



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

DERECH

doi 10.22199/issn.0718-9753-2021-00013



Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

Mutaciones al Estado de Derecho: el caso de la reserva de Administración a propósito del asunto denominado las “vacaciones legislativas” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre 2009, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, asunto C-424/07)

Mutations to the Rule of Law: the case of the reserve of administration for the purpose of the issue denominated "legislative vacation" (Judgment of the Court of Justice of the European Union of 3 December 2009, European Commission v Federal Republic of Germany, Case C-424/07)

Cristian Ismael Montero Cartes¹  <https://orcid.org/0000-0003-4601-1509>

¹Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Abogado. Máster Universitario en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid, España.

 crmontero@udec.cl



Resumen:

Con ocasión de la dictación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto denominado las “vacaciones legislativas”, se examinan algunas de las cuestiones que la misma ha suscitado en la doctrina; señaladamente, la teoría de la reserva de Administración y la discrecionalidad administrativa. Por último, el autor plantea que aquella sentencia responde a una progresiva mutación constitucional que se ha ido produciendo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros a consecuencia, en este caso, de la transferencia de competencias a la Unión Europea, lo cual comporta modificar –en las materias que han sido intervenidas por dicha instancia supranacional– el papel que la concepción tradicional le asigna al poder legislativo.

Palabras Clave: Sectores regulados; Separación de poderes; Discrecionalidad administrativa; Mutaciones constitucionales; Papel del legislador.

Abstract:

On the occasion of the dictation of the Judgment of the Court of Justice of the European Union in the matter called the “legislative vacation”, some of the questions that it has raised in the doctrine are examined; notably, the theory of the reserve of Administration and administrative discretion. Finally, the author proposes that this ruling responds to a progressive constitutional mutation that has been taking place in the internal legal systems of the Member States as a result, in this case, of the transfer of competences to the European Union, which entails modifying –in the matters that have been intervened by said supranational instance– the role that the traditional conception assigns to the legislative power.

Keywords: Regulated sectors; Separations of powers; Administrative discretion; Constitutional mutations; Role of the legislator.

Fecha de recepción: 14 de julio de 2019 | Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2020

Introducción

Es un tanto paradójico advertir que a pesar de que la Constitución Española (1978) casi no ha sufrido cambios en la letra de su texto desde su entrada en vigencia¹, se han producido mutaciones sustanciales –muchas de ellas de envergadura constitucional: lo que vale decir *mutaciones constitucionales* (*Verfassungswandlungen*), término con el que se alude, generalmente, a las modificaciones o alteraciones al sentido o significado atribuido a un precepto de la Constitución, sin cambiar la literalidad del mismo, esto es, permaneciendo intacto en su letra o en la forma del texto constitucional. Así, mientras en la *reforma constitucional* se sigue el procedimiento formal estatuido a tales efectos en la propia Constitución, en la mutación constitucional se produce un cambio sin recurrir al procedimiento de reforma, ni tampoco se altera la letra de la carta fundamental. Por todos, *vid.*, Rollnert Liern (2014, p. 125 y ss.)– en el ordenamiento jurídico español.

La breve regulación contenida en la Constitución Española (1978, art. 93) ha permitido, en tal sentido, una paulatina evolución (señaladamente, en el sistema de fuentes y en la organización del Estado): así, la integración a la Unión Europea –con la consiguiente exigencia de transferencia de funciones y competencias desde los Estados miembros a dicha instancia supranacional–, ha comportado, en forma explícita o solapada, una progresiva fragmentación de las tradicionales fuentes del Derecho (por razón de la crisis del principio de jerarquía y la introducción de formas blandas de derecho o *soft law*, incluso de origen privado), y la imposición de modelos de estructura organizativa ajenos a la concepción clásica del principio de separación de los poderes (p.j. las llamadas Autoridades Nacionales de Reglamentación).

La magnitud de la expansión del Derecho de la Unión Europea revela, como ha precisado Chiti (2002), que el mecanismo básico de ejecución indirecta, en realidad sólo significa que el sistema organizativo permanece incardinado en el sistema nacional, pero el “Derecho comunitario disciplina progresivamente la actividad de todas las administraciones públicas nacionales, hasta tal punto de que se habla de administraciones comunes europeas” (p. 100).

