Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 10 – maio/junho/julho - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

SOBRE LA NATURALEZA Y RAZÓN DE SER DE LOS ENTES REGULADORES Y EL ALCANCE DE SU PODER REGLAMENTARIO*

Prof. Gaspar Ariño Ortiz

Catedrático de Derecho Administrativo,
Fundación de Estudios de Regulación,
Ariño y Asociados, Abogados.

SUMARIO: 1. Papel de los organismos reguladores: su razón de ser; **2.** Definición por la ley y aplicación por Administraciones independientes; **3.** Nuevo tipo de autoridad, nuevo tipo de regulación; **4.** La principal misión del regulador; **5.** Especial aplicación de este modelo de Administración (entes reguladores) a las industrias de red (antiguos servicios públicos); **6.** Experiencia europea: sin regulador independiente no hay liberalización. Claves de la independencia; **7.** Selección y status de los reguladores; **8.** Carácter sectorial y colegiado; **9.** Lo fundamental es la credibilidad del regulador; **10.** Tan importante como el régimen legal es la práctica regulatoria. Hay que evitar el riesgo regulatorio; **11.** La potestad reglamentaria de los entes regulados. Conclusiones al respecto

1. PAPEL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES: SU RAZÓN DE SER

Los organismos reguladores son un nuevo tipo de autoridad estatal que tienen su origen en los Estados Unidos, donde se crean a principios del siglo XX. En Europa e Iberoamérica son la exigencia obligada de los procesos de privatización y liberalización de los grandes servicios públicos, que han tenido lugar en nuestros días y han traído consigo la redefinición del papel del Estado en su relación con el orden económico.

---

* Texto proferido pelo professor Gaspar Ariño Ortiz na Conferência de Encerramento sobre "A Extensão do Poder Regulamentar dos Entes Reguladores: as exigências do princípio da segurança jurídica" no Fórum Internacional de Direito Público da Economia realizado em novembro de 2006 no Rio de Janeiro.

El papel de los órganos reguladores consiste en asegurar el buen funcionamiento de aquellos sectores cuya marcha resulta esencial para la vida económica y social del país, dado su carácter estratégico. Su actuación se proyecta sobre sectores y materias de *carácter esencial* para la vida social y económica de un país, sobre las que se genera un *consenso* entre las fuerzas políticas en cuanto a su ordenación; temas como por ejemplo estabilidad y valor de la moneda, seguridad y transparencia de los mercados financieros, el impulso de la ciencia, la existencia y control de una información veraz o la ordenación de los grandes servicios públicos nacionales. Estas materias se consideran políticamente neutralizadas; no son de derechas ni de izquierdas y quedan fuera de la lucha política porque lo que a todos interesa es sencillamente que funcionen bien.

Obviamente, las Administraciones independientes sólo son viables cuando sobre un tema existe un consenso político previo, por el que todas las fuerzas políticas coinciden en mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado. Parece razonable, en efecto, ponerse de acuerdo sobre la necesidad de garantizar:

- la estabilidad del valor de la moneda y la seguridad del sistema financiero;

- la objetividad y veracidad de la información económica y la contabilidad nacional;

- la limpieza, transparencia y liquidez de los mercados de valores, a los que puedan acudir los ahorradores con confianza;

- la seguridad de todas las instalaciones y productos nucleares –civiles o militares- que existan en la nación;

- o, por poner un ejemplo más, la imparcialidad de los sistemas públicos de radiotelevisión (tanto nacional como regionales) en manos de responsables que garanticen una información objetiva y veraz, no partidista.

Pues bien, es cada día más frecuente que en países maduros y civilizados cristalicen consensos políticos acerca de algunos de estos objetivos, que se dejan fuera de la lucha política (igual que se deja la justicia, el sistema electoral, el control de cuentas o la administración parlamentaria). Se configuran entonces instituciones como el Banco Central (al que se encomienda la determinación de la política monetaria y la supervisión del sistema bancario y financiero), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (a la que se encomienda la organización, vigilancia y control, limpieza y transparencia de estos mercados), el Consejo de Seguridad Nuclear, el Instituto Nacional de Estadística, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o el Ente Público RTVE.

En el caso concreto de los servicios públicos liberalizados, es decir, abiertos al mercado, la finalidad primordial del regulador es la de garantizar la

competencia real y efectiva. Esto es algo que no se produce de la noche a la mañana, sino que es un proceso lento, que requiere tiempo y la aplicación continuada de un modelo de transición. Pues bien, elemento central de este proceso de transición es la figura del regulador. No resulta creíble hablar de liberalización de un sector sin un organismo regulador independiente que controle su buen funcionamiento. Sin esa autoridad reguladora independiente, la liberalización es falsa y las empresas siguen dependiendo del poder político, genuflexas ante los gobiernos de turno, que mantienen el control sobre ellas, igual que lo hacían cuando estaban presentes en su capital. En lugar de liberalización lo que se produce entonces es un auténtico *management* (público) en la sombra. Cuando los Gobiernos retienen los poderes de intervención y control sobre los sectores "liberalizados" y sobre las empresas "privatizadas", ni la liberalización es real ni la privatización verdadera.

2. DEFINICIÓN POR LA LEY Y APLICACIÓN POR ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

El modelo de ordenación económica debe naturalmente definirse en la ley (completada en su caso, por Reglamentos ejecutivos de ley) en donde se establecen los principios, criterios, reglas y estándares de conducta, que configuran la ordenación. Una vez ello sentado, la supervisión diaria, la adopción de decisiones concretas, la aplicación y desarrollo de las reglas mediante criterios técnicos, se encomienda al ente regulador. En el caso europeo, ambas regulaciones –Ley y Reglamento- vienen determinadas en gran medida por la Unión Europea mediante Reglamentos y Directivas que los Estados miembros se limitan a trasponer en sus leyes. La experiencia europea aconseja que la implementación de estas leyes se lleve a cabo por un nuevo tipo de Administración no sometida al dictado político de los gobernantes de turno. Las Administraciones independientes deberán resolver las mil cuestiones que ante ellas se plantean de acuerdo con criterios, técnicos, jurídicos y económicos. Naturalmente, en el ejercicio de sus funciones deberán perseguir el cumplimiento de los objetivos y finalidades marcados en la Ley –señaladamente, la apertura del mercado, el logro de una competencia efectiva, la protección y defensa de los consumidores, la continuidad del servicio, la garantía de su prestación universal- pero todo ello lo harán con autonomía funcional, sin que la Administración gubernativa (ministros, subsecretarios o directores generales) pueda ejercer poderes de dirección sobre ellas. Se configura así una tarea o función políticamente neutralizada.

Según este modelo, el diseño del sistema corresponde al Parlamento y al Gobierno, es decir al poder político. Pero la aplicación de las normas y la supervisión de los comportamientos empresariales se encomienda a unas autoridades *ad hoc*, creadas al efecto, que estén alejadas en lo posible de los partidos. La razón de ello es clara y fue formulada, en el origen mismo de estas instituciones, por el gran juez norteamericano W. Hughes (1916), en los siguientes términos: "No es difícil dictar legislación adecuada en la que se establezcan los criterios y estándares necesarios, pero traducir un principio aceptados en decisiones concretas, sabiamente adaptadas a los casos particulares, es algo que

requiere un órgano experimentado y técnico, que actúe con continuidad y que esté tan lejos como sea posible de los engaños u las intrigas de la política".

