «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la

⁹⁰ Vid. en general REBOLLO PUIG, M.: «Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 119 y ss.

⁹¹ STC 83/1984, de 24 de julio.

Constitución o por la propia ley»⁹². Por el contrario, lo que no puede producirse es una remisión tal que suponga una verdadera deslegalización de la materia reservada⁹³, esto es, «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»⁹⁴.

Lo que acabamos de exponer –tal y como se establece en la doctrina del Constitucional– supone, por un lado, que la reserva de ley obliga a la existencia de una norma de este tipo (aspecto formal) que regule el contenido (aspecto material) del objeto en cuestión; pero, por otro, deja abierta la posibilidad de que dicha ley se centre en los elementos esenciales y no agote la regulación de la materia, permitiendo la intervención de normas de rango reglamentario que complementen la normativa legal⁹⁵. Así, el pretendido monopolio legal al que nos hemos referido es menos estricto de lo que pudiera parecer en un principio, aunque no puede salvarse con una simple ley formal, sino que la misma debe establecer unos mínimos contenidos. Cuáles sean esos contenidos es algo sobre lo que no se puede generalizar, pues depende de cada materia, pero sí puede afirmarse que la reciente jurisprudencia constitucional es proclive a minimizar el contenido reservado a la ley⁹⁶, tal y como veremos a continuación.

Retornando al caso que nos ocupa, siempre y cuando admitamos que la minoración o detracción prevista en ambos RDL reviste forma de prestación patrimonial pública, podemos comprobar cómo se da cumplimiento a la vertiente formal del principio de reserva de ley al preverse la detracción en una norma con rango de ley. A este respecto, si bien nosotros nos hemos pronunciado por la extralimitación de la Orden ITC/3315/2007 por la falta de subordinación, el Consejo de Estado ha considerado que la habilitación era suficiente a efectos de establecer la obligación de pago objeto de estudio, prescindiendo de que la colaboración del reglamento debía producirse en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad.

⁹² STC 83/1984, de 24 de julio.

⁹³ TORNOS MÁS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pág. 478.

⁹⁴ STC 83/1984, de 24 de julio.

⁹⁵ Es decir, la reserva de ley impide que los reglamentos intervengan en dichas materias de forma autónoma, bien porque no haya ley, bien porque sea meramente remisorio, pero no que lo hagan en ejecución o desarrollo de las oportunas leyes, modulándose la mayor o menor intensidad de la reserva legal –y por tanto de espacio de actuación de los reglamentos– según los casos. Así, por ejemplo, en materia penal, el TC ha señalado que «la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que estas tengan remisiones a los reglamentos administrativos» (FJ 5 de la STC 283/2006, de 9 de octubre).

⁹⁶ De hecho, el TC se ha mostrado favorable a la aplicación de un «criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva, no solo en lo referente al término desarrollar sino también a la materia objeto de reserva, a fin de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas», por lo que «lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas». Por tanto, «la delimitación del alcance de la reserva de ley orgánica debe inspirarse en un criterio estricto que permita acotar con rigor el espacio que puede ocupar este tipo de legislación». *Vid.* el fundamento jurídico 2 de la STC 135/2006, de 27 de abril.

Sin embargo y en relación con la vertiente material, no podemos afirmar que se esté dando verdadero cumplimiento a la reserva de ley ante la ausencia de fijación de criterios para la determinación de elementos esenciales relativos a la detracción como son los sujetos obligados a soportarla así como la cuantía de la misma. Como hemos indicado, el fundamento que subyace a esta exigencia constitucional es, por un lado, que las decisiones fundamentales del poder político, entre las que se encuentran las intromisiones en el patrimonio de los ciudadanos, queden sometidas a la voluntad de los que deben soportar dichas decisiones, haciéndose depender estas, por tanto, del consentimiento expreso de sus representantes. Por ello, el TC considera que «la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano»⁹⁷. Por otro lado, la reserva de ley garantiza que las decisiones que afectan a la esfera jurídica fundamental de los ciudadanos van a ser adoptadas a través de un procedimiento, el legislativo, que asegura la transparencia, la publicidad y la participación de todas las fuerzas políticas, incluidas las minoritarias, en mucha mayor medida que el proceso judicial o el procedimiento administrativo, lo que contribuye a legitimar tales decisiones⁹⁸ y a enervar el peligro de que se cometan arbitrariedades y abusos. Así, es la ley –y no el reglamento– la única fuente posible para la regulación de aquellas materias que implican una restricción de la libertad de los ciudadanos, evitándose de esta forma, y por los motivos ya apuntados, intervención alguna del Ejecutivo, salvo que la misma se produzca desde la pertinente habilitación legal⁹⁹.