El fenómeno descrito se observa con mayor fuerza en aquellos sectores que tradicionalmente se configuraban como servicios públicos. Pues, en efecto, desde las últimas dos décadas del siglo XX los procesos de liberalización, desregulación y privatización en Europa generaron profundas modificaciones en diversos ámbitos – como apunta Pedraza Córdova (2014, pp. 161-162), hasta la década de los 80, el sector de las telecomunicaciones europeo estaba caracterizado por una fuerte tradición

¹ Tan sólo en dos oportunidades (ambas por exigencias del proceso de integración en la Unión Europea) se ha recurrido al procedimiento de reforma constitucional.

de monopolios de servicio público, junto con una política industrial de protección de «campeones nacionales». Además, se advertía la existencia de diversos regímenes y políticas, lo cual producía una fragmentación del sector, resultado contrario a los objetivos de la entonces comunidad europea: así, se detectó la necesidad de generar redes Europeas de telecomunicaciones, adoptando medidas que procurasen una competencia efectiva en un mercado particularmente atomizado. A dichos efectos, se destaca la dictación del Libro Verde de 1987 (citado por Pedraza Córdova, 2014; que, entre otros aspectos, promovía la adopción de acciones encaminadas a garantizar el funcionamiento de las redes y la interoperatividad de los servicios) y la emisión de un paquete de directivas desde el año 1986 (que iban desde aquellas que reconocían una mutua homologación, hasta las que trataban de armonizar las condiciones necesarias para garantizar el acceso eficiente y eficaz a las redes telefónicas), hitos que significaron la progresiva apertura del mercado de las comunicaciones, junto con la privatización de los monopolios y la introducción gradual de la competencia fomentada por la revolución tecnológica-, destacando, en lo que aquí interesa, el tránsito desde un Estado prestador –y, por tanto, asegurador directo de la realización del servicio público– a otro que cumple una función de garante, velando por el comportamiento de los agentes que operan en los mercados regulados, de modo que respeten las normas de competencia, y observen los estándares requeridos para la satisfacción eficiente del encargado (dación de bienes y prestación de servicios) a ellos confiado (Muñoz Machado, 2010, pp. 17 y 18).

En tal sentido, se observa que dichos procesos conducen:

...a la regulación, al perder el poder público la posibilidad de realizar gran parte de su política económica a través de la propiedad, incluso monopolística, y verse obligado a sustituir las facultades dominicales por mecanismos jurídicos de regulación de la actividad y ponderación de intereses. (García Álvarez, 2014, p. 83)

Sin que, en todo caso, desaparezcan "...sus elementos públicos objetivos, definiendo el servicio universal como nueva técnica de servicio público" (García Álvarez, 2014, p. 83).

En el contexto apuntado, el presente trabajo pretende analizar algunas de las cuestiones que ha suscitado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resolvió el asunto denominado "vacaciones legislativas"; señaladamente, la teoría de la *reserva de Administración* y la discrecionalidad administrativa, tarea a cuyo esfuerzo encomendaremos las páginas siguientes².

² Con todo, debe advertirse desde ya que dada la naturaleza acotada de este trabajo sólo se expresarán las líneas generales de las mismas, sin pretensión, en caso alguno, de agotar las cuestiones analizadas.

1. Contexto en el que se inserta, planteamiento y resolución del caso: la imposición de obligaciones de acceso a las redes en el mercado de las Comunicaciones Electrónicas

Bien se sabe, que uno de los rasgos más acusados del sector de las telecomunicaciones lo constituye, sin duda alguna, su estructura de red, lo cual comporta, a los efectos que interesan, que para la prestación del servicio respectivo resulta indispensable la utilización de instalaciones e infraestructura de la red, cuya titularidad tradicionalmente pertenecía al Estado, a través de alguna empresa pública que monopolizaba el mercado (cfr. Muñoz Machado, 2010, pp. 223 y ss.).

Con la introducción de la libre competencia y el término del monopolio estatal (producto de la liberación y la privatización), la cuestión del acceso a las redes se tornó una absoluta necesidad para lograr una competencia efectiva, la cual, no obstante, encontraba una doble barrera (Callol García, 1999, pp. 400-401): de un lado, *económica*, al ser un obstáculo insalvable el tener que realizar una inversión inicial desmedida en la construcción de nueva infraestructura y, del otro, *jurídica*, al no poder duplicar las redes preexistentes, se requería hallar mecanismos jurídicos que permitieran el ingreso de nuevos operadores al mercado.