Se trata con ello de aumentar la profesionalización, especialización y continuidad de la práctica regulatoria, que, al margen de cualquier otra finalidad, debe defender el sistema de prestaciones (para hoy y para mañana); se trata de racionalizar el ejercicio de la regulación, evitando las continuas contradicciones entre teoría y práctica que con frecuencia se dan en la política. Por eso, en el nuevo modelo de regulación para la competencia resulta imprescindible la separación entre regulador y Gobierno. Después de algunos años en que se intentó la convivencia de ambos sistemas, la Unión Europea ha llegado a la conclusión, avalada por la experiencia, de que la existencia de un ente regulador independiente es *conditio sine qua non* –requisito ineludible- para el buen funcionamiento del sistema. Los problemas con los que ha de enfrentarse son múltiples: actividades sometidas a tarificación, en coexistencia con actividades competitivas; tareas de arbitraje que solucione los conflictos entre los agentes, sobre todo en materia de acceso a la red; es necesaria la supervisión del cumplimiento de las reglas del juego y su necesaria adaptación a las circunstancias de cada momento. Por otro lado, la labor reguladora puede ser muchas veces impopular, sobre todo en el ejercicio de la potestad tarifaria de las actividades no competitivas. Tareas todas ellas que entrañan gran complejidad y exigen credibilidad. Un regulador "político" puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar la potestad tarifaria para el logro de otros fines ajenos al buen orden del sector específico; ha sido muy frecuente en España –y en otros países- la utilización de las tarifas como elemento deflactor de la economía y es difícil que un Gobierno eleve el precio de la electricidad, el agua o los teléfonos en épocas preelectorales.

3. NUEVO TIPO DE AUTORIDAD, NUEVO TIPO DE REGULACIÓN

Las Comisiones Reguladoras constituyen, pues, un nuevo tipo de autoridad; son organismos de nuevo cuño para una nueva tarea. Las notas definitorias de la misma son estas tres

- Debe tratarse, de verdad, de una **autoridad reguladora** (no asesora, ni instructora, ni ejecutora), que entraña una verdadera descentralización funcional. Alguna vez se ha dicho que constituye una nueva "división de poderes" en el seno de la Administración.

- Debe ser **independiente** de empresas, políticos y medios de comunicación. La clave de su independencia reside en el proceso de selección, nombramiento y status de inamovilidad de sus miembros.

- Debe gozar de un **status "quasi-judicial"**, dada su tarea de aplicación y ejecución de la ley, con el margen de juicio que corresponda. Sus actos no son actos políticos, sino resoluciones jurídicas, por lo que el "control" sobre ellos debe ser el mismo que tienen los jueces: el de otro Tribunal Superior que revise sus decisiones (es absurdo el recurso de alzada contra

ellos).

Pero no solamente debe cambiar lo que podríamos denominar el estatuto orgánico del regulador. Cambia también el espíritu, los objetivos y los instrumentos de la regulación. El modelo tradicional de Gobierno y Administración en Europa, heredero de Hegel y Napoleón (según los casos) era autoritario, jerárquico, intervencionista y centralizado. El Estado tenía un sentido mesiánico y monopólico del interés público, que sólo él conocía, pues se identificaba con su propio interés (el Estado era personificación jurídica de la nación) más que con el interés de la sociedad. El ciudadano era solamente un beneficiario pasivo del interés público, cuyo contenido debía ser definido y redefinido unilateralmente por el poder político. Esa titularidad en exclusiva del interés público legitimaba cualquier intervención, bajo la forma legal que en cada caso procediese (Ley, Decreto de necesidad y urgencia, Decreto Supremo, según las diferentes denominaciones). El mejor ejemplo de ello era la regulación tradicional del servicio público, que ponía en manos del Estado la dirección y modalización interna de cualesquiera prestaciones. En compensación, el Estado asumía también la responsabilidad del servicio, especialmente del equilibrio financiero de las empresas. La regulación no se inspiraba en razones específicas del sector regulado, sino en toda clase de razones políticas: de orden monetario, fiscal, laboral, social y, por supuesto, electoral, en las épocas previas a la convocatoria a las urnas.

Pues bien, esto ha cambiado radicalmente con la liberalización y la apertura a la competencia en los servicios públicos. Hoy el mercado impone sus reglas y las empresas deben actuar autónomamente –también responsablemente: ya no responde el Estado de sus resultados- y deben competir, en beneficio de los consumidores y usuarios. El interés público está, sobre todo, en la defensa del sistema como tal (no de los consumidores, ni de los operadores). La Administración es descentralizada, participativa, neutral, respetuosa del mercado y de la sociedad. El interés público ya no es el interés del Estado, sino el interés “del público”. Por ello, la intervención del regulador será en muchos casos mediadora, dialogada con los interesados1. Los objetivos se desplazan de los intereses del Estado-nación a los intereses de la sociedad, articulando y componiendo, cuando no lo haga el mercado, los intereses particulares y los intereses públicos (el primero de los cuales es la defensa del sistema).

4. LA PRINCIPAL MISIÓN DEL REGULADOR

Ya hemos dicho que la principal misión del regulador es asegurar el buen funcionamiento del mercado o mercados de que se ocupa, o de la actividad, en general, que tiene bajo su supervisión: la ciencia, la información, la imparcialidad y veracidad del audiovisual, la estabilidad del sistema financiero o el buen gobierno de las empresas. En el caso concreto de los servicios públicos

1 Vid. el interesante trabajo, sobre este último aspecto, de Juan Miguel de la Cuétara, “Sobre el diálogo regulatorio”, Ponencia presentada al II Congreso de ASIER, Montevideo, noviembre 2006.

liberalizados (industrias de red) el primer objetivo del regulador es garantizar –en lo posible- la competencia real y efectiva. Ahora bien, esto no es algo que se consiga por Decreto. La conversión en mercados competitivos de antiguos monopolios como el correo, las bolsas de valores, la electricidad, los carburantes, el gas o las telecomunicaciones, el agua o el transporte aéreo, por citar sólo los más importantes, no es algo que se produzca de golpe por muchas leyes que se aprueben.

Es preciso que vengan nuevos operadores, que cambien las reglas del juego, que se establezca una serie de obligaciones y derechos para el uso de instalaciones esenciales –redes, sistemas de almacenamiento y demás infraestructuras, que pasan a ser de uso común- y toda una serie de medidas adicionales cuyo asentamiento requiere tiempo. Este cambio no es un acto, sino un proceso, que, como ya se ha dicho, tiene que estar dirigido, monitorizado, supervisado y corregido –cuando se desvíe- por una autoridad reguladora a quien se confía esta tarea. *El objetivo inicial –fundamental- de estos entes reguladores es la gestión de los procesos de transición a la competencia en los sectores tradicionalmente monopólicos*. Este objetivo ha sido certeramente destacado por M.A. Fernández Ordoñez en los siguientes términos:

> *"Sin embargo en los procesos de transición a la competencia de los monopolios regulados, en aquellos casos en los que un sector ha vivido en condiciones de monopolio durante décadas y los componentes de redes hacen que durante bastante tiempo (el tiempo depende de la tecnología) haya componentes de monopolio muy fuertes, los mecanismos normales de protección de la competencia son insuficientes, y parece razonable gestionar este proceso a través de órganos reguladores (...)*
>
> *A los reguladores independientes se les dan facultades normativas, de pura administración (como conceder licencias), resolver conflictos y defender la competencia. Su singularidad es la de dejar en una sola mano todas esas funciones para que las decisiones no sean incoherentes, y esto es lo que permite caracterizarla como una función distinta, porque la suma de esas funciones permite una actuación singular que no pueden llevar a cabo otros órganos"2.*

