

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ENTIDADES REGULADORAS. LA NECESARIA EXPANSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

GASPAR ARIÑO ORTIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO Y SUS QUIEBRAS.—III. CONTROL JUDICIAL SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.—IV. CONTROL DE ACTOS DE INTERVENCIÓN EN ENTIDADES FINANCIERAS.—V. LOS CONCEPTOS JUDICIALMENTE ASEQUIBLES.—VI. EL PRINCIPIO DE DEFERENCIA.—VII. LA EXPANSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. POTESTAD REGLAMENTARIA Y *SOFT LAW* COMO REMEDIO A LAS QUIEBRAS DE LA LEGALIDAD. SÓLO ASÍ SERÁ POSIBLE LA REVISIÓN JUDICIAL.

RESUMEN

Este trabajo trata de analizar las grandes dificultades con las que se encuentran los Tribunales contencioso-administrativos cuando tratan de revisar las decisiones de las Comisiones Reguladoras Independientes (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional de la Competencia o Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre otras). En el orden de los principios la solución es clara y evidente: son actos administrativos sometidos a la ley y el Derecho (art. 103.1 CE) y, por tanto, justiciables (ya no hay actos políticos). Pero, en la realidad, cuando estas decisiones llegan a los Tribunales se comprueba la extraordinaria dificultad con la que éstos pueden adentrarse en su contenido y someter a juicio el fondo de las mismas. El autor ofrece algunas propuestas sobre la expansión y el desarrollo del Estado de Derecho y la «legalización» de estas decisiones, que hagan posible su control.

Palabras clave: principio de legalidad; discrecionalidad; control judicial; derecho blando; concentraciones; deferencia.

ABSTRACT

This paper tries to analyze the difficulties that the administrative Courts have when they try to review the decisions of independent regulatory commissions (Commission of Telecommunications Market, National Energy Commission, National Competition Commission or Commission National Stock Exchange, among others). In the order of the principles the solution is clear and obvious: they're administrative acts, subject to the Law (Article 103.1 EC) and therefore justiciable (there are no political acts). But in reality, when these decisions come to Court, we find the extraordinary difficulty with they can enter in the content and bring to justice the key of them. The author offers some suggestions on expanding and developing the rule of law and the «legalization» of these decisions, enabling their control.

Key words: rule of law; discretionary power; judicial review; soft law; policy and regulation; deference principle.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El tema objeto de este estudio podría formularse, de manera general, en los siguientes términos: ¿cuál es el control jurisdiccional posible sobre las medidas del Gobierno (o de los entes reguladores cuando éstos existen realmente con plenitud de funciones) adoptadas en forma reglamentaria o mediante resoluciones concretas que llevan consigo la adjudicación o privación de derechos u obligaciones a las empresas y los ciudadanos? No son pocos en nuestros días los casos de intervención de los Gobiernos (del regulador) en el mundo económico y en los mercados. La fijación de precios y tarifas, la autorización o prohibición de concentraciones de empresas (fusiones, OPAs, alianzas comerciales), el reconocimiento de ayudas públicas a ciertos sectores (a veces a costa de otros, como hemos visto recientemente con la televisión pública), la intervención de entidades financieras (bancos y cajas de ahorro) por razones de solvencia (a la que hemos asistido y vamos a seguir experimentando en una variedad de formas y modalidades), las sanciones o revocación de permisos y otras muchas que no es necesario detallar.

Las preguntas que el tema suscita serían algunas como las siguientes: las tarifas e intervenciones sobre los precios, en cualquiera de sus formas, ¿son revisables por los Jueces?, ¿en qué medida? ¿Pueden los Tribunales suspender y en su caso anular, en virtud de las reglas y principios clásicos del Derecho administrativo, un acuerdo que autorice (o prohíba) una concentración empresarial? ¿Puede un Juez revisar las condiciones que el Gobierno haya impuesto para garantizar la competencia en el mercado? ¿Y podrá adoptar, si lo cree necesario, medidas cautelares, suspendiendo o paralizando la operación? ¿Qué control judicial puede ejercerse sobre la decisión del Banco de España o del Gobierno de la nación de intervenir una entidad de crédito con sustitución de los administradores, o revocar la autorización para seguir operando como banco? ¿Puede un Tribunal suspender la concesión de una prima o ayuda acordada en beneficio de un sector como el carbón o las energías renovables?

La respuesta inicial a todos estos interrogantes parece, en principio, obvia: sin discusión, el control judicial de estos actos es posible y necesario en un Estado de Derecho y, por lo mismo, también será posible la adopción de medidas cautelares, si están justificadas conforme a su propio fin. Tras la Constitución de 1978, ya no hay «actos políticos» —actos exentos del control judicial—, sino que la Administración y, en general, los poderes públicos deben actuar siempre «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103.1 CE). Así respondería un

estudiante de Derecho que hubiese cursado con aprovechamiento Derecho Constitucional y Administrativo.

Ahora bien, sentado tal principio, la pregunta siguiente sería ésta: ¿hasta dónde puede llegar el control sobre actos de esta naturaleza?, ¿se trata simplemente de un control liminar, que recae sobre los elementos reglados del acto (procedimiento, competencia, hechos determinantes, razonabilidad y lógica interna de la decisión, existencia o no de motivación), o puede afectar también al núcleo interno de la misma, revisando la apreciación o valoración del interés público que haya realizado el Gobierno o el ente regulador (control sustancial, de fondo)? Aquí el estudiante (quizás también su profesor) no sabría muy bien qué responder.

Hace algunos años¹, comentando la dificultad con que los Jueces se encuentran cuando han de pronunciarse sobre medidas de intervención económica de los Gobiernos, escribí lo siguiente:

«si queremos que el nuevo modelo de regulación se consolide y dé todos los frutos que en teoría lleva dentro, es preciso juridificar sus prescripciones, de modo que la Justicia pueda actuar cuando los operadores o los reguladores —Gobierno incluido— violen las reglas que ellos mismos han aprobado. Es preciso diseñar nuevas formas de control de esas zonas de acción libre del político, que inventa continuamente nuevos títulos de intervención. Es necesaria una renovación de nuestros Tribunales, tanto en su estructura y composición como en su formación y sus hábitos de trabajo. Tal como están hoy concebidos, integrados y organizados, con sus escasos medios, sus tradiciones y su mentalidad, difícilmente abrirán las nuevas vías de control jurisdiccional que las actuales intervenciones del poder político requieren. Pensemos, por ejemplo en la impracticable revisión judicial, aunque teóricamente posible, de los procesos de defensa de la competencia (alianzas, fusiones y adquisiciones, posiciones de dominio colectivo, etc.) o en la hasta ahora inexistente revisión judicial fundada de las decisiones tarifarias».

Y concluía:

«Ha llegado el momento de pensar en la creación de una Sala especial del Tribunal Supremo (o una Sección es-

¹ Gaspar ARIÑO (ed.), Prólogo al libro *Precios y tarifas en sectores regulados*, FER-Comares, 2001, págs. IX a XIX.

pecializada, dentro de la Sala 3.^a) con competencia especial en materias económicas, capaz de juzgar las decisiones gubernamentales en este campo, no para sustituir al gobierno legítimo de la nación —el gobierno de los jueces es siempre peor que el gobierno de los políticos— sino para valorar la adecuación a Derecho de sus decisiones y las consecuencias, a veces inicuas, que de ellas se derivan. El Estado de Derecho, social y democrático (artículo 1 CE), no puede quedarse a las puertas de la regulación económica».