En tal sentido, se aprecia que el acceso de las redes, en su carácter de instalación esencial, aparece, a efectos de garantizar la competencia efectiva, como elemento configurador de la industria de las telecomunicaciones. Por ello, se recurrió a la técnica denominada *essential facilities o instalaciones esenciales* (construida en el Derecho de los Estados a Unidos de Norte América) –para revisar su construcción por la doctrina norteamericana, véase, entre otros, Villar Rojas (2004, p. 13 y ss.)–, en cuya virtud se podría imponer al propietario de las redes la obligación de otorgar acceso a sus competidores, a cambio del pago de un precio orientado a coste (cfr. López-Jurado, 2010, p. 759 y ss.).

Al respecto, es dable precisar que, si bien pudiera estimarse que los derechos de propiedad y libertad de empresa del titular de la red pueden resultar limitados con tal deber, se ha sostenido (Pedraza Córdova, 2014, pp. 131 y 132) que ello no obsta a que aquéllos puedan ser modulados por el ordenamiento jurídico, si se tiene en consideración que la existencia de pluralidad de oferentes es una condición de la competencia no falseada. Dicho elemento, así como la necesidad de inversión en infraestructura y de innovación, debe ser considerado al momento de resolver, teniendo en cuenta, en todo caso, los principios de proporcionalidad y esencialidad.

Consecuente con ello, la solución, en general, se ha decantado por conferir el derecho de acceso, con el correspondiente pago de un precio orientado a costo, precisándose, en todo caso, que el resultado no puede conducir a un desincentivo de la inversión en redes alternativas, así como también, debe reconocerse el derecho de

denegación del acceso en base a criterios objetivos, tales como la inviabilidad técnica o la integridad de la red.

En el contexto reseñado, el asunto en examen pivotea en torno a la espinuda cuestión de resolver, justamente, cómo conciliar estos intereses eventualmente contrapuestos (véase *Directiva 2002/19/CE*, 2002, cons. 19, donde se plantean varias líneas de cómo conciliar los diversos intereses contrapuestos; y, *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones*, 2012): deben los operadores tradicionales (públicos o privados) que desarrollan “Redes de Nueva Generación” (singularmente, redes de fibra óptica en sus diversas modalidades), quedar al margen de la obligación de dar acceso a sus competidores (a objeto de promover una inversión eficiente en infraestructura y fomento en innovación) o bien, aquellos se encuentran en el imperativo en conferir tal acceso (con una finalidad de impulsar la competencia), pero que a la postre puede retardar el despliegue de dichas redes, que ofrecen prestaciones diversas a las convencionales redes legadas (par cobre y cable coaxial) (Fernando Pablo, 2012, p. 3211).

Pues bien, ocurre que tanto el Reino de España (*Resolución de 22 de enero de 2009, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, 2009) como la República de Francia (véase Colasanti, 2008)³, si bien con soluciones diversas –al respecto, es interesante destacar las argumentaciones formuladas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para refutar las objeciones de la Comisión, en relación al diferente trato que ésta estaba otorgando a aquélla en comparación con la solución del regulador francés, en particular, en relación con el Reglamento CE 2887/2000, sobre acceso desagregado al bucle de abonado (véase, de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, 2015, p. 87 y ss.)–, recurrieron al mismo expediente: una decisión –resolución (de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, 2015, p. 91)⁴– de una Autoridad Nacional de Reglamentación del país respectivo, que trató de conciliar todos los intereses contrapuestos.

Alemania, en tanto, acudió a una fórmula diversa: una Ley. Dicha norma legal, denominada *Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften* (2007), modificó, como se expondrá a continuación, la Ley de Telecomunicaciones alemana o *Telekommunikationsgesetz* (2004).

1.1. Planteamiento del caso

El asunto en examen tuvo su origen en un recurso por incumplimiento interpuesto –con arreglo al artículo 226 del Tratado de la Unión Europea– el 13 de septiembre de 2007, por la Comisión Europea en contra de la República Federal Alemana

³ Director general del departamento “Information Society and Media” de la Comisión Europea y la carta de comentarios del 18 de julio de 2008 escrita a Mr. Paul Champsaur, presidente de Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes, de la época.