En cambio, no es misión de los entes reguladores la protección o el logro de otras finalidades políticas ajenas al sector, por importantes que sean (macroeconómicas, sociales o regionales). Estos factores no deben mediatizar su actuación. Tampoco es misión suya la definición de políticas sectoriales, que corresponden siempre al gobierno. A éste corresponderá la planificación energética o la elaboración del plan técnico de comunicaciones, la política de abastecimientos, la definición de cuál sea la iniciativa pública en la materia, la definición del modelo de explotación o la política de concentraciones. Al regulador le corresponde, como al Juez, la ejecución de la Ley (y sus Reglamentos) manifestada en el otorgamiento de licencias y concesiones, supervisión de la defensa de la competencia (lucha contra prácticas restrictivas, etc...) la fijación de los términos de acceso a las redes, el cálculo y aprobación de tarifas, la fijación de estándares de medición o consumo, la emisión de circulares y directrices de

2 M.A, Fernández Ordóñez, "La protección de la competencia desde los órganos sectoriales", Gaceta Jurídica, núm. 204, diciembre 1999, pág. 97.

comportamiento, etc., etc.... Su actividad es jurídica, no política; y, por ello, los Gobiernos no deben encomendarles tareas o funciones que supongan una amplia potestad de apreciación política, completamente discrecional y de difícil control judicial. Estándares como "protección del interés general", "adecuado mantenimiento de los objetivos de la política sectorial" y otras expresiones semejantes no deben figurar nunca como criterios de decisión en las tareas que se les encomiendan3. Dejar en manos de los entes reguladores la apreciación –y en algún caso la configuración- de la política energética o de telecomunicaciones es algo impropio de estos entes, cuya actividad es estrictamente jurídica, de aplicación de la ley.

5. ESPECIAL APLICACIÓN DE ESTE MODELO DE ADMINISTRACIÓN (ENTES REGULADORES) A LAS INDUSTRIAS DE RED (ANTIGUOS SERVICIOS PÚBLICOS)

Las Comisiones reguladoras son anteriores a la liberalización. Nacen, como ya se ha dicho, a principios de siglo en los Estados Unidos para la ordenación económica de algunos sectores como el transporte o el sistema financiero y se extienden luego a las "*utilities*", cuya regulación requería esa combinación de profesionalidad (*expertise*), independencia política y legitimación jurídica. El resultado de su trabajo a lo largo de medio siglo 1930-1980 fue de gran calidad en los Estados Unidos, donde las Agencias y Tribunales configuraron el más completo y equilibrado modelo de regulación de los servicios públicos del mundo occidental *("cost plus model")*.

No obstante, este modelo de regulación "*cost plus*", que había inspirado el sistema, fue objeto en los años cincuenta y sesenta de críticas muy certeras que desembocaron con el tiempo en la sustitución del mismo por el actual modelo competitivo. Hay que recordar aquí algunos nombres –casi todos, más tarde, premios Nobel- como George Stigler, Milton Friedman, Ronald Coase, Harold Demsetz y otros. Su trabajo se consagrará en la década de 1970 donde, en palabras de Alfred Kahn, arraiga el consenso de que la gestión pública o semipública en monopolio había "suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios/salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo"4. Pues bien, la liberalización progresiva de sectores regulados (primero el transporte aéreo, luego el gas, las telecomunicaciones, la electricidad, los servicios postales o el transporte por carretera) ha hecho especialmente necesaria la creación en todo el mundo de comisiones o entes reguladores con las características ya señaladas.

---

3 Esto es lo que hace, por ejemplo, el D. Ley español 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la CNE.

4 Kahn, Alfred E., "The Economics of Regulation: Principles and Institutions". MIT Press, 1988, sexta edición, página xvi.

6. EXPERIENCIA EUROPEA: SIN REGULADOR INDEPENDIENTE NO HAY LIBERALIZACIÓN. CLAVES DE LA INDEPENDENCIA

Después de bastantes años de observar los distintos modelos organizativos de la regulación energética en los Estados miembros, la última directiva sobre el mercado interior (Directiva 2003/54/CE) ha incluido en su artículo 23 el siguiente mandato:

> *"Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras. Estas autoridades serán totalmente independientes de los intereses del sector de la electricidad", y tendrán unas competencias mínimas, entre las que se incluyen la resolución de conflictos y la potestad tarifaria, la aprobación de tarifas o, como mínimo, las metodologías de cálculo de las tarifas de transporte y de distribución".*

Esta formulación, sin embargo, no es completa. Decir que el regulador debe ser independiente del sector regulado es algo que resulta obvio y hasta un cierto punto grotesco (¡pues naturalmente!). El problema no es ese; el problema es la independencia del poder político, esto es, de los partidos sometidos al proceso electoral. Aunque ya quedó apuntado páginas atrás, conviene insistir y ampliar un poco este extremo. Las Comisiones deben reunir las siguientes características:

a) Deben ser, de verdad, *autoridad reguladora*, no sólo asesora, ni instructora, ni ejecutora. Debe tener capacidad de *ordenación* (es decir, de reglamentación) y *supervisión* del sector de que se trate. En muchos ordenamientos europeos, sin embargo, la función que se les asigna es más consultiva que decisoria. Abundan en las leyes expresiones como "formular propuestas", "emitir informes", "instruir el expediente" y otras semejantes, que son típicas funciones consultivas, no decisorias. Cuando en algún momento se le otorgan verdaderas potestades de regulación, éstas no se configuran como facultades propias, sino delegadas o encomendadas por su verdadero titular, que es el Gobierno. Ello se manifiesta con toda claridad en la normativa que reserva a la Administración centralizada del Estado los auténticos poderes de regulación del sistema (planificación, retribución de los operadores, aprobación de tarifas, otorgamiento de autorizaciones y concesiones). En algún caso incluso, cuando se le encomienda a un ente la función arbitral, se dice expresamente que ésta "no tendrá carácter público" (es decir, no corresponde al ejercicio de potestades de regulación sobre el sistema) sino que tendrá carácter voluntario para las partes, que pueden aceptarle o no como árbitro en los términos de la Ley de Arbitrajes Privados. Finalmente, contra las resoluciones adoptadas por la Comisión se establece en muchos casos recurso ordinario ante el Gobierno. Algo completamente impropio.

Creemos equivocada esta configuración chata y alicorta de las Comisiones Reguladoras. Para ese viaje no hacen falta alforjas. Si se quiere mantener la institución, hay que respetarle las funciones propias de su naturaleza, las que estos entes ostentan en todos los países en que ha sido aceptada la figura. Regular consiste en medir, ajustar, ordenar algo conforme a una regla que preside

el funcionamiento de una realidad. Ésa es justamente la función que corresponde a una Comisión. Una vez que el sector ha sido modelado por la Ley y una vez que el Gobierno ha dictado los reglamentos, lo mejor que éste puede hacer es desaparecer (salvo que se quiera cambiar el modelo, que es algo siempre al alcance del liderazgo político). Hay que atribuir a la Comisión tanto las funciones normativas subordinadas (aprobación de circulares, instrucciones y directivas) como las tareas ejecutivas esenciales (otorgar concesiones o autorizaciones, aprobar tarifas, adjudicar derechos y obligaciones, arbitrar intereses, levantar actas de inspección y sanción, etcétera). Contra sus actos no debe haber recurso ordinario ante el ministro, por la sencilla razón de que éste no es superior jerárquico de aquélla. Sólo cabe, en buena lógica, el recurso ante los tribunales ordinarios.