Pues bien, después de analizar las últimas decisiones judiciales recaídas en supuestos de revisión judicial de este tipo de decisiones de intervención económica, podemos volver a preguntarnos: ¿hasta dónde llega, en verdad, el Estado de Derecho? Porque lo más llamativo de las sentencias y autos recaídos hasta ahora en estos supuestos no ha sido la desestimación habitual de los recursos interpuestos contra los mismos, sino la pobre argumentación que contienen, si los comparamos con lo que es habitual en los Tribunales de Justicia españoles de nivel superior. Tal es la impresión que se saca de las Sentencias del Tribunal Supremo español de 5 de mayo de 2004 y de 14 de marzo de 2006, ambas sobre la intervención de Banesto por el Banco de España, en las que continuamente se excepciona, sin mayor fundamento, lo que es norma habitual en nuestro Derecho; o la que se desprende de las tres Sentencias recaídas en materia de concentración de empresas (caso *Prosegur*, caso *Ebro Agrícolas*, caso *Vía Digital*; luego daremos sus fechas), en las que el Tribunal reconoce la imposibilidad de entrar a juzgar el núcleo mismo de las decisiones impugnadas; a igual conclusión se llega en dos Sentencias sobre revisión de las tarifas eléctricas, una de la Audiencia Nacional, de 22 de abril de 2009, y otra del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2007, en las que se desestiman sendos recursos de revisión tarifaria; y, en fin, semejante impresión deja el Auto de 28 de abril de 2006 (OPA de Gas Natural sobre Endesa), al que acompañan varios votos particulares, en el que el Tribunal se parte en dos. Son sólo algunas muestras —habría más— en las que se puede testar cuán difícil es dar una respuesta segura a las preguntas planteadas. Intentaremos hacerlo en las páginas que siguen. Y para ello empecemos por el principio.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO Y SUS QUIEBRAS

Como es sabido, la aspiración del *rule of law* inglés, del *Rechtstaat* germánico o del *principe de legalité* francés ha sido siempre la misma: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres (*government by law, not by men*). El gran triunfo histórico sobre el Antiguo Régimen, tanto en Inglaterra como en el continente, fue justamente la sumisión del rey —del Estado— a la ley (frente al viejo principio de *quod Principi placuit legem habet vigorem*)². A eso respondieron conceptos tales como *due process, natural law, higher law, reasonableness and fairness, absence of arbitrariness*. Una clásica formulación del principio del *rule of law* fue la de HAYEK³, quien afirmaba:

«Desnudo de todos sus tecnicismos, éste significa que el Gobierno en todas sus acciones está vinculado a reglas previamente establecidas y anunciadas de antemano, reglas que hacen posible prever con bastante certeza cómo la Autoridad usará sus poderes de coacción en una determinada circunstancia, lo que permite planear las actuaciones o los asuntos de cada individuo sobre la base de aquel conocimiento».

En los mismos términos se expresaba el gran teórico francés León DUGUIT cuando definía el «*principio de legalidad*» destacando que la discrecionalidad debe ser guiada por reglas previamente fijadas, de modo que «ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión singular que no se ajuste a la regla general previamente declarada»⁴. Este principio es hoy conocido en toda Europa como «principio de la norma previa» o «principio de tipicidad del acto administrativo». Y algo semejante había escrito antes, en los Estados Unidos de América, Oliver Wendel HOLMES:

«Cuando estudiamos Derecho —decía— no estamos desvelando un misterio, sino ejerciendo una bien cono-

² Sé muy bien que este tema de la sujeción del poder al Derecho y su realización histórica es mucho más complejo y no se puede despachar con lo que se dice en el texto, pero a los efectos del tema de este estudio no podemos entrar ahora en esa historia. Para quien esté interesado, remito a un trabajo mío muy anterior, «Derechos del Rey, derechos del pueblo», en *Actas de Historia de la Administración*, ENAP, Madrid, 1971. Y, sobre todo, remito al libro de Alfredo GALLEGO, *Poder y Derecho*, M. Pons, Madrid, 2009, en el que se encontrará un completo análisis de la sujeción a Derecho en el Antiguo Régimen y en el Estado Constitucional. A los efectos del tema aquí tratado, baste lo dicho.

³ *The Road to Serfdom*, 1944.

⁴ *Traité de Droit Constitutionnel*, 1923.

cida profesión. Estudiamos aquello que debemos hacer en el supuesto de que tengamos que presentarnos ante un juez o asesoramos a la gente de tal manera que podamos mantenerles lejos de los Tribunales; el objeto de nuestro estudio es básicamente *predicción*, la predicción de qué incidencia puede tener en nuestra vida la fuerza pública instrumentada por los Tribunales; éstos han sido llamados con toda propiedad “oráculos del Derecho”. Lo más importante, por consiguiente, y el sentido último de cualquier nuevo esfuerzo del pensamiento jurídico es lograr que estas profecías sean cada vez más precisas»⁵.

Por supuesto, esto ha sido siempre —repito— un ideal, una aspiración nunca plenamente lograda en la resolución de los numerosos problemas con los que se enfrentan los Gobiernos modernos. Frente a tal utopía, la realidad es que un amplio poder discrecional 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 discrecional en multitud de materias y circunstancias), como también en las de los *Jueces* (a quienes se reconoce una no pequeña dosis de discrecionalidad judicial a la hora de dictar sus sentencias). Y es que el Derecho (Constituciones, leyes, normas infralegales) va siempre acompañado de un grado de indeterminación variable que, caso por caso, tiene que ser rellenado y cumplimentado por el aplicador jurídico. Como decía D. Álvaro D’ORS, al final, «Derecho es lo que dicen los Jueces».

Frente al dualismo clásico del *rule of law*, que únicamente reconocía dos categorías —aplicación de la ley o acto arbitrario (*application of law and arbitrary action*)—, se ha añadido una tercera modalidad de actuación del poder político: el *razonable ejercicio de un poder discrecional*, que los juristas han 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.

Esto ha sido así especialmente en el área de la *regulación económica*, en la que el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes u órganos reguladores o decisorios. La razón es muy clara: los Parlamentos son incapaces de prever y dar respuesta a las grandes cuestiones de política económica que se plantean una y otra vez en el campo de la regulación económica, industrial o de los mercados; por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a

⁵ «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 1897.

delegar amplios poderes a los órganos y entes reguladores para que los apliquen y resuelvan las controversias que surjan entre los principales actores de cada sector. Como escribe Kenneth DAVIS, «incluso cuestiones que podrían ser objeto de determinaciones legislativas son a menudo “delegadas” por cualesquiera razones, bien sea la falta de acuerdo de los legisladores o el deseo de éstos de evitar los conflictos encomendando el problema a los administradores. Por una u otra razón, intencionadamente o no, la redacción de las leyes es muchas veces vaga e imprecisa, cuando no contradictoria; y, en ocasiones, ambas cosas. Las reglas son esenciales, pero el poder discrecional es también esencial en la regulación económica y hay que alcanzar en ella un correcto equilibrio entre regulación y discrecionalidad»; «reglas sin discrecionalidad —continúa este autor— no podrán nunca tomar en consideración plenamente los hechos y circunstancias de cada caso, a los que hay que ajustar la regla. Esto ocurre tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos. Por tanto, podemos concluir con certeza que nunca ha habido un “gobierno de las leyes”, sino de los hombres, porque nunca se ha podido eliminar por completo el poder discrecional. Los gobiernos han sido siempre *un Gobierno de leyes y de hombres*»⁶.

La lucha por el Derecho está hoy 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, es decir, 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*, del «*principio de legalidad*» y del Estado de Derecho de nuestros días. Luego volveremos sobre ello. Pero antes veamos algunos de los supuestos a los que aludíamos al comienzo de estas páginas.

III. CONTROL JUDICIAL SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Es palmario que el análisis del alcance del control judicial de los acuerdos gubernamentales de concentración de empresas es uno de esos supuestos en los que los Gobiernos gozan de una amplia discrecionalidad, que les permite apreciar la mejor defensa de los intereses públicos en los términos que enseguida veremos. Pero es igualmente cierto que sus decisiones se insertan en un procedimiento jurídico que enmarca y

⁶ Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law Text*, West Publishing, 1972, págs. 26 y ss., y *Administrative Law, Cases-Text-Problems*, WP, 1977, pág. 26.

delimita las decisiones posibles y al que el Gobierno (o el ente regulador) se tiene que ajustar; cuestiones ambas que conviene examinar.

La Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en cuyo marco este trabajo fue escrito⁷, exige notificar al Servicio de Defensa de la Competencia todo proyecto u operación de concentración de empresas en los supuestos que la propia Ley señala (art. 14), hasta el punto de que la operación no podrá ejecutarse antes de dicha notificación o de que la Administración manifieste, expresa o presuntamente, su no oposición a ella, o la subordine al cumplimiento de las condiciones que determine (art. 15). Como se sabe, concentración económica es toda operación que suponga una modificación permanente de la estructura empresarial de un sector económico y de los mercados en que esas empresas participan. Las concentraciones se articulan a través del control de la totalidad o parte de una empresa o empresas por cualquier medio o negocio jurídico válido [art. 14.2.b)]; si la operación se lleva a cabo mediante una oferta pública de adquisición de acciones que se negocien en bolsa, la Ley se cuida de precisar que una vez autorizada la oferta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores quedará suspendida y subordinada a la autorización expresa o presunta de la Administración (art. 15.2, segundo párrafo).