⁴ En el caso de España, incluso se sostuvo que esa resolución tiene el “valor de ley”.

por la incorrecta transposición de un conjunto de directivas –Paquete Telecom (de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, 2015, p. 52)⁵– relativas al sector de las Comunicaciones Electrónicas: Directiva acceso (*Directiva 2002/19/CE*, 2002); Directiva marco (*Directiva 2002/21/CE*, 2002) y Directiva servicio universal (*Directiva 2002/22/CE*, 2002).

Para entender la situación objetada, es menester exponer, en este orden de ideas, el contenido de las directivas mencionadas, de forma de tener claridad acerca del marco positivo que disciplinaba la situación reseñada: así, en términos sintéticos se pueden resumir en que:

1. Los Estados miembros deben, con arreglo al principio de separación de las funciones de regulación y de explotación, garantizar la independencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación⁶ para que puedan ejercer sus competencias con imparcialidad y transparencia (*Directiva 2002/21/CE*, 2002, art. 3, nos. 2 y 3).
2. En el ejercicio de sus cometidos, las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben tener en cuenta –en la mayor medida posible– los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva Marco, entre los cuales se encuentran, velar por que los usuarios obtengan el máximo beneficio; no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas; y, promover una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentar la innovación (*Directiva 2002/21/CE*, 2002, art. 7, no. 1 ; art. 8, no. 2, letras a, b, y c).
3. Los mencionados objetivos pueden justificar la imposición de determinadas medidas a las empresas que, de acuerdo al procedimiento que allí se consulta, se considere que tienen un “peso significativo en el mercado”. Entre esas obligaciones, se advierten aquellas vinculadas con que no se impida la entrada de otras empresas en el mercado (*Directiva 2002/19/CE*, 2002, art. 8, no. 4; *Directiva 2002/21/CE*, 2002, art. 7, no. 4, letra b; y *Directiva 2002/22/CE*, 2002, art. 17, no. 2).
4. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación, siguiendo la Recomendación (2003/311/CE, 2003) y las Directrices (2002/C 165/03, 2002) de la Comisión, definirán los mercados pertinentes y efectuarán un análisis de los mismos, a cuyo término determinarán si el mercado es realmente competitivo: en caso positivo, no impondrán ni mantendrán ninguna de las obligaciones regla-

⁵ Por el conjunto de normas que se aprobaron simultáneamente más algunas añadidas en fechas próximas.

⁶ Inspirados en las *independent regulatory agencies*, estos organismos públicos (que surgen por diversas razones técnicas, económicas o jurídico-institucionales –desconfianza en el poder ejecutivo y en los parlamentos, y paralelo aumento del prestigio del “principio tecnocrático”–), se caracterizan principalmente por ejercer sus competencias con independencia o al margen de la dirección del poder ejecutivo. En todo caso, su diseño y articulación normativa también pueden generar enormes desafíos al poder judicial, señaladamente, en la forma e intensidad de su control judicial.

mentarias y, de corresponder, las suprimirá. De lo contrario, examinarán si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones a las empresas con peso significativo (*Directiva 2002/21/CE*, 2002, art. art. 15, no. 3 y art. 16). Sumado al derecho a veto de determinadas medidas de las Autoridades Nacionales de Reglamentación que reconoce a la Comisión el art. 7, no. 4, de la *Directiva 2002/21/CE* (2002).

5. En los mercados nuevos y emergentes, en los que puede constatarse una situación de poder de mercado debido a la ventaja adquirida de ser el “primero en actuar”, no deben someterse, en principio, a regulación *ex ante*, dado que la imposición prematura de obligaciones *ex ante* puede influir indebidamente en las condiciones de mercado, razón por la que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes (*Recomendación 2003/311/CE*, 2003, cons. 15; y *Directrices 2002/C 165/03*, 2002, no. 32).

Como se advierte, lo perseguido con las anotadas directivas de telecomunicaciones es reforzar, por un lado, las potestades discrecionales de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, de modo que puedan adoptar las medidas concretas que procedan en las situaciones en que deban intervenir y, por otro, el poder de la Comisión, que aprueba directrices y recomendaciones cuasi-vinculantes, pudiendo, incluso, vetar decisiones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, lo que permite caracterizar al conjunto como “Administración en Red” (García Álvarez, 2014, p. 103).

