

LOS PODERES NORMATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN DE LOS REGULADORES E IMPORTANCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.—III. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A LOS ORGANISMOS REGULADORES.—IV. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS, ENTRADA EN VIGOR Y EFICACIA.—V. CARACTERÍSTICAS E INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES.—VI. PRÁCTICAS PARAREGLAMENTARIAS: 1. *Colaboración en la elaboración de normas nacionales y comunitarias.* 2. *Prácticas informales de desarrollo o interpretación de normas jurídicas.*—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Superando recelos iniciales, parece haberse generalizado la atribución de potestad reglamentaria a los organismos reguladores o Administraciones independientes con competencia sobre ámbitos económicos. La atribución de la potestad y sus condiciones de ejercicio presentan elementos comunes, aunque también importantes diferencias. No obstante, los poderes normativos de estas entidades no se agotan en su producción reglamentaria. Por el contrario, es preciso tener en cuenta su colaboración en la elaboración de normas jurídicas nacionales y, cada vez más importante, comunitarias. A ello sería preciso añadir la constante tendencia de algunas de ellas a utilizar mecanismos informales para influir en el comportamiento de los sujetos supervisados.

Palabras clave: potestad reglamentaria; Administraciones independientes; procedimiento de elaboración de disposiciones generales; comitología; actividad administrativa informal.

ABSTRACT

Despite an initial distrust, the attribution of regulatory powers to regulatory entities operating in certain economic fields —the so called «independent Authorities» by the Spanish scientific community— has become widespread. The attribution of said powers and the conditions for their exercise set out by the specific Laws reveal some common elements, yet relevant differences also. Nevertheless, the regulatory powers of the independent Administrations exceed the mere enactment of regulations, since they also contribute to the elaboration of the national and even the EU sectorial Law. As well, some of them move constantly towards the use of non-formal instruments to influence the stakeholders falling under their monitoring powers.

Key words: regulatory powers; independent Authorities; elaboration procedure of regulations; comitology; non-formal administrative action.

I. INTRODUCCIÓN

Como Administraciones independientes que disponen del elemento muy característico de haber sido dotadas de potestad reglamentaria pueden citarse el «Banco de España», la «Comisión Nacional del Mercado de Valores», la «Comisión Nacional de Energía» y la «Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», entidades a las que se circunscribe el presente estudio. Es conocida la creciente importancia de estas entidades en el Derecho administrativo económico, probablemente debido a la influencia del Derecho comunitario, no sólo por su proliferación, sino porque la potestad normativa de estas Administraciones especializadas está mucho más acentuada en este ámbito. Por otra parte, no parece existir ningún debate en curso en medios oficiales, o simplemente políticos, sobre el papel o la existencia misma de los organismos reguladores¹.

Forma parte de la tópica jurídica la aseveración, incorporada al artículo 6 del Código Civil, de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Paradójicamente, esta regla partía de una situación, ajena a la actual, de desconocimiento del Derecho por amplias capas de la población (algo que en algunos sistemas jurídicos, como el Derecho romano o, entre nosotros, las Partidas, se traducía en exenciones parciales para determinadas categorías sociales²). La actual profusión de normas y la frecuencia de los desplazamientos internacionales han llevado a algún autor, desde el rechazo de posibles exenciones para ca-

¹ Ni, en general, sobre la utilización de entes personificados como aparatos administrativos especializados. En este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos, presentado el 21 de julio de 2005 (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 26 de agosto de 2005) y que actualmente está a punto de culminar su tramitación en el Congreso, se refiere a esta categoría de entidades, que «nació como complementaria de las categorías generales —de Organismo Autónomo y de Entidad Pública Empresarial— para regular una serie limitada de entes que, por sus peculiaridades y el mayor grado de independencia que presentan respecto de la Administración General del Estado, no encajaban en las configuraciones generales», y pretende mejorar su transparencia y eficacia, sin cuestionar en ningún caso ni su mera existencia ni su proliferación actual. Por el contrario, se pretende convertir la categoría en la del organismo-tipo, debiendo ajustarse a ella las entidades de nueva creación y reconvirtiéndose a la misma, de forma progresiva, los organismos autónomos existentes.

² Las Partidas, inspirándose en el Derecho romano, en el que se proclamaba que «ignorantia iuris nocet» (Digesto 22,6,9), parten de la base de que «escusar non se puede ninguno de las penas de las leyes, por dezir que las non sabe» (P. 1,1,20). No obstante, tanto en el Derecho romano (D. 22,6,9) como en las Partidas se admitían algunas excepciones al principio general en favor de los caballeros que se ocupan de defender la tierra, de los menores, de los locos, de las mujeres y de los aldeanos que labran la tierra (P. 1,1,21; P. 3,14,6). Algunas de las categorías anteriores resultan chocantes desde una perspectiva actual. Dejando de lado la referencia a las mujeres, en el último de los casos citados, el conocimiento de una normativa muy compleja es actualmente una parte esencial de la profesión de agricultor.

tegorías de personas, a defender un reforzamiento de la publicidad de las normas³. Sin embargo, la nuestra presenta la aparente paradoja de ser a la vez la época de un ordenamiento jurídico o, más bien, ordenamientos jurídicos yuxtapuestos, complejos, amplísimos y, por tanto, incognoscibles en su conjunto, incluso para los juristas profesionales más avezados, y, a la vez, ser uno de los periodos en los que se da un mayor nivel de conocimiento del Derecho entre quienes no son juristas. Lo que pasa es que es un conocimiento fragmentario, del sector o subsector concreto en el que se mueve un técnico, un profesional o un empresario. Yendo más lejos, a menudo, en amplios y muy relevantes ámbitos de actividad, sobre todo en materia económica, el Derecho es elaborado y aplicado por no juristas. Quizá sería mejor decir las normas, pues hace tiempo que se señaló la «necesidad de no confundir la capacidad del poder público de dictar órdenes con su capacidad para crear Derecho»⁴. Pero es que, además, en muchos ámbitos del Derecho administrativo económico no hay casi resoluciones judiciales que transformen, paulatinamente, los mandatos en Derecho.

Una primera consecuencia, quizá menor, es la dificultad de conocer el Derecho vivo, realmente aplicado, careciendo de una fuente fundamental para ello, como acostumbran a ser las resoluciones judiciales. El conocimiento del Derecho se convierte en un monopolio, muy valioso, de determinados funcionarios o empleados públicos y de algunos profesionales muy cualificados, no siendo infrecuente el tránsito de una a otra condición. No obstante, éste no es el único ni el mayor de los problemas.

Si podemos superar esa primera dificultad, el conocimiento, lo que a menudo nos encontramos son sectores regidos por amplias colecciones de normas muy complejas y aplicadas sin ningún criterio jurídico. El autor antes citado hablaba de la «superioridad de la función judicial» porque, señalaba, «se da la perogrullada de que la ejercen jueces, es decir, personas capacitadas expresamente para salvar el espíritu del Derecho por encima de la letra de las leyes»⁵. Por el contrario, cuando el aplicador no es un jurista, nos encontramos en la mayor parte de los casos ante una visión plana del ordenamiento, que no da relevancia a la jerarquía normativa y, por ello, ignora las prescripciones constitucionales, los principios generales del Derecho e, incluso, las reglas de interpretación, no sólo las generalmente aceptadas, sino incluso las positivadas en el Código Civil.

³ Ramón MARTÍN MATEO (2000), «La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias», núm. 153 de esta REVISTA, págs. 53-69.

⁴ José PUIG BRUTAU (1952), *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, s.f., pero 1952, pág. 224.

⁵ José PUIG BRUTAU (1952: 74).

Todo esto sucede claramente en los ámbitos económicos, regidos por regulaciones sectoriales cada vez más especializadas y más complejas, sectores en los que las proporcionalmente muy poco numerosas sentencias judiciales se refieren casi únicamente al ejercicio de la potestad sancionadora. La proximidad de la autoridad administrativa a los operadores económicos y profesionales especializados, la habitualidad y multiplicidad de las relaciones entre la Administración y unos administrados sometidos a una sujeción claramente especial, y la absoluta imposibilidad de que las actuales cadencias de la Justicia administrativa puedan servir a la tutela judicial efectiva, son factores que obligan a que habitualmente se actúe como si el juez no existiese.

En consecuencia, los textos normativos tienen un protagonismo casi absoluto, retro trayéndonos a épocas que parecían superadas de la evolución jurídica. Pero la literalidad de los textos no es lo único que nos retrotrae a épocas anteriores: también la forma en que esos mismos textos son elaborados.

Como ya se ha señalado, las reglas jurídicas realmente aplicadas emanan de unos órganos especializados entre cuyos miembros los juristas son minoría (e incluso entre la minoría que pueda tener una formación jurídica, ésta no ha sido habitualmente su praxis profesional anterior a su nombramiento), siendo que, además, esta condición minoritaria se repite entre el personal de apoyo. Los mandatos —circulares, instrucciones generales, instrucciones vinculantes, etc.— se elaboran sin pasar por filtros contrastados de calidad jurídica, como pueda ser el dictamen del Consejo de Estado, o, en general, de un procedimiento de elaboración de disposiciones generales digno de tal nombre. A ello se añade la influencia, nefasta en este punto, de las reglas procedentes del Derecho comunitario: unas directivas elaboradas sin responder a ningún sistema conceptual, porque el Derecho comunitario carece de él, son copiadas o parafraseadas conforme a una versión en bastantes ocasiones mal traducida.

Con todo, lo más preocupante no es el nivel de calidad desde el punto de vista de la técnica legislativa de las normas resultantes, con ser esto bastante preocupante en la mayor parte de los casos. Ocurre que este nivel y falta de procedimiento se unen a la ya señalada carencia de fuentes judiciales. Ambos elementos se combinan y potencian mutuamente. Otra vez resulta pertinente una nueva referencia del autor ya citado, quien advierte cómo la «técnica jurídica es superior a la capacidad del Estado para crear Derecho. De ahí que deba tener a su servicio un número determinado de juristas. Bastarían funcionarios que no lo fueran si la vida social pudiera encauzarse con reglas estrictas, pues el juez, en semejante hipótesis, se converti-

ría en la auténtica máquina de subsunciones ambicionada por los grandes codificadores»⁶.

Un último riesgo procede de la generalización de prácticas «parareglamentarias», a veces poco ortodoxas. Dentro de estas prácticas puede situarse la participación en procedimientos administrativos que desembocan en la aprobación de un reglamento por una autoridad superior; participación a menudo decisiva, y que es impecable desde el punto de vista de la ortodoxia jurídica. Pero en otras ocasiones se plasman en el intento de obviar los ya muy livianos procedimientos de aprobación de reglamentos por los organismos reguladores mediante la utilización de cartas publicadas en la web u otros instrumentos informales, que se apoyan en la necesidad de los operadores económicos en conseguir resoluciones rápidas a sus solicitudes para imponer obligaciones sin claro sustento normativo. Esta práctica es una tentación constante que, sin embargo, comporta border —por fuera— el Estado de Derecho.

II. ORIGEN DE LOS REGULADORES E IMPORTANCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Es sabido que la existencia de las llamadas autoridades administrativas independientes carece de cualquier apoyo explícito en la Constitución vigente. Antes al contrario, en el artículo 97 se establece que corresponden al Gobierno la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Este dato normativo ha llevado a formular algunas objeciones teóricas a la creación de agencias independientes o autónomas y, sobre todo, a la atribución a este tipo de entidades de potestades normativas *ad extra*⁷. Sin embargo, existen pronunciamien-

⁶ José PUIG BRUTAU (1952: 11).

⁷ Vid. Ramón PARADA VÁZQUEZ (1981), «Valor jurídico de la Circular», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 2, págs. 13 y ss.; José Eugenio SORIANO (1991), «La Securities and Exchange Commission. Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 201, pág. 413, en nota; Enrique GARCÍA LLOVET (1993), «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», núm. 131 de esta REVISTA, págs. 113 y ss.; José Manuel SALA ARQUER (2000), *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, pág. 7.