Trámite fundamental de instrucción de ese procedimiento de autorización de operaciones de concentración que puedan obstaculizar la competencia efectiva en el mercado es el Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 15 bis.1), que éste debe emitir en el término máximo de dos meses y en el que debe analizar los efectos restrictivos de aquélla, previsibles o comprobados, de la operación. Para ello, debe atender principalmente a la delimitación del mercado relevante y su estructura, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios, el poder económico y financiero de las empresas, la evolución de la oferta y la demanda, o la competencia exterior. El TDC podrá considerar asimismo la contribución que la concentración pueda aportar a «la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia» (art. 16). Finalmente, a la vista de este Dictamen, el Gobierno podrá decidir no oponerse a la operación de concentración, subordinar su aprobación al cumplimiento de condiciones que aporten al progreso económico y social una contri-

⁷ Con posterioridad, esta Ley ha sido sustituida, como es sabido, por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pero los razonamientos contenidos en el texto son plenamente trasladables a esta última.

bución suficiente para compensar esos efectos restrictivos de la competencia o declararla improcedente (art. 17). Tal es, en síntesis, el procedimiento de autorización de las operaciones de concentración empresarial que puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

El Tribunal Supremo español se ha enfrentado a este problema del control de concentraciones en diversas ocasiones a lo largo de los últimos años, básicamente en estos cuatro casos: STS de 2 de abril de 2002 (caso *Prosegur-Blindados del Norte*), STS de 29 de marzo de 2004 (caso *Ebro Agrícolas-Sociedad Azucarera*), STS de 7 de noviembre de 2005 (caso *Vía Digital-Canal Satélite Digital*) y Auto de 28 de abril de 2006 (caso *Endesa-Gas Natural*). En todos ellos, el Tribunal ha reconocido la amplia discrecionalidad que corresponde al Gobierno en estas «materias sensibles capaces de afectar a la política económica general»; discrecionalidad que la propia ley (art. 17 de la Ley 16/1989) otorga al Gobierno como órgano de dirección de la política económica y que, por tanto, conlleva «una apreciación subjetiva acerca de lo que sea el interés público, en la que los Tribunales no pueden intervenir»; discrecionalidad, ciertamente, que no es absoluta, en cuanto que requiere motivación suficiente de las decisiones (especialmente si éstas se apartan del Dictamen de la Comisión); exige ajustarse a los hechos determinantes de las mismas, y debe presentar racionalidad y coherencia de las condiciones que se impongan a la operación con los objetivos marcados por la Ley.

El problema, sin embargo, que el propio Tribunal reconoce y en el que insisten sus comentaristas más cualificados, es si el Juzgador puede ir más allá y entrar en el fondo material de la decisión, en la medida en que ésta sea manifestación de la política económica general patrocinada por el Gobierno. El propio Presidente de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo español, D. Ramón TRILLO, constata a este respecto, en un luminoso artículo, que en muchos casos «la complejidad [del problema], afección a los intereses generales de la economía encomendados al Gobierno y, a veces, perplejidad e incertidumbre ante el pronóstico, determinan la reseñada dificultad del órgano judicial para alcanzar el núcleo, la sustancia y los matices de las cuestiones ofrecidas a su control de legalidad»⁸.

Recordemos que el citado Auto de 28 de abril de 2006, por el que se suspende la autorización del Gobierno a la OPA de Gas Natural paralizando el proceso de fusión, dividió al Tribunal (18 votos a favor y 14

⁸ Tales son exactamente los términos en que el Presidente de la Sala 3.^a, Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, plantea la cuestión en su luminoso trabajo «Revisión Judicial de autorizaciones y prohibiciones en materia de concentraciones», en el volumen colectivo *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Fundación del Pino-Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 181 a 193.

en contra), lo que da idea también de la falta de una doctrina segura y de razonamientos consolidados. Otro tanto ocurrió con el Auto que dictó el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid con fecha 21 de marzo de 2006, luego revocado por la Audiencia de Madrid, que establecía en su parte dispositiva:

«Estimando la petición de medidas cautelares interesada por la representación de ENDESA *ordeno suspender y declaro suspendidas:*

- a) La tramitación de la OPA formulada por Gas Natural SDG, S.A. el 5 de septiembre de 2005 sobre las acciones de ENDESA y, por consiguiente, la ejecución de todos los actos relativos a, o relacionados con, la citada OPA, en especial, la adquisición de acciones de ENDESA por parte de GAS NATURAL.
- b) La ejecución del contrato de 5 de septiembre de 2005 suscrito entre Gas Natural SDG, S.A. e Iberdrola, S.A.».

Dicho Auto fue revocado, como digo, por la Audiencia Provincial de Madrid, que en el recurso de apelación sentenció:

«Estimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Gas Natural, SDG, S.A. e Iberdrola, S.A. contra el auto dictado el 21 de marzo de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid en la pieza separada del procedimiento n.º 523/2005 del que este rollo dimana y en consecuencia *revocamos dicha resolución y declaramos que no había lugar a la adopción de las medidas cautelares instadas por ENDESA, S.A. contra aquéllas, imponiendo a la parte solicitante de las mismas las costas derivadas de la primera instancia*».

Finalmente, cuando Endesa solicitó al Tribunal Supremo que se levantasen las medidas cautelares, porque éstas paralizaban también la OPA competidora de E.On, que ahora Endesa quería aceptar, de nuevo el Tribunal se parte en dos, con 16 votos (a favor) frente a 15 (en contra), y tiene que decidir con su voto el Presidente de la Sala, adoptando un nuevo Auto en el que se acuerda levantar la suspensión cautelar, decretada meses atrás.

No podemos entrar ahora en el análisis de los argumentos en que se apoyaban una y otra postura, ambas sin duda fundadas. Basta dejar

constancia de la incertidumbre y la perplejidad que todas estas decisiones proyectan. En ellas, los intereses en juego (el interés público de asegurar la competencia en el mercado, los intereses de los accionistas, de los consumidores y de las propias instituciones) son juzgados por unos y por otros de modo diferente; y, lo que es peor, a veces son juzgados por las mismas personas de modo contradictorio en unos casos y en otros, lo que da idea de que el Tribunal anda a tuestas. Y es que los actos de regulación económica, que afectan a un sector industrial o financiero, en los que se adoptan medidas estructurales o funcionales con imposición de condiciones para el buen funcionamiento de los mercados, o en los que se recompone el equilibrio económico-financiero de las empresas, son difíciles de enjuiciar con los moldes del Derecho administrativo clásico.

El acuerdo final del Consejo de Ministros que autoriza, prohíbe o condiciona una concentración empresarial no es, en efecto, un «acto administrativo» ordinario, sujeto reglamentamente al Derecho, sin más, sino que entraña una medida conformadora de una política económica o industrial, difícilmente revisable por un Juez. Como he escrito en otro lugar⁹, «la regulación económica contiene reglas y principios, pero de ordinario no define soluciones precisas y cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece. Por ello, las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su “tipicidad”, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma que contempla ese supuesto de hecho (plena subsunción del acto en la norma). Frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. El ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita [...]. Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial». *Mutatis mutandi*, es obvio que lo dicho de los entes reguladores

⁹ Gaspar ARIÑO *et al.*, *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004, págs. 650 y ss.

es predicable del Consejo de Ministros, órgano que, en España, se superpone a aquéllos y que adopta la decisión final sobre la operación, en función no sólo de la competencia *stricto sensu*, sino de los intereses generales de la nación [art. 17.b) de la Ley de Defensa de la Competencia].

El problema se ha planteado igualmente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando éste ha tenido que revisar decisiones de la Comisión sobre operaciones de concentración. Tal ocurrió en el caso *Tetra-Laval BV* (Sentencia 2005/39, de 15 de febrero), en el que la Comisión había declarado ilegal una concentración de tipo «conglomerado» en el mercado de envases para alimentos líquidos (adquisición por Tetra, sociedad líder a nivel mundial en el ámbito de envases de cartón, de la Sociedad Sidel, S.A., líder en la producción y suministro de máquinas para la producción de aquéllos). El Tribunal de Primera Instancia de la CE había anulado una decisión de la Comisión que prohibía la concentración, estimando errores manifiestos en la apreciación de las consecuencias de la misma en lo que se refiere al refuerzo de la posición dominante de Tetra; frente a ello, la Comisión apela en casación ante el Tribunal de Justicia. Éste entiende que, efectivamente, las normas del Reglamento confieren a la Comisión cierta facultad discrecional en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico; por consiguiente, el control por parte del Juez debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones. Ahora bien —sigue diciendo la Sala—, «ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse *de controlar la interpretación de los datos* de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la *exactitud material* de los elementos probatorios invocados, *su fiabilidad y su coherencia*, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de *datos pertinentes* que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son *adecuados* para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado». El Tribunal concluye desestimando el recurso y confirmando la decisión apelada.

Con ello, sin embargo, no se cierra la cuestión, pues hay que preguntarse cuál es el alcance de ese «controlar la interpretación de los datos» de que habla la Sentencia; de su texto parece deducirse que estamos aquí ante un control de la veracidad, fiabilidad y adecuación de los datos y elementos probatorios existentes, de la lógica y coherencia in-

terna del razonamiento («si son adecuados para sostener las conclusiones»), es decir, de la racionalidad de la decisión, pero sin que ello suponga *sustituir* la interpretación y valoración de la Comisión por la suya propia.

Tal es la conclusión a la que ha llegado otra Sentencia posterior (Asunto *SNIACE*, TJCE, Sala Primera, Sentencia de 22 de noviembre de 2007), en la que se ventilaba la adecuación o no a Derecho de una ayuda de Estado otorgada por el Reino de España a esta sociedad. El Tribunal de Primera Instancia, en Sentencia de 21 de octubre de 2001, la había anulado, pero el Tribunal de Justicia, después de recordar la competencia del Juez para verificar la exactitud, fiabilidad y adecuación de los hechos, añade: «No obstante, en el marco de ese control, no le corresponde sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia».

Así pues, la pregunta subsiste: ¿hasta dónde y cómo puede ejercer un Tribunal su función jurisdiccional de control de este tipo de actos? Es incontrovertible —ya se ha dicho— que legal y formalmente son residenciados ante los Tribunales de Justicia, como cualquier otra actuación de la Administración. En España —ya se ha dicho también— no hay «actos políticos» exentos¹⁰. Pero admitido que estos acuerdos del Gobierno son actos que ejercen potestades administrativas sobre la ordenación de sectores económicos, es evidente que muchos de esos actos, por las dimensiones de la operación a la que afectan, constituyen verdaderas medidas de política económica general (art. 97.1 CE), por lo que hay que preguntarse: para lograr una auténtica revisión judicial de fondo de estos acuerdos, ¿qué técnicas o instrumentos jurídicos serían utilizables?

Llegar al fondo de las cuestiones debatidas en estos procesos de concentración exige un conocimiento profundo del sector y del mercado afectado, del derecho de la empresa y de la competencia; conocimientos de los que muchas veces los Jueces (y los Abogados) carecen. Estamos ante un reto que exige conjugar el saber jurídico (no de una rama del Derecho, sino de varias disciplinas jurídicas) con otros conocimientos no jurídicos y con la recta comprensión de problemas de naturaleza económica. Ahora bien, no parece ser ésta, hoy, la situación de

¹⁰ La Ley 50/1997, del Gobierno, dispone que *los actos de éste son impugnables* ante la jurisdicción contencioso-administrativa según su Ley reguladora (art. 26); jurisdicción a la que corresponde conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo (art. 1.1 LJCA); así como de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes en relación con *los actos del Gobierno cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos* [art. 2.a)].

los jurisconsultos españoles, por muy colegiado que sea el Tribunal y por muchos Abogados de campanillas que acudan ante él. La mejor prueba de ello es el carácter polémico y discutido que, como hemos visto, tienen estas Sentencias, con pareceres divididos y abundantes votos particulares. Ciertamente que un órgano judicial puede proveerse de los conocimientos necesarios a través de las pericias que se le aporten o soliciten. Pero no es fácil que una prueba pericial pueda sustituir los estudios que sirven de soporte teórico y práctico a una decisión económica previamente informada por largos dictámenes de los órganos reguladores o de las autoridades de la competencia. Obviamente, los dictámenes y análisis que presenten las partes no son más fiables que aquéllos. El Juez podrá pedir pericias «independientes», pero al final, caso de confrontación, ¿a quién creer? Lo que el Juez puede y debe hacer es valorar la «razonabilidad», el rigor y coherencia de unos y otros y ver hasta qué punto los acuerdos que finalmente se adoptan se separan o no de los informes o propuestas precedentes. Podría incluso pensarse que, en estas operaciones, el Tribunal no tiene por qué entrar en el fondo, justamente por haber ya intervenido en ellas órganos de control con capacidad de análisis económico, jurídico y técnico, a los que la Ley les encomienda esta tarea, por lo que el trabajo del Juez se limitaría al mero contraste de los dictámenes con la resolución final (criterio que parece haber seguido el Auto de 28 de abril de 2006 para adoptar la medida cautelar de suspensión).

Ahora bien, ocurre que, en ocasiones, la misma Ley otorga expresamente al Gobierno la competencia para adoptar la decisión final sin que su acuerdo tenga que coincidir con el dictamen de los técnicos o de los entes u órganos reguladores, ya que aquél conserva un margen de discrecionalidad basada en otros factores distintos de la competencia o la eficiencia empresarial, con objeto de atender fines de política económica general (vid. art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989). De esa discrecionalidad no hay que abominar, pues por propia definición supone la legítima posibilidad de adoptar «libre y prudentemente» una medida razonable de entre varias posibles. Pero es evidente la dificultad de juzgar en Derecho el ejercicio de semejante apreciación discrecional. El TS español y los autores que se han ocupado de esta cuestión reconocen, por ello, con práctica unanimidad, la amplia discrecionalidad de que goza el Gobierno en estas decisiones de «regulación», como son la autorización o no de concentración de empresas, la política tarifaria o la revisión de las primas de apoyo a las energías renovables o al carbón nacional.

Porque esa discrecionalidad no es solamente «técnica», sino de juicio o decisión, en base a criterios de oportunidad o de valoración po-

lítica, cuya apreciación —repito— ha sido encomendada por la Ley al Gobierno o al ente regulador. Su juicio no debe ser sustituido por la apreciación (discrecional también) del Juez. Estas decisiones, en definitiva, no admiten un control sustancial o material, sino sólo formal, procedimental, de «hechos determinantes» o de pura «razonabilidad» interna. Son controles de adecuación a Derecho en sus límites, no en su núcleo, sin perjuicio naturalmente de la exigencia de motivación fundada que el Gobierno (o el ente regulador) deberá dar a su decisión, sin la cual ésta sería anulable. Tal es mi conclusión.

IV. CONTROL DE ACTOS DE INTERVENCIÓN EN ENTIDADES FINANCIERAS

Es lo que ocurre, también, con los actos de intervención de entidades del sector financiero ante amenazas de crisis. Se han emitido en estos años dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2004 y de 14 de marzo de 2006, sobre la intervención de Banesto (ocurrida diez años antes) en las que se manifiesta dramáticamente la impotencia del Tribunal. Como se recordará, el caso Banesto se inició el 28 de diciembre de 1993, con la intervención del Banco, la remoción de los administradores y el nombramiento por el Banco de España de un equipo de intervención. Después se procedió a la reducción y paralela ampliación del capital, que fue suscrita por el Fondo de Garantía de Depósitos con exclusión de los antiguos accionistas, y, finalmente, tuvo lugar la adquisición de Banesto por el Banco de Santander. Tras una larga historia se dictan finalmente dos Sentencias del Tribunal Supremo en las que se planteó la revisión de dichos acuerdos: el de intervención del Banco con remoción de los administradores (que éstos creían injustificada, no basada en hechos reales ni en datos ciertos) y el de conminar a éstos a renunciar a su derecho de suscripción preferente en la ampliación de capital (para evitar que el Banco pudiera de nuevo caer en sus manos).