Pues bien, la modificación de la normativa alemana –objecada por la Comisión Europea– definió qué debía entenderse como nuevos mercados para los efectos de dicha ley, dentro del cual se hallaban las Redes de Nueva Generación:

Se considera ‘nuevo mercado’ todo mercado de servicios o productos que difieran sustancialmente de los ya disponibles, en atención a su efectividad, su alcance, su disponibilidad para un elevado número de usuarios (capacidad de llegar a un mercado de masas), su precio o su calidad desde el punto de vista de un consumidor informado, y que no sean meramente sustitutivos de aquéllos.... (*Telekommunikationsgesetz*, 2004, § 3, N° 12b, citado en *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 19)

Tras lo cual señaló que ellos no estarán en, principio, sujetos a regulación (*Telekommunikationsgesetz*, 2004, § 9a, N° 1)⁷.

⁷ El § 9a del *Telekommunikationsgesetz*, fue derogado el 24 de marzo de 2011.

A reglón seguido, precisó que cuando concurren determinadas circunstancias que permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible en el sector de los servicios o redes de telecomunicaciones, la Autoridad Nacional de Reglamentación alemana podrá, como excepción, someter a regulación un nuevo mercado; añadiendo, finalmente, que para evaluar la necesidad de establecer un marco regulador e imponer medidas concretas, esa autoridad tendrá particularmente en cuenta el "...objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación" (Telekommunikationsgesetz, 2004, § 9a, N° 2, citado en *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 20).

En este punto, es dable anotar que en sus conclusiones el Abogado General sostuvo que,

... con anterioridad a la aprobación de estas modificaciones, el operador tradicional de telecomunicaciones en Alemania (Deutsche Telekom) presionó para que la red de banda ancha que pretendía crear quedara al margen de la intervención reguladora (concretamente del deber de conceder acceso a precios regulados). (Poiars Maduro, 2009, no. 31)

Esto generó polémica en Alemania respecto del potencial establecimiento de unas vacaciones legislativas "...para los nuevos mercados. En este debate se alzaron voces que cuestionaban la compatibilidad de una exención absoluta con el Derecho comunitario" (Poiars Maduro, 2009, no. 32).

En todo caso, se aprecia que, conforme a la normativa expuesta, el operador tradicional alemán, en sus redes de nueva generación, quedaba, en principio, excluido de la regulación y, por lo mismo, de la obligación de otorgar acceso a aquéllas a sus competidores, a precios orientados a coste, sin perjuicio, desde luego, de que si concurrían las condiciones allí consultadas, eventualmente podría ser sometido a intervención, determinación que no dependía de la entera discrecionalidad de la Autoridad Nacional de Reglamentación, dado que para dicho efecto ésta debía tener presente el "...objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación" (Telekommunikationsgesetz, 2004, § 9a, N° 2, citado en *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 20).

1.2. Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Precisados los antecedentes del asunto en estudio, procede explicitar la determinación adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para lo cual corresponde anotar que dicho órgano jurisdiccional, entrando derechamente al fondo del asunto planteado –a pesar de que parte de la doctrina sostiene que ese órgano se limita a una "cuestión competencial y formal". No obstante, debe puntualizarse que, en rigor, el Tribunal sí resuelve el aspecto de fondo planteado dado que la bondad de la medida a adoptar en el caso concreto por parte de la respectiva Auto-

ridad Nacional de Reglamentación no fue sometido a la decisión de aquél, de forma que malamente podría haberse pronunciado respecto de una cuestión que no era controvertida. En tal sentido, el Abogado General lo expone con claridad:

Así pues, la cuestión que debe dilucidarse es a quién atribuye el marco regulador comunitario la facultad de poner en equilibrio sus diferentes objetivos: ¿al legislador nacional, en el momento de adaptar el Derecho interno a ese marco, o a las ANR, a través de la evaluación realizada en cada caso concreto?

[...] Debo resaltar que la respuesta no varía en función del objetivo concreto que se persiga. Puede resultar que la República Federal de Alemania tenga razón y que deba prestarse especial atención, en lo relativo a los nuevos mercados, a los incentivos a la infraestructura y la innovación. (Poiares Maduro, 2009, no. 62 y 63)

En cuanto a que no se debate propiamente si la medida adoptada por el legislador alemán es o no adecuada para mantener la competencia en el sector de la nueva generación, sino que entiende que tal Ley limita la discrecionalidad que la Directiva acceso (*Directiva 2002/19/CE*, 2002); Directiva marco (*Directiva 2002/21/CE*, 2002) y Directiva servicio universal (*Directiva 2002/22/CE*, 2002) atribuyen a las Autoridades Nacionales de Reglamentación sin respetar tampoco el procedimiento establecido para el análisis de los nuevos mercados (de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, 2015, p. 70)–, resolvió que⁸:

1. ...la Directiva marco crea un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, de las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados. Esta Directiva establece las tareas que incumben a las ANR e introduce una serie de procedimientos cuyo objetivo es garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en el conjunto de la Comunidad. (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 53)

Asimismo, impone a los Estados miembros "...garantizar la independencia de las ANR..." con arreglo al principio de separación de las funciones de regulación y de explotación (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 54).