La posición contraria a estas entidades no es en absoluto unánime. Sostienen su constitucionalidad, entre otros, Fernando LÓPEZ RAMÓN (1991), «El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente», núm. 126 de esta REVISTA, págs. 189-216, pág. 192; Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (1984), «A propósito del panorama de las fuentes del Derecho, tras las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo III, Civitas, Madrid, págs. 2283-2292, esp. págs. 2287-2288; o Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1984), «Los poderes normativos del Banco de España», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 13, y, sobre todo, en Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994b), «Reflexiones sobre las llamadas Administraciones independientes», en *Administración instrumen-*

tos jurisdiccionales referidos a casi todas las principales Administraciones independientes o entes reguladores en materia económica, tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en los que se admite expresamente como legítima la atribución por ley a estos entes de la potestad reglamentaria⁸.

Como es lógico, tales reconocimientos de legitimidad de la atribución de potestad reglamentaria no se hacen en el vacío, sino a propósito de regulaciones concretas. En la mayoría de los casos, en relación con unas normativas que establecen no sólo una clara subordinación de las normas reglamentarias emanadas de las Administraciones independientes respecto a las aprobadas por el Gobierno, superiores en la jerarquía normativa, sino que estas entidades precisarán de habilitaciones expresas y específicas, contenidas en las normas reglamentarias de rango superior. Sólo las normas emanadas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se salen en algún caso de este esquema.

La existencia de estos entes reguladores se ha convertido en habitual, pero no en pacífica. Desde un plano teórico, las críticas realizadas a la creación de estas Administraciones especializadas y autónomas pueden resumirse en dos grandes argumentos. Uno, de carácter constitucional: el riesgo de que las Administraciones independientes terminasen configurando un «Estado neutral», tecnocrático, que funcionase como alternativa a un poder ejecutivo jerarquizado y di-

tal. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, tomo I, Civitas, Madrid, págs. 434-435 y 438, y en Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994a), «La autonomía de los bancos centrales: un problema constitucional», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo I, Ed. La Ley, Madrid, págs. 729-736; Manuel MAGIDE HERRERO (2000), *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, págs. 195-246.

⁸ En la Sentencia 135/1992, de 5 de octubre, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, se afirma tajantemente la compatibilidad de la atribución de potestad reglamentaria al Banco de España con el artículo 97 de la Constitución (fto. jco. 3). Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada en las Sentencias 178/1992, de 16 de noviembre, y 97/1993, de 11 de marzo. Esta solución no es única para el Banco de España. Por el contrario, en la Sentencia 133/1997, de 16 de julio, fto. jco. 7b), el Tribunal Constitucional afirmó expresamente la compatibilidad de la atribución de la potestad reglamentaria a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno en el artículo 97 de la Constitución.

En la jurisdicción contencioso-administrativa también pueden encontrarse pronunciamientos coincidentes. Por circunscribirnos únicamente a los del Tribunal Supremo, pueden citarse las Sentencias de 6 y de 11 de mayo de 2004 (Arz. RJ 2004/3471 y RJ 2004/2843, respectivamente), relativas a la potestad normativa de la Comisión Nacional del Mercado Eléctrico, antecedente directo de la Comisión Nacional de Energía, cuyo régimen coincide en este punto, o la Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (Arz. RJ 2005/538), aunque anula-se parcialmente una circular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por infracción de la jerarquía normativa.

rigido por el Gobierno, que es responsable ante las Cortes Generales. Otro grupo de argumentos, mucho más pegados al terreno, se resumirían en la denuncia del riesgo de que este tipo de entes, pequeños y muy especializados, sean en la práctica más permeables a las presiones de los agentes económicos dominantes en cada sector⁹.

Las llamadas Administraciones independientes han ido surgiendo ante la necesidad de buscar soluciones concretas en la ordenación de ámbitos específicos —en la mayor parte de los casos, sectores económicos—, sin que exista una regulación general, aunque sí patrones que se repiten en su regulación, más por un efecto mimético que por un designio consciente.

Las Administraciones independientes, en el sentido más restringido de entes administrativos dotados de personalidad jurídica, autonomía funcional y potestad reglamentaria, son infrecuentes fuera del ámbito del Derecho administrativo económico. No obstante, existen excepciones y, en este sentido, puede citarse el caso de la Agencia Española de Protección de Datos¹⁰. Esta entidad tiene como finalidad principal velar por una utilización adecuada y respetuosa con los derechos fundamentales de los datos personales, fundamentalmente en los supuestos en que son tratados mediante la informática. Al amparo de la habilitación contenida en el artículo 37.1.e) de la Ley Orgánica 15/1999, que reconoce la competencia para dictar «instrucciones» para adecuar los tratamientos de datos a los principios de la Ley, la AEPD ha publicado sus criterios interpretativos sobre los diferentes aspectos de la regulación legal. En este como en otros casos, la frontera entre lo que pueda ser la publicación de los criterios de la Administración competente para aplicar una determinada normativa y el auténtico desarrollo reglamentario puede resultar en ocasiones difícil de deslindar.

Las Administraciones independientes son, en la gran mayoría de los casos, de ámbito nacional, no autonómicas. Es más, en algunos casos puede sospecharse que el recurso a un órgano eminentemente técnico, aunque de designación gubernamental, ha sido la manera de apagar suspicacias de los poderes autonómicos hacia unas competencias estatales basadas fundamentalmente en la reserva en la Cons-

⁹ Sobre el estado de la cuestión, Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ (2001), «L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes», *Études et Documents. Conseil d'État*, núm. 52, págs. 411 y ss. Más en extenso, del mismo autor, Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ (1994), *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid.

¹⁰ Creada por medio de la Ley Orgánica 5/1992 y actualmente regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, concretamente en el Título VI, que tiene naturaleza de ley ordinaria, y en el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

titución de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (Const., art. 149.1.13.^a), interpretada en sentido amplio por el Tribunal Constitucional. Aunque también hay que tener en cuenta el papel protagonista que ha seguido teniendo el poder central en el gobierno de la economía, que es el supuesto fundamental de ensayo de esta solución organizativa. Fuera del ámbito económico, existen entidades autonómicas en campos muy específicos que se aproximan al modelo de las Administraciones independientes, especialmente en el ámbito de la protección de los datos personales, en el que han surgido diversas «agencias autonómicas de protección de datos personales» que han creado las Comunidades Autónomas de Madrid, País Vasco y Cataluña, pero son rigurosamente excepcionales.

Las Administraciones independientes estudiadas lo son en función de haber sido inequívocamente dotadas de potestad reglamentaria y de actuar en el ámbito económico: son el «Banco de España», la «Comisión Nacional del Mercado de Valores», la «Comisión Nacional de Energía» y la «Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones»¹¹.

El Banco de España está regulado por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (en adelante, LABE), y su potestad reglamentaria se reconoce en el artículo 3 de la citada Ley. La configuración del Banco de España como Administración independiente o ente regulador es atípica en cuanto que es producto de la progresiva asunción de mayores cotas de autonomía por una entidad más que centenaria. No obstante, en su regulación subyace una cierta esquizofrenia, en cuanto que las cotas de autonomía y el poder del que depende son muy distintos si hablamos de política monetaria, con todas sus derivaciones, o hablamos de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

¹¹ En un futuro próximo podría incorporarse un nuevo socio al club formado por las Administraciones independientes dotadas de potestad reglamentaria. Con el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (que puede consultarse en <http://www.dgdc.meh.es/legislacion/AnteproyectoLDC-10-3-2006%20.pdf>) se pretende crear una Comisión Nacional de Competencia que sustituirá al actual Tribunal de Defensa de la Competencia, organismo autónomo regulado en los artículos 20 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al que no se reconocen potestades normativas en la legislación vigente. La nueva Comisión Nacional de Competencia sería una entidad de Derecho público dotada de personalidad jurídica, de autonomía orgánica y funcional y de «plena independencia de las Administraciones Públicas» (art. 21.1). Entre las funciones de su Consejo —formado por el Presidente y cuatro Consejeros nombrados por Real Decreto para un único periodo de seis años— está la aprobación de «circulares interpretativas» (arts. 31 y 36.2). Estas «circulares interpretativas» tendrán por objeto la fijación de criterios para determinar qué acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas puedan resultar exentos de la prohibición de conductas colusorias, en virtud de que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (art. 1.4). En la Exposición de Motivos parece recortarse algo el alcance posible de dichos instrumentos y se señala: «la CNC podrá *aclarar* los criterios que se seguirán para la valoración de los acuerdos por parte de los órganos administrativos mediante Circulares interpretativas».

La Comisión Nacional del Mercado de Valores¹² fue creada por medio de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), norma por la que se sigue rigiendo, y su potestad reglamentaria se regula en sus artículos 15 y 23.a)¹³. La creación de la CNMV responde a la influencia norteamericana, concretamente del modelo de la *U.S. Securities and Exchange Commission*, pero el legislador no ha sido totalmente coherente con el modelo: un dato que no deja de llamar la atención es que, junto a un ente regulador para las entidades financieras —el Banco de España— y otro para los mercados de valores —la CNMV—, las funciones equivalentes para las entidades aseguradoras sean ejercidas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda¹⁴, lo que da una cierta idea del carácter intercambiable o coyuntural de las soluciones organizativas.

La Comisión Nacional de Energía¹⁵ fue creada, con una muy discutible técnica legislativa, por medio de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LSH), concretamente en la disposición adicional undécima. Su potestad reglamentaria está regulada en esta disposición adicional, en el párrafo tercero, 1-7.º, 4 y 5, y en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, artículo 17. Esta entidad vino a sustituir a la anteriormente existente Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, cuyas funciones asumió, junto a las relativas al sector de hidrocarburos.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹⁶ está actualmente regulada en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de

¹² Vid. Mercedes FUERTES LÓPEZ (1994), *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Editorial Lex Nova, Madrid; Elisenda MALARET I GARCÍA (1994), «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Una aproximación a su configuración institucional», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo II, Editorial La Ley, Madrid, págs. 1591-1630; Juan José Díez SÁNCHEZ (1997), «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, págs. 741-781; Fernando SÁNCHEZ CALERO (2001), «Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84, págs. 7-25.

¹³ Cuenta con un «Reglamento de Régimen Interior de la CNMV», de 10 de julio de 2003, modificado por resolución del Consejo de la CNMV de 14 de diciembre de 2004, en el que la aprobación de circulares se contempla en el artículo 35.

¹⁴ Vid. Antonio EMBID IRUJO (1997), *Ordenación del seguro y competencias de los poderes públicos*, Cedecs, Barcelona.

¹⁵ Por excepción a la regla general, existen dos entidades económicas dotadas de personalidad jurídica en el ámbito energético, aunque al menos en un caso resulte problemática su calificación como Administración independiente. Se trata de la Agencia Valenciana de la Energía, creada por Ley 8/2001, de 26 de noviembre, y de la Agencia Andaluza de la Energía, creada por Ley 4/2003, de 23 de septiembre.

¹⁶ En campos parcialmente coincidentes, pueden citarse como organismos autónomos el Consejo Audiovisual de Cataluña, creado por Ley 2/2000, de 4 de mayo, o el Consejo Audiovisual de Andalucía, creado por Ley 1/2004, de 17 de diciembre.

Telecomunicaciones (en adelante, LGT), concretamente en el artículo 48 de ese texto legal, norma en la que se ha introducido un régimen jurídico que aparta a esta entidad en lo que se refiere a la potestad reglamentaria del modelo general al que se atienen, más o menos, las otras Administraciones independientes examinadas¹⁷. Tiene la potestad de emitir lo que en la Ley se denominan «instrucciones», cuya naturaleza podría ser opinable, pero que tienen carácter vinculante para los operadores del sector. Esta denominación ha sustituido en el texto legal a la de «circulares», que se utilizaba en las normas legales anteriores. Sin embargo, en la práctica administrativa y en las normas internas de la entidad —anteriores a la Ley vigente, pero no derogadas— se ha mantenido la denominación tradicional¹⁸.

Una pregunta pertinente es si las Administraciones calificadas comúnmente como independientes realmente lo son. No obstante, debe adelantarse, por muy evidente que sea la afirmación, que no se trata tanto de que una determinada entidad sea independiente o no lo sea, sino que la independencia —o dependencia— responde más a una gradación¹⁹. Por otra parte, el grado de independencia real no se refiere meramente a la atribución de funciones propias claramente deslindadas, la existencia de una organización administrativa claramente distinta, la existencia de un patrimonio separado y una independencia económica efectiva²⁰; también tiene una importancia determinante un elemento mucho más difícil de determinar, como es la política. Concretamente, la existencia de costumbres o convenciones respecto al nombramiento de los miembros de una institución, algo difícil de estudiar, de naturaleza cambiante, y que entre nosotros sólo parece referido al Banco de España, pero no a otras entidades reguladoras en materia económica.

¹⁷ Esta entidad había sido creada por medio del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, cuya convalidación parlamentaria dio lugar a la Ley 12/1997, de 24 de abril, actualmente derogada. La regulación de la CMT no fue afectada por la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que se remitía en este punto a la Ley 12/1997, pero sí por la de 2003, en la que se hace una regulación *ex novo*.

¹⁸ En el artículo 26 del Reglamento Interno de la Comisión de 9 de abril de 1997, que sigue en vigor, se establece que las instrucciones que emanan de la potestad reglamentaria de la CMT, con independencia de su régimen y de que se trate de una potestad propia o delegada, se denominan formalmente como «circulares» [vid. Daniel TERRÓN SANTOS (2004), *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares, Granada, págs. 141 y 155, en nota].

¹⁹ Importando el término del campo del dominio público, POMED se refirió en este punto a una «escala de la independencia» [Luis Alberto POMED SÁNCHEZ (1993), «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», núm. 132 de esta REVISTA, pág. 118].

²⁰ Un intento de sistematización de estos criterios, no ya respecto a las Administraciones independientes, sino referido al conjunto de los entes instrumentales, en J. ORTIZ MALLOL (2004), «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA, págs. 245-278.

Respecto a la autonomía funcional reconocida normativamente a las Administraciones independientes, un primer dato es que tienen personalidad jurídica —y, por tanto, cuando menos un cierto grado de autonomía orgánica—, pero es preciso tener en cuenta que ése no es un rasgo especialmente notable en el Derecho español, en el que la creación de entes personalizados con funciones administrativas específicas viene siendo normal al menos desde principios del siglo xx (la doctrina ha acuñado la expresión «descentralización funcional» para este fenómeno)²¹. Ciertamente, se trata de un fenómeno cuya proliferación ha estado a menudo vinculada a la huida o evasión del Derecho administrativo general²², más que a una auténtica vocación de autonomía y neutralización política de determinadas decisiones. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el legislador español sólo ha utilizado el vocablo «independiente» en la definición de dos de estas entidades, ninguna de las cuales se desenvuelve en el plano del Derecho administrativo económico: el Consejo de Seguridad Nuclear, que sin embargo no tiene potestad reglamentaria, y la Agencia Española de Protección de Datos.

Entre los reguladores económicos, el mayor grado de autonomía real corresponde al Banco de España, especialmente por la figura del «Gobernador», con importantes atribuciones en la dirección de la entidad y una regulación que le pone al abrigo de las presiones políticas: está dotado de importantes garantías legales de continuidad durante su mandato, a lo que se une la imposibilidad legal de renovarlo. Esta posición reforzada viene obligada por la integración de la institución en el Sistema Europeo de Bancos Centrales²³. En consecuencia, el Gobernador es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, para un único periodo de seis años, no renovable. Existe un control parlamentario específico: el Ministro de Economía y Hacienda tiene que comparecer ante el Congreso de los Diputados para defender la candidatura con carácter previo al nombramiento. Está asistido por un Subgobernador, nombrado en idénticas condiciones pero a propuesta del Gobernador. Los seis Consejeros del Banco son

²¹ Antonio ROYO VILLANOVA (1914), *La nueva descentralización*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid.

²² Como señalase tempranamente Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO (1962), «Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, págs. 13-36.

²³ Sobre las consecuencias jurídicas de esa integración, vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993), «Reflexiones sobre la Unión Monetaria Europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales», *Noticias CEE*, núm. 100; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2000), *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid; Jesús LEGUINA VILLA (2003), «Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, págs. 307-326.

nombrados por el Gobierno para un periodo de seis años, renovable una única vez (LBE, arts. 24 y 25). En la práctica, parece existir el uso político no formalizado de que el partido en el gobierno proponga a tres Consejeros y el principal partido de la oposición a dos, mientras que uno es propuesto por alguna de las restantes minorías parlamentarias. También forman parte del Consejo de Gobierno del Banco el Director General del Tesoro y Política Financiera y el Vicepresidente de la CNMV, que no tendrán voto, aunque sí voz, cuando el asunto tratado afecte a la política monetaria. No existe representación de los intereses sectoriales de las entidades financieras o de los usuarios de los servicios bancarios en los órganos de gobierno del Banco de España, ni parece existir ninguna reivindicación en tal sentido, al menos que haya trascendido al público.

La dirección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene carácter colegiado, estando compuesto su órgano de gobierno o Consejo por un Presidente y un Vicepresidente, nombrados por el Gobierno, y por tres Consejeros, nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda, exigiéndose para todos ellos contar con reconocida competencia en materias relacionadas con el Mercado de Valores. Los sucesivos gobiernos vienen haciendo gala de una amplísima discrecionalidad a la hora de hacer estas designaciones. El mandato de todos los miembros es de cuatro años, renovable una única vez. A ellos se suman, como miembros de pleno derecho del Consejo, el Director General del Tesoro y Política Financiera y el Subgobernador del Banco de España (LMV, arts. 17 y 19). No obstante, viene siendo una práctica habitual que el Consejo delegue amplias competencias en algunos de sus miembros, especialmente Presidente y Vicepresidente, o en la Comisión Ejecutiva²⁴.

En la CNMV sí existe una representación de los intereses sectoriales, aunque a través de un órgano con competencias únicamente consultivas: el Comité Consultivo, presidido por el Vicepresidente de la Comisión (una presidencia peculiar, porque no dispone de voto en la adopción de los informes del órgano que preside). Sus miembros son designados en representación de los mercados secundarios oficiales, de los emisores y de los inversores, más otro representante designado por cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de mercados de valores en cuyo territorio exista un mercado secundario oficial. Este órgano está regulado específicamente en el artículo 22 LMV, que ha sido objeto de un desarrollo es-

²⁴ Véase el Acuerdo de 21 de abril de 2005, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias a favor del Presidente, el Vicepresidente y el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

pecífico por medio del Real Decreto 504/2003, de 2 de mayo, por el que se regula el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La Comisión Nacional de Energía tiene también un órgano de gobierno colegiado. El Presidente y los Vocales son nombrados por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Industria, previa comparecencia del mismo en el Congreso de los Diputados, para un periodo de seis años, pudiendo ser renovados una única vez —la renovación se hace de forma parcial, cada tres años— (LSH, disposición adicional undécima, primero, 4). Existen dos órganos de asesoramiento de la Comisión y de representación de los sectores afectados: el Consejo Consultivo de Electricidad, con un número máximo de 36 miembros, y el Consejo Consultivo de Hidrocarburos, con un número máximo de 37 miembros (LSH, disposición adicional undécima, segundo, 1).

El órgano de gobierno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Consejo compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y siete Consejeros, nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto adoptado a propuesta conjunta de los Ministros de Ciencia y Tecnología (actualmente de Industria) y Economía (actualmente de Economía y Hacienda), entre personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados, previa comparecencia de los Ministros ante el Congreso de los Diputados, para informar sobre las personas a quienes pretende proponer. Los cargos de Presidente, Vicepresidente y Consejeros se renovarían cada seis años, pudiendo los inicialmente designados ser reelegidos por una sola vez (LGT, art. 48.5, 6 y 7). La CMT no cuenta con ningún órgano de participación de los sectores afectados por su actividad.

III. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A LOS ORGANISMOS REGULADORES

En la Constitución no están mencionadas, ni directa ni indirectamente, las Administraciones independientes. La única referencia a la autonomía de un ente administrativo no territorial está dirigida a salvaguardar la de las Universidades (art. 27.10). Por otra parte, no se reconoce otro poder reglamentario que el del Gobierno de la Nación.

La definición más aproximada de «poder reglamentario» sería la más genérica: la potestad de producir normas jurídicas de rango inferior a la ley. Esta potestad está directamente reconocida al Gobierno de la Nación por la propia Constitución (art. 97) y a la mayor par-

te de los ejecutivos regionales por los respectivos Estatutos de Autonomía. No obstante, se reconoce pacíficamente la posibilidad de atribución legal de esta potestad. Por este medio se ha reconocido a los Consejos de Gobierno autonómicos en los casos de falta de previsión expresa del correspondiente Estatuto de Autonomía, a la Administración municipal y a cada Ministro o Consejero.

El principio de jerarquía normativa no admite excepciones. En consecuencia, es nulo de pleno derecho cualquier reglamento que contradiga lo establecido en un reglamento de rango superior, en una ley o, por supuesto, en la Constitución (LPC, art. 62.2).

No existen dudas sobre la inexistencia de ámbitos materiales cuya regulación esté reservada al reglamento. Otra cosa es la viabilidad jurídica de reglamentos sin cobertura legal o, conforme a la expresión acuñada en el Derecho español, independientes, esto es, los dictados sin la habilitación explícita o implícita de una norma con rango legal. En puridad, la polémica se produce respecto a los reglamentos con efectos generales, puesto que se admite pacíficamente la existencia de reglamentos organizativos sin habilitación legal. Otro dato pacífico es la existencia de amplias reservas de ley en la Constitución, en las que está vedada la normación reglamentaria sin habilitación legal, expresa o implícita. Fuera de estos condicionantes, la doctrina dominante admite la legitimidad de los reglamentos independientes, lo que coincide con la práctica administrativa y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵.

El antecedente y paradigma de los organismos reguladores en Derecho español es el Banco de España, y fue esta entidad la que, con anterioridad a la Constitución vigente, introdujo la práctica administrativa de dictar «circulares», es decir, documentos teóricamente interpretativos, publicados en la sección de «anuncios» del *Boletín Oficial del Estado*, pero que de hecho en algunos casos innovaban el ordenamiento jurídico (aunque en otros eran meras interpretaciones o, incluso, actos administrativos de destinatario general). El destinatario teórico eran los propios servicios administrativos del Banco de España, aunque no únicamente, existiendo una cierta ambigüedad, incluso lingüística, en este punto²⁶. En todo caso, caben pocas dudas de que la de orden o instrucción interna es la significación primigenia, acogida además en el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Ad-

²⁵ Sobre el estado de la cuestión, vid. Eduardo MELERO ALONSO (2005), *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Editorial Lex Nova, Valladolid.

²⁶ Recuérdese que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la «circular», en su acepción quinta, es la «orden que una autoridad superior dirige a todos o gran parte de sus subalternos», pero el propio Diccionario, en su acepción sexta, también le atribuye el significado de «cada una de las cartas o avisos iguales dirigidos a diversas personas para darles conocimiento de algo».

ministrativo de 17 de julio de 1958, que hablaba de «instrucciones y circulares», términos que se han convertido en «instrucciones y órdenes de servicio» en el vigente artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común²⁷.

Dicha práctica administrativa se generó al amparo de la competencia del Banco de España en materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito y la ejecución de la política monetaria, pero sin ninguna habilitación legal específica que la avalara²⁸. Dicha situación cambió a raíz de la Ley 30/1980, de 21 de junio, de Órganos Rectores del Banco de España, en cuyos artículos 2 y 3 se introdujo un reconocimiento expreso de la potestad de dictar circulares y, con ello, de la potestad reglamentaria²⁹. Con posterioridad, la atribución de potestad reglamentaria, en la mayor parte de los casos utilizando el término, convertido en tradicional, de «circulares», se ha convertido en habitual para las organismos reguladores que actúan en sectores económicos.

El momento de aparición de las Administraciones independientes en Derecho español puede señalarse de un modo preciso: el año 1980 se crean, sucesivamente, el Ente Público Radio Televisión Española (Ley 4/1980, de 10 de enero) y el Consejo de Seguridad Nuclear (Ley 15/1980, de 22 de abril), además de dotar de autonomía a un ente ya existente, el Banco de España (Ley 30/1980, de 21 de junio, de Órganos Rectores del Banco de España)³⁰. Sin embargo, de las tres Administraciones independientes iniciales, sólo el Banco de España sería dotado de potestad reglamentaria, y esto probablemente en virtud de

²⁷ Sobre la naturaleza jurídica de la directriz interna, homologable a la de circular en su sentido originario, y su origen en la falta de potestad reglamentaria de los ministros, vid. Pablo MENÉNDEZ GARCÍA (1993), *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Ed. Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 33-149.

²⁸ Una cierta reminiscencia de este origen quizá pueda encontrarse en la distinción que se hace en el Reglamento Interno del Banco de España entre, por un lado, circulares y circulares monetarias, a las que se califica como «potestad reglamentaria externa» (arts. 7 y 8), y, por otro lado, las «circulares internas», relativas a la organización y el funcionamiento de sus servicios, que sólo cuando así lo acuerde la Comisión Ejecutiva del Banco se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 11). Es evidente que las segundas constituyeron el embrión de las primeras.

²⁹ Vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1984: 7 y ss.); en el mismo sentido, Luis Alberto POMED SÁNCHEZ (1996), *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, págs. 337-350, y, posteriormente, en Luis Alberto POMED SÁNCHEZ (1997), «Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, págs. 641-693. No obstante, en contra, Ramón PARADA VÁZQUEZ (1981: 13 y ss.).

³⁰ El fenómeno no despertó un gran interés de la doctrina: el primer estudio de conjunto reseñable es el de José Manuel SALA ARQUER (1984), «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, págs. 401-422.

la existencia de una práctica administrativa anterior ya consolidada³¹. Por otra parte, parece evidente que no es necesario que toda Administración independiente tenga que desarrollar funciones reguladoras: acudiendo al probable modelo del Ente Público RTVE, es evidente que la British Broadcasting Corporation responde al modelo de agencia independiente que se limita a prestar un servicio. La creación de la siguiente entidad que responde al esquema de las autoridades administrativas independientes no se produciría hasta 1988, con la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), a la que, esta vez sí, se atribuiría desde un primer momento la potestad de dictar «circulares» de naturaleza inequívocamente reglamentaria. Sin embargo, de los tres iniciales, el mejor ejemplo es el Consejo de Seguridad Nuclear; también para conocer los motivos que llevan al legislador a optar por este modelo.

El Consejo de Seguridad Nuclear tiene su origen en dos resoluciones parlamentarias sobre el Plan Energético Nacional³². En dichas resoluciones se propugnaba la creación de una autoridad administrativa independiente «como organismo independiente de la Administración Central del Estado», compuesta por miembros «cuya independencia y objetividad de juicio deberá estar suficientemente garantizada», para lo que se proponía que los nombramientos hechos por el Gobierno pudieran ser vetados por el propio Congreso de los Diputados. Se proponía también la autonomía económica del futuro organismo. En la creación del nuevo ente pesaron sin duda motivos políticos, fundamentalmente la existencia de un Gobierno sin mayoría absoluta en las Cámaras parlamentarias, lo que le obligaba a una constante búsqueda del equilibrio y el consenso, a lo que sin duda contribuía la neutralización técnica de la toma de decisiones en determinadas materias³³. A ello se unía, sin duda, lo delicado de una materia como la seguridad nuclear y la protección radiológica, que sigue generando una gran controversia social. Sin embargo, la práctica legislativa posterior se ha desvinculado de estas circunstancias iniciales: también Gobiernos con sólidas mayorías absolutas han patrocinado la crea-

³¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*op. y loc. cit.*) sitúa esta práctica en el contexto de la evolución por la que el Banco de España, a partir de su nacionalización, habría pasado de ser una entidad privada con derecho de emisión a tender hacia el modelo de banco central. En consecuencia, este autor sitúa el origen de la potestad reglamentaria del Banco en la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962.

³² Resoluciones del Congreso de los Diputados de 27 y 28 de julio de 1979 (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, Serie G, núm. 1-II, de 3 de agosto de 1979, págs. 43-44).

³³ Fernando LÓPEZ RAMÓN (1991: 197).

ción de Administraciones independientes, por motivos que escapan a razones políticas coyunturales³⁴.

Podría subyacer en el fenómeno, eso sí, la progresiva aceptación de una nueva concepción del papel que las Administraciones públicas españolas estarían llamadas a desempeñar en la regulación económica a partir de mediados de los años ochenta, evolución que se apoyaría en la toma de conciencia por los poderes públicos de la complejidad del sistema económico³⁵.

Por otra parte, el ingreso en las entonces Comunidades Europeas y la incorporación a las políticas de incremento de la competencia promovidas desde las instancias comunitarias habrían llevado, entre otras cosas, al abandono de los antiguos monopolios públicos a través de una política de privatizaciones. Ahora bien, este tránsito no comporta un aligeramiento de la densidad normativa. Antes al contrario, como se ha señalado con acierto, un monopolio en mano pública no necesita ser gobernado por normas jurídicas, pues basta con las instrucciones directas de los responsables políticos. Además, la entrada de inversores necesaria para la privatización debe ser incentivada con la definición de reglas claras para el sector en cuestión. Si a todo ello le unimos la influencia de tecnologías a menudo complejas y en rápida evolución, el resultado es la necesidad de supervisores administrativos encarnados en entidades con gran especialización técnica, capaces de actuar con objetividad, flexibilidad y agilidad³⁶.

En consecuencia, el origen de las Administraciones independientes obedece a motivos políticos, aunque también a razones técnicas que engarzan con la tradición española de la «descentralización funcional», que consiste en la creación de entes administrativos especializados, dotados de personalidad jurídica. Sobre esa base, se ha optado por reforzar la autonomía de tales entidades, fundamentalmente en materia económica, con elementos como, destacadamente, la colegialidad, la exigencia de cualificación profesional y la limitación de mandatos. No obstante, sí puede detectarse una influencia cierta del Derecho comunitario, especialmente evidente, aparte de en el caso del Banco de España, en la regulación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones³⁷.

³⁴ Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994b: 429).

³⁵ Se ha referido a este fenómeno Víctor TORRE DE SILVA (2004), «Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América», núm. 167 de esta REVISTA, pág. 477.

³⁶ Víctor TORRE DE SILVA (2004: 478-479).

³⁷ José VIDA FERNÁNDEZ (2004), «El condicionamiento de la organización administrativa de los Estados miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones», en Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA (coord.), *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 145-207.

En todo caso, no es posible detectar reivindicaciones de los agentes económicos en el origen de las entidades reguladoras dotadas de autonomía actualmente existentes y, de haber existido, probablemente han sido irrelevantes. Esto conecta con la inexistencia de una regla general en cuanto a la participación de entidades privadas o profesionales de los sectores reguladores en los órganos de las Administraciones independientes españolas.

En cuanto a la atribución de la potestad reglamentaria a estas entidades, creo que puede afirmarse su vinculación con la señalada adquisición progresiva de complejidad de los sectores económicos en los que es precisa la intervención administrativa. El reconocimiento inicial de la potestad reglamentaria del Banco de España, a través de la Ley de Órganos Rectores del Banco de España, en 1980, no dejaba de ser problemático. Aunque hubiera prevalecido la posición favorable a ese reconocimiento³⁸, que se extraería de preceptos legales nada explícitos —los arts. 2, 3 y 15.9 LORBE—, a esa conclusión no se llegó sin un cierto esfuerzo interpretativo, no exento de contestación³⁹. Por ello, el legislador se consideró obligado a intervenir en la polémica por medio del primer párrafo de la disposición adicional octava de la Ley 26/1988, de 29 de julio, que en su redacción original (el párrafo primero fue derogado por medio de la disposición derogatoria única de la Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España) decía lo siguiente:

«El Banco de España, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuyen ésta u otras leyes, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello».

Este precepto supuso la atribución de potestad reglamentaria, en términos inequívocos, al Banco de España. Pero también supuso una

³⁸ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de febrero de 1985 (RJ 1985\818, ponente Diego Espín Cánovas), caso «Banco de Navarra», reconoció en cierto modo la legitimidad de las circulares, aunque no se pronunciase sobre su naturaleza jurídica, al afirmar la habilitación del Banco de España para dictar «instrucciones» dirigidas a las entidades financieras, basándose en la existencia de una relación de especial sujeción.

Vid. José SUAY RINCÓN (1986), «El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?», *Poder Judicial*, núm. 1, págs. 123-130.

³⁹ Vid. Ramón PARADA VÁZQUEZ (1981) y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1984).

restricción respecto a la interpretación doctrinal que venía reconociendo con anterioridad esa potestad a nuestro Banco Central⁴⁰. Esta restricción, la exigencia de una habilitación expresa para cada materia en las disposiciones reglamentarias del Gobierno o del Ministro competente, parece haberse introducido como consecuencia de una polémica, desarrollada en el seno de la propia Administración, sobre la constitucionalidad de la potestad reglamentaria del Banco de España, dudas suscitadas por la interpretación literalista del artículo 97 CE. La solución de compromiso habría sido el «recorte» o «limitación» de la posibilidad de aprobar circulares con efectos *ad extra*⁴¹.

La influencia evidente de la LDIEC en la LMV —basta comparar sus articulados—, texto legal casi contemporáneo y con un común origen en el Ministerio de Economía y Hacienda, facilitaría la atribución de la potestad reglamentaria a la CNMV en los mismos términos y con las mismas limitaciones que al Banco de España.

El mismo esquema de atribución de potestad normativa se sigue para la Comisión Nacional de Energía, que, significativamente, se aparta en este punto de su precedente inmediato, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. Por el contrario, como veremos, no existe el condicionamiento de una doble habilitación para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS, ENTRADA EN VIGOR Y EFICACIA

Los organismos reguladores ejercen funciones de policía administrativa sobre un sector de actividad. Es decir, la supervisión prudencial, la inspección y, en caso de infracción, el restablecimiento de la legalidad alterada y la sanción administrativa. Es a partir de su carácter de organizaciones administrativas especializadas que se les encomienda una función reglamentaria de ínfimo rango normativo, aunque muy importante en la práctica, así como la colaboración en la elaboración de normas reglamentarias o de proyectos de ley por la

⁴⁰ En este sentido, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989), «Comentario a la Disposición Adicional octava», en el libro colectivo, dirigido por el propio autor, *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, pág. 189. En el mismo sentido, Eduardo GALÁN CORONA (1994), «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinal», en el vol. col. *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo II, La Ley, Madrid, pág. 887, quien critica incluso la relación de inferioridad jerárquica que, respecto de Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, se atribuiría a las Circulares «vista la expresa autonomía con que está configurado».

⁴¹ Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989: 184).

Administración General del Estado o en la elaboración o desarrollo de Directivas comunitarias.

El procedimiento de elaboración de disposiciones generales presenta signos distintivos que cristalizaron en la existencia de un procedimiento especial en la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo. No obstante, los rasgos distintivos de ese procedimiento se han mantenido, con mayor o menor fidelidad, en la regulación de los diferentes procedimientos reglamentarios⁴²: la elaboración de una tabla de vigencias, la acumulación de informes jurídicos y el trámite de audiencia, dirigido a entidades y asociaciones afectadas, en vez de a los ciudadanos individualmente considerados.

En la Constitución se establece como derecho que debe desarrollar la ley «la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten» —art. 105.a)—. Por otra parte, ese derecho estaba ya reconocido legalmente por la Ley de Procedimiento Administrativo. Pese a la reclamación doctrinal de una regulación estatal básica, el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias está regulado en las leyes de organización de cada Administración pública territorial⁴³. Es preciso adelantar que la regulación legal de los reglamentos aprobados por los organismos reguladores no ha sido en todos los casos respetuosa con el mandato constitucional.

En lo que se refiere al Banco de España, en su Ley reguladora se distingue entre «circulares monetarias» —las que versan sobre política monetaria, divisas y medios de pago— y las simples «circulares», que son las que se refieren a cualquier otra materia. Unas y otras están exentas de cumplir con la regulación general del trámite de audiencia en la elaboración de reglamentos estatales, pero «en el caso de las *Circulares*, deberán ser oídos los sectores interesados» (LBE, art. 3.2), sin mayores concreciones.

Los proyectos de «circular» de la CNMV han de ser sometidos preceptivamente al informe del Comité Consultivo —LMV, art. 23.a)—, en el que están representados profesionales y operadores del sector. Por otra parte, ese mismo Comité también deberá informar los proyectos de reglamento que vayan a ser aprobados por el Ministro de Economía y Hacienda o por el Gobierno y que afecten a los mercados de valores (LMV, art. 23 *in fine*).

⁴² José Luis BERMEJO LATRE (2004), «Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, pág. 613.

⁴³ José Luis BERMEJO LATRE (2004: 611-629).

El mismo esquema es aplicable a la Comisión Nacional de Energía. También en el procedimiento de elaboración de las «circulares» aprobadas por este órgano deberá figurar obligatoriamente un informe emitido bien por el Consejo Consultivo de Electricidad o bien por el Consejo Consultivo de Hidrocarburos, órganos de representación de dichos sectores. Además, la Comisión Nacional de Energía tiene que informar preceptivamente los proyectos de reglamentos en materias de su competencia que vayan a aprobar el Ministro o el Gobierno, debiendo oír previamente a sus dos Comités Consultivos (LSH, disposición adicional undécima, segundo, 2, y tercero, 1, 2.^a y 7.^a).

Las competencias normativas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones son menos claras, puesto que únicamente se hace referencia a la posibilidad de dictar «instrucciones», específicas o generales. No obstante, como ya se ha señalado, estas normas reciben la denominación de «circulares» en la regulación orgánica de la CMT y en la práctica administrativa. Esta Comisión no cuenta con órganos consultivos ni existen previsiones específicas sobre el procedimiento de elaboración de estas instrucciones en ninguna norma de rango legal (LGT, art. 48), aunque sí en normas orgánicas⁴⁴. En éstas se establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar instrucciones «para las entidades que operen en el sector», instrucciones que recibirán la denominación de «circulares» y serán vinculantes una vez publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* (para reforzar ese carácter vinculante, en el artículo 20.1 del Reglamento de la CMT se precisa que el incumplimiento de estas instrucciones será considerado como «infracción muy grave»). La normativa citada precisa que no serán aplicables los procedimientos generales de elaboración de reglamentos, pese a que parece remitirse en parte a ellos en cuanto a la audiencia de los interesados, que sólo establece directamente como preceptiva para las asociaciones de *operadores de servicios de telecomunicaciones y grandes usuarios*⁴⁵. También parece hacerse una remisión a la regulación general respec-

⁴⁴ Sí existen previsiones específicas en el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, artículo 20, y en el Reglamento de Régimen Interno, aprobado por Orden de 9 de abril de 1997, artículo 26, ambos transitoriamente en vigor en cuanto no se opongan a la LGT.

⁴⁵ Respecto a la audiencia de los interesados, en el artículo 20.2 del Reglamento de la CMT se establece: «En el procedimiento de aprobación de las “Circulares” se emitirán los oportunos informes técnicos y jurídicos por los Servicios competentes de la Comisión, y se dará, cuando proceda, audiencia previa a las entidades que ostenten la representación de los correspondientes intereses».

Dichas Circulares cuando establezcan instrucciones relativas a las *relaciones entre los operadores de servicios de telecomunicaciones y grandes usuarios* deberán dictarse previa audiencia a las *asociaciones que representen los intereses de aquéllos*.

to a los supuestos de información pública, configurándose el trámite en sí como discrecional⁴⁶. A partir de estos datos, parece que siempre será preceptiva la audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios (exigida por la legislación general, artículo 22.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). La audiencia de los operadores de telecomunicaciones, sin embargo, sólo será preceptiva en los casos en que los afectados por la regulación sean ellos mismos y los «grandes usuarios», es decir, aquellos que no entran en el concepto de consumidor o usuario de la legislación general de consumidores.

La entrada en vigor de las «circulares» del Banco de España, la CNMV o la Comisión Nacional de Energía no precisa de la aprobación de ninguna otra autoridad administrativa⁴⁷. Precisan únicamente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, aplicándose la *vacatio legis* general de veinte días, salvo que en la propia norma reglamentaria se establezca otra cosa (Código Civil, art. 2.1). Respecto a las «instrucciones» o «circulars» de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, serán objeto de notificación individual cuando tengan carácter particular, y de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* cuando tengan alcance general, entrando en vigor conforme a las normas generales.

Estas normas tienen la fuerza de obligar de cualquier norma jurídica y los organismos reguladores disponen de las prerrogativas ordinarias de las Administraciones públicas en Derecho español. En este sentido, las Administraciones independientes citadas disponen de la denominada potestad de «autotutela» tanto en su vertiente «declarativa», pudiendo dictar órdenes específicas para restablecer la legalidad cuando se advierta un incumplimiento, como «ejecutiva», pudiendo utilizar medidas coactivas de ejecución forzosa si su orden no es cumplida, incluso recurriendo a la fuerza pública (LPC, arts. 57, 93-102 y 130.2). Además, la mayoría de las entidades reguladoras estudiadas disponen de «potestad sancionadora», por lo que si el incumplimiento es enmarcable en cualquiera de los tipos sancionadores establecidos legalmente podrán instruir el correspondiente procedimiento administrativo, en el que se garantizarán los derechos de la defensa, y proceder a imponer una sanción, que tendrá carácter ejecutivo una vez que sea firme en vía administrativa. Esto no obs-

⁴⁶ La única puntualización que se hace en el artículo 26.3 del Reglamento de Régimen Interior de la CMT es que «cuando la naturaleza de la disposición en cuestión lo requiera, se acordará un período de información o consulta pública».

⁴⁷ Contrariamente a las previsiones para órganos equivalentes en Derecho francés o italiano, en los que se requiere la «homologación» por el Ministro competente. Vid. Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (1984: 2290-91).

tante, los términos de la atribución de la potestad sancionadora no son uniformes. En el caso del Banco de España o de la CNMV, estas entidades son competentes para sancionar por infracciones leves o graves, mientras que la imposición de las sanciones muy graves está reservada al Ministro o, en algún caso específico, al Gobierno, realizando en estos casos el organismo regulador únicamente las funciones de instrucción del procedimiento y propuesta (LDIEC, art. 18, para el Banco de España; LMV, art. 97, para la CNMV). La solución es ligeramente diferente en el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la que corresponde también la imposición de sanciones incluso en el caso de infracciones muy graves [LGT, arts. 48.3.e).1.h) y 58], previéndose expresamente que el incumplimiento de sus instrucciones constituye una infracción muy grave⁴⁸.

A diferencia de las anteriores, a la Comisión Nacional de Energía sólo le corresponde la iniciación de los expedientes sancionadores y la realización de la instrucción de los mismos, no la imposición de la sanción, y esto sólo cuando sea de la competencia de la Administración General del Estado, mientras que cuando la competencia sancionadora corresponda a otra Administración pública se limitará a informar si es requerida para ello (LSH, disposición adicional undécima, tercero, 1, 11.º).

V. CARACTERÍSTICAS E INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

La solución es común para tres de los organismos reguladores estudiados —el Banco de España, la CNMV y la Comisión Nacional de Energía— en el sentido de que sólo disponen de potestad reglamentaria cuando una norma reglamentaria de rango superior, aprobada mediante Real Decreto u Orden Ministerial, les encomiende expresa y específicamente el desarrollo de un aspecto concreto del régimen jurídico del sector cuya supervisión tienen asignada. Como se ha señalado, esto se aplica al Banco de España⁴⁹, a la CNMV⁵⁰ y a la Co-

⁴⁸ Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 20.1, párrafo segundo).

⁴⁹ Puede aprobar «las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto» (LBE, art. 3.1, segundo párrafo), aunque la regla sea distinta para las «circulares monetarias», en las que el Banco es ejecutor de las decisiones del Sistema Europeo de Bancos Centrales.

⁵⁰ Su potestad reglamentaria se extiende a las «disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello», como se establece en la LMV (art. 15).

misión Nacional de Energía⁵¹, aunque con alguna excepción en este último caso. No obstante, cuando se habla de una «habilitación específica» en un Real Decreto u Orden Ministerial, esto no significa que cada vez que un organismo regulador pretenda aprobar una circular deba contar con una habilitación *ad hoc*, sino que la habilitación hecha para desarrollar una determinada materia tiene vigencia indefinida, de tal manera que la circular que deroga o modifica una anterior lo hace en ejercicio legítimo de la habilitación establecida por la norma reglamentaria superior⁵².

La potestad normativa de la Comisión Nacional de Energía va más allá, aunque respecto a una cuestión específica:

«La Comisión Nacional de Energía podrá recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la Comisión dictará circulares, que deberán ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma»⁵³.

Es importante señalar que esta norma es un trasunto casi literal de lo anteriormente establecido en el artículo 8.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (artículo que fue expresamente derogado por la LSH), para la extinguida Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, cuyas funciones asumió en su momento la Comisión Nacional de Energía. Pues bien, cuando la jurisdicción contencioso-administrativa se enfrentó a la impugnación de una circular que desarrollaba directamente este artículo sin interposición de ninguna habilitación reglamentaria, confirmó plenamente su validez:

«... la transparencia del sector eléctrico y las funciones de la Comisión se cohonestan con la regulación contenida en la Circular, que propende no sólo al interés general, sino, incluso, a los particulares de los propios

⁵¹ Habilitada para «dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello» (LSH, disposición adicional undécima, tercero, 1, 7.º).

⁵² En este sentido, Juan José Díez Sánchez (1997: 757).

⁵³ LSH, disposición adicional undécima, tercero, 4, primer párrafo.

operadores empresariales del sector, no precisando una habilitación expresa en Real Decreto u Orden Ministerial, ya que, como queda dicho, tal cobertura la obtiene directamente de una Ley formal, con efectos *ad extra* de la Administración gracias tanto a su materialidad, que no es menester pormenorizar ahora en detalle, y a la propia publicidad de que es objeto (inserción en el Boletín Oficial del Estado)»⁵⁴.

En el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que es la excepción para la CNE se convierte en regla, ya que en la normativa vigente la habilitación legal para dictar normas reglamentarias se hace sin condicionar su ejercicio a la interposición de habilitaciones más específicas contenidas en normas reglamentarias. La excepción a las reglas generales ha existido, desde el momento de la creación de la CMT, en una doble vertiente: la atribución se hacía directamente por la ley, pero no se extendía a la totalidad del sector supervisado, sino a algunos concretos aspectos del mismo, bien es cierto que bastante amplios⁵⁵. Peculiaridad que se mantiene en términos muy similares en la regulación vigente:

«Podrá dictar, sobre las materias indicadas [las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por

⁵⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 6 de mayo de 2004 (Arz. RJ 2004\3471), fto. jco. tercero de la Sentencia recurrida, aceptado por el TS. En la Sentencia citada también se puntualiza la compatibilidad de la circular con otras normas reglamentarias de superior rango jerárquico, concretamente la Adaptación Sectorial del Plan General Contable al Sector Eléctrico, aprobada por Real Decreto 437/1998, de 20 de marzo. Esta Sentencia desestima el recurso de casación contra la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2000 (Arz. JUR 2000\204335), desestimatoria del recurso deducido por la Federación Empresarial de la Industria Eléctrica contra la Circular 4/1998 de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, de 30 de julio de 1998, sobre obtención de información de carácter contable y económico-financiera. Por otra parte, esta posición ha sido confirmada, de modo mucho más escueto, por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 mayo 2004 (Arz. RJ 2004\2843).

⁵⁵ En este sentido, en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, artículo 1.Dos.2.f), se disponía lo siguiente: «Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministros de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*».

los prestadores de los servicios], instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*» —LGT, art. 48.3.e).1—.

Es decir, la Ley de cabecera del grupo normativo habilita directamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para dictar normas reglamentarias, aunque lo hace con una acotación material mucho más rigurosa que la empleada para otros organismos reguladores.