Este tipo de Autoridad reguladora es justamente lo contrario del tradicionalmente existente en la Administración europea, tanto napoleónica como bismarkiana. Este modelo tradicional se manifestaba muy expresivamente en la ordenación bancaria española, cuando la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1946-1962 afirmaba:

> *"No aceptando el Estado español el principio de neutralidad económica, la autoridad monetaria no puede ser delegada en el Banco de emisión sino ejercida permanentemente por el Gobierno, a través del ministro de Hacienda; aunque en el orden técnico sea conveniente encomendar los detalles de ejecución de la política que se haga al Banco de España, con una organización autónoma y con la responsabilidad, la independencia y la autoridad que requiere su alta misión de colaborador, informador y asesor del Gobierno en orden a la política monetaria y de divisas y a la disciplina de la Banca privada".*

La posición del Banco Central (ente supervisor) era clara: mero ejecutor, asesor, informador; completa subordinación al Gobierno; su independencia es nula. Pues bien, hoy la filosofía es distinta: los Estados se declaran "neutrales" en los sectores regulados, definen el sistema, alumbran y protegen los mercados y aseguran que éstos funcionen competitivamente. Esto se encarga a un regulador independiente.

b) Hemos dicho *independiente* y conviene explicarlo porque es una realidad que tiene múltiples dimensiones:

- *independencia en primer lugar de las empresas del sector:* hay que evitar la famosa "captura" (del regulador por éstas), que la experiencia dice se produce si no se adoptan determinadas cautelas. Ocurre, en primer lugar, que en muchas ocasiones los reguladores vienen del sector, porque en él se encuentra la "expertise" necesaria para su ordenación; ello hace que entre regulador y regulado siempre exista una cierta sintonía profesional. Ocurre también que el regulador puede ver en el sector su futuro (cuando cese en su función reguladora) y puede sentir la tentación de no resultar excesivamente incómodo para unas empresas en las que quizás puede acabar trabajando (fenómeno de *"revolving door"*, no infrecuente, como se podría fácilmente demostrar). Finalmente existe entre reguladores y regulados una relación profesional continua, necesaria para hacer bien sus respectivas tareas, que a menudo se ve continuada en la

vida social (pertenecen al mismo Club, comidas de trabajo, amigos comunes, invitaciones, asistencia a foros, viajes, etc.). Todo ello endulza la relación. Y la conjunción de los tres tipos de factores fácilmente puede dar lugar a una gran comprensión con sus peticiones. Después de todo, ¡paga el público!.

- *Independencia, en segundo lugar, de las autoridades políticas*, que tienen siempre intereses cortoplacistas (en política, seis meses ya es largo plazo) y electorales (la principal, si no única, meta del gobernante es mantenerse en el poder, cuidar la clientela, ganar votos); todo ello es la antítesis de la buena regulación, en los términos que ésta quedó configurada páginas atrás; por ello, el regulador debe estar convenientemente alejado del proceso político (como los jueces).

- En tercer lugar, el regulador debe ser y sentirse *independiente de los medios de opinión* (prensa y medios audiovisuales, sindicatos y patronales y otras entidades que puede ser *"opinion makers"*). De nuevo, aquí, su analogía con el poder judicial es clara. Uno y otro tienen que ser, ante todo, aplicadores de la Ley; de una ley en muchos casos técnica y compleja, cuyos razonamientos deben explicar en la motivación que debe acompañar siempre a sus actos, pero sin que les deba preocupar si con ello contentan o desagradan a unos u otros. Al regulador no le debe preocupar "quedar bien", sino mantener su autoridad y ser creíble (y entendible), guste o no. Un regulador "estrella", como un juez "estrella" es la antítesis de su naturaleza.

Cuando estas tres independencias no se mantienen, los resultados son nefastos. En España hemos padecido algún caso –en el sector financiero: caso Gescartera e inacción de la CNMV- en el que una excesiva relación del regulador con el regulado, unida a una excesiva dependencia del regulador con el poder político (a su vez amigo del regulado, cosa que el regulador sabía) dio lugar al peor de los resultados: el regulador, durante mucho tiempo, cerró los ojos ante lo que veía y no quería enterarse de lo que pasaba; por el contrario, hacía aquello que convenía al regulado o que suponía que el jefe político quería oír. Es justamente la antítesis, el falseamiento, la degradación de la función que tiene encomendada el regulador. Pero es inevitable que esto suceda cuando el regulador está demasiado cerca de los regulados o de los políticos. Las decisiones de los reguladores predeterminadas por el poder político en función de los más variados motivos (siempre calificados, naturalmente, de "intereses nacionales") han sido desgraciadamente numerosos en España5.

Pues bien, la clave de esta independencia está, por un lado, en el proceso de selección de sus miembros y, por otro, en el "status" jurídico-administrativo de que se les revista. Veamos por separado ambas cosas.

5 No es necesario aquí enumerarlos, pero remito al lector a dos libros míos anteriores, donde se explican con detalle algunos: vid. G. Ariño y L. López de Castro, "Derecho de la competencia en sectores regulados", Comares, Granada, 2ª edición, 2001, in totum. Y más recientemente, "Energía en España y desafío europeo". Comares, Granada, 2006.

7. SELECCIÓN Y STATUS DE LOS REGULADORES

La selección de reguladores debe basarse en criterios objetivos de mérito y capacidad, que en este caso resultan especialmente necesarios por la madurez, alta cualificación y preparación técnica que deben reunir los reguladores. En modo alguno puede basarse la selección en la proximidad política, amistad, cercanía personal o confianza ideológica que puedan suscitar los candidatos en el partido gobernante. En España, esta es una grave quiebra del sistema, que se manifiesta en muchas instituciones (no sólo en las Comisiones Reguladoras). La invasión de éstas por los partidos políticos es una grave deficiencia de nuestro sistema político (y de nuestra democracia). El Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de los jueces) el Tribunal de Cuentas del Reino, el Consejo de Radiotelevisión e incluso el Tribunal Constitucional se han visto lastrados desde su nacimiento por una presunta alineación política de sus miembros. Todos proclaman la buena doctrina, pero la realidad es que con demasiada frecuencia se produce en estas instituciones un sistemático alineamiento político en las votaciones, acorde con el origen de sus nombramientos. Es justo lo contrario de lo deseable.

Una situación patológica es la que se produjo en la configuración de la CMT (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) en la que, como en todas las demás, sus miembros proceden de las propuestas de los partidos políticos del arco parlamentario, habiéndose llegado a ampliar el número de sus miembros (de 7 a 9) para que todos los partidos alcanzasen en ella representación. Un verdadero disparate, tanto por el número de sus miembros (9 son excesivos), como por la razón por la que se les elige. En los textos legales se suele aludir a que la designación se realizará “entre personas de reconocida competencia técnica y profesional... previa comparecencia del ministro ante la Comisión competente del Congreso para constatar el cumplimiento de las condiciones por parte de los candidatos”. Pero esta teórica aspiración se ve burlada con mucha frecuencia en la práctica. Porque ¿quién demuestra o juzga la competencia profesional?. Por lo demás, quien debe comparecer ante una Comisión parlamentaria, como ocurre en USA, no es el ministro, sino los candidatos, que deben dar razón de sí mismos y someterse a las preguntas y peticiones de información que quieran plantearle los diputados. Es de criticar igualmente la presencia ministerial en la Comisión que a veces se prevé, tanto del director general de la Energía (con voto), como la del ministro y el secretario de Estado (aunque sea sin voto) “cuando lo juzguen preciso”. Esta tutela ministerial *in situ* sobre la Comisión resulta completamente improcedente e incluso poco estética.

En cuanto al *status* de las Comisiones y sus miembros, hay que decir varias cosas:

1) en primer lugar, si la selección se ha hecho bien, los mandatos deben ser largos, en torno a los nueve años, plazo superior a los mandatos electorales, de modo que la alternancia en los Gobiernos no pueda tener efectos traumáticos sobre los reguladores. La renovación parcial de las Comisiones cada tres años, asegura la continuidad y consistencia de sus acciones.

2) En segundo lugar, hay que consagrar legalmente la inamovilidad de los Comisionados, que sólo deben ser removidos de sus cargos por causas tasadas (negligencia grave, incumplimiento reiterado de las obligaciones del cargo, actuaciones dolosas o delictivas, comportamiento impropio en el ejercicio de sus funciones), previo expediente sancionador instruido con todas las garantías. Naturalmente, contra la sanción o decisión de separación del cargo, cabría recurso contencioso administrativo con un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, que permita la adopción inmediata de medidas cautelares.

3) En tercer lugar, hay que prever un rígido sistema de incompatibilidades, tanto en el ejercicio de la función reguladora como en los años posteriores a la misma, por un plazo mínimo de 4 años. La eventual existencia de conflictos de interés que pudieran darse en los Comisionados es un tema que deberá ser analizado, *ex ante*, por la Comisión parlamentaria ante la cual los candidatos deban comparecer para ser ratificados en su nombramiento. Esa misma Comisión se encargará de supervisar en todo momento los conflictos de interés que puedan surgir con posterioridad.

4) Finalmente, hay que garantizar por ley la completa autonomía funcional de su actuación. La tarea de una Comisión reguladora es aplicación y ejecución de la ley con el margen de discrecionalidad técnica que le corresponda en cada caso (dado por la Ley). Sus actos no son actos políticos (que impliquen valoraciones o apreciaciones políticas, incontrolables) sino resoluciones jurídicas (con apreciaciones técnicas de la realidad que les toque arbitrar o regular). Por tanto, el "control" sobre estos entes debe ser el mismo que sobre los jueces, ni más, ni menos (no hay "instrucciones" políticas del Ministro de turno, ni recurso de alzada ante él).

8. CARÁCTER SECTORIAL Y COLEGIADO

Hay dos opciones fundamentales en la configuración de las Comisiones reguladoras. La primera consiste en elegir un modelo de regulador multisectorial (al estilo de las *Public Utilities Commissions* estatales en los Estados Unidos) o bien reguladores especializados por sectores (gas, electricidad, agua, telecomunicaciones, transporte aéreo, ferrocarriles o audiovisuales), como son las Agencias federales norteamericanas y la mayoría de los reguladores europeos. En mi opinión y sin perjuicio de unificar en un mismo regulador los subsectores próximos o semejantes (por ejemplo gas y electricidad, telecomunicaciones y audiovisual, transporte aéreo y marítimo, etc.), son preferibles los reguladores sectoriales a los multisectoriales, pues aunque hay principios comunes y criterios y técnicas regulatorias que se aplican por igual a todos los sectores (por ejemplo, acceso a redes, criterios de cálculo de tarifas, obligaciones de compartición de infraestructuras y otros extremos), cada uno de ellos reúne características específicas, diferencias tecnológicas y de definición de mercados, con un índice de rotación de capitales distinto y otras singularidades que el regulador debe conocer, porque de ellas derivan soluciones diferentes a problemas aparentemente semejantes. Por ejemplo, los grados o niveles de integración

vertical entre redes y servicios (o por el contrario, exigencia de *"unbundling"* entre unas y otras empresas) pudiera entenderse que son una nota común a energía, telecomunicaciones y transporte, cuando en mi opinión cada sector requiere condiciones diferentes6. Cada sector debe tener, pues, su propio regulador.

Respecto a la alternativa entre regulador unipersonal (modelo inglés) o colegiado (modelo americano y de la mayoría de los países del mundo) sin duda parece preferible el segundo: una autoridad colegiada, de 5 miembros (no más) siguiendo el modelo federal americano (sectorial y colegiado). En cualquier caso, debe ser *"autoridad"*, no un simple organismo representativo y consultivo, y debe disponer de medios acordes con sus responsabilidades. En este último aspecto, la experiencia acredita que la variedad es muy grande entre las agencias de todo el mundo, sin que pueda darse una regla fija; en general, sus fondos proceden del sector, en una cantidad que oscila entre el 0,1% y el 1% de los ingresos brutos generados en el mismo, lo que supone una cantidad importante que permite mantener un *staff* de personas expertas suficientemente amplio (en USA, las grandes Agencias tienen varios cientos en plantilla, y también en el Reino Unido, como es el caso de OFCOM).

9. LO FUNDAMENTAL ES LA CREDIBILIDAD DEL REGULADOR

Ésta es, sin duda, la principal característica que debe reunir el regulador: su fiabilidad. La acción reguladora en un mercado progresivamente competitivo tiene mucho de composición de intereses, de arbitraje entre ellos (entre los diferentes operadores del sector, entre éstos y los consumidores, entre los diferentes tipos de usuarios, entre los de hoy y los de mañana, etc.). Lo importante no es que el regulador no se equivoque nunca, sino que todos los afectados por la decisión estén plenamente convencidos de que su equivocación se produce sin intereses espúreos (y que los efectos del error se corrijan lo antes posible). Por eso es necesario que el regulador tenga autoridad y prestigio, y sea creíble, sin sombra de partidismo o parcialidad.

Para fundamentar la credibilidad de un regulador se requiere un alto grado de *conocimientos técnicos* al servicio del mismo. Esto no se improvisa, ni resulta fácil de obtener en muchos países. Requiere tiempo, experiencia, formación y ayuda de consultores en los primeros años. Hay que promover la extensión entre los agentes económicos –que tampoco tienen grandes equipos de regulación según el nuevo modelo- de esa nueva "cultura regulatoria" a la que antes nos referíamos, porque ello facilita las cosas. Siempre sabiendo que la transición provocará tensiones y conflictos con los que habrá que contar.

10. TAN IMPORTANTE COMO EL RÉGIMEN LEGAL ES LA PRÁCTICA REGULATORIA. HAY QUE EVITAR EL RIESGO REGULATORIO

6 Vid. las diferentes exigencias de separación estructural que llevan consigo las redes eléctricas y las redes de telecomunicaciones en G. Ariño et al, "Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados" (1996-2003), Comares, Granada, 2004, páginas 203 y siguientes.

En la moderna regulación de los servicios públicos hay que distinguir dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal, teórico, y la práctica regulatoria. El régimen o esquema regulatorio, definidor de los derechos y deberes de los operadores –autoridades, gestores, usuarios- es fundamental. Debe ser claro, estable, equilibrado, debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; pero, por su propia naturaleza, la regulación no define con precisión *soluciones cerradas* a los múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que se ve obligada a formular criterios flexibles de actuación, en función de los objetivos -estos sí, firmemente asentados- y de las circunstancias del momento. Así, la apreciación o no de si existe poder de mercado (*market power*) en una determinada área de actuación (o territorio); o si hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros en un momento dado; o cuál haya de ser la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que requieren nuevas conexiones en el servicio o un aumento sustancial de potencia; o la estimación del canon de peaje exigible para la interconexión y el transporte de energía (o de señales) por la red. Son todos ellos problemas que los reguladores han de resolver, pero que no pueden ser predeterminados *ex ante* en los textos legales. Hay que dejarlos -en alguna medida- al juicio discrecional y técnico de los órganos competentes. Ello implica que *tan importantes como las regulaciones son los reguladores* encargados de su aplicación. Tan importante como el diseño de la norma es la formación, la calidad, y la ejemplaridad de las personas a quienes se confía esa tarea.

Hay que reducir al mínimo el *riesgo regulatorio*. Éste no es otro que el riesgo de la discrecionalidad, la arbitrariedad, la parcialidad o la falta de credibilidad del regulador. Hemos defendido anteriormente la conveniencia de independizar al regulador del poder político, para evitar que éste caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos, legítimos si se quiere, pero ajenos al servicio y que deben obtenerse a través de medios más transparentes y legalmente aprobados. Pero la figura del regulador independiente no está tampoco exenta de riesgos frente a los que el legislador debe precaverse.

Para ello, es fundamental que en el ejercicio de la actividad reguladora se cumplan también los requisitos generalmente exigidos para toda la actividad administrativa: toda regulación debe ser elaborada con carácter general, objetivo y global, como es propio de toda norma; no debe admitir dispensas ni tratamientos singulares (inderogabilidad singular de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las reglas de juego. Éstas deben ser –en lo posible- claras y estables, bien determinadas, no excesivamente discrecionales, de forma que las empresas puedan diseñar sus propias políticas de actuación, a la vista de ellas. Es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad en las reglas* en el modelo de regulación para la competencia; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles. Es igualmente importante reducir al máximo la discrecionalidad del regulador en las decisiones concretas.

En definitiva la gran cuestión que en este terreno se plantea no es otra que el desarrollo de la potestad reglamentaria y la aplicación al ente regulador del principio de la norma previa, de modo que quede también limitada la

discrecionalidad técnica de sus juicios. Ello es especialmente necesario en materia de tarifas, mediante la aprobación de un marco estable en el que se fijen las reglas y criterios de cálculo de los costes, de modo que las decisiones del regulador vengan enmarcadas en unos parámetros y conceptos bien definidos. De esta forma, la tarifa no se fija. Simplemente se calcula. Y en tales condiciones, el control judicial será posible, el sistema ofrecerá credibilidad y seguridad a los inversores.

Hay que reconocer, no obstante, que en estos campos no es fácil lograr un tipo de vinculación del acto a la norma semejante al que es propio de la tipicidad del acto administrativo ordinario. En algunos aspectos es imprescindible reconocerle al regulador una cierta flexibilidad en la apreciación de las circunstancias (discrecionalidad técnica), pero al mismo tiempo hay que exigirle en estos casos una estricta y detallada motivación de todos sus actos.

11. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ENTES REGULADOS. CONCLUSIONES AL RESPECTO

Se ha discutido mucho en todos los países el alcance y límites del poder de las Administraciones independientes. Su misión de supervisión y control de los sectores regulados nadie la discute. El problema se plantea con el concepto de "ordenación" y hasta qué punto estas entidades gozan o no de poder de dirección o configuración política de la economía, en concreto, de los sectores sobre los que versa su actividad. ¿Cuál es, en definitiva, la legitimidad, el alcance y los límites del poder regulador?.

Responder a esta pregunta exige replantearse la vieja distinción entre Gobierno y Administración, la distinción entre dirección política y actuación administrativa, ambas en el marco de la ley y sometidas al control de los Tribunales. En el quicio de esa cuestión se encuentra el poder reglamentario de los entes reguladores que hay que delimitarlo en el marco de la división de poderes que caracteriza los Estados modernos. Desde esta perspectiva, es claro que en un Estado de Derecho Social y Democrático la actividad de Gobierno y dirección política corresponde a aquéllos que han sido elegidos democráticamente, es decir, Gobierno y Parlamento, con los poderes que correspondan a cada uno de ambos órganos según la estructura constitucional de cada país (sistema parlamentario o presidencialista, ámbito y alcance de la reserva de ley, poderes de dirección política asignados al Gobierno o al Presidente de la República, etc.).

Ahora bien, el Estado democrático es al mismo tiempo Estado de Derecho; es el *"Government by law, not by men"*, lo que significa que el Gobierno, en todas sus actuaciones, está vinculado a reglas previamente establecidas –de procedimiento, de organización, de criterios y formas de actuación- que asignan potestades entre los distintos organismos del Estado, de modo que los ciudadanos pueden conocer –y prever- con bastante certeza cómo se usarán los poderes de coacción. Esta es, en esencia, la aspiración que entraña el principio de legalidad, que en su máxima expresión –ciertamente utópica- persigue lo

siguiente: “que ningún órgano del Estado pueda adoptar una decisión singular que no se ajuste a la regla general previamente declarada” (Duguit, *“Traite de Droit Constitutionnel”*, París, 1923).

Como es sabido, la gran quiebra del Estado de Derecho es la discrecionalidad de juicio y de voluntad que en determinados momentos y en determinados campos de actuación –especialmente en la dirección de la política económica- acompaña a la acción de Gobierno. La realidad es que el poder discrecional –es decir, la libertad de elegir entre dos o más alternativas legalmente posibles-ha estado siempre presente, tanto en las decisiones del *poder legislativo* (al que la Constitución no vincula estrechamente) como en las decisiones de los *Gobiernos* (a los que ha habido que reconocer poderes de decisión en multitud de materias y circunstancias) como también a los *jueces* (a los que se reconoce una no pequeña discrecionalidad de juicio a la hora de dictar sentencias, especialmente en materia de intervención económica y en cuestiones de competencia). Y es que el Derecho (constituciones, leyes, *statutes*) va siempre acompañado de un grado de indeterminación variable que, caso por caso, tiene que ser rellenado y cumplimentado por el operador jurídico. Frente al dualismo tradicional del *rule of law*, que únicamente reconocía dos categorías de comportamiento –*application of law and arbitrary action*–, todos los gobiernos del mundo han tenido que reconocer una tercera modalidad de actuación del poder político: el *razonable ejercicio de un poder discrecional*, algo que los juristas hemos tratado siempre de limitar, pero que renace una y otra vez, a medida que los gobiernos amplían su campo de actuación e intervienen en el mundo económico y social.

Este poder discrecional recae básicamente en el Gobierno, que lo ejerce a través del ejercicio del poder reglamentario y de las decisiones de asignación de los fondos públicos a las diferentes finalidades u objetivos sociales. Así es como los Gobiernos ejercen la dirección de la política nacional, en el marco de la ley. Pues bien, la cuestión que se plantea con los entes reguladores es ésta: ¿en qué medida pueden –o deben- éstos participar en el ejercicio de ese poder discrecional de ordenación económica que en principio, constitucionalmente, corresponde al Gobierno?.

No se puede contestar a esta pregunta en abstracto. Una respuesta con base en el derecho positivo sólo podrá darse a la vista de los términos en los que la Constitución de cada país configura los poderes del Estado. Lo que sí podemos dar es una respuesta racional sobre lo que, en principio, parece deseable que suceda para garantizar el buen funcionamiento de la regulación económica en un país cuya economía se base en el mercado y la iniciativa privada, en los derechos de propiedad y en la competencia efectiva entre los agentes. Este es el modelo universalmente aceptado en él hay que situar hoy el papel del Estado. La cuestión entonces es: ¿bajo qué modelo de ordenación y en manos de quién debe quedar la regulación para que el Estado pueda cumplir mejor su papel?.

No parece en principio contrario a la democracia que existan, dentro del aparato del Estado, espacios públicos (organismos públicos, si queremos) en los que se restrinja la injerencia gubernamental y sobre los que la influencia esté condicionada por la Ley. Muy al contrario, la legitimidad democrática presupone

no sólo el respeto a la ley y a la Constitución, sino también el respeto al sistema institucional. Un Estado de Derecho maduro y evolucionado no se basa sólo en la clásica división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) sino también en un sistema objetivo de competencias asignadas por ley a un conjunto de entidades territoriales e institucionales que, en garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos, se crean y articulan para el desempeño de las funciones públicas. En un Estado de Derecho, la división de poderes no es sólo una sino muchas y es una garantía de libertad la no concentración de la totalidad del poder político en una sola mano.

Ello no significa, obviamente, que aquellas instituciones públicas dotadas de autonomía funcional como son los entes reguladores actúen en total y completa desvinculación del Gobierno. No son asteroides que giran a su aire. Estarán vinculadas a aquél (y al Parlamento) en la medida en que éstos le marcan las normas de actuación, los fines a los que debe servir y los criterios a los que debe ajustar sus decisiones. Son, en definitiva, parte del Estado, cuya dirección política tiene encomendada el Gobierno (artículo 97 de la CE: "El Gobierno dirige la política interior, la Administración civil y militar…, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria…").

Ahora bien, ello no impide que, una vez alcanzados determinados acuerdos sobre el modelo de ordenación a seguir en determinados sectores y una vez plasmados éstos en una Ley, es decir, una vez definidas determinadas políticas de Estado, sobre las que hay consenso político, se encomiende la ejecución de éstas a unas autoridades constituidas al efecto, a las que ambos poderes constitucionales –legislativo y ejecutivo- dotan de las potestades necesarias para ello. Como señala con acierto Floriano de Azevedo, las "políticas de Estado consignan las premisas y objetivos que el Estado quiere ver consagrados en cada momento histórico para un determinado sector de la economía…; están marcadas por el rasgo de la estabilidad y continuidad de las acciones; y son necesariamente estructurantes, en el sentido de que marcan la dirección y las reglas básicas a las que se ajustarán las políticas de gobierno, esto es, de cada Gobierno que llegue al poder. Éstos podrán imprimir, sin duda nuevos objetivos a la acción pública en los sectores sometidos a regulación, podrán definir, mediante normas aprobadas al efecto (Decretos o Leyes) nuevos parámetros o reglas de actuación, a las que el regulador deberá ajustar sus decisiones. Pero deberá respetar el modelo de regulación acordado porque éste constituye una "política de Estado"7.

Pues bien, en el marco de ambas políticas, de Estado y de Gobierno, definidas en las leyes y reglamentos gubernamentales los entes reguladores o Administraciones independientes deben diseñar y practicar sus propias políticas regulatorias tendente a hacer realidad los objetivos marcados por las políticas públicas. Las Administraciones independientes no definen políticas, sino que las ejecutan. Pero, a diferencia de lo que es habitual en la Administración orgánica y centralizada, el Gobierno (o el Ministro del área de que se trate) no ostenta poderes de instrucción, vigilancia y supervisión sobre la elección de medios o el

7 Sobre esta distinción entre políticas de Estado y políticas de Gobierno, vid. la lúcida y brillante exposición de Floriano de Azevedo, en "Agencias Reguladoras, Instrumentos de fortalecimiento del Estado". ABAR-BID, Porto Alegre, Brasil, 2003, páginas 37 y siguientes.

uso de instrumentos que el ordenamiento pone en manos del ente regulador para el desempeño de su tarea. Esta es una tarea que queda reservada a su autonomía funcional y en cuyo ámbito goza de una cierta discrecionalidad para llevar a cabo su propia "política regulatoria" (elección de medios e instrumentos previstos en la Ley).

Conviene aquí hacer alguna matización. Porque en efecto, la discrecionalidad, como ya hemos dicho, es la vía de penetración de lo político en lo administrativo (que es siempre jurídico, en el sentido de que está sometido a previsiones legales). Por ello, en su sentido más prístino y radical la atribución de verdadero poder discrecional, con capacidad de configuración política, sólo corresponde al Gobierno (Consejo de Ministros y Ministros). Las Administraciones independientes no pueden ser titulares de discrecionalidad configuradora, ni, por tanto, de verdadero poder reglamentario político, que en la mayoría de las Constituciones sólo corresponde al Gobierno, democráticamente elegido.

Ahora bien, el poder reglamentario no termina con la definición de objetivos y asentamiento de reglas y principios generales. Como ya se ha dicho, los legisladores son en muchas ocasiones incapaces de prever y dar respuesta concreta a la multitud de supuestos que se presentan en el mundo financiero, energético, del transporte o las telecomunicaciones; y se ven obligados a diseñar marcos de actuación flexibles en el que los entes reguladores (y en su caso, los jueces) puedan elaborar las soluciones adecuadas a los problemas o controversias que puedan surgir entre los principales actores de cada sector. En la tarea de ordenación y supervisión de los sectores regulados existe siempre, por tanto, un ámbito de discrecionalidad técnica, cognitiva, no de configuración política, pero sí de valoración y ponderación de intereses, que queda en manos del regulador.

Pues bien, esa discrecionalidad, que se oculta muchas veces bajo conceptos jurídicos indeterminados de amplio espectro, como "justo y razonable", "normal beneficio industrial", *"used and useful"*, "competencia leal" y otros muchos, puede y debe ser objeto de limitación y previsión mediante el ejercicio de un poder reglamentario derivado y subordinado que corresponde a los entes reguladores. El poder reglamentario de los entes reguladores es la mejor manera de hacer realidad el Estado de Derecho en la ordenación de la economía. Actualmente, la "lucha por el Derecho" está en esto: en la progresiva delimitación de los poderes discrecionales mediante una mejor definición de los criterios de actuación que deben acompañar a toda delegación de poder; mediante un mejor y más extenso *administrative rule making* y mediante una mejor definición de estándares a los que deba ajustarse la aplicación de las reglas. En ello consiste en gran medida el progreso del *rule of law* en el derecho económico de nuestros días.

Ocurre, sin embargo, que la tendencia natural de muchas agencias, tanto en Europa como en América, es la de renunciar a su poder regulador y actuar únicamente caso por caso. Ciertamente, esperar a que surja un caso y clarificar los criterios de actuación en la medida en que sea necesario para decidir aquel supuesto, sin más, hasta que llegue el siguiente, es una forma cauta de construir el derecho sin comprometerse. Pero no es la mejor forma de predecir situaciones

futuras, como quería Holmes cuando en *"The path of law"* decía que la tarea del jurista es básicamente "predicción": la predicción de qué consecuencias puedan tener nuestras actuaciones. Pero es lo cierto que las Comisiones (en USA y en los demás países), en general, han caído, como digo, en estos hábitos de aplazar innecesariamente la tarea de elaborar y aprobar reglas. Con mucha frecuencia se resisten a la expresión detallada de su comportamiento a través de Reglamentos. Este es un punto en el que se necesita una reforma. No sólo hay que reconocer a los entes reguladores potestad reglamentaria, sino que hay que obligarles a que la ejerzan.

En España, a las Comisiones Reguladoras se les reconoce una restringida potestad reglamentaria, limitada a dictar, por delegación legal expresa, las disposiciones necesarias para la mejor ejecución de las normas aprobadas por el Gobierno (o el Ministerio correspondiente). Se trata de normas complementarias (llamadas casi siempre "Circulares") que se dictan para la mejor ejecución de las leyes y reglamentos del Gobierno. Tal es el caso del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en cuyas leyes se contiene un precepto similar que dice así:

"La Comisión Nacional del Mercado de Valores (o el Banco de España), para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar 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".

Hay, así, una doble habilitación: la de la ley (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y Ley del Mercado de Valores) y la del Real Decreto del Gobierno que en cada caso le otorga expresamente la facultad de desarrollar esa norma. Con carácter más genérico e indeterminado se contienen también normas habilitadoras en otras leyes como la Ley de Telecomunicaciones o del Sector Eléctrico, que hablan de la competencia de las respectivas Comisiones para dictar "instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector", las cuales recibirán la denominación de "Circulares" y deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

También el Tribunal Constitucional español ha admitido expresamente la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, pues entiende que ello es necesario para que éstas "puedan cumplir adecuadamente sus funciones" (FJ 7º.b) de la STC 133/1997, de 16 de julio). La amplitud de ejercicio de esta potestad reglamentaria es, con todo, diferente en las distintas Comisiones: frente a la amplitud con que se le otorga al Banco Central o a la Comisión del Mercado de Valores, son más estrictas las que ostentan la CMT o la CNE. La doctrina se inclina en cualquier caso por exigir que el núcleo esencial de la formación está establecido en Leyes o Decretos y sólo la regulación de aspectos secundarios o de cuestiones puramente operativas o procedimentales sean delegadas a las Administraciones independientes.

Esta posición de los entes reguladores en el sistema de fuentes del Derecho es la más habitual en Europa. Tanto la jurisprudencia constitucional

como la doctrina administrativa8 entiende que la potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes es "particular", "dependiente del bloque de legalidad (Ley + Reglamento) subordinada, complementaria (para el desarrollo y ejecución de las normas del Gobierno). Por tanto, no existe –dicen- reserva competencial alguna a favor de aquéllas.

El Gobierno, según esto, no tendría límite alguno a la hora de dirigir, orientar, condicionar o enmarcar la actuación de las Administraciones, siempre que lo hagan por vía de norma. Lo que no pueden es dirigir o predeterminar –ni tampoco corregir a posteriori- sus actuaciones concretas, porque eso significaría una invasión de su autonomía funcional.

En cuanto al procedimiento de elaboración de las normas dictadas por los entes reguladores, no vienen éstos sujetos al procedimiento general de aprobación de disposiciones generales, que se contiene en la llamada "Ley del Gobierno" (artículo 24: "Del procedimiento de elaboración de los reglamentos"), pero sí resulta de aplicación, en cambio, y de modo muy especial el artículo 105.a) de la Constitución española que reza así: "La Ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones que les afecten". Este principio constitucional ha quedado reflejado tanto en la Ley del Mercado de Valores (artículo 23) a través de la audiencia de su Comité Consultivo, órgano asesor que incorpora a los interesados en el sector, como en la Ley de Autonomía del Banco de España (artículo 3) que impone la audiencia de "los sectores interesados" antes de la aprobación de las Circulares. Menos exigentes son la Ley de Protección de Datos y la Ley de Telecomunicaciones, que se limitan a disponer que se dará audiencia previa a las asociaciones que representen los intereses en juego "cuando proceda" (así de indefinido).

Dejando ahora a un lado la dicción concreta de las normas y elevándonos un poco por encima del derecho positivo de un país o de otro, hay que constatar el hecho de que cualquiera de los sectores regulados de nuestras modernas sociedades se sostiene sobre un constante y complejo flujo de datos, ideas y proyectos que se cruza a diario entre, por un lado, reguladores y Gobiernos y, por otro, agentes del sector, analistas y consumidores, no sólo por procedimientos formales sino sobre todo por la continua comunicación que se mantiene entre ellos a través de una variada panoplia de medios informales (foros de debate, discursos, ponencias, análisis de problemas y toda clase de información recíproca).

Al mismo tiempo –escribe de la Cuétara- "la regulación de estos sectores ha generado recientemente una serie de instrumentos de ordenación de conductas, sustitutivos de las normas clásicas (ley y reglamento), que son,

8 Vid., por ejemplo, decisiones del Consejo Constitucional francés86-217 y 88-248 sobre los poderes normativos del Conseil Superieur de l"Audiovisual (antes, Comission Nationale de la Comunication et des Libertés) que reconoce potestad reglamentaria sólo en el marco establecido por las leyes y reglamentos gubernativos. En la doctrina, entre otros, Parejo Alfonso, "La potestad normativa de las Administraciones independientes", en Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo, Civitas, vol. I, 1994. Pero sobre todo, puede verse el excelente libro de Mariano Megide, "Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes", Tesis Doctoral, Valladolid, 1999, pág. 656 y ss.

también, eminentemente informales y que los juristas no hemos acabado de asimilar todavía. Son las "comunicaciones", "directrices", "recomendaciones", "códigos de buenas prácticas" y demás preceptivas no vinculantes, que se hacen circular por alguna autoridad pública o algún regulador, pero que no tienen ni rango, ni rigor ni formalidad reglamentaria. Es el llamado *"soft law"*, cuya imperatividad es dudosa, pero son muy eficaces. No son exigibles, pero se cumplen, con la ventaja de que su emisor puede ampararse en su inexigibilidad para eludir cualquier responsabilidad; la informalidad es siempre cómoda para el poderoso".

Es este un tema –el del *soft law*- que nos llevaría muy lejos y en el que no podemos entrar9 ahora, pero sirve para ilustrar algo: que el regulador sectorial, si quiere hacer las cosas bien (es decir, regular bien) necesita un diálogo mucho más interactivo que el legislador o el propio Gobierno, cuando formulan principios generales.

Muchas otras consideraciones podrían hacerse sobre ambos temas –diálogo regulatorio y *soft law*- pero desbordaría los límites de esta ponencia.

Madrid-Río Janeiro, 23 de noviembre de 2006

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre la Naturaleza y Razón de ser de los Entes Reguladores y el Alcance de su Poder Reglamentario. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN**

9 Me remito sobre él al sugestivo trabajo de Juan Miguel de la Cuétara titulado "Sobre el diálogo regulatorio", presentado como Ponencia al II Congreso Iberoamericano de ASIER Montevideo, 29-30 de noviembre de 2006. Y también en "Técnica Normativa y Regulación Económica", autor del mismo.

1981-1861

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.