2. A diferencia de lo indicado por Alemania, no resulta efectivo que la normativa analizada consagre un principio de no regulación, dado que los preceptos invocados por ella (*Recomendación 2003/311/CE*, 2003, cons. 15; y *Directrices 2002/C 165/03*, 2002, no. 32), se limitan a consignar que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben actuar con prudencia, a fin de no adoptar medidas inadecuadas, lo que deberá analizarse caso a caso (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, nos. 69 al 73).

⁸ Bien vale la pena dejar sentado que no se advierte que el criterio contenido en la sentencia se halla modificado, a esta data, por resoluciones posteriores.

3. La Telekommunikationsgesetz (2014, § 9a, no. 1), tampoco se ajusta a los arts. 15 y 16 de la Directiva marco (*Directiva 2002/21/CE*, 2002) –preceptos que constituyen la base jurídica en la que se fundamentan las Directrices (2002/C 165/03, 2002) y la Recomendación (2003/311/CE, 2003) de la Comisión–, que se dirigen de modo expreso a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, dado que no se advierte el sustento jurídico de la ausencia de regulación, en principio, de los nuevos mercados (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, nos. 64, 66 y 75).

En consecuencia, al establecer una disposición legal según la cual, en general, se excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR, el artículo 9a de la TKG usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular. Pues bien, tal como se desprende del punto 54 de las conclusiones del Abogado General, el legislador alemán no puede revocar la decisión del legislador comunitario y eximir con carácter general de la regulación a estos nuevos mercados. (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 78).

En tal sentido, "...la Directiva marco otorga a la ANR, y no al legislador nacional, la apreciación de la necesidad de regulación de los mercados" (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no 74) de que se trate.

4. Enseguida, el artículo 8 de la Directiva marco (*Directiva 2002/21/CE*, 2002) impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse que las Autoridades Nacionales de Reglamentación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a promover diversos objetivos, entre otros, velar "...que no se falsee ni obstaculice la competencia [...], y suprimiendo [...] los obstáculos para la prestación de dichos servicios a escala europea" (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 92). Por lo que la modificación cuestionada, dar "...preferencia a uno solo de los objetivos..." (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 93), (inversión eficiente en infraestructura y fomento a la innovación), "...efectúa una ponderación de dichos objetivos, cuando tal ponderación corresponde a la ANR en el cumplimiento de las tareas de regulación que le han sido asignadas". (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 93).
5. Acorde con lo anterior, "...corresponde igualmente a las ANR, y no a los legisladores nacionales, efectuar la ponderación de esos objetivos en la definición y el análisis de un mercado pertinente susceptible de regulación" (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 91).
6. Por último, previene que:

... Los criterios contemplados en el artículo 9a, apartado 2, de la TKG para que un nuevo mercado pueda, con carácter excepcional, someterse a una regulación *ex ante*, a saber, el riesgo de un obstáculo a largo plazo para el

desarrollo de una competencia sostenible, son más restrictivos que los del artículo 16 de la Directiva marco, que supeditan la regulación *ex ante* únicamente a la constatación de que el mercado en cuestión no es realmente competitivo. (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 98).

Por lo que aquél infringe ésta,

En consecuencia, el artículo 9a, apartado 2, de la TKG, al imponer condiciones más restrictivas que las contempladas en la Directiva marco para el análisis de los mercados pertinentes susceptibles de regulación, infringe lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva marco y limita la facultad discrecional de la ANR. (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 99).

