

**Sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes y los reglamentos regulatorios (una nota a la Sentencia de la AN de 21 de octubre de 2001)**

**Marcos M. Fernando Pablo**  
**Departamento de derecho administrativo**

**Universidad de Salamanca**

**I. Los antecedentes**

Mediante resolución de 4 de noviembre de 1999, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, publicó la importante Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la citada Comisión, que regulaba la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas. Disconforme con el régimen que resultaba de la misma, el operador histórico ( Telefónica España SAU) interpone recurso contencioso alegando infracción del principio de legalidad, al apreciar que parte del contenido de la Circular ( los apartados. 7, 8 y 10) supone ejercicio de potestad reglamentaria que extralimita el ámbito lícito de las Instrucciones o Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por suponer el ejercicio de verdadero y propio poder reglamentario del que carecería al no disponer de habilitación legal expresa.

Este planteamiento permite a la Sala de la Audiencia Nacional, en una precisa resolución, examinar las características singulares no sólo de la potestad ejercitada al dictar "Circulares", sino también el régimen diferenciado de estos productos normativos ( que, en otra ocasión, he llamado reglamentos regulatorios, por dirigirse sólo a determinados sujetos, los operadores del sector, y poder recaer sólo en el ámbito específicamente señalado por la legislación que los autoriza: Vid. FERNANDO PABLO M., Derecho General de las Telecomunicaciones, Colex, Madrid 2000, pag. 166 y ss). Con ello se plantea el que es, quizá el tema más polémico de las llamadas Administraciones Independientes, en cuanto entes que gozan de cierta "independencia" frente a la Administración que, constitucionalmente, se subordina al Gobierno, siendo este ( art. 97 C.E) el titular originario de la potestad reglamentaria . ¿Cómo admitir, entonces la presencia de un ente que ejerce, por mandato de la Ley potestad reglamentaria que " limita" la potestad del Gobierno?

**II. Los fundamentos: un tipo singular de reglamentos que la ley puede habilitar en organismos independientes del gobierno**

La sala comienza destacando que para enjuiciar estas cuestiones es preciso destacar que

*En el Derecho español no cabe desconocer, de una parte, la tenencia de una Potestad normativa propia de la Comisión, ejercida en un ámbito determinado de materias y operadores y, de otra, la posibilidad de otro ámbito distinto de facultades, ejercidas previa habilitación de quien detenta o ejerce la potestad reglamentaria.*

Admitido este punto de partida, que apunta a la diferenciación de dos potestades normativas diferentes, una referida a ámbitos concretos derivada del art. 1-2 del RDL 6/96 (la Comisión podía *adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia del mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes, de telecomunicaciones por lar, operadores y a la interconexión a las redes*) y afectando a sujetos determinados ( los operadores de redes y servicios) y una segunda, más general, derivada de habilitaciones o "delegaciones" que podría realizar el Gobierno mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria o las propias normas con rango de Ley, el problema es fundamentar la primera y determinar su concreto alcance.

A este propósito la Sala insiste en que

*"el RD 1994/1996, de 6 Sep., precisaba la calificación que debía adoptar la norma, a la vez que determinaba su ámbito. Establecía en el art. 20.2 de su Reglamento que las «instrucciones a que se refería el apartado anterior recibirán la denominación de Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», Una mayor precisión se alcanza en el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión en el que se distingue entre instrucciones Internas, referidas al funcionamiento de los servicios*

de la Comisión que han de ser dictadas por su Presidente, e instrucciones externas a las que denomina Circulares (arts. 3.2 y 13.3.e). La Ley 12/1997, de 24 Abr., de Liberalización de las Telecomunicaciones mantiene el esquema competencial indicado reafirmando el apartado f, del párr. 2 del art. 1 que «para salvaguardar la libre competencia en el mercado... la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial Estado»... Finalmente en la L 24 Abr. 1998, General de Telecomunicaciones, se mantiene la potestad sancionadora de la Comisión derivada del incumplimiento de las resoluciones, instrucciones y requerimientos de ellos emanados.

De todo ello la Sala destaca que **“existe un ámbito normativo propio de la Comisión que se circunscribe a un fin determinado y a unas entidades determinadas. El fin es la salvaguarda de la libre competencia del mercado y las entidades aquellas que actúan como operadores en el sector”**., pero que, independientemente de las facultades normativas propias de la Comisión, ésta **puede ejercer funciones reglamentarias del Gobierno que la delegadas, previa habilitación del Gobierno que la detenta originariamente, o de los Ministros, que la ejercen previa habilitación.**

El fundamento de la potestad propia de la Comisión, dependiente directamente de su ordenamiento particular y cuyos sujetos destinatarios son exclusivamente los operadores, lo encuentra la Sala en la situación de sujeción especial en que se encuentran tales sujetos. Si bien este tema es el más delicado de la argumentación ( por lo difícil que resulta la aplicación de los conceptos de relación especial de sujeción, habida cuenta de sus consecuencias en orden, por ejemplo, a la reserva de Ley), la Sala entiende que

**“ la posición de los operadores como titulares de licencias, que les faculta para la actividad autorizada, les coloca frente a la Administración en una posición de especial sujeción en beneficio de los intereses generales. Ella justifica que la Administración Pueda intervenir en las relaciones entre operadores, tanto de acceso como beneficiarios...”**

Tal posición de sujeción especial permite a la Comisión afirmar, frente a la alegación de la recurrente de que se estaba afectando la reserva de ley que exige la intervención en la libertad de empresa:

*La Comisión no ha actuado en el ámbito de competencias reglamentarias para cuyo ejercicio sea necesaria habilitación por parte del Gobierno o del Ministro correspondiente, sino en la esfera de atribuciones propias de las que dispone la Comisión, siempre que respete los límites dentro de los cuales le han sido conferidas las potestades normativas a las que se ha hecho referencia. Actuación que por todo lo expuesto **no es contraria al principio de libertad de empresa** pues resulta favorecedora de tal mandato constitucional.*

A continuación, la Sala examina si los artículos impugnados son contrarios a mandatos expresos de Reglamentos procedentes del Gobierno ( en concreto, al Reglamento de Interconexión) no apreciando tal vulneración, pero dejando implícitamente reconocido que estos reglamentos regulatorios están sujetos también a las normas reglamentarias que pueda haber dictado el Gobierno en desarrollo de las leyes del sector.

*“la Circular se ocupa de los procedimientos administrativos para la preasignación de operador, y no del procedimiento para alcanzar acuerdo de interconexión como alega la demandante. De ahí que el plazo de cuatro meses prevista en el art. 2.4 del Reglamento de Interconexión no sea extrapolable a los procedimientos a que se refiere el art. 10 de la Circular en relación con el Anexo I. Estos procedimientos además sólo resultan de aplicación en el supuesto en que las partes no alcancen un acuerdo al respecto, o sí, con anterioridad se hubieren agotados las posibilidades de acuerdo. ...*

*No existe, por tanto, vulneración en la Circular de lo establecido en el Reglamento de Interconexión, por infracción de norma de superior rango jerárquico”*

### **III. Y la eterna cuestión de si tales reglamentos afectan a la reserva de la potestad reglamentaria al Gobierno ex art. 97 de la Constitución.**

Como no podía ser menos, la Sal se vé obligada a pronunciarse sobre una cuestión que ha planteado no pocas dudas doctrinales sobre la constitucionalidad misma de estas Administraciones Independientes, en la medida en que la atribución, mediante Ley de tales potestades normativas pudiera “restringir” la potestad originaria que la Constitución atribuye al Gobierno. Aunque el pronunciamiento que realiza es excesivamente conciso, como corresponde a una resolución jurisdiccional, no deja de ser muy significativo en orden a despejar tales dudas:

*“ Queda tan sólo por examinar si tales competencias normativas propias pueden o no ser contrarias a la reserva competencial que el art. 97 de la Constitución confiere al Gobierno. Sobre ello es adecuado insistir de una parte, en que facultad de dictar Circulares viene conferida por el propio legislador a la Comisión; y de otra, que las Circulares limitan su alcance normativo a los operadores en el mercado de las telecomunicaciones en virtud de un título administrativo, la autorización o licencia reglamentada que les faculta para ello, y, a la vez determina las condiciones en que pueden realizar su actividad. Se trata de una actividad reglamentada en la que los operadores actúan sometidos a una normativa previamente establecida.*

*La posibilidad de esta reglamentación, que rige las relaciones «interprivadas» de los operadores, y de un organismo encargado de hacerla cumplir estaba ya prevista en la Directiva 83/301, en cuyo considerando decimoséptimo --reiterando el noveno-- ya se especificaba que «el control de las especificaciones y de las normas de autorización no podrá ser confiado a ninguno de los operadores competidores en el mercado de terminales, visto el evidente conflicto de intereses...».*

*Por otra parte de la Exposición de Motivos de la Directiva 97/51 CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo se induce el principio de separación entre el Ente regulador y los operadores. El Considerando noveno de esta Directiva establece que «de conformidad con el principio de separación de funciones de reglamentación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones».*

*La argumentación de la parte actora pone en conexión la existencia de una reglamentación, expresada en la Circular, con la reserva de la potestad reglamentaria al Gobierno, con carácter originario, o a los Ministros, previa habilitación.*

*Se ha establecido en el precedente fundamento **que la facultad normativa trae su origen no en una habilitación reglamentaria, sino en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia Ley, Con ello es claro que las facultades normativas, expresadas mediante Circulares, no son confundibles con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del Ministro correspondiente, para dictar Reglamentos posibilidad esta última que, es Independiente de las potestades normativas que corresponden a la Comisión por atribución legal.***

Y, como el fundamento de una y otra potestad normativa es diferente afirma la Sala no es precisa la habilitación de potestad reglamentaria (por parte del Gobierno) a favor de la Comisión , atribución que es suplida por la decisión legal, ni tales facultades normativas ejercidas a través de Circulares, que rigen relaciones *inter privados*, interfieren la potestad reglamentaria que la Constitución reserva originariamente al Gobierno. A mayor abundamiento, el tema se resume en la potestad reglamentaria de otras entidades reguladoras (el Banco de España o la Comisión del Mercado de Valores), apelando la Sala a la STC 133/97 que ha admitido la Constitucionalidad de este tipo de apoderamientos de potestades reglamentarias de sujeción especial en entes “independientes” del Gobierno.

Se trata, sin duda de una muy buena resolución jurisdiccional que puede permitir asentar las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y contribuir a su expansión decidida, pese a lo que recientes modificaciones legislativas parecen apuntar, expansión que va a reclamar, en un corto plazo, un nuevo marco comunitario de ordenación de las telecomunicaciones.