Tradicionalmente, el ya citado artículo 31.3 ha sido identificado con la reserva de ley en materia tributaria. Sin embargo, el desmedido auge que en un determinado momento alcanzaron los precios públicos, así como el hecho de que la propia Constitución, *ex* artículo 133, contenga una referencia específica a los tributos, ha propiciado que se haya evidenciado la diferencia existente entre tributo y prestación pública patrimonial. A este respecto, el TC ha señalado que las prestaciones patrimoniales de carácter público constituyen una categoría jurídica amplia en la que se integran otras como pueden ser los tributos. Sin embargo, ha precisado que la citada categoría debe diferenciarse del concepto de prestación de Derecho público, dado que el «sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de Derecho público no es suficiente por sí solo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la Constitución Española»¹⁰⁰.

Aunque toda la construcción de la doctrina del TC respecto a la reserva de ley del artículo 31.3 se ha realizado fundamentalmente sobre la base de la figura del tributo, el propio Tribunal la ha extendido a las prestaciones patrimoniales públicas¹⁰¹, figura en la que nos vamos a centrar. Por ello, en

⁹⁷ STC 185/1995, fundamento jurídico 3.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, BAÑO LEÓN, J.M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 96 y ss.

⁹⁹ Al respecto puede verse RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 348 y ss.

¹⁰⁰ SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, fundamento jurídico 3 a), *in fine*, y 182/1997, de 28 de octubre, fundamento jurídico 15. En el mismo sentido y con el fin de no extender en demasía el concepto de prestaciones patrimoniales públicas, *vid.* GRAU RUIZ, A.: *Ideas para un Proyecto Docente en Derecho Financiero y Tributario*, E-Prints Complutense, Madrid, 2006, pág. 101.

¹⁰¹ Valgan como ejemplos los fundamentos jurídicos 5 y 6 de la STC 185/1995, de 5 de diciembre.

el resto de nuestra exposición, siguiendo a LOZANO SERRANO ¹⁰² y al propio TC, utilizaremos la referida doctrina.

Actualmente, es pacífico reconocer el carácter relativo de la reserva de ley. Sin embargo y tal y como hemos apuntado, el citado carácter de la reserva prevista en el 31.3 no evita que se exija que la creación *ex novo* de una prestación patrimonial pública, así como la determinación de los elementos esenciales o configuradores de la misma –supuestos en que se origina la prestación, sujeto obligado a satisfacerla y los elementos de cuantificación– deban llevarse a cabo mediante ley ¹⁰³. Por tanto, se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para lograr el mejor cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. No obstante, debe subrayarse que la colaboración del reglamento ¹⁰⁴ debe producirse en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad ¹⁰⁵. En relación con el caso que nos ocupa y, en concreto, respecto al primer RDL y a su correlativo desarrollo reglamentario, queremos incidir en que no nos encontramos ante una remisión en blanco sino ante un cambio de la medida inicialmente prevista –minoración diaria del precio del *pool*– por diversos factores. En este sentido, creemos que la extralimitación y la opción por el pago han obedecido a la dilación en el desarrollo reglamentario así como a la voluntad de simplificación del proceso.

La existencia de esa reserva de ley, de la exigencia de regulación de esos contenidos mínimos a través de la principal de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, va directamente vinculada con unas mínimas exigencias en materia de seguridad jurídica. De hecho, así lo considera BARTHOLINI ¹⁰⁶ cuando afirma que «el principio de reserva de ley constituye una medida de certeza que materializa correlativamente la seguridad jurídica de los ciudadanos», tal y como hemos apuntado en la exposición de la teoría de MARTÍN QUERALT en relación con la admisibilidad del RDL en materia tributaria.