2. Mutaciones a la concepción del Estado de Derecho: el caso de la reserva de Administración y otras cuestiones

2.1. La llamada reserva de Administración

Como bien se sabe, ha sido el principio de jerarquía (atado a los de legalidad y reserva de ley) el que ha regido las relaciones entre ley y reglamento, en cuanto a que éste se subordina a aquélla. Enseguida, y teniendo presente, para el caso Español, lo prevenido en la Constitución Española (1978, art. 97), es que se sostiene que en ese ordenamiento jurídico no existe una reserva constitucional a favor del reglamento, por lo que la ley podría disciplinar cualquier materia, no sólo en ausencia de reglamento, sino que aún frente a la existencia de uno, desplazándolo, en este último supuesto, en virtud –justamente– del aludido principio de jerarquía.

De allí, pues, que se concluya que la Constitución Española (1978) no ha conferido, en general, a las Administraciones Públicas un ámbito especial que el legislador no pueda abordar (Tornos Mas, 1983, p. 473 y ss.). Antes al contrario, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el legislador puede, en su función constitucional de desarrollo, configurar libremente las competencias de la Administración.

En ese sentido, se afirma que en el sistema jurídico español, hasta la sentencia en comento, habida cuenta del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (Constitución Española, 1978, art. 103, no. 1), y la inexistencia de una reserva reglamentaria, no se advertiría el fundamento jurídico para que, por regla general, hubiera ámbitos en que la ley estuviera impedida de intervenir, en atención a la configuración de un núcleo irreductible de discrecionalidad a favor de ciertas Administraciones que aquélla no podría traspasar (Díaz González, 2016, pp. 128-129).

Tras la sentencia, en tanto, se plantea que se ha producido un profundo cambio en la mencionada concepción, dado que, desde la perspectiva de las fuentes de Derecho, la ley ya no puede abarcar determinados ámbitos de Derecho interno; cuando, en efecto, el Derecho comunitario dispone que corresponde a la Administración interna especializada, y no al legislador, ejercer una competencia específica (Baño León, 2012, p. 844).

De esta forma, al establecer la sentencia que el legislador nacional no puede limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridades Nacionales de Reglamentación por el Derecho comunitario, estaría, a juicio de Baño León (2012, p. 844), de un lado, excluyendo a la ley y, del otro, imponiendo una *reserva de Administración*, en igual sentido, García Álvarez, G. (2014, p. 105); Pábros Reig (2014); y, Muñoz Machado (2015, p. 89). Otros autores, comentando la sentencia en análisis, han planteado que se trata de un ajuste necesario y que constituye una reformulación o una intromisión en el entendimiento clásico del principio de legalidad. García-Manzano Jiménez de Andrade (2012, p. 459; 2013, pp. 139-140).

A nuestro juicio, la explicación de la *reserva de Administración* (*Verwaltungsvorbehalt*) si bien interesante, no resulta satisfactoria. Al respecto, cabe hacer presente que la teoría *Verwaltungsvorbehalt* fue planteada originalmente por la doctrina alemana, entre otros motivos, para cuestionar la dictación de leyes singulares, en el contexto de la discusión acerca de la posición y las relaciones de los poderes públicos dentro del Estado de Derecho –como destaca Vignolo Cuevas (2011, p. 809), al hilo de este predicamento se postuló la teoría de la esencialidad, la cual aparece como una reserva en favor del Parlamento, respaldada en su originaria legitimación democrática de toda decisión que deba ser estimada como *esencial* para la vida de la comunidad y, por ende, imposible de ser delegada en otro poder público. A la inversa, la Administración pública puede adoptar todas aquellas decisiones de rango secundario, no confiadas al Legislativo, creando las reglas jurídicas (generales o del caso concreto) correspondientes. La función administrativa no puede considerarse, pues, como simple ejecución de la ley (al menos con carácter general), sino que constituye un elemento importante, junto con aquélla, para la protección de los derechos e intereses colectivos, en una perspectiva flexible y dinámica–, radicando su fundamento constitucional (cuya articulación se considera débil) en las normas que garantizan la autonomía a las personas jurídico-públicas territoriales o iusinstitutionales, así lo explica Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (1987, pp. 1449-1451).

En esa línea, según explica Muñoz Machado (2015), H. Mauren y E. Schnapp serían los primeros en formular dicha teoría, en un debate que tuvo lugar en la reunión de 1984 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público. Así, para H. Mauren el concepto de *reserva de Administración* traería causa “...de la expansión inmoderada del poder del legislador, que reduce a la Administración a esferas cada vez más estrechas y limita o condiciona sus actuaciones” (Muñoz Machado,

2015, p. 88). No obstante, Mauren no halla el fundamento constitucional de tal tesis, salvo en lo relativo a la distinción entre legislación y ejecución, en tanto que al legislador le estaría vedado, por regla general, dictar "...leyes singulares y regulaciones demasiado estrechas, que cierren del todo el espacio de la función administrativa" (Muñoz Machado, 2015, p. 88) de ejecución.

E. Schnapp, en tanto, prosigue Muñoz Machado (2015), si bien comparte la ausencia de bases constitucionales para afirmar una *reserva de Administración*, considera que una tal posibilidad debería radicarse más bien en la "...legitimación democrática del ejecutivo, posición constitucional que permite a este el desarrollo de su actividad con suficiente autonomía. Se niega, por tanto, que exista un derecho del Parlamento para inmiscuirse con libertad en las funciones del ejecutivo" (Muñoz Machado, 2015, p. 88).

Como se advierte, se trata, en definitiva, de una doctrina que afirma que los poderes públicos tienen, dentro del marco constitucional y por operación del principio de división de poderes, una suerte de posición propia (*Eigenständigkeit*), con un núcleo irreductible e irrenunciable y, por lo que hace a la Administración, comportaría "aquel espectro de funciones y atribuciones que no están accesibles al legislador" (Ernst-Wolfgang Böckenförde, citado en Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, 1987, pp. 1450 y 1451). En otros términos, significaría reconocer la existencia de un reducto reservado desde la Constitución para la acción administrativa (Embido Irujo, 1988, p. 415).

En suma, y como pone de relieve Schmidt-Aßmann (2003, p. 217), la cuestión de la *reserva de Administración* debe plantearse en términos de si la Constitución reserva o no al Ejecutivo (Administración) la realización de determinadas actividades o la adopción de decisiones, de tal modo que éstas estén protegidas frente a posibles injerencias de otros poderes, en particular del legislador.

De aquí, pues, que resulta patente que esta técnica no presupone que el contenido de la ley es incorrecto, excesivo o inadecuado, sino que, por determinación de la Constitución, el instrumento normativo mismo –la ley– no podía disciplinar la respectiva materia, toda vez que la Administración tendría una *autonomía o posición propia* en los diversos niveles en que se atribuye *responsabilidad* (*Verwaltungsverantwortung*) para la consecución de los intereses públicos, consecuencia de lo cual, por cierto, se pone en cuestión el principio de la primacía de la ley para normar libremente cualquier ámbito material (Carro Fernández-Valmayor, 2014, pp. 22-23).

En la sentencia en examen, en tanto, lo reprochado es que el legislador nacional, en el contexto de una materia *ya ocupada* por el legislador comunitario –y no por disponerlo así la Constitución del Estado miembro–, limitara las facultades discrecionales que tal derecho supranacional otorgó a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, al preestructurar la forma en que ellas debían actuar, restringiendo, por

tanto, su ámbito discrecional. De esta forma, se advierte que lo objetado no es tanto que Alemania utilizara la ley como instrumento para transponer el paquete de directivas (como si dicha materia no pudiese ser abordada a través de dicha norma), cuanto que el contenido normativo de la misma –de hecho, el Abogado General Poiares Maduro (2009), en sus conclusiones, afirma que el legislador puede intervenir, pero de un modo acotado: “...garantizar que las ANR adopten las medidas necesarias para alcanzar los objetivos...” (no. 65) que se le han encomendado– no se ajusta a los preceptos de las aludidas directivas, por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, verificando dicho incumplimiento, condena al Estado alemán, no apreciándose, en los términos expuestos, una *reserva de Administración*. Por lo que se comparte, en tal sentido, la conclusión de Bobes Sánchez (2012, pp. 22-23), en cuanto a que tal sentencia no puede interpretarse como una reserva de Administración.

En este punto, cabe recordar que el legislador comunitario ya había regulado la materia, estableciendo amplias facultades de discrecionalidad –criterio que había sido ratificado con anterioridad por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia *Arcor AG & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland* (2008, no. 153 al 156)⁹–, por lo que no correspondía que el legislador nacional pretendiera establecer una disciplina diversa, toda vez que ello podría implicar invadir las competencias que el Derecho de la Unión atribuía expresamente a las Autoridades Nacionales de Reglamentación. Tal es, entonces, el sentido que cabe atribuir a aquella parte de la sentencia en que se afirma que el “...artículo 9a de la TKG usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, [y que] el legislador alemán no puede revocar la decisión del legislador comