



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

JOSÉ M^a BAÑO LEÓN

Reserva de Administración y Derecho comunitario

WP IDEIR nº 7 (2011)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© José M^a Baño León 2011

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Reserva de Administración y Derecho comunitario

Jose M^a Baño León*

I. Los términos de la cuestión. II. La reserva de Administración como técnica impuesta a los Estados miembros. III. Consecuencias en el Derecho interno: 1. El “*status questionis*” desde el punto de vista estrictamente constitucional. 2. La reserva de administración impuesta por el Derecho Comunitario. STJUE de 3 de Diciembre de 2009. IV. Mutación constitucional en el derecho interno: subordinación de la ley a la reserva de administración y tutela judicial efectiva. V. La perspectiva de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la garantía de la reserva de ley

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.

I. Los términos de la cuestión

Un pronunciamiento del Tribunal de Justicia y la práctica sostenida por las Directivas sobre mercados y redes de servicios públicos liberalizados (telecomunicaciones, electricidad y gas) han consagrado la obligación de los Estados miembros de atribuir precisamente a autoridades administrativas independientes (las llamadas autoridades nacionales reguladoras, ANR) y no al legislador, la competencia discrecional de determinar los mercados relevantes y los criterios básicos de acceso a la red. Lo cual implica una profunda mutación de la tradición constitucional de la mayoría de los Derechos de los países miembros.

En particular, en el caso de España, supone la implantación por vez primera de una reserva de administración. Tras una descripción del fenómeno en el Derecho Comunitario se analizan en este trabajo sumariamente las consecuencias en el Derecho español y en el ordenamiento de la Unión Europea.

II. La reserva de Administración como técnica impuesta a los Estados miembros

En los mercados de energía, en los de telecomunicaciones y en otros servicios públicos, ha sido común en los Estados miembros de la U.E. que las empresas públicas ocuparan un lugar central, cuando no monopolístico.

Las sucesivas directivas que introducen competencia en estos sectores no han afectado a la titularidad pública o privada de las empresas, de acuerdo con la regla consagrada en el art. 345 TFUE relativa a que las normas del Tratado no prejuzgan la propiedad pública o privada de las empresas en los Estados miembros.

De ahí el fenómeno bien conocido de que la legislación europea haya impuesto un principio de separación entre la entidad pública reguladora y las empresas gestoras del servicio. En una segunda fase, como instrumento de dicha separación, se articulan en el plano orgánico administraciones reguladoras para garantizar más plenamente dicha independencia.

Por eso las Directivas, por ejemplo, en materia de energía, establecen:

- a) La inamovilidad de los miembros de organismo independiente durante el periodo de su mandato.
- b) El carácter independiente de sus miembros respecto de cada gobierno y, por tanto, su no sujeción a instrucciones o directivas vinculantes del mismo.
- c) La atribución precisamente a estas autoridades y no a otros órganos internos de la competencia sobre definición de los mercados y acceso de los terceros a las redes eléctricas o a los gaseoductos.

Es precisamente esta última regla la que resulta de interés a los fines de este trabajo.

La atribución a organismos reguladores independientes de estas potestades se basa en las siguientes premisas:

a) Desconfianza hacia el legislador, a quien se ve mucho más proclive a la influencia de las empresas monopolísticas estatales y, por tanto contrario a la introducción de más competencia en los mercados.

b) Confianza en el principio tecnocrático. Se supone que estos órganos compuestos por personas de reconocida competencia técnica son más idóneos para aplicar políticas de apertura a la competencia.

c) Carácter esencialmente discrecional de las decisiones que tiene que adoptar el organismo regulador, pues la orientación a la competencia casi nunca puede articularse mediante normas abstractas y regladas (supuesto de hecho-consecuencia jurídico). Al contrario se trata de reglas de carácter finalista, como es propio del Derecho de la competencia, con clara dependencia de un análisis prospectivo del mercado de carácter técnico-económico.

Conviene explicar esto con algún detalle. Las dos cuestiones fundamentales con las que se enfrenta la competencia en estos mercados que tienden al monopolio u oligopolio natural son:

1ª) La determinación de las condiciones de acceso a la red de empresas terceras cuando la empresa dominante es la que en su día construyó la red.

2ª) Condiciones que determinan el abuso de posición dominante, sobre todo en los nuevos mercados.

La cuestión clave es si basta en la aplicación del derecho de la competencia o es preciso establecer regulaciones “ex ante” que ordenen el mercado. El derecho de la competencia, salvo el control de las concentraciones económicas, supone un tratamiento “ex post”, que no impide la extensión de la posición de dominio. Tampoco el derecho de la competencia tiene como misión la protección de los consumidores ni mucho menos las garantías mínimas de los usuarios de servicios, en muchos casos esenciales para la sociedad. La decisión sobre una u otra opción implica importantes efectos políticos y no es estrictamente técnica. Y si bien en el Derecho de la competencia se utilizan con frecuencia juicios prospectivos con gran carga valorativa respecto del abuso de posición dominante o la afectación a la competencia de una concentración, la opción misma sobre la oportunidad o no de establecer una regulación de un mercado, sólo puede merecer el calificativo de decisión esencial, que debería acometer el legislador, de acuerdo con la doctrina dominante sobre la reserva de ley.

III. Consecuencias en el Derecho interno

1. El “status questionis” desde el punto de vista estrictamente constitucional.

Existe un acuerdo general en que en la Constitución española no existe una atribución a la Administración de un ámbito reservado que el legislador deba traspasar. Por el contrario, lo que se afirma unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia es que la ley tiene una competencia ilimitada para definir la competencia administrativa. En el orden de las fuentes aparece claramente esta doctrina a propósito de la potestad reglamentaria. No hay un ámbito natural atribuido al reglamento; la ley puede abarcar

cualesquiera tipo de materias, pues se parte de la base de que la Constitución no ha establecido reserva alguna a la Administración¹.

Ciertamente de forma indirecta la Constitución sí que atribuye precisamente a la esfera administrativa determinados ámbitos. Por ejemplo, lo hace con la Administración Local. La garantía constitucional de la autonomía local supone que tiene que existir un espacio mínimo normativo y ejecutivo atribuido a los entes locales. Y como éstos constituyen Administraciones públicas, de forma indirecta puede hablarse de un espacio reservado a la Administración. Lo cual no significa que estemos ante una genérica reserva de administración.

En primer lugar porque, como ha insistido Parejo Alfonso² entre nosotros, la Administración local tiene una naturaleza genéricamente política. El gobierno local no es asimilable sin más a una Administración burocrática. En segundo término, el ámbito atribuido a la Administración local depende en gran medida de la Ley, que puede restringirlo o ampliarlo con gran discrecionalidad, con el único límite de no impedir la participación local en los asuntos que le conciernen. Es verdad que la Constitución permite que la ley amplíe la competencia normativa de las corporaciones locales, con fundamento en la autonomía, pero éste es un aspecto especial de la reserva de ley (que puede debilitarse en beneficio de la autonomía local), no una reserva de administración.

Por otra parte, aunque si puede hablarse de un ámbito reservado al gobierno que el legislador no puede invadir, ese ámbito ni constituye una reserva de administración ni impide la labor directiva de la ley, en la medida en que esta enmarca la labor del gobierno. Desde luego respecto de la Administración hay un matiz constitucional diferencial. La constitución somete a la Administración al sometimiento pleno de la Ley y al Derecho (art. 103 CE) lo que pone bien a las claras que constitucionalmente la Administración no dispone frente a la ley de un ámbito reservado, lo que sería incompatible con una sujeción plena a la ley.

2. La reserva de administración impuesta por el Derecho Comunitario. STJUE de 3 de Diciembre de 2009.

El panorama constitucional descrito cambia radicalmente en el ámbito de las Directivas sobre mercados de telecomunicaciones. Estas normas europeas imponen una reserva de administración, al obligar a los Estados miembros a que atribuyan las competencias de ejecución de la directiva a autoridades administrativas independientes (autoridades nacionales reguladoras). Y lo hacen obligando al legislador nacional a atribuir a dichas administraciones potestades discrecionales.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2009, Comisión contra Alemania, C-424/07 no puede ser más contundente. Condena a Alemania por incumplimiento de las Directivas n^{os} 19, 21 y 22/2001, porque el legislador alemán restringe la discrecionalidad de la autoridad nacional reguladora de las

¹ En nuestra bibliografía, vid. Jiménez-Blanco, A.: “La función legislativa y la «reserva de administración»”, en: Notas sobre un nuevo concepto, en el Volumen colectivo *Las Cortes Generales*, IEF, Madrid 1986, Vol II, págs. 1445 y ss.

² Entre otros muchos trabajos, vid. “Una visión sobre el gobierno local”, en *Anuario del Gobierno Local* 2004, Barcelona 2005, págs. 61 y ss.

telecomunicaciones para apreciar si un mercado debe o no ser regulado, definir los nuevos mercados y jerarquizar los objetivos de las directivas.

Las circunstancias del caso son las siguientes: la Unión Europea aprobó tres Directivas sobre telecomunicaciones, la Directiva marco (2002/21/CE), la Directiva de acceso a redes (2002/19/CE) y la Directiva sobre el servicio universal y derechos de los usuarios (2002/22/CE). Ambas directivas (artículo 7.1 de la Directiva marco) establecen para las llamadas “Autoridades Reguladoras Nacionales” (ANR) un conjunto de potestades esencialmente discrecionales para conseguir “en la mayor medida posible” los objetivos enumerados en el artículo 8 de la citada Directiva Marco.

Basta leer los objetivos de la Directiva para comprender que se trata de fines amplísimos que muy difícilmente suponen una cortapisa para la Administración; son simples directrices que deben atenderse caso a caso, dejan en definitiva a las “ANR” una casi total libertad de acción. “La obtención del máximo beneficio para los usuarios, en cuanto a posibilidades de elección, precio o calidad”, puede obviamente dar lugar a políticas muy diferentes, al margen de que las posibilidades de elección o precio, pueden estar reñidas en ocasiones con la calidad; que no exista falseamiento ni restricción de la competencia es también un fin loable, pero nada se dice de los medios de conseguirlo o de la conexión -nada sencilla- entre el derecho de la regulación económica y el derecho de la competencia; la inversión eficiente en materia de infraestructuras, el fomento de la innovación, la gestión eficaz de las radiofrecuencias o de los recursos de numeración, tampoco vinculan efectivamente a la autoridad nacional, porque esos fines tan amplios pueden obviamente instrumentarse de maneras muy diversas.

Como el objetivo declarado y loable de las Directivas es combatir a las empresas dominantes nacionales (normalmente antiguas empresas públicas monopolistas), se atribuye a la Comisión Europea la competencia para establecer unas directrices de análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado de una empresa (artículo 15.2 de la Directiva Marco).

Respecto a los nuevos mercados originados en el vertiginoso desarrollo de la tecnología, la Directiva Marco (considerando 27^a) propone como directriz no someter a la empresa líder del mercado a obligaciones inadecuadas. El apartado 32 de las directrices de la Comisión, parece favorecer el desarrollo tecnológico al precaver a las “ANR” de adoptar regulaciones económicas (obligaciones “ex ante”) que puedan obstaculizar aquel desarrollo, aconsejando el recurso a medidas “ex post” (regulaciones “ad hoc” y aplicación del derecho de la competencia). La norma europea atribuye a cada una de las autoridades reguladoras nacionales la competencia de definición de los nuevos mercados.

Al servicio de ciertos objetivos la Directiva Marco impone un sistema de cooperación administrativa entre las autoridades reguladoras nacionales y la Comisión Europea, que se sustancia como en otro ámbito del Derecho Comunitario en la comunicación a las demás “ANR”, previa su adopción, de aquellas medidas que afectan a estos mercados.

Las Directivas establecen una Administración transnacional en red, pues cada una de las autoridades reguladoras nacionales no solo está sujeta a observar en la mayor medida posible las recomendaciones de la Comisión. Además, el artículo 7.4 de la Directiva Marco confiere a la Comisión un derecho de veto sobre las decisiones de las “ANR” más significativas, que son las que hemos reflejado anteriormente.

En este contexto, la Ley de Telecomunicaciones alemana de 22 de junio de 2004 sufrió una modificación mediante Ley de 18 de febrero de 2007.

Interesa destacar al respecto que la Ley dentro del marco de la Directiva, excluye a los nuevos mercados de la regulación “ex ante”, salvo que esta regulación sea necesaria para garantizar la competencia a largo plazo. Por otra parte, la ley alemana también indica que la autoridad nacional debe tener especialmente en cuenta para establecer dicha regulación “el objetivo de fomentar la inversión en infraestructuras e innovación”.

Como se ve desde un punto de vista formal la ley alemana lo que hace es concretar la directiva, reduciendo la discrecionalidad de la autoridad nacional reguladora. No es que la excluya desde luego, pero donde la Directiva otorga un poder de apreciación prácticamente omnímodo a las “ANR” y a la Comisión Europea, la ley alemana vincula mucho más la decisión de su autoridad reguladora.

La Comisión Europea recurre al Tribunal de Justicia precisamente porque entiende que esa reducción de la discrecionalidad de la autoridad reguladora nacional supone una infracción de la Directiva, que lo que persigue es justamente dotar de un amplísimo poder a las autoridades reguladoras y, por tanto, a la Comisión Europea, porque como nos consta el entramado organizativo de las Directivas otorgan un lugar central a la Comisión, mediante la emisión de recomendaciones y a través del poder de veto de las decisiones nacionales. Más allá del aspecto formal en el trasfondo del asunto está el posible trato de favor que estas modificaciones legislativas podían suponer para la empresa líder alemana en el mercado, “Deutsche Telekom”, la antigua compañía pública alemana. Lo dice paladinamente el Abogado General, Sr. Poiares Maduro:

“Parece ser que, con anterioridad a la aprobación de estas modificaciones, el operador tradicional de telecomunicaciones en Alemania (Deutsche Telekom) presionó para que la red de banda ancha que pretendía crear quedara al margen de la intervención reguladora (concretamente del deber de conceder acceso a precios regulados)”.

Con su decisión de no regular los nuevos mercados con carácter general la ley alemana sigue la recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003 (D.O.L. 114), considerando decimoquinto).

El Abogado General y el Tribunal en la Sentencia sostienen, por el contrario, que la decisión política tomada por la Directiva es justamente atribuir a las autoridades reguladoras nacionales -no al legislador- la ponderación última de las circunstancias que en cada caso aconsejen o no la regulación. Por ello la Sentencia concluye:

“De estas disposiciones se desprende que las ANR deben fomentar los objetivos de regulación contemplados en el artículo 8 de la Directiva marco en el cumplimiento de las tareas de regulación especificadas. En consecuencia, como señala el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, corresponde igualmente a las ANR y no a los *legisladores nacionales*, *efectuar la ponderación de esos objetivos a la definición y el análisis de un mercado pertinente susceptible de regulación*”.

Dicho de otro modo: los objetivos políticos de la Directiva solo se garantizan atribuyendo potestades discrecionales a las autoridades reguladoras nacionales y a la Comisión Europea. No cabe que un Estado miembro reduzca la discrecionalidad, aun

cuando sea dentro de los fines previstos en la Directiva. La primacía del Derecho Comunitario -he aquí la conclusión derivada de la Sentencia- requiere plena discrecionalidad administrativa. Ciertamente, como recoge el Abogado General, el Tribunal de Justicia había hecho ya alusión a la importancia de las “ANR” (SS. de 13 de noviembre de 2008, Comisión contra Polonia, (C-227/07); de 10 de enero de 2008, Comisión contra Finlandia, (C-387/06)), pero la sentencia comentada es la primera que les atribuye el papel de guardianes del Derecho Comunitario a través de la discrecionalidad.

IV. Mutación constitucional en el derecho interno: subordinación de la ley a la reserva de administración y tutela judicial efectiva

Esta sentencia conmueve una de las vigas maestras del derecho español, y del de otros países europeos: la competencia universal del legislador³. Una directiva que reconoce la atribución de facultades a una administración independiente con carácter exclusivo, excluye a la ley e impone una reserva de administración. El carácter “independiente” de la Administración no anula el hecho de que se trata de una organización dependiente del poder ejecutivo (cuando menos en la designación de sus miembros), ajena al ámbito legislativo, pues su independencia no es sólo respecto del poder ejecutivo sino también del legislativo. La única dependencia teórico-jurídica de la autoridad reguladora es la Comisión Europea. Lo mismo cabe decir de otras Administraciones en red, dependientes de la Comisión Europea. Véase el caso de las autoridades de competencia, o el más reciente, de las autoridades de la energía.

En el plano organizativo y de la teoría de las fuentes, el Derecho Comunitario transforma en estos casos radicalmente nuestro Derecho Constitucional. La imposición de una planta organizativa nacional modifica no sólo la potestad de organización de cada Estado miembro. Desde la perspectiva de las fuentes, la ley ya no puede abarcar determinados ámbitos de derecho interno cuando el Derecho Comunitario considera que debe ser la Administración interna especializada, y no el legislador, quien ejerza una competencia. La supremacía del Derecho Comunitario una vez más transforma la Constitución vigente. En este caso limitando la competencia del legislador en beneficio de la Administración interna. Ciertamente es que lo perseguido por el Derecho Comunitario es reforzar el poder de la Comisión, que puede vetar las decisiones más importantes de la autoridad reguladora, pero constitucionalmente no cabe duda de que se refuerza a la Administración Pública en detrimento del legislador.

Con todo, el efecto, a mi juicio, más notable desde la perspectiva ahora del Derecho Administrativo es el cambio muy profundo que se produce en el control de la discrecionalidad, o lo que es lo mismo, el detrimento que se produce en los poderes efectivos del juez. No cabe ninguna duda de que a mayor amplitud de la discrecionalidad menor posibilidad de control del juez. La imposición, pues, por norma

³ Con anterioridad a esta sentencia se ha podido hablar de “reserva de administración” respecto de las competencias reservadas al Banco de España en cuanto ejecutor de la política monetaria del Banco Central Europeo. La diferencia relevante es que en ese caso el Banco de España actúa como un órgano comunitario inserto en el sistema de bancos centrales, es decir, en el marco de una competencia exclusiva de la Comunidad Europea, mientras que en las directivas de telecomunicaciones, los Estados Miembros tienen competencia para dictar su propia legislación observando lo previsto en la directiva.

comunitaria de una discrecionalidad amplísima reduce el poder de control efectivo del juez.

Uno de los argumentos esgrimidos por Alemania en la contienda judicial con la Comisión -el de más peso teórico a mi juicio- es que el legislador alemán al concretar la amplísima discrecionalidad de la autoridad reguladora alemana no había establecido una liberación general del marco regulador. Lo que había hecho era dirigir la intervención de las autoridades reguladoras o “preestructurar” (vorstrukturiert) su actuación en los nuevos mercados. Dicho en otras palabras, la ley sólo estaba dirigiendo la acción de la Administración sin eliminar la discrecionalidad.

La respuesta negativa del Tribunal de Justicia a esta posibilidad sugiere inmediatamente la pregunta sobre el poder efectivo del juez. Cabe inquirir si existe alguna posibilidad de fiscalización efectiva del juez, si la autoridad administrativa nacional es la que en cada caso concreto debe decidir:

- a) Si debe o no regularse un mercado.
- b) El alcance y contenido de la regulación.

Realmente, como demuestran los precedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si no hay predeterminación normativa práctica alguna sobre el contenido de la decisión administrativa, el alcance del control judicial se reduce sensiblemente.

Muñoz Machado⁴ ha observado entre nosotros que uno de los déficits más acusados de la regulación económica consiste en que la reserva de ley se volatiliza. Y con un pie en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y otro en la doctrina más documentada sobre la reserva de ley⁵ ha sostenido con toda razón que uno de los medios más eficaces para reducir la discrecionalidad de la Administración consiste precisamente en dotar de una mayor densidad a la norma legal, de modo que exista una concreción mucho mayor del marco en que puede moverse la autoridad reguladora.

Pues bien esa plausible opción resulta totalmente imposible cuando es la propia Directiva comunitaria la que impone la discrecionalidad de la autoridad reguladora como instrumento de la supremacía del derecho comunitario. La Directiva busca que sea esa administración especializada y no el legislador, ni mucho menos el juez interno, quien establezca lo sustancial de la regulación.

El resultado es una vuelta en cierto modo a los estadios iniciales de control de la discrecionalidad en Europa. Téngase en cuenta, en primer lugar, que estamos hablando de decisiones normativas “ad hoc”. Las Directivas de telecomunicaciones, por ejemplo, nada dicen sobre el “sí” y el “cómo” debe regularse el mercado. La autoridad reguladora nacional tiene que tomar una decisión eminentemente política -y no sólo técnica- sobre si decide que un mercado nuevo debe regularse (lo que siempre supone cierta merma para la innovación) o por el contrario debe confiarse tan sólo a la aplicación de las normas de competencia (lo que supone siempre un acicate para la extensión de la posición de dominio de la empresa líder en mercados que requieran fuertes inversiones).

⁴ “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación”, en *Derecho de la regulación económica*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009.

⁵ M. Bacigalupo: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, 1997.

Todo esto debe también sopesarse con los restantes fines, en particular, con la protección de los usuarios. Todo este tipo de decisiones son virtualmente incontrolables por los Tribunales.

Se ha dicho en la doctrina, desde hace décadas, con no menos razón, que en ámbitos de decisión discrecional, puede haber dos elementos compensadores. Por una parte, las garantías de procedimiento y, por otra, la autovinculación de la Administración.

Esto es totalmente exacto, pero no dejan de ser garantías menores. La participación puede compensar el déficit de legitimación democrática de la Administración, pero no anula en absoluto el contenido discrecional de la decisión, como prueba la experiencia del control de la planificación urbanística.

La autovinculación de la Administración es una garantía contra la discrecionalidad, pero solo respecto de los actos de aplicación, nunca de los actos o reglas de conformación del mercado que, por definición, no existe previamente al atribuirse a las autoridades reguladoras su delimitación. Y respecto de los actos de aplicación, la autovinculación tiene los mismos límites que el precedente administrativo⁶. No dejan de ser límites, pero modestos: lo prueba la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que en el ámbito de la discrecionalidad ha sostenido que sólo es exigible que el cambio de criterio se exteriorice y justifique.

En consecuencia este tipo de Directivas deja virtualmente sin control el contenido material de unas regulaciones que carecen de otra limitación distinta a la interdicción de la arbitrariedad. Cabe preguntarse entonces si en estos casos existe alguna garantía efectiva para los particulares derivada del reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, toda vez que, a pesar de la reserva de ley, se atribuye a la administración una cuasi ilimitada capacidad de conformación de estos derechos en ámbitos como las telecomunicaciones o la energía, no susceptibles de control judicial efectivo. No sólo la actividad empresarial; también la titularidad misma de los medios de producción de la empresa puede ser puesta en entredicho por decisiones de estas autoridades.

V. La perspectiva de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la garantía de la reserva de ley

Ya hemos dicho que la planta organizativa impuesta por las directivas de telecomunicaciones o de la energía supone la subordinación de las autoridades reguladoras nacionales a la Comisión Europea o a autoridades reguladoras de ámbito europeo como es la Agencia Europea de las regulaciones de la energía.

Esto implica, dado el poder de veto e instrucción de las autoridades europeas sobre las nacionales, que rigurosamente hablando la única manera de establecer garantías en los derechos de los particulares afectados por la discrecionalidad reguladora es arbitrarlos en el ámbito europeo.

Si se parte y se acepta el principio de supremacía del derecho comunitario, parece claro que el juez nacional difícilmente podrá fiscalizar la actuación de las autoridades

⁶ Díez Sastre, Silvia: *El precedente administrativo*, Marcial Pons, Madrid 2008.

reguladoras en este ámbito. Poner en duda la discrecionalidad reguladora nacional supondrá al mismo tiempo poner en cuestión la supremacía comunitaria, a tenor del criterio expuesto por el TJUE en la Sentencia de 3 de diciembre de 2009.. Es el Derecho Comunitario -y el Tribunal de Justicia- quien impone la discrecionalidad como instrumento de la superioridad comunitaria; lo que quiere decir que si el juez considera que ha habido un exceso en la regulación discrecional deberá plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, so pena de arriesgar la condena del Estado: según es sabido el Tribunal de Justicia tiene dicho que la jurisprudencia interna puede ser un modo de incumplimiento del derecho comunitario.

Si dejamos a un lado la espinosa cuestión -sólo planteada teóricamente- de si el Tribunal Constitucional de un país miembro está facultado por su Constitución a desplazar el derecho comunitario si éste quiebra con alguna de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución interna⁷ y nos centramos exclusivamente en el Derecho Comunitario debemos inquirir si hay, en efecto, en el ordenamiento europeo alguna garantía que se oponga a esa dilución de la reserva de ley, entendida en el sentido comunitario, como reserva a la directiva o al reglamento de las decisiones políticas sustantivas de una materia.

En el Derecho Comunitario no hay una consideración teórica sobre la densidad normativa que deben tener las directivas o reglamentos. Lo único que ha establecido en alguna ocasión el Tribunal de Justicia es que la habilitación de un reglamento comunitario al Consejo de Ministros no puede ser ilimitado (Sentencia de 16 de junio de 1987, Romkes; 13 de octubre de 1992, Portugal y España contra Consejo): “no se puede exigir que todos los detalles de los Reglamentos relativos a la política agraria común sean adoptados por el Consejo según el procedimiento del artículo 43 del Tratado; en cambio *se cumple esa condición cuando los elementos esenciales de la materia regulada se ha establecido de acuerdo con el procedimiento previsto en dicho artículo*”.

El proyecto de Constitución europea sí preveía una reserva de ley comunitaria. El artículo I-36 del Proyecto de Tratado prohibía que los elementos esenciales de las llamadas leyes europeas se delegaran en el reglamento comunitario, lo que implicaba una reserva de procedimiento. Por otra parte, el artículo II-12, tras ordenar la reserva a la ley de las limitaciones al ejercicio de los derechos, que en dicho proyecto constitucional se reconocía, decía que dicha ley debía respetar el contenido esencial de los derechos y libertades.

El Tratado de Lisboa sólo ha recogido la declaración o carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea incorporándola como derecho directamente aplicable a partir del 1 de enero de 2010.

Pues bien, dicha carta en su artículo 52.1 reconoce como derecho fundamental la garantía de la reserva de ley para, entre otros, el derecho de propiedad, claramente afectado por Directivas como las de telecomunicaciones o la de energía. Dice el precepto:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de

⁷ Véase la STC 252/1988 y las declaraciones 1/1999 y 1/2004 del mismo Tribunal; también la Sentencia de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre el Tratado de Lisboa.

proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Dos dificultades se plantean en la interpretación del artículo. Qué ha de entenderse por ley en el caso de que la afectación a los derechos fundamentales provenga de la regulación europea. Parece claro que habrá que entender que por ley hay que pensar en las directivas y en los reglamentos aprobados por un procedimiento en el que interviene el Consejo y el Parlamento Europeo, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la Carta establecido en el artículo 41⁸. La segunda cuestión es si esa garantía es compatible con una reserva puramente formal, en la que la directiva o el reglamento puedan entregar el contenido sustancial de la reserva a la comisión o una autoridad reguladora nacional; o por el contrario, que haya de entenderse que la reserva -como dice la propia Carta- se ocupe de los aspectos esenciales.

Parece claro que la si interpretación predominante fuera la última, difícilmente una normativa como la prevista en las directivas de telecomunicaciones o energía sería compatible con la garantía de la carta de derechos fundamentales europea.

El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 3 de diciembre de 2009, como en muchas otras, en los que se trata de reafirmar la superioridad del Derecho Comunitario es extraordinariamente deferente con la Comisión Europea. Claramente el Tribunal de Justicia utiliza dos juegos de medidas diferentes para enjuiciar las regulaciones nacionales que se oponen al derecho comunitario. Basta comparar la Sentencia antes citada en que se impone una reserva de administración con sentencias como la de 24 de marzo de 2011, Comisión contra España (C-400/08), donde el Tribunal de Justicia subraya que la indeterminación normativa sobre la licencia para grandes establecimientos limita la libertad y la propiedad.

Por eso sería deseable que en el diálogo cooperativo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia llegara a plantearse la conformidad de esas directivas con el artículo 24 de la Carta de Derechos fundamentales. Es posible que entonces el Tribunal se enfrente con los verdaderos límites de la discrecionalidad administrativa, vista no desde la perspectiva de la superioridad del derecho comunitario sino desde la óptica del respeto al contenido esencial de los derechos, a la densidad normativa de las directivas y reglamentos comunitarios y a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el enjuiciamiento de la Comisión en el ámbito del Derecho de la Competencia, sigue muy de cerca la tradición francesa del respeto al poder discrecional de la Administración. En todo caso el contraste entre la norma comunitaria y la Carta de Derecho fundamentales permitiría avanzar en el entendimiento de mecanismos que, en el fondo, establecen la línea divisoria entre las decisiones que esencialmente competen a la Administración y las que competen al juez. La confusión que plantea la doctrina expuesta por el Tribunal de Justicia y recogida en la Directiva 2009/140/CE⁹, es que bajo capa de la supremacía del Derecho Comunitario, atribuye acriticamente un poder sin control a las autoridades administrativas nacionales. Tal vez ese poder discrecional sea inevitable y haya que

⁸ En la explicación a este precepto que figura en la propia Carta, se dice que su objeto es la aplicación, en primer lugar, a las instituciones y órganos de la Unión.

⁹ Directiva sobre el marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

reconocer que el control judicial es limitado. Pero entonces habrá que reconocer también que debemos superar definitivamente una visión sustancialista de la reserva de ley y concluir que en determinados ámbitos corresponde a la Administración la función de conformación jurídica de reglas y actos que no cuentan con ninguna predeterminación efectiva en el reglamento o la directiva que se limitan a habilitar ese poder, limitándose el control jurisdiccional al control del procedimiento. El control de proporcionalidad del artículo 52.1 de la Carta quedaría ceñido en esta interpretación al análisis de la necesidad de la habilitación a la Administración de la potestad regulatoria.

Conclusión: el Derecho Comunitario impone a los estados miembros reservas de administración, de manera que sean determinadas autoridades administrativas, y no el legislador, quien decida sobre la conformación regulatoria de algunos mercados; de este modo se instrumenta un mecanismo que refuerza a la administración europea en red, pues las autoridades reguladoras nacionales están obligadas a seguir las instrucciones de la autoridad europea de la que forman parte(a título de ejemplo, en el sector de la energía, las telecomunicaciones, los servicios financieros). Al imponer el Derecho Comunitario la discrecionalidad administrativa, el juez nacional no puede controlar el ejercicio de esa regulación administrativa, salvo que plantee cuestión prejudicial. Lo cual obliga a la construcción de una doctrina europea de control de la discrecionalidad a la luz del artículo 52.1 de la Carta europea de los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, establecer un marco efectivo de división de poderes¹⁰.

¹⁰ El TJUE ha dicho en su Sentencia de 9 de marzo de 2010, Comisión contra Alemania, C-518/07 respecto de las Administraciones Públicas y el principio democrático: “Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos independientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas autoridades se regulan, en los Estados miembros, mediante ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes, que también existen en el sistema jurídico alemán, ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo al control del juez competente. Esto es lo que sucede, precisamente, con las funciones de las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales”. Ahora bien, si como en el caso que hemos tratado en el texto, a la autoridad independiente se le otorga un poder discrecional respecto del que se garantiza la inexistencia de influencia política, sin que la directiva ni la ley interna predeterminen el contenido de su actuación, la sujeción a la ley es puramente ilusoria y el único control posible es el del juez.