Llegados a este punto, resulta necesario realizar una distinción respecto de los diferentes elementos esenciales de las prestaciones patrimoniales públicas: supuestos en que se origina la prestación, sujeto obligado a satisfacerla y los elementos de cuantificación. En relación con los dos primeros se ha destacado la especial intensidad con que quedan sometidos los mismos a la reserva de ley.

¹⁰² LOZANO SERRANO, C.: «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, pág. 27.

¹⁰³ En concreto y respecto al establecimiento de tributos, nuestro TC indica que «la Constitución (arts. 31.3 y 133.2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere, de manera que aunque su establecimiento concreto quede remitido a una disposición reglamentaria, esta haya de producirse dentro de los límites fijados por el legislador. La ley impugnada que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento, según antes se señala, no respeta ciertamente, esta reserva constitucional» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4). En sentido similar, *vid.* las SSTC 6/1983, de 4 de febrero, fundamento jurídico 5; y 150/2003, de 15 de junio, fundamento jurídico 3.

¹⁰⁴ Respecto a los límites de la colaboración del reglamento, *vid.* TORNOS MÁS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 480 y ss.

¹⁰⁵ Entre otras, SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5; y 150/2003, de 15 de junio, FJ 3.

¹⁰⁶ BARTHOLINI, S.: *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, CEDAM, Padova, 1957, pág. 88.

En este sentido, tanto doctrina como jurisprudencia ¹⁰⁷ han destacado la exigencia de una exhaustiva configuración del supuesto en que se origina la prestación ¹⁰⁸ y de los sujetos obligados a satisfacerla ¹⁰⁹. A este respecto y atendiendo al artículo 2 del RDL 3/2006, entendemos que esta exigencia no puede entenderse, en ningún caso, cumplida. En este sentido, la referencia a que la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica se minorará en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de GEI asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica no puede entenderse como una exhaustiva configuración del supuesto de hecho que origina la prestación y los sujetos obligados a la misma. A este respecto, resulta paradójica la postura del Consejo de Estado al señalar que «ciertamente, dentro del respeto a lo dispuesto en el RDL caben diversas interpretaciones y también diversos desarrollos normativos» para añadir que «con todo, del tenor del precepto transcrito y de la consideración de su finalidad, tal y como ha quedado ya establecida, sí que se desprenden cuáles son tales criterios» ¹¹⁰.

En concreto, llega a afirmar que «en el presente caso, la medida de minoración está establecida ya en el RDL que la Orden viene a desarrollar; a este respecto, conviene tener en cuenta que es el propio Real Decreto-ley el que determina el importe de la minoración (que ha de ser equivalente al valor de los derechos de emisión de GEI asignados gratuitamente), los sujetos [los que realizan "la actividad de producción de energía eléctrica a la que hace referencia el art. 16.21 a) Ley 54/1997"], y los períodos por los que se aplican (2006 y 2007)». Frente a este planteamiento, juzgamos que no cabe más que invocar el brocardo latino *Ubi lex non distinguet non distinguere debemos*.

Sin embargo, consideramos esta apreciación totalmente desacertada y prueba de ello es que la Orden Ministerial ITC/3315/2007 se ve forzada a definir los sujetos obligados, realizando tales exclusiones que la referencia genérica a los productores de energía eléctrica queda desvirtuada. Asimismo, este planteamiento es extensible al supuesto de hecho en relación con la retribución de la energía eléctrica, dado que no toda retribución va a ser objeto de minoración. En cambio, es necesario señalar que estas deficiencias son posteriormente corregidas en el RDL 11/2007, dado que en el mismo se realiza una configuración más exhaustiva de los citados elementos.

Respecto a los elementos de cuantificación, debemos poner de manifiesto la flexibilidad de la reserva de ley ¹¹¹, especialmente intensa con relación a la cuantificación de las prestaciones patrimo-

¹⁰⁷ Vid. la STC 233/1999, de 16 de diciembre.

¹⁰⁸ Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M.J.: «El hecho imponible...», cit., págs. 307 y ss. Vid. el ya referido fundamento jurídico 7 de la STC 221/1992, de 11 de diciembre».

¹⁰⁹ Vid. ACOSTA ESPAÑA, R.: «Artículo 29» en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Edersa, Madrid, 1982, Vol. I, págs. 267 y ss.

¹¹⁰ Vid. el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Orden por la que se desarrolla, para el año 2006, el artículo dos del RDL 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial aprobado el 8 de noviembre de 2007.

¹¹¹ Vid. la STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 4). En la doctrina destacan, entre otras las aportaciones de FALCÓN Y TELLA, R.: «La ley como fuente del ordenamiento tributario (Artículos 10, 11 y 12)» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, Vol. I, pág. 218; LOZANO SERRANO, C.: «Las fuentes del Derecho en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional: aplicación al ordenamiento financiero», *Revista de Administración Pública*, núm. 99, 1982, págs. 124 y 125.

niales. Esta obedecería tanto a la existencia de otros poderes públicos y al papel que estos deben asumir en su regulación y aplicación ¹¹² como al distinto ímpetu con que se presenta la reserva con relación a los diferentes tipos de prestaciones patrimoniales públicas. Además, respondería a la menor conflictividad que presentan los elementos de cuantificación con respecto a los restantes elementos esenciales ¹¹³, sin perjuicio de su incidencia en la determinación de la cuantía de la prestación ¹¹⁴.

Atendiendo a la especial flexibilidad de la reserva de ley en la cuantificación de determinadas prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario ¹¹⁵ en función de su incidencia en el deber de contribuir ¹¹⁶, nos planteamos qué ocurre con la citada característica en el caso de que no tengan naturaleza tributaria. A mayor abundamiento, nos cuestionamos si esta flexibilidad aumenta cuando la prestación impuesta no tiene finalidad recaudatoria sino que, por el contrario, persigue la consecución de otro fin protegido por nuestra Constitución como puede ser el medio ambiente. De esta forma, nos preguntamos si estas circunstancias pueden incrementar el carácter flexible de la reserva de ley y hasta qué punto alcanzaría la misma.

Centrándonos en el elemento que nos interesa, que no es otro que el de la concreción —o no— en la ley de la determinación de la cuantía de la prestación, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias fijen la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no vulnera por sí misma el principio de reserva de ley (...) aunque es cierto que la cuantía constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial con lo que su fijación y modificación debe ser regulada por ley, ello no significa, sin embargo, que siempre y en todo caso la ley deba precisar de forma directa e inmediata todos los elementos determinantes de la cuantía; la reserva establecida en el artículo 31.3 de la Constitución no excluye la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» ¹¹⁷.

A este respecto, consideramos que la fijación del criterio de cuantificación en el «valor unitario de referencia de los derechos de emisión será el precio de mercado del período al que correspondan calculado de manera transparente y objetiva» que realiza el apartado segundo del artículo 2.º del RDL 3/2006, podría ser aceptable en el caso que nos ocupa. En este sentido y como ya hemos apun-

¹¹² GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978» en la obra colectiva *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. III, pág. 1.015; MARTÍN QUERALT, J.: «La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 24, 1979, pág. 559.

¹¹³ ALGUACIL MARI, P.: «Acerca de la flexibilidad de la reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 101, 1999, pág. 21.

¹¹⁴ STC 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 7).

¹¹⁵ ALGUACIL MARI, P.: «Acerca de la flexibilidad de la reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 101, 1999, pág. 29; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Límites sustanciales de las remisiones al reglamento en materia tributaria», *Revista General de Derecho*, núm. 670-671, 2000, págs. 9.183 y ss.

¹¹⁶ STC 37/1981, de 16 de noviembre.

¹¹⁷ STC 63/2003, de 27 de marzo, fundamento jurídico 6. En el mismo sentido, SSTC 19/1987, fundamento jurídico 6 c) y 233/1999, fundamento jurídico 19.

tado, si la minoración se hubiese realizado directamente sobre el precio de la energía derivado de la casación de ofertas y demandas más los costes correspondientes no se plantearía problema alguno. Llegados a este punto, queremos incidir en que no nos encontramos ante una remisión en blanco, sino que, por el contrario, creemos que la extralimitación y la opción por el pago han obedecido a la dilación en el desarrollo reglamentario así como a la voluntad de simplificación del proceso.

Por esta razón, si atendemos a que la falta de determinación del sujeto obligado en el RDL condiciona también la cuantificación de la minoración o deducción y, en concreto, del pago establecido, la fijación de la cuantificación resultaría insuficiente. A mayor abundamiento y atendiendo a la posterior distinción entre instalaciones asignatarias y no asignatarias, la referencia al precio de mercado resulta claramente exigua como único criterio de cuantificación de la prestación patrimonial. Empero, cabe señalar que, dada la especial complejidad de la materia, esta era una materia especialmente abonada para la colaboración del reglamento en la concreción de los elementos de cuantificación. Así, la doctrina ha señalado que dicha flexibilidad es especialmente intensa en la fijación de los elementos de cuantificación cuando requieran «complejas operaciones técnicas»¹¹⁸. Mención aparte merece el RDL 11/2007, en el que no puede encontrarse criterio de cuantificación alguno, haciéndose únicamente referencia a la «utilización de una metodología basada en variables objetivas». A diferencia de la falta de concreción en el caso anterior, en este caso nos encontramos ante una total remisión en blanco¹¹⁹.

6. CONCLUSIONES

Como hemos intentado poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, nos encontramos ante dos disposiciones –RDL 3/2006 y 11/2007– que, prescindiendo de las dudas que generan en cuanto a su constitucionalidad por la materia a que se refieren y por la concurrencia del presupuesto habilitante, contienen habilitaciones a normas infraordenadas con criterios insuficientes para desarrollar una medida tan compleja que además penetra en una materia reservada a la reserva de ley. La extraordinaria y urgente necesidad de establecer las medidas no se ha visto acompañada por la celeridad en su desarrollo, sino, por el contrario, por un flagrante retraso que ha propiciado un injustificado, a nuestro juicio, cambio en la medida inicialmente prevista. Todos estos factores y las consecuencias que, en materia de vicios de constitucionalidad conllevan, pueden acabar con la finalidad y objetivo de la deducción, prescindiendo de entrar en valoraciones sobre la necesidad y justicia de la misma. Si bien resulta loable la preocupación de nuestro Gobierno por que los ciudadanos no asumamos las consecuencias de la internalización por las empresas eléctricas de los derechos asignados gratuitamente, resulta deplorable la técnica jurídica empleada.

¹¹⁸ ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación de valores*, Ed. Diálogo, Valencia, 1999, págs. 30 y 31.

¹¹⁹ *Vid.* respecto a la tentación de recurrir a simples remisiones de tipo formal, TORNOS MÁS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 498 y ss.

Llegados a este punto, queremos acabar con unas palabras de BARREIRO GONZÁLEZ que resumen a la perfección la valoración del empleo del Decreto-Ley en la regulación de la detracción de los derechos de emisión: «en fin, las prisas en numerosas ocasiones no son buenas consejeras y llevan a utilizar la figura analizada de manera poco eficaz, causando mayores problemas que aquellos cuya solución se pretende alcanzar, al promulgar normas carentes de cualquier reflexión y debate, técnicamente muy criticables (y este es uno de los aspectos que ni el TC puede corregir) y sin el adecuado reposo en su elaboración, cuyas previsiones, ante la contestación suscitada son modificadas en pocos meses, sometiendo el ordenamiento a continuos vaivenes, nada aconsejables en pro de alcanzar una seguridad jurídica tan deseable como muchas veces (a lo que parece) inalcanzable»¹²⁰.

Bibliografía

- ACOSTA ESPAÑA, R.: «Artículo 29» en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Edersa, Madrid, 1982, vol. I, págs. 267 y ss.
- AGUILERA VAQUÉS, M.: «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación» en la obra colectiva *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 767 y ss.
- ALEGRE ÁVILA, J.M.: «La viabilidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad», *Revista de Administración Pública*, núm. 105, 1984, págs. 65 y ss.
- ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación de valores*, Ed. Diálogo, Valencia, 1999.
- «Acerca de la flexibilidad de la reserva de ley en materia tributaria», *REDF*, núm. 101, 1999, págs. 5 y ss.
- ALVARADO ESQUIVEL, M.J.: «El hecho imponible y su cobertura por el principio constitucional de legalidad tributaria», *RDFHP*, núm. 256, 2000, págs. 307 y ss.
- ANDRÉS CIURANA, B. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios» en la obra colectiva *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 361 y ss.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el Ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985, págs. 97 y ss.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.

¹²⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G.J.: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pág. 59.

- BARREIRO GONZÁLEZ, G.J.: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.
- BARTHOLINI, S.: *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, CEDAM, Padova, 1957.
- BONACHERA VILLEGAS, R., *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- BOQUERA OLIVER, J.M.: «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, págs. 23 y ss.
- BOUTE, A.: «Combating climate change and securing electricity supply: the role of investment protection law», *European Environmental Law Review*, núms. 8-9, 2007, págs. 227 y ss.
- CARLÓN RUIZ, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Civitas, Madrid, 2005.
- CAZORLA PRIETO, L.M.: «En torno al Decreto-ley en materia tributaria», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 195 y ss.
- CUBERO TRUYO, A.M.: «La doble relatividad de la reserva de ley en materia tributaria. Doctrina constitucional», *REDF*, núms. 109-110, 2001, págs. 217 y ss.
- DE VEGA GARCÍA, A.: «La cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», *Revista de estudios políticos*, núm. 68, 1990, págs. 251 y ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «Límites sustanciales de las remisiones al reglamento en materia tributaria», *Revista General de Derecho*, núms. 670-671, 2000, págs. 9.183 y ss.
- FALCÓN Y TELLA, R.: «El Decreto-ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 183 y ss.
- «La ley como fuente del ordenamiento tributario (Artículos 10, 11 y 12)» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991, vol. I, págs. 207 y ss.
- «El llamado "canon por derechos de autor" (copyright levy) o compensación equitativa por copia privada. (II): naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad». *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2006, págs. 5 y ss.
- FEDELE, A.: «La riserva di legge» en *Trattato di Diritto tributario*, Cedam, Padua, 1994, vol. I, Cap. V.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2003.
- FUERTES LÓPEZ, M.: «Tutela cautelar e impugnación de reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, págs. 57 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho administrativo*, Vol I, Civitas, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ CANO, M.I.: *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2002.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978» en la obra colectiva *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. III, págs. 967 y ss.

- GRAU RUIZ, A.: *Ideas para un Proyecto Docente en Derecho Financiero y Tributario*, E-Prints Complutense, Madrid, 2006.
- LEGUINA VILLA, J.: «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1995, págs. 9 y ss.
- LÓPEZ MILLA, J.: «El problema del déficit tarifario en el sector eléctrico español», *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2807, 2004, págs. 27 y ss.
- LOZANO SERRANO, C.: «Las fuentes del Derecho en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional: aplicación al ordenamiento financiero», *RAP*, núm. 99, 1982, págs. 111 y ss.
- «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *REDF*, núm. 97, 1998, págs. 25 y ss.
- MALARET GARCÍA, E.: «Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 327 y ss.
- MARTÍN QUERALT, J.: «La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 24, 1979, págs. 553 y ss.
- MORO ALMARAZ, M.J.: «Medio ambiente y función social de la propiedad», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 617, 1993, págs. 943 y ss.
- NÚÑEZ LOZANO, M.C.: «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, págs. 337 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas», en *Revista de Administración Pública* núms. 100-102, 1983, págs. 1.139 y ss.
- PÉREZ ARRIAGA, J.I.: *Libro blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005.
- PÉREZ ROYO, F.: «Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, págs. 41 y ss.
- RAMALLO MASSANET, J.J.: «El decreto-ley en materia tributaria», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 421 y ss.
- REBOLLO PUIG, M.: «Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 7 y ss.
- RIBOT IGUALADA, J.: «La garantía constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 203 y ss.
- ROVIRA, M.C.: *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972.
- RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Los Decretos-leyes en la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979.

- SANTAOLALLA LÓPEZ, E.: «Exposiciones de Motivos de las leyes: motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 47 y ss.
- SEGURA, L.: «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso "RUMASA"», *Revista de Administración Pública*, núm. 104, 1984, págs. 355 y ss.
- TORNOS MÁS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 471 y ss.
- UNESA: *La tarifa eléctrica 2006*, Madrid, UNESA, 2006 (www.unesa.es/documentos/otra_publicaciones/tarifa_2006.pdf).
- VV.AA.: *El sector eléctrico en España. Competencia y servicio público*, Comares, Granada, 2007.