Podría plantear dudas de constitucionalidad una regulación como la actualmente en vigor para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la que la potestad reglamentaria no depende de una habilitación reglamentaria, sino que en algunos casos es fruto directo de una atribución legal, sin necesidad de habilitación reglamentaria interpuesta. Desde el punto de vista de los sujetos afectados por la regulación, en este caso la constitucionalidad de esta atribución legal se apoyaría en la existencia de una relación de especial sujeción, la que vincula a los operadores de telecomunicaciones con el ente regulador, términos que habrían sido dados por buenos por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de octubre de 2001⁵⁶. Por tanto, parece imponerse una interpretación de acuerdo con la cual los únicos obligados por estas normas reglamentarias serían los operadores del sector, no la generalidad de los ciudadanos, ni siquiera en cuanto consumidores o usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Estos argumentos han sido hechos suyos por la jurisdicción contencioso-administrativa, que, no obstante, puntualiza que, junto a esta potestad normativa de directa atribución legal, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones también podría ser habilitada para regular cuestiones concretas por un reglamento superior emanado del Consejo de Ministros o del Ministro de Fomento⁵⁷.

En todo caso, no parece admisible que el Gobierno se pueda ver privado de la posibilidad de dictar normas reglamentarias en un ámbito determinado en función de la atribución de tal potestad a otra entidad por una ley ordinaria. No es constitucionalmente posible restringir una potestad reglamentaria originaria como es la que, en el artículo 97 CE, se atribuye al Gobierno. En consecuencia, es preci-

⁵⁶ Citada por Daniel TERRÓN SANTOS (2004: 147 y ss.).

⁵⁷ Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 octubre 2001 (Arz. RJCA 2002/44) y de 21 octubre 2004 (Arz. RJCA 2005/295). La primera de dichas Sentencias fue confirmada parcialmente por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 20 diciembre 2004 (RJ 2005/538).

so entender que las normas emanadas de la potestad reglamentaria de cualquier organismo regulador están jerárquicamente subordinadas a los reglamentos aprobados por el Gobierno, tanto si la ley sectorial lo establece expresamente como si no⁵⁸. No es admisible en Derecho español la creación de un ámbito reglamentario sustraído al principio de jerarquía normativa.

No obstante lo cual, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2001 y de 21 de octubre de 2004, ya citadas, parece partirse de un requisito adicional para que una atribución legal directa, es decir, sin necesidad de habilitación reglamentaria interpuesta, pueda hacerse válidamente a favor de una autoridad administrativa como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: la existencia de una situación de especial sujeción, como era en el caso la existencia de un mercado regulado al que sólo se puede acceder mediante la obtención previa de un título administrativo específico. Argumentos aparentemente aceptados sin reservas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2004, al examinar el recurso de casación contra la primera de dichas Sentencias, aunque no se pronuncie expresamente sobre este aspecto⁵⁹.

El sistema de «doble habilitación» o «habilitación concurrente» funciona, *de facto*, como una autorización del legislador al Gobierno para que, directamente o a través de uno de sus miembros, active la potestad reglamentaria del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión Nacional de Energía en una materia concreta, o, en otros términos, la norma legal permite que un reglamento, incluso ministerial, habilite a la entidad reguladora para el desarrollo reglamentario⁶⁰. No se olvide que, como ya se ha señalado, el origen de la fórmula está en las dudas de constitucionalidad que, por relación al artículo 97 Const., planteaba la atribución de potestad reglamentaria a entidades como el Banco de España, lo que se saldó con una disposición que recortaba o limitaba la potestad reglamentaria de que venía disfrutando el Banco Central⁶¹.

⁵⁸ Marcos FERNANDO PABLO (1998), *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, pág. 170; del mismo autor, Marcos FERNANDO PABLO (2000), «El poder regulador en el mercado de las Telecomunicaciones», en el vol. col. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 2853-2894.

⁵⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 20 de diciembre de 2004 (Arz. RJ 2005\538), fundamento jurídico quinto.

⁶⁰ En este sentido, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (dir.) (1991), *Derecho administrativo económico*, tomo II, Ed. La Ley, pág. 122. No obstante, en contra, Elisenda MALARET I GARCÍA (1994: 572-573) y Manuel MAGIDE HERRERO (2000: 430), quienes consideran que la atribución de potestad reglamentaria es hecha por el legislador, siendo la previsión reglamentaria de la circular de desarrollo una mera condición para su ejercicio.

⁶¹ Vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989: 184).

Respecto a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y la atribución «incondicionada» de potestad reglamentaria, aunque circunscrita a aspectos muy específicos e incluso un tanto equívoca —la Ley habla de «instrucciones», siendo en los reglamentos de la CMT en los que se usa el término «circulares»⁶², que ya ha incorporado de hecho el significado de norma reglamentaria de una Administración independiente en materia económica—, hay que recordar que el Tribunal Supremo la acepta (igual que para el caso, similar, de las circulares de la extinguida Comisión Nacional del Sistema Eléctrico), pero en unos términos que recuerdan extraordinariamente a los utilizados en su resolución sobre el «caso Banco de Navarra»⁶³, en un momento en que la potestad reglamentaria del Banco de España resultaba muy controvertida: se admite en función de la existencia de una relación de sujeción especial⁶⁴.

¿Cuál es la posición de las circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la jerarquía normativa? La remisión de su legislación específica como norma supletoria a la LOFAGE, además de la sumisión expresa en cuanto ejerza potestades públicas a la LPC, son un indicio claro de que las circulares de este organismo regulador estarán subordinadas tanto a las normas emanadas del Gobierno como a las aprobadas por el Ministro de Industria, a cuyo Departamento se encuentra adscrito. No obstante, incluso a falta de este dato normativo, parece lógica la subordinación de las normas de este tipo de entidades al menos al Gobierno, único órgano que goza de potestad reglamentaria originaria, por su atribución expresa en la Constitución. De hecho, es la infracción de una norma reglamentaria de rango superior, concretamente de un reglamento aprobado por Real Decreto, lo que motiva la anulación parcial de una circular de

⁶² Orden de 9 abril 1997 por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, artículo 26.1: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de su función de salvaguardia de la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicación por los operadores y a la interconexión de las redes, podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector. Dichas instrucciones recibirán la denominación de “Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”». Si bien es en el Reglamento de Régimen Interior en el que se establece el procedimiento de aprobación de las circulares, el párrafo transcrito es una reproducción prácticamente literal del artículo 20 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 febrero 1985 (Arz. RJ 1985/818).

⁶⁴ Podría subyacer la concepción, expresada por el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, aunque sin referencia a este caso concreto, de que «sólo el Gobierno, en Consejo de Ministros, ostenta la potestad reglamentaria originaria en la Administración del Estado, que se caracteriza por poder afectar directa e inmediatamente a los ciudadanos en cuanto tales, lo que explica que los Reales Decretos, aunque ciertamente sean “aprobados por el Gobierno” (...), también son expedidos por el Rey ...» [Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (1984: 2289)].

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de diciembre de 2004, ya citada.

VI. PRÁCTICAS PARARREGLAMENTARIAS

El papel normativo de los supervisores, o, como tienden a denominarse actualmente, las entidades reguladoras, no se limita a la aprobación de sus reglamentos específicos. De esta forma, colaboran en la elaboración de los reglamentos aprobados por el Gobierno o sus miembros, incluso con facultades de iniciativa en algunos casos. Pero esta participación no se produce únicamente en la configuración de normas infralegales; por el contrario, también participan activamente en la elaboración de normas de Derecho comunitario. Dejando de lado el muy conocido caso del Banco de España y su integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, tanto la Comisión Nacional de Energía, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como el propio Banco de España, en su calidad de supervisor de las entidades de crédito, se encuentran integrados en comités europeos cuya función es proponer nueva normativa a la Comisión.

Con todo, la calificación de actividad parareglamentaria puede servir también para referirse a una realidad muy distinta de la participación, normativamente prevista, en la elaboración de normas jurídicas. El precedente histórico del Banco de España y la realidad actual de la CNMV podrían ilustrar una tendencia de este tipo de entidades a escaparse de los cauces preestablecidos para buscar otros medios de regular la actividad de las personas y entidades cuya supervisión les encomienda el ordenamiento jurídico.

1. *Colaboración en la elaboración de normas nacionales y comunitarias*

Como se ha expuesto, los organismos reguladores son autoridades administrativas cuyos titulares son designados, aunque con algunas variantes, por el Gobierno. Aunque su carácter de Administraciones públicas pequeñas y especializadas favorezca los contactos informales con los directivos de las empresas y con los profesionales especializados del sector, son todo lo contrario de un *lobby*. Por otra parte, la existencia de órganos consultivos en los que se integren expertos ajenos a la Administración —casi por necesidad, procedentes de las empresas o despachos especializados— no parece haber sido una preocu-

pación prioritaria del legislador: sólo está prevista en los casos de la CNMV o de la Comisión Nacional de Energía, pero no para el Banco de España o para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Lo que sí ha sido una preocupación del legislador ha sido la participación de estas entidades en la elaboración de los reglamentos (y de los proyectos de ley) que conciernan a su respectivo sector de actividad, a veces como vehículo de transmisión de intereses sectoriales y a veces como organización administrativa especializada. No obstante, no existe un modelo uniforme en las normas estudiadas: nada se prevé respecto a la participación del Banco de España en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales por otras Administraciones públicas, pese a que existe una práctica en tal sentido sólidamente arraigada en la Administración General del Estado, aunque a menudo llevada a cabo de manera informal. En materia de mercado de valores, la participación prevista no es la de la CNMV en cuanto tal, ni la de sus servicios administrativos (pese a que, *de facto*, exista una fluida colaboración con la Dirección General del Tesoro y Política Financiera), sino la del Comité Consultivo, que, como se recordará, está formado por representantes de las empresas y de los profesionales del sector financiero. En consecuencia, la consulta al Comité Consultivo de la CNMV es declarada por la Ley como una forma idónea de cumplir con el principio de audiencia de los ciudadanos afectados por la elaboración de una disposición general, cuando se trate de proyectos del Gobierno o del Ministerio de Economía en materias directamente relacionadas con los mercados de valores (LMV, art. 23 *in fine*).

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que no tiene ningún componente representativo de intereses sectoriales en su organización interna, asesora al Gobierno o al Ministro competente, actualmente el de Industria, Comercio y Turismo, en las materias de su competencia, es decir, el mercado y la regulación de las telecomunicaciones, y lo hará «a solicitud de éstos o por propia iniciativa», lo que supone en la práctica reconocerle facultades de propuesta en relación con estos órganos, aunque de manera más informal que a la Comisión Nacional de Energía (también puede emitir informes a solicitud, pero únicamente cuando exista tal solicitud, de una Comunidad Autónoma o de una Corporación local). Entre esas funciones consultivas, la Ley menciona específicamente el informe preceptivo (es decir, de solicitud obligatoria) en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas en las siguientes materias: comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación —LGT, art. 48.3.f)—. Un grado de detalle que no

deja de resultar sorprendente. Sin embargo, el Tribunal Supremo no parece atribuir virtualidad invalidante a la omisión del informe⁶⁵.

En materia de energía, el ordenamiento vigente prevé un componente participativo, pero también un componente técnico. En efecto, a la Comisión Nacional de Energía, como tal, se le reconoce no meramente competencia para informar, sino también la facultad de iniciativa o propuesta en la elaboración de disposiciones generales que afectan a los «mercados energéticos» (LSH, disposición adicional undécima, tercero, 1, 2.^a). Ahora bien, antes de emitir el oportuno informe o de formular la correspondiente propuesta deberá consultar preceptivamente a aquel de sus dos Consejos Consultivos que sea competente por razón de la materia, órganos en los que existe un importante componente de representación de intereses privados, junto con una representación del Ministerio de Industria y de las Administraciones autonómicas (LSH, disposición adicional undécima, segundo, 2).

Las Administraciones independientes no se limitan a colaborar en la aprobación de normas nacionales. Por el contrario, tienen un protagonismo creciente en la elaboración del Derecho comunitario europeo, algo especialmente evidente en materias como las de banca, bolsa y seguros⁶⁶. Como consecuencia del llamado «Informe Lamfalussy»⁶⁷, se creó una nueva estructura en la UE con el objetivo de acelerar el desarrollo normativo en materia, primero, de mercados de valores⁶⁸ y, seguidamente, comenzando a funcionar en 2004, en banca y seguros⁶⁹.

⁶⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) de 22 de junio de 2004 (Arz. RJ 2004/5064).

⁶⁶ Vid. Reyes PALÁ LAGUNA (2004), «El Comité Europeo de Reguladores de Valores (CESR) y el nuevo proceso de elaboración de normas en la Unión Europea en aras de la consecución de un mercado financiero integrado en la UE», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, págs. 45-71.

⁶⁷ En la reunión del Ecofin de 17 de julio de 2000 se acuerda la creación de un Comité de Expertos, presidido por el francés Alexander Lamfalussy, con la misión de analizar el estado de la normativa sobre el mercado de valores en la Unión Europea y, entre otros aspectos, la capacidad de respuesta de las fuentes de producción normativa a la evolución de los mercados. El informe final de este Comité (*Rapport final du Comité de sages sur la régulation des marchés européens de valeurs mobilières*, Bruselas, 15 de febrero de 2001) sería respaldado por Resolución del Consejo Europeo de Estocolmo, en marzo de 2001, y por Resolución del Parlamento Europeo de 5 de febrero de 2002.

⁶⁸ El CESR o Comité Europeo de Reguladores de Mercados de Valores se creó por Decisión de la Comisión 2001/527/CE, de 6 de junio de 2001, por la que se crea el Comité de responsables europeos de reglamentación de valores, posteriormente modificada por Decisión de la Comisión de 5 de noviembre de 2003. En paralelo se crea con idéntica finalidad un Comité compuesto por representantes de los Ministerios de Economía, por Decisión de la Comisión 2001/528/CE, de 6 de junio de 2001.

⁶⁹ Decisión de la Comisión 2004/5/CE, de 5 de noviembre de 2003, por la que se crea el Comité de Supervisores Bancarios Europeos, y Decisión de la Comisión 2004/6/CE, de 5 de noviembre de 2003, por la que se crea el Comité Europeo de Supervisores de Seguros y de Pensiones de Jubilación. Simultáneamente fueron creados el Comité Bancario Europeo y el Comité Europeo de Seguros y Pensiones de Jubilación, formados por representantes gubernamentales.

La idea es que las Directivas se limiten a enunciar los principios generales en cada materia y que en la propia Directiva se habilite a la Comisión para que desarrolle esas previsiones (por Directiva de la Comisión, no ya del Parlamento Europeo y del Consejo). Esa Directiva de la Comisión estará basada en un Dictamen que emite el Comité Europeo de Valores, de Banca o de Seguros (integrado por representantes de los gobiernos de los Estados miembros; en la práctica, los Ministros de Economía o persona en quien deleguen), que a su vez trae causa del Informe que realiza un segundo Comité, que es el de «supervisores» de Banca, Bolsa o Seguros. Es ese segundo Comité (el CESR en mercados de valores, o el bancario o el de seguros) el que está integrado por «representantes de alto nivel» (presidentes) de las autoridades nacionales supervisoras. Parece tratarse de una fórmula que ha funcionado con éxito, por lo que está siendo objeto de nuevos desarrollos en ámbitos como la banca o los seguros⁷⁰.

El éxito de la fórmula en materia de mercados de valores no sólo ha motivado su implantación en ámbitos próximos, sino que la Comisión también ha creado un órgano similar en materia energética, el «Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas»⁷¹. Se trata de un grupo independiente formado por los jefes de las autoridades nacionales de reglamentación o sus representantes, es decir, por los máximos responsables de las «autoridades reguladoras», que los Estados están obligados a designar conforme a las Directivas sobre el mercado interior de la electricidad y sobre el mercado interior del gas natural⁷². Al Grupo de reguladores se le encomienda facilitar la coordinación y cooperación de los reguladores nacionales para la aplicación coherente de la normativa europea en materia de electricidad y gas y, lo más relevante, la preparación de proyectos de disposiciones de aplicación en el ámbito de la electricidad y el gas. Con tal finalidad, se podrán crear grupos de trabajo de expertos y se deberán realizar consultas «amplias, abiertas, transparentes y en una

⁷⁰ Directiva 2005/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2005, por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE y 93/6/CEE del Consejo, y las Directivas 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE y 2002/87/CE, a fin de establecer una nueva estructura organizativa de los Comités de servicios financieros. Esta Directiva modifica las que se citan para establecer que los Comités en cuestión tienen funciones asesoras de la Comisión en lo que se refiere a los desarrollos de «nivel 2» de las Directivas comunitarias en materia de Banca, Bolsa y Seguros.

⁷¹ Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 (2003/796/CE), por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas.

⁷² En concreto, por el artículo 23 de la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, y el artículo 25 de la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE.

fase temprana» con los participantes en el mercado, los consumidores y los usuarios finales. La comunicación con la Comisión se hará tanto a través de los documentos formales que produzca el Grupo como, de manera informal, a través de la asistencia de representantes de la Comisión a las reuniones del Grupo de reguladores o a las sesiones de los grupos de trabajo de expertos que se constituyan.

Es fácil establecer un paralelismo entre estos procedimientos normativos y los procedimientos de normalización industrial, en concreto de los mecanismos de normalización europea, producto del trabajo no de las Administraciones estatales de los países comunitarios, sino de las distintas entidades nacionales de normalización, generalmente privadas, cuyo trabajo es, en muchas ocasiones, posteriormente incorporado a una Directiva⁷³.

2. *Prácticas informales de desarrollo o interpretación de normas jurídicas*

El antecedente y modelo del poder reglamentario de los organismos reguladores en materia económica está en la práctica interpretativa realizada de las normas del ordenamiento bancario por el Banco de España, órgano especializado que tiene encomendada la supervisión de las entidades financieras privadas. No obstante, esta práctica del Banco Central desapareció —o, mejor, se transformó— con la recepción de la figura de la «circular» reglamentaria por el Derecho positivo y su configuración como un poder reglamentario en sentido propio, subordinado al del Gobierno y rodeado de las garantías que con carácter general se establecen en el ordenamiento administrativo. Pero esta transformación operada en el régimen jurídico y en el modo de actuar del Banco de España no ha acabado con las actuaciones informales de los organismos reguladores, habiendo sido especialmente visibles las llevadas a cabo por la CNMV: parece pensarse que, importado de Estados Unidos un modelo de organización administrativa, lo lógico es importar también su *modus operandi*. Sin embargo, aunque se reconoce a la Administración un margen en el gobierno de la economía y de los sectores económicos sujetos a actividad administrativa superior al de otros ámbitos⁷⁴, no parece suficiente para legitimar actuaciones realizadas sin habilitación normativa, sin procedimiento administrativo previo y con incidencia directa en el ejercicio de actividades privadas.

⁷³ Vid. Juan Antonio CARRILLO DONAIRE (2000), *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, págs. 193 y ss., esp. págs. 161 y ss.

⁷⁴ Por todos, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988), «Las nuevas perspectivas de la Administración económica», núm. 116 de esta REVISTA, págs. 31-46.

Se han intentado dos explicaciones legitimadoras, complementarias: los poderes implícitos y la *auctoritas*⁷⁵, bien acogidas desde la Administración⁷⁶. Respecto a los poderes implícitos, con independencia de su valor en su campo propio de actuación, que es el de la distribución de competencias, no parece una explicación convincente si se utiliza para justificar el ejercicio de potestades no reconocidas expresamente por el ordenamiento jurídico, ni siquiera convincente en el terreno de las «potestades no ablatorias». Las «cartas admonitorias» dirigidas por organismos reguladores como la CNMV a los responsables de prácticas presuntamente irregulares, se parecen sospechosamente a la «amonestación privada» que figura expresamente como sanción administrativa —eso sí, impuesta tras el oportuno procedimiento contradictorio— en el artículo 104 LMV. La cuestión va mucho más allá cuando se hacen «advertencias al público» sobre la base de una sospecha de infracción y sin más apoyo normativo que un mandato genérico de protección del inversor⁷⁷.

En cuanto a la *auctoritas*, se define como un poder de convicción derivado del prestigio de quien emite una opinión, no de su argumentación, que tendría existencia actual no sólo en el plano político, sino también en el jurídico y en el administrativo⁷⁸. La *auctoritas* es algo distinto de un mero prestigio o autoridad moral, sino que consiste en un poder de influencia, de censura, sobre el sujeto de la *potestas*. Pero, en todo caso, serviría para explicar una eficacia de las resoluciones de los organismos reguladores superior a sus efectos estrictamente legales, pero no para justificar el ejercicio de atribuciones que no hayan sido objeto de un previo reconocimiento legal.

Sentado lo dicho, la justificación y los cauces de la actividad informal habría que buscarlos en otra parte.

Con carácter general, en el Derecho administrativo español se ha reconocido tradicionalmente una cierta eficacia a los informes jurídicos emitidos por las Administraciones públicas, desbordando incluso el procedimiento concreto en el que fueron emitidos. Determinados aspectos de esta eficacia están actualmente formalizados. En primer lugar, dichos informes han de ser publicados periódicamente,

⁷⁵ Beatriz BELANDO GARÍN (2004), *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 295 y ss.

⁷⁶ Vid. Mercedes FUERTES LÓPEZ (1999), «Las “Cartas-circulares” boca arriba», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 74, págs. 232-237.

⁷⁷ Una perspectiva crítica, en Beatriz BELANDO GARÍN (2005), «Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las “nuevas” advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, págs. 101-115.

⁷⁸ Manuel GARCÍA PELAYO (1983), «Auctoritas», en su libro *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 147. Un estudio sistemático del concepto, en Rafael DOMINGO (1999), *Auctoritas*, Ariel, Barcelona.

en los términos establecidos en la LPC, artículo 37.10. Este precepto está en el mismo artículo en que se reconoce el derecho de acceso de quienes acrediten un interés legítimo a los expedientes administrativos terminados, incluso si los documentos contenidos en ellos tienen carácter nominativo, cuando se refieran a procedimientos de aplicación del Derecho (se exceptúan los de carácter sancionador o disciplinario) que puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos (LPC, art. 37.3), es decir, alegarse en procedimientos administrativos análogos. Sin embargo, pese a los intentos doctrinales⁷⁹, los contenidos de los dictámenes jurídicos o los precedentes administrativos en general (en la Ley se equiparan ambos supuestos) no vinculan a la Administración, pero comportan una obligación de motivación en caso de no ser seguidos —LPC, art. 54.c)—.

Sobre esta base normativa, más el conocido precedente de la práctica administrativa del Banco de España anterior a la promulgación de la LABE, la CNMV ha utilizado en algunas etapas una figura parareglamentaria como sería la de las «cartas-circulares», firmadas por el Presidente de la entidad, para difundir interpretaciones del Derecho aplicable en las materias de competencia de la Comisión, interpretaciones que no parecían responder a un acuerdo previo del Consejo de la Comisión, que no contaban con apoyo normativo expreso ni eran objeto de publicación formal, ni en el *Boletín Oficial del Estado* ni en otro medio escrito, sino únicamente a través de la página web de la entidad. Estos elementos han motivado un juicio negativo de la doctrina⁸⁰ y el abandono posterior de la práctica, precipitado por el cambio de Presidente⁸¹. Tres elementos habrían sido determinantes: la vulneración de las competencias internas de los órganos de la CNMV, y concretamente de la colegialidad como elemento característico de las Administraciones independientes; la ausencia de procedimiento; y la falta total y absoluta de cobertura normativa, no respondiendo tampoco el instrumento *sui generis* a las órdenes internas o de servicio, puesto que sus destinatarios no eran los servicios o dependencias de la propia entidad.

En otros términos, los organismos reguladores tienen la obligación legal de publicar periódicamente los informes y dictámenes que emitan como resultado de consultas realizadas por particulares o a

⁷⁹ Luis María DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ (1982), «La doctrina del precedente administrativo», núm. 98 de esta REVISTA, págs. 7-46.