Dejando ahora a un lado el desfase temporal (¡diez años después!) —algo que ya de por sí hace difícilmente revisable la situación creada—, en ambas Sentencias se desestiman las pretensiones de los antiguos administradores y se ratifican las decisiones tomadas en su día por el Banco de España, confirmadas después por el Ministerio de Economía. Pero lo importante a destacar no es la desestimación del recurso, sino los pobres argumentos utilizados por el Tribunal, el desconocimiento por éste de algunas garantías esenciales (audiencia del interesado, práctica y valoración de prueba y otras) y la aceptación de toda clase de excepciones a lo que es el sistema normal de adopción de de-

cisiones por la Administración. Todavía más destacable es que la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito esté redactada en términos tan amplios que permiten a la autoridad supervisora la libre apreciación de una realidad (la definida en la Ley) que los Tribunales son incapaces de corregir muchos años después. ¿Dónde está la legalidad de ese modo de actuar? En la norma se habla, por ejemplo, de «situación de especial gravedad», «peligro de falta de estabilidad, liquidez y solvencia» o, simplemente, «indicios fundados de que suceda tal situación, aunque ésta no pueda deducirse de su contabilidad» (uno se pregunta: ¿de qué se podrá deducir si la contabilidad no está falseada?); y así otras expresiones semejantes que amparan cualquier posible apreciación o decisión.

Es patente en ambas sentencias, sobre todo en la segunda, la incapacidad del Tribunal para juzgar una situación ya consumada y, en buena medida, irreversible. Y es que las medidas a adoptar por el regulador (en este caso el Banco de España) pueden ser, según la Ley, múltiples: desde la simple advertencia a la suspensión provisional en los cargos, desde la prohibición de actuaciones a la sustitución de los administradores, o la misma revocación de la autorización para seguir operando como banco. Y esta elección —dice la Sentencia de 14 de marzo de 2006— entra en «la discrecionalidad técnica de la Administración, que debe decidir cuál es la que satisface mejor los intereses generales». Toda una panoplia de actuaciones posibles, entre las que la autoridad supervisora puede elegir discrecionalmente (una elección prácticamente libre).

En los poderes de regulación del Banco de España —y en general de las autoridades financieras— nos encontramos ante un poder discrecional de gran amplitud: el que se deriva de una norma que permite, por un lado, la apreciación discrecional e inmediatamente ejecutiva de si se da o no en la realidad el supuesto de hecho previsto en la norma y, por otro, la delegación, que muchas veces hace el legislador en la autoridad reguladora, de la facultad de determinar, también libremente, de entre las muchas medidas posibles, las que crea más conveniente adoptar en cada situación. Es el poder discrecional en su esencia más pura: el que se deriva de la estructura de unas normas que son *normas de fines*, esto es, normas que se limitan a prescribir un fin determinado, dejando a los encargados de aplicarla la elección de la conducta a seguir para alcanzar aquél¹¹. La norma se limita a decir: «adoptar las medidas necesarias para restablecer la situación patrimonial» (así, Real Decre-

¹¹ Vid. sobre el tema, en general, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, 2005, págs. 53 y ss.

to 567/1980). Son apoderamientos en blanco que permiten a la autoridad reguladora adoptar cualquier decisión sin control alguno. En tales términos —es decir, ante una tipificación indeterminada del supuesto de hecho que permite a la autoridad decidir si éste existe o no y ante una libre elección de las medidas a tomar— el control real, sustantivo, de la decisión adoptada por la autoridad de supervisión es prácticamente imposible, salvo que aquélla sea completamente incoherente o completamente inadecuada al fin de la norma, lo que no es presumible que suceda. Ahora bien, ello levanta una pregunta alarmante para un jurista y es la siguiente: ¿las autoridades supervisoras del sistema financiero y las decisiones sobre las entidades de crédito en general están realmente sometidas «a la ley y al Derecho», tal como exige el artículo 103 de la Constitución, o están realmente, en la práctica, por encima y al margen de la ley? Si llegamos a esta última conclusión, el Banco de España resulta ser el Juez final de tales situaciones (lo que llevaría a replantearnos muchas cuestiones sobre su naturaleza, funciones y régimen de esta entidad, en las que ahora no podemos entrar).

V. LOS CONCEPTOS JUDICIALMENTE ASEQUIBLES

Hay que traer aquí a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (papeles del CESID), que, aun referida a actos estrictamente políticos «*en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad*», afirma rotundamente que sobre ellos puede efectuarse otro tipo de control judicial (protección de derechos constitucionales, indemnizaciones) en base al siguiente razonamiento:

«cuando el legislador haya definido mediante “conceptos judicialmente asequibles” los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Un sector de la doctrina ha entendido que el Juez podrá entrar a revisar tales valoraciones en la medida en que la norma reguladora haya establecido una posibilidad de control de las decisiones en base a «conceptos judicialmente asequibles», en los que se hayan establecido límites o requisitos a los que deben sujetarse dichos actos. Tales conceptos vendrían a juridificar —es decir, someter a legalidad previa— decisiones

en principio discrecionales, permitiendo así el control de las eventuales extralimitaciones o el incumplimiento de los requisitos necesarios¹².

Esta expresión («*conceptos judicialmente asequibles*») bien merece un comentario. Decir que el legislador defina límites o requisitos de los actos políticos mediante conceptos «*asequibles*» y que éstos permitan establecer un control judicial finalista de los actos parece un contrasentido; primero, porque en la norma no caben conceptos que no sean asequibles (que puedan conseguirse o alcanzarse); lo contrario, lo inasequible o abstruso choca con la esencia misma del Derecho, que exige determinaciones de supuestos y consecuencias jurídicas claras según el sentido propio de las palabras (art. 3.1 del Código civil); segundo, porque, por inasequibles o muy intrincados que sean los conceptos, siempre que conformen requisitos o límites normativos, habrán de ser interpretados y, por tanto, aplicados por los Tribunales (art. 117 de la Constitución: los Jueces están obligados a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; no pueden negar sentencia: principio de tutela efectiva: art. 25 CE). Ahora bien, frente a los clásicos conceptos jurídicos indeterminados, pero determinables por el Juez, los conceptos y razonamientos sobre los que se basa habitualmente la regulación económica resultan, en muchos casos, bastante «inasequibles» para los Jueces (en general, para los juristas).

«Conceptos judicialmente asequibles» serían algunos como los siguientes:

- Economía de mercado (en relación con el alcance y límites de la libertad de empresa).
- Existencia o no de competencia efectiva (o competencia leal).
- Dominio o poder de mercado (a la hora de determinar la sujeción o no de una empresa a determinadas obligaciones).
- Razonable tasa de retorno o normal beneficio industrial (a determinar en un proceso de revisión tarifaria).
- Cuota de mercado máxima en el corto plazo (para apreciar la existencia o no de poder de mercado).
- Seguridad de los abastecimientos (para justificar en su caso una prima a la inversión).
- Estabilidad del sistema financiero (como título legitimador de una intervención).
- Solvencia y equilibrio financieros (para justificar la intervención de un banco).

¹² Vid. en este sentido el excelente trabajo de Pedro ESCRIBANO, «El control judicial de las intervenciones administrativas del Gobierno en materia de operaciones de concentración», en ARIÑO Y ASOCIADOS, *Energía en España y desafío europeo*, Anexo IV, 2, págs. 397 a 417.

Y, así, algunos más que aparecen con frecuencia en las normas reguladoras de la economía. Todos son ciertamente conceptos «asequibles», en base a los cuales se podría argumentar la revisión judicial de una decisión tomada por el Gobierno/regulador. Pero de nuevo hemos de preguntarnos: ¿cuáles son sus límites?, ¿cómo medir su alcance?, ¿quién puede apreciar su existencia o sus resultados en una determinada situación? Hay que distinguir siempre, en Derecho, la existencia misma de los hechos y la apreciación de su significado. Pero ocurre que frente a los tradicionales conceptos jurídicos indeterminados, que suelen ser de carácter técnico («casa ruinososa»), moral («buen padre de familia») o jurídico («honrado comerciante», «imagen fiel», «buena fe»), y son jurídicamente determinables por un Juez, porque forman parte del acervo cultural jurídico en el que nos hemos formado, los conceptos y razonamientos sobre los que se basa habitualmente la regulación económica son, hoy por hoy, bastante desconocidos y en esa misma medida inasequibles para los Jueces (en general, para los juristas), por lo que su revisión pudiera ser muy arbitraria. La existencia misma del hecho —de las situaciones que se acaban de enumerar— queda entregada al regulador. Y la apreciación de sus efectos sobre la economía, sobre el sector o sobre la competencia en el mercado, es algo que corresponde igualmente al órgano o ente al que la ley haya atribuido tales juicios o valoraciones. En el máximo de la discrecionalidad, la ley puede, como ya he dicho, atribuir a estos órganos la determinación de las medidas a adoptar (sin especificar) para resolver el problema de que se trate. Más aún, puede decir: identifique el problema (la insolvencia, el abuso, el desequilibrio financiero, la necesidad pública), cuando lo haya, y resuélvalo. Pues bien, ¿es posible revisar esas apreciaciones —de los hechos o de sus efectos— en su fondo material? De nuevo hemos de decir: no.

El gran jurista español Ramón TRILLO, Magistrado y Presidente de Sala del Tribunal Supremo, ha escrito certeramente que ésta es «una constante dialéctica del Derecho, especialmente del público: la capacidad de comprender, de que le sea explicado al órgano judicial el soporte de hecho al que como supuesto abstracto se refiere la norma y la constatación de su existencia en la realidad acontecida y probada. El camino puede ser pedregoso, pero siempre puede intentarse transitarlo y, desde luego, aunque mejorable, hasta ahora ha satisfecho las expectativas de una razonable tutela judicial efectiva»¹³.

La jurisprudencia española recaída hasta ahora en estos casos ha puesto de manifiesto cuán difícil es medir el alcance de conceptos

¹³ Vid. R. TRILLO, «Revisión Judicial de Autorizaciones y Prohibiciones en materia de concentraciones», en M. LAGE y PETITBÓ (eds.), *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Pons, Madrid, 2007, págs. 188 y ss.

como «contribución al progreso económico», mejora de los sistemas de producción, aumento de la competitividad, todos ellos contenidos en el artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Ciertamente, en la medida en que, reglamentariamente, el Gobierno (o el propio regulador) fijase estándares o criterios de medición y se pudiesen «juridificar» los conceptos económicos, el control judicial sobre los mismos sería ampliable. Así se expande el Estado de Derecho y tal ha sido la experiencia histórica en campos como el comercio, el urbanismo o las telecomunicaciones. Más adelante veremos cómo esto se está tratando de hacer hoy. Pero antes una referencia, aunque sea breve, al comportamiento de los Tribunales británicos.

VI. EL PRINCIPIO DE DEFERENCIA

Dejemos a un lado los resultados y comportamientos que hemos visto de los Tribunales españoles y planteemos una cuestión más general, que es ésta: hasta qué punto y en qué medida *deben* los Tribunales enjuiciar el ejercicio del poder de ordenación de las Comisiones Reguladoras y, en concreto, el ejercicio de la discrecionalidad técnica y/o valorativa (de oportunidad) que la ley les otorga en la toma de decisiones. Obviamente, los Tribunales pueden y deben controlar, como ya se ha dicho, el respeto a las normas de atribución de competencia sobre la materia, de procedimiento, de tipificación legal de faltas y sanciones, de veracidad de los hechos, de racionalidad y «razonabilidad» de las decisiones (que no sean incongruentes, incoherentes o ilógicas). Pero ¿es que acaso *deben* los Tribunales —y acaso sería bueno que lo hiciesen— sustituir las valoraciones de los intereses en juego que haya hecho el regulador?

Los Jueces británicos han practicado lo que se llama «principio de deferencia» en materia de control de los reguladores. Han decidido, en negocios por lo general complejos, que es mejor respetar la esfera de atribuciones del regulador, sin enmendar sus criterios respecto al modo de resolver los problemas. Es una manifestación más de la abstención generalizada de la judicatura en materia de regulación económica, basada en las especiales cualidades que se le suponen a la autoridad reguladora (su alto grado de *expertise*, la formación especializada y los servicios de estudios que ordinariamente les asisten, su dedicación al sector y la mayor flexibilidad que reviste el modo de actuación de estas autoridades, lo que les permite integrar mejor los intereses en juego). Y, sobre todo, se basa en la idea de que las potestades públicas, con la discrecionalidad que conllevan, les han sido conferidas precisamente

a ellos por el Parlamento, sin que los Jueces deban, como ya he dicho, sustituir los criterios de valoración que aquéllos apliquen por los suyos propios. Ésta es la principal línea de argumentación.

Una segunda línea argumental en la que los Tribunales británicos han fundamentado su trato «deferente» hacia el regulador es un principio de eficiencia administrativa; entienden que la intervención jurisdiccional paralizaría la actuación eficaz y oportuna de la Administración y atentaría contra la seguridad de los negocios y transacciones, lo que se vería agravado por la incapacidad de los Tribunales para medir las consecuencias indirectas o policéntricas de sus sentencias, con efectos para terceros. Esto resulta especialmente grave en el ámbito financiero y crediticio, basado en la confianza y en la seguridad, lo que requiere soluciones inmediatas y firmes¹⁴.

Me parece prudente y certera esta praxis, siempre que naturalmente nos encontremos ante reguladores *fiables*, seleccionados con todas las garantías, independientes y completamente alejados de la política, es decir, sometidos únicamente a la ley y al Derecho, como lo está un Juez. Éste es el perfil de los reguladores británicos y por ello es entendible el criterio de la «deferencia»¹⁵. Y ello, no obstante, con la excepción de los procedimientos sancionadores, en los que el control de legalidad (tipicidad de los supuestos de hecho y de las penas, racionalidad y proporcionalidad de las decisiones, exigencia y certeza de las conductas, etc.) es mucho más necesario y exigible. La interpretación de la norma sancionadora pertenece en exclusiva al órgano judicial; él es el único y verdadero «experto» en la interpretación de la norma sancionadora. Este criterio se ha visto expresamente ratificado —como señala ARANCIBIA— por la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo artículo 6 prescribe que «en la determinación de los derechos y obligaciones civiles, toda persona tiene derecho a un juicio justo y público dentro de un período razonable de tiempo y por un órgano independiente e imparcial establecido por la ley». Sucede que, en la práctica, un número significativo de autoridades económicas determinan obligaciones civiles

¹⁴ Sobre el tema, J. ARANCIBIA MATTAR, *The Intensity of Judicial Review in the Commercial Context*, Tesis Doctoral, Cambridge, 2006. El autor critica el «principio de deferencia» porque entiende que la *expertise* técnica puede y debe ser contrastada por el Juez acudiendo a los medios disponibles para ello (informes de peritos, *amicus curiae*, juicios de terceros, etc.); y, asimismo, cree que la abstención judicial estaría en contra de principios fundamentales del *rule of law* (es decir, de la Constitución no escrita del Reino Unido) que ni el Parlamento podría ignorar. En cuanto a la eficiencia administrativa y la seguridad del mercado, está por demostrar —dice— que ese «interés general» está por encima de los derechos individuales de propiedad o libertad, especialmente en procesos sancionadores.

¹⁵ Sobre la figura de los reguladores *fiables* (y *deseables*), me remito a lo que escribí en mi trabajo *Una reflexión sobre los Entes Reguladores, Estatuto jurídico y funciones de la CNE*, que verá pronto la luz (espero).

a través de la imposición de sanciones, pero no gozan de las cualidades de independencia e imparcialidad exigidas por la Convención (sea porque pertenecen al Gobierno central, o porque sus decisiones pueden ser eventualmente revocadas por el ministro de turno, o simplemente porque son parte interesada). Por consiguiente, las decisiones del regulador que tengan contenido sancionador sólo serán válidas en la medida en que el Estado miembro garantice el acceso a un Tribunal de jurisdicción general con poderes para controlar la validez del acto desde un punto de vista sustantivo y fáctico.

VII. LA EXPANSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. POTESTAD REGLAMENTARIA Y *SOFT LAW* COMO REMEDIO A LAS QUIEBRAS DE LA LEGALIDAD. SÓLO ASÍ SERÁ POSIBLE LA REVISIÓN JUDICIAL

El Derecho administrativo tradicional eclosiona, como es sabido, con la gran Administración transformadora que se desarrolla en Europa a lo largo del siglo XIX y se consolida en el XX; en él, a la par que se otorgaron a la Administración títulos de intervención sobre la esfera jurídica del individuo, se le sujetó paralelamente mediante técnicas de control e imputación de responsabilidad por sus decisiones (principio de legalidad y norma previa, revisión judicial, responsabilidad patrimonial, debido procedimiento legal). Frente a ese Derecho público administrativo, el moderno Derecho económico, aquel que regula los grandes sectores económicos que afectan a la sociedad, cuenta con unas normas redactadas casi siempre por economistas, ingenieros o técnicos, que, como ya se ha dicho, resultan bastante «inasequibles» para unos juristas carentes de formación económica y analítico-empresarial. No puede comprenderse el moderno Derecho público económico sin un conocimiento paralelo, no ya de las demás ramas del Derecho con él vinculadas (especialmente, ciertas partes del Derecho mercantil o industrial y del Derecho europeo e internacional, por citar las más próximas), sino incluso de aquellas otras disciplinas que le sirven de sustento (la economía, la contabilidad, la organización industrial y de los mercados, etc.).

Esta afirmación viene confirmada por una realidad: las empresas que operan en los grandes sectores sujetos a regulación, de gran importancia estratégica y trascendencia social, han tenido que articular para su buen gobierno grupos multidisciplinares capaces de asesorar al empresario. Igual acontece en el sector público y en el seno de la Administración, especialmente en los organismos reguladores independientes, integrados con personal de sólida formación en todos los órdenes, cuando emiten sus dictámenes y proponen medidas de ac-

tuación. Por descontado, el Consejo de Ministros, en el ejercicio de sus potestades de ordenación de la política económica o industrial, tiene detrás de sí todo el enorme aparato administrativo (economía, industria, asuntos comunitarios, relaciones exteriores, etc.). Y aquellos operadores o agentes que no son capaces de articular buenos equipos propios acuden a consultores y bancos de inversión para el diseño de sus operaciones, cuando éstas tienen alguna entidad. Todo ello ha dado lugar en el terreno académico a esa rama de las enseñanzas jurídicas que hoy se titula *Law and Economics*, que integra aquel sector del ordenamiento jurídico que disciplina el comportamiento de los individuos y las organizaciones, públicas y privadas, en sus actuaciones de contenido económico. El Estado es, queramos o no, el centro y la clave de la vida económica. Garantiza la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. El sistema institucional de un país es hoy una de las claves de su prosperidad. La experiencia nos dice que eso que los economistas llaman el «metamercado» es hoy la clave del éxito de los mercados. Pues bien, a ello sirve básicamente ese sector del ordenamiento jurídico que llamamos «regulación económica».

Aunque siempre ha existido ordenación económica, el modelo de regulación que hoy prima en el mundo en los sectores disciplinados es de reciente factura. Es una normativa compleja, mezcla de presupuestos tecnológicos (que hay que conocer, si queremos entender las normas), análisis económico y Derecho constitucional y administrativo, todo ello más o menos embadurnado de política, en una relación siempre difícil con ésta. Es una realidad todavía no bien sistematizada (ni comprendida) por los juristas. Las normas son, en muchos casos, como ya he dicho, elaboradas y también aplicadas por no juristas y en muchos ámbitos del Derecho económico no hay apenas pronunciamientos judiciales que ayuden a consolidar una doctrina. Estamos, en una palabra, ante un Derecho *in fieri*, que está todavía en el telar.

Por otro lado, el Derecho económico es, en sus detalles, el reino de lo fugaz y lo mudable. La innovación tecnológica (por ejemplo, en el campo de las telecomunicaciones) o el cambio de la estructura de producción en un sector (por ejemplo, en la energía o el transporte) pueden dar lugar a alteraciones sustanciales en el funcionamiento —y por tanto en la regulación— de los mercados. La construcción del mercado único europeo y el actual proceso de globalización de las finanzas, la industria o el comercio han impuesto un sistema de supervisión y control de los agentes económicos verdaderamente complejo y exigente. No es fácil en este mundo mantener intactos los principios que han presidido hasta ahora la construcción de ese edificio magnífico

que conocemos con el nombre de *principio de legalidad* o *Estado de Derecho*. La reserva de ley, la potestad reglamentaria exclusiva del Gobierno, el procedimiento ordinario de elaboración de disposiciones generales con garantías de calidad (informes del Consejo de Estado, debates en las Comisiones parlamentarias), el principio de la norma previa, incluso la garantía de la revisión judicial, quiebran, como hemos visto, en este mundo.

En la moderna regulación económica hay que distinguir dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal teórico y la práctica regulatoria. El primero es el definidor de los derechos y deberes de todos —autoridades, operadores y usuarios— y conviene que sea 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 y las circunstancias del momento. Aquí entra la práctica regulatoria y la calidad del regulador. La apreciación o no de si existe abuso de poder de mercado o prácticas restrictivas de competencia por parte de una empresa en una determinada área de actuación; si hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros en un momento dado; de cuál haya de ser la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que quieran nuevas conexiones; la eventual reserva de caudales necesaria en los embalses para garantizar la prestación del servicio; 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. Sin perjuicio de establecer en estos criterios o principios de apreciación, hay que dejarlos en su determinación final 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 calidad y ejemplaridad de las personas a quienes se confía esa tarea.

Ahora bien, aun contando con ello, conviene reducir al mínimo el *riesgo regulatorio*. Éste no es otro que el riesgo de que la discrecionalidad, inseparable de la tarea del regulador, se convierta en arbitrariedad, parcialidad o inseguridad en sus decisiones. 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, en todo lo posible, los requisitos generalmente exigidos a toda la actividad administrativa, a saber:

a) toda regulación debe ser elaborada con *carácter general*, objetivo y global, como es propio de toda norma; b) *principio de la norma previa*: todo acto o resolución singular debe estar, en lo posible, previsto en su contenido en una norma anterior; c) *no se deben admitir dispensas* ni tratamientos singulares (*inderogabilidad singular* de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (*vinculación al precedente*); d) en un modelo de regulación para la competencia es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad en las reglas*; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y, finalmente, hay que *reducir en lo posible la discrecionalidad* del regulador en las decisiones concretas. A todo ello sirve el ejercicio de la potestad reglamentaria y el uso del *soft law* por el regulador.

La gran cuestión que se plantea es el correcto ejercicio por éste de la potestad reglamentaria y la aplicación del principio de la norma previa, de modo que quede también limitada la discrecionalidad técnica de sus juicios. Un ejemplo en el que ello se aprecia con claridad es el de las tarifas; no basta con establecer «principios» (suficiencia, aditividad, costes reales, tasa razonable de retorno, equilibrio financiero y otros conceptos semejantes); hay que definir también con precisión los parámetros, índices y elementos de medición (fórmulas matemáticas incluidas) que permitan una valoración exacta de aquellos conceptos, de modo que las decisiones del regulador vengan enmarcadas en parámetros bien definidos. De esta forma, la tarifa no se fija. Simplemente se calcula. En tales condiciones, el control judicial sería posible y el sistema ofrecería credibilidad y seguridad a los inversores.

No bastan en estos campos los patrones clásicos de la legalidad (Ley, Reglamento, Decreto, Orden Ministerial). Éstos se ven hoy completados por nuevas formas de «ordenación» que llamamos «directrices», «recomendaciones», «circulares» o cartas admonitorias, «instrucciones», guías interpretativas (*guidelines*), «comunicaciones», códigos de buen gobierno y otros productos a los que hemos venido en llamar *soft law* o «derecho blando». Nadie sabe muy bien cuál es la naturaleza de todas estas declaraciones, de juicio o voluntad, que formulan los reguladores; no son propiamente normas (no se elaboran ni se publican como tales) ni actos (no son resoluciones declarativas de derechos). Por ello, no son impugnables ante los Tribunales, aunque algunas veces lo hayan sido¹⁶. Pero en la práctica resultan muy cons-

¹⁶ Recuérdese la impugnación por Endesa de una carta de la CNMV (de su Presidente) en la que le recordaba su deber de abstención de conductas perturbadoras de la OPA de Gas Natural de que había sido objeto. La carta fue recurrida y el 11 de noviembre la Audiencia Nacional dictó un auto, lleno de buen sentido, que los medios de comunicación, por error,

trictivas (es decir, vinculantes) para el comportamiento de los agentes, a los que se hace saber —«aviso a navegantes»— cuál será la reacción del regulador si aquéllos llevan a cabo determinadas conductas.

Éste es un dilema ante el que se encuentra hoy la regulación económica, tanto la elaborada desde el Parlamento o el Gobierno como la alumbrada por las Comisiones Reguladoras. ¿Hasta qué punto puede mantenerse hoy en estos campos la tradicional aspiración del Estado de Derecho, conforme a la cual ningún poder público puede adoptar una decisión singular que no se ajuste a una regla general previamente declarada? Este principio de la norma previa suponía que ésta debía «preconfigurar» el contenido del acto o resolución que adopte la Administración (*principio de tipicidad del acto administrativo*), lo cual es, con la reserva de ley, las dos dimensiones esenciales del principio de legalidad. Pues bien, en el Derecho económico moderno —ya lo hemos dicho— el grado de indeterminación contenido en las normas generales es tan grande que el principio de tipicidad resulta ilusorio. La lucha por el Derecho está hoy en esto: en la progresiva delimitación de los poderes discrecionales que la ley, necesariamente, otorga al regulador. A esto, justamente, viene a contribuir el *soft law*, pero lo hace de una manera informal, un tanto anárquica, porque ni es *rule-making* ni se ajusta a una definición exacta de «estándares» vinculantes (sólo son guías, orientaciones, consejos o advertencias). Es una forma de construir el Derecho sin comprometerse, pues luego, a la hora de dictar resoluciones en los casos concretos, declarando derechos o deberes, estas manifestaciones ni siquiera vinculan al propio regulador (salvo el supuesto de creación de confianza legítima, que puede dar lugar a responsabilidad patrimonial).

Este problema de «quiebra de la legalidad» ha sido planteado en España con agudeza por quien fue Presidente de la CNMV (CONTHE), para

presentaron como una «anulación» de la carta y un fuerte «varapalo» a la CNMV. Porque la Audiencia se limitó a constatar que el «deber de pasividad» de los administradores de Endesa derivaba directamente del artículo 14 del Real Decreto de OPAs, «sin precisar de la intermediación de actos administrativos que así lo acuerden o recuerden». Y si la propia CNMV consideraba que su carta tenía carácter puramente informativo —razonaban los magistrados—, nada tenía que oponer a la suspensión provisional de sus eventuales efectos jurídicos. La Audiencia tenía razón. De forma análoga, si durante una nevada la Dirección General de Tráfico anuncia que hacen falta cadenas para cruzar un puerto, ese anuncio carece de efecto jurídico: lo importante será que los guardias de tráfico multen o impidan el tránsito a los vehículos concretos que, desatendiendo el aviso, pretendan cruzar el puerto sin cadenas. El Auto describe bien la naturaleza de muchos de los comunicados que la CNMV hace públicos: no son «actos administrativos» que incorporen decisiones que innoven el ordenamiento jurídico, sino meras «advertencias» o «avisos para navegantes» que informan al mercado de las posibles consecuencias jurídicas de hechos o conductas hipotéticos. Son trasunto del dicho de que «quien avisa no es traidor»: el supervisor anuncia qué opinión le merecen ciertos hechos hipotéticos y, en consecuencia, señala cómo actuará si se producen. No tienen, pues, efectos jurídicos. Pero esos avisos sólo serán útiles si la CNMV no juega «de farol» y no se arruga más tarde, si hay que cumplir la advertencia.

quien las normas deben tener «la máxima calidad posible», pero, sin perjuicio de ello —dice—, en materia de interpretación:

«Debiera arrumbarse, por estéril y perturbador, el enfoque jurídico que los filósofos del Derecho han dado en llamar “positivismo dogmático”, esto es, la pretensión de encontrar la solución jurídica de todas las cuestiones prácticas en la aplicación directa y mecánica de los preceptos legales aplicables. Esa pretensión es una quimera: las normas, especialmente las de mayor rango, deben limitarse a enunciar grandes principios, sin aspirar a establecer reglas detalladas y casuísticas que, en su rigidez, quedarán pronto obsoletas o podrán ser burladas por quienes, respetando su letra, defrauden su espíritu».

En su opinión, las normas legales (Leyes y Reales Decretos):

«Debieran ser más generosos al prever su ulterior desarrollo por Circulares de la CNMV, cuya mayor flexibilidad y agilidad permitirían que la norma positiva pudiera responder con mayor rapidez a las continuas innovaciones en los mercados financieros».

Me parece de gran interés consignar aquí con algún detalle el razonamiento de CONTHE, porque creo que apunta certeramente a esa necesaria interpretación finalista de las normas que hoy se conoce como «análisis económico del Derecho». Recuerda el autor las palabras de un jurista español del siglo XVI (Juan Huarte) que descubrió D. José CASTÁN¹⁷ y que dicen así:

«No es posible escribir las leyes de tal manera que comprendan todos los casos que pueden acontecer; basta determinar aquellos que ordinariamente suelen suceder, y si otros acaecieren que no tengan ley que en propios términos los decida, no es el Derecho tan falto de reglas y principios que, si el Juez o el Abogado tiene buen entendimiento para saber inferir, no halle la verdadera determinación. De suerte que, si hay más negocios que leyes, es menester que en el Juez o en el Abogado haya mucho entendimiento para hacerlas de nuevo, y no de

¹⁷ Y recogió en su *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*, José CASTÁN TOBEÑAS, Ed. Reus, Madrid, 1947.

cualquier manera, sino que por su buena consonancia las reciba sin contradicción el Derecho».

Pues bien, comenta CONTHE:

«En los mercados financieros contemporáneos “siempre hay más negocios que leyes”. Por desgracia, quien no comprende la finalidad económica de las normas y de los negocios que regulan, suele refugiarse en un cómodo pero peligroso positivismo. Se tarda menos en aprenderse de memoria una norma y un largo catálogo de conceptos abstractos que en comprender el complejo entramado histórico de intereses y problemas que engendraron tales normas. El buen intérprete de las normas del mercado de valores debe, por el contrario, volver a las esencias históricas de nuestro Derecho Civil, que, inspirado en una concepción causal del negocio y enemigo de los abstractos, reacciona con vigor contra la simulación, el abuso de derecho y el fraude de ley.

Esta cuestión de cómo interpretar las normas, aun incardinada en debates doctrinales sobre la interpretación jurídica, tiene mucha más enjundia práctica de lo que parece. Porque quien, perezoso, se refugie en el positivismo jurídico y en la interpretación literal de las normas y dé prioridad a las apariencias frente a las realidades, pasará por alto que un pacto de recompra transforma en negocio financiero una compraventa de sellos; que quien integra contablemente en su balance a una filial por el método de integración global está declarando *urbi et orbe* que la controla; que quien contrata con un intermediario financiero un *equity swap* está escondiendo con frecuencia, bajo un nombre inglés, lo que ya el Derecho Romano conocía como *fiducia cum amico*; y, en fin, que quien anuncia públicamente una OPA futura en condiciones más favorables que otra presente, está compitiendo con ella y condenándola al fracaso. El positivismo jurídico es, en ocasiones, la venda que nos ponemos cuando queremos ignorar la realidad».

Me parecen muy certeras estas observaciones, que están basadas en el «viejo y buen derecho» que proscribía la mala fe y el fraude de ley. Ahora bien, no se puede pretender tampoco dejar en manos del regulador,

caso por caso, la solución de los problemas que llegan ante él sin más previsión normativa que unas vagas delegaciones de potestad en su favor por parte de la ley; las «delegaciones legislativas», en las que se basa y legitima la regulación económica, deben contener estándares precisos y, si éstos faltan, deben elaborarlos y aprobarlos los reguladores, pero no como *soft law*, sino a través de un procedimiento formal, como auténticas normas reglamentarias (aunque se llamen circulares o instrucciones) publicadas como tales.

He escrito antes de ahora que la tendencia natural de muchas agencias es la de renunciar a su poder regulador y actuar únicamente caso por caso. Ciertamente, esperar a que surja caso tras 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. Así lo hacía el *Pretor* romano. Pero no es la mejor forma de predecir situaciones futuras, como quería HOLMES, cuando en *The path of law* decía que la tarea de un jurista es básicamente «predicción»: la predicción de qué consecuencias puedan tener nuestras actuaciones. Lo cierto es que las Comisiones (en Estados Unidos y en los demás países), en general, han caído 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. Éste es un punto en el que es necesaria también una reforma, exigiendo a las Comisiones Reguladoras que de verdad regulen, es decir, que hagan normas y se atengan a ellas.