⁸⁰ Vid. Juan José DÍEZ SÁNCHEZ (1997: 741-781); Mercedes FUERTES LÓPEZ (1999: 232-237); Beatriz BELANDO GARÍN (2004: 304-321).

⁸¹ Vid. Guillermo ALCOVER GARAU (2000), «A propósito de la retirada de las 32 cartas circulares de la CNMV», diario *El País*, 24 de noviembre.

instancias de otros órganos administrativos. Dichos informes jurídicos tienen el valor de precedentes administrativos, lo cual supone una obligación reforzada de motivación en caso de que se produzca un cambio de criterio, pero en ningún caso una vinculación material. Lo que no puede hacer una Administración independiente —ni ninguna Administración, en general— es dar un valor parareglamentario o cuasirreglamentario a opiniones elaboradas y dadas a conocer al margen de los cauces legales.

Ni que decir tiene que la CNMV ha intentado otros mecanismos de dictar instrucciones «informales». Pero, por de pronto, una de las ventajas de la «actividad informal», su supuesta invulnerabilidad frente al control jurisdiccional, parece haber desaparecido o estar en trance de desaparecer. En este sentido es muy significativo el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2005. Mediante esta resolución judicial se suspende la eficacia de la carta dirigida por el Presidente de la CNMV al Presidente de ENDESA, S.A., fechada el 12 de septiembre de 2005, dando instrucciones sobre el comportamiento que deberán observar el Consejo de Administración y los Consejeros de la citada compañía durante la tramitación de la Oferta Pública de Adquisición presentada por Gas Natural, S.A., para lo que se da traslado de un acuerdo de la Comisión Ejecutiva sobre la interpretación del artículo 14 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores. En la medida en que dicha interpretación sería injustificadamente restrictiva de las posibles actuaciones, no ya del Consejo de Administración como órgano colegiado, sino de sus miembros a título individual, la citada carta fue impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, no sólo el recurso contencioso-administrativo fue admitido a trámite, sino que se otorgó la medida cautelar solicitada por los recurrentes y se suspendió la eficacia del acto impugnado.

Un último episodio que puede contribuir a hacer evidente la tendencia de las entidades reguladoras integradas en la Administración económica a salirse de los cauces procedimentales establecidos, y la proclividad del legislador a dar cobertura a posteriori a tales iniciativas, puede encontrarse en las llamadas «recomendaciones de buen gobierno corporativo»⁸². Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997 se creó una Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las sociedades, cuyos miembros fueron nombrados por Orden Ministerial de 24

⁸² Vid., por todos, Gaudencio ESTEBAN VELASCO (coord.) (1999), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid.

de marzo de 1997, y cuya presidencia recayó en Manuel Olivencia, que daría nombre al Informe resultante. En el Acuerdo de creación se encomendaba a esta Comisión Especial un doble cometido: la redacción de un Informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades. Al anterior seguiría el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 por el que se creaba una nueva Comisión Especial, que esta vez presidiría Enrique Aldama.

Ahora bien, la cobertura normativa y eficacia jurídica para este tipo de recomendaciones no vendría sino de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, concretamente del nuevo Título X de la Ley del Mercado de Valores. En su redacción vigente, en el artículo 116 LMV se establece que las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo, que será comunicado a la CNMV y publicado como hecho relevante. Entre los contenidos mínimos de ese informe de gobierno corporativo estará, literalmente, el siguiente aspecto: «grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones». Resulta llamativo que la CNMV, además de verificar el cumplimiento de los aspectos formales de esta obligación —puede imponer sanciones administrativas por la no remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo o por la existencia de omisiones o la inclusión de datos engañosos o erróneos—, tiene facultades de control sobre los aspectos sustantivos que se saldarán en una suerte de «censura pública». En los términos contenidos en el artículo 116.5 LMV, la Comisión podrá «hacer pública la información que considere relevante sobre su *grado efectivo de cumplimiento*».

En otros términos, que las originalmente «recomendaciones para su cumplimiento voluntario» han dejado de ser, en gran medida, de cumplimiento voluntario. El hecho de que la CNMV haga público, como hecho relevante, el deficiente cumplimiento por una sociedad cotizada de determinados aspectos de las normas de buen gobierno corporativo se parece extraordinariamente a las sanciones de «amonestación pública» previstas para las infracciones graves o muy graves de la legislación del mercado de valores [LMV, arts. 102.e) y 103.a)]. De hecho, se parecen en todo, salvo en las formalidades y ga-

rantías que tienen que rodear la adopción de la medida, lo que podría llegar a considerarse una vulneración del artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de prohibición de la indefensión.

De todas formas, probablemente consciente el ejecutivo de lo endeble del sustento jurídico de los llamados «Código Olivencia» y «Código Aldama», por Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, se encomendó a la CNMV que elaborase un documento único con las recomendaciones existentes, lo que dio lugar al «Proyecto de Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas», aprobado como «Documento único de recomendaciones de gobierno corporativo» por Resolución del Consejo de la CNMV de 22 de mayo de 2006, también llamado «Código Conthe», que parece ir más allá que una mera unificación de las recomendaciones existentes y también parece ir más allá de lo que tradicionalmente se ha entendido por gobierno corporativo, clásicamente centrado en facilitar la vigilancia de los ejecutivos, buscando la transparencia en las situaciones de conflicto entre el interés de los accionistas y el de los gestores y en mejorar el funcionamiento de las juntas generales, facilitando el ejercicio del voto y el acceso a la información social por parte de los accionistas minoritarios.

En todo caso, lo que parece indudable es que el proceso que llevó a las circulares del Banco de España a transformarse de meras ordenes de servicio internas en normas reglamentarias tiende a repetirse, aunque no siempre con el mismo grado de éxito. Más que las peculiaridades de la materia económica, es muy probable que el desconocimiento o la escasa consideración de los aplicadores por los formalismos jurídicos, junto con la idiosincrasia de los organismos reguladores, sean un elemento determinante de este fenómeno.

VII. CONCLUSIÓN

Las circulares, denominación general para las normas jurídicas de rango reglamentario de las entidades supervisoras en materia económica, incorporan elementos de heterodoxia respecto a nuestra tradición jurídica, pero son importantes fuentes de conocimiento y seguridad jurídica en un ámbito de actuación administrativa muy necesitado de transparencia. Aunque no existe un modelo uniforme de organismo regulador en materia económica, sí existen algunas muestras de mimetismo, como la denominación de «circulares» para estas normas regla-

mentarias, establecida en unos casos por las propias leyes de creación y en otros por sus reglamentos internos. Además, estas normas parecen responder a un modelo común en cuanto a su imbricación en el ordenamiento jurídico: el doble mecanismo de previsión legal y habilitación por una norma reglamentaria superior para cada materia específica, aunque no se trata de una regla sin excepciones, pero sí de una práctica general.

Las Administraciones independientes también colaboran en la elaboración de normas, pero la participación de los supervisores en la actividad normativa no debe enfocarse únicamente desde una perspectiva nacional, sino también comunitaria: es cada vez más habitual la formación de comités estables a través de los cuales se busca agilizar la producción normativa, habitualmente sujeta a unos plazos de elaboración incompatibles con las exigencias de regulación de los ámbitos económicos.

Pero la búsqueda de la agilidad y la flexibilidad en la producción normativa no se para en la atribución de potestad reglamentaria a organismos independientes o en el apoyo de éstos a los trabajos de Administraciones superiores. Por el contrario, parece una tendencia incorporada al cogido genético de este tipo de entidades, tendencia que cuenta con el apoyo, a menudo entusiasta, de Gobierno y legislativo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, Guillermo (2000): «A propósito de la retirada de las 32 cartas circulares de la CNMV», diario *El País*, 24 de noviembre.
- BELANDO GARÍN, Beatriz (2004): *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Thomson-Civitas, Madrid.
- (2005): «Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las “nuevas” advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, págs. 101-115.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2004): «Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, págs. 611-629.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (1994): *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid.
- (2001): «L'expérience espagnole matière d'autorités administratives indépendantes», *Études et Documents. Conseil d'État*, núm. 52, págs. 411 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000): *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco (1962): «Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, págs. 13-36.
- DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis María (1982): «La doctrina del precedente administrativo», núm. 98 de esta REVISTA, págs. 7-46.

- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (1997): «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, págs. 741-781.
- DOMINGO, Rafael (1999): *Auctoritas*, Ariel, Barcelona.
- EMBIÓ IRUJO, Antonio (1997): *Ordenación del seguro y competencias de los poderes públicos*, Cedecs, Barcelona.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (coord.) (1999): *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1984): «Los poderes normativos del Banco de España», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 13, págs. 7 y ss
- (1989): «Comentario a la Disposición Adicional octava», en el libro colectivo, dirigido por el propio autor, *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, págs. 184-190 (hay edición posterior, Madrid, 1991).
- (1993): «Reflexiones sobre la Unión Monetaria Europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales», *Noticias CEE*, núm. 100
- (1994a): «La autonomía de los bancos centrales: un problema constitucional», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo I, Ed. La Ley, Madrid, págs. 715-737.
- (1994b): «Reflexiones sobre las llamadas Autoridades Administrativas Independientes», en el vol. col. *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Instituto García Oviedo-Civitas, Madrid, págs. 427-439.
- FERNANDO PABLO, Marcos (1998): *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid.
- (2000): «El poder regulador en el mercado de las Telecomunicaciones», en el vol. col. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 2853-2894.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes (1994): *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Editorial Lex Nova, Madrid.
- (1999): «Las “Cartas-circulares” boca arriba», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 74, págs. 232-237.
- GALÁN CORONA, Eduardo (1994): «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinal», en el vol. col. *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo II, La Ley, Madrid, págs. 881-897.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2000): *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA LLOVET, Enrique (1993): «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», núm. 131 de esta REVISTA, págs. 61-118.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1983): «Auctoritas», en *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LEGUINA VILLA, Jesús (2003): «Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, págs. 307-326.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1991): «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», núm. 126 de esta REVISTA, págs. 189-216.
- MAGIDE HERRERO, Manuel (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (1994): «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Una aproximación a su configuración institucional», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo II, Editorial La Ley, Madrid, págs. 1591-1630.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2000): «La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias», núm. 153 de esta REVISTA, págs. 53-69.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1988): «Las nuevas perspectivas de la Administración económica», núm. 116 de esta REVISTA, págs. 31-46.
- (1991): «Sistema bancario y crediticio», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (dir.), *Derecho administrativo económico*, tomo II, Editorial La Ley, Madrid, págs. 41-277.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2005): *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Editorial Lex Nova, Valladolid.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo (1993): *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Ed. Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- ORTIZ MALLOL, José (2004): «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA, págs. 245-278.
- PALÁ LAGUNA, Reyes (2004): «El Comité Europeo de Reguladores de Valores (CESR) y el nuevo proceso de elaboración de normas en la Unión Europea en aras de la consecución de un mercado financiero integrado en la UE», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, págs. 45-71.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1981): «Valor jurídico de la circular», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 2, págs. 13 y ss.
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto (1993): «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», núm. 132 de esta REVISTA.
- (1996): *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid.
- (1997): «Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, págs. 641-693.
- PUIG BRUTAU, José (1952): *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge (1984): «A propósito del panorama de las fuentes del Derecho, tras las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo III, Civitas, Madrid, págs. 2283-2292.
- ROYO VILLANOVA, Antonio (1914): *La nueva descentralización*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid.
- SALA ARQUER, José Manuel (1984): «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, págs. 401-422.
- (2000): *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2001): «Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84, págs. 7-25.
- SORIANO, José Eugenio (1991): «La Securities and Exchange Commission. Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 201, págs. 399-421.
- SUAY RINCÓN, José (1986): «El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?», *Poder Judicial*, núm. 1, págs. 123-130.
- TERRÓN SANTOS, Daniel (2004a): *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares, Granada.
- (2004b): *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares, Granada.
- TORRE DE SILVA, Víctor (2004): «Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América», núm. 167 de esta REVISTA, págs. 475-496.
- VIDA FERNÁNDEZ, José (2004): «El condicionamiento de la organización administrativa de los Estados miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones», en Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA (coord.), *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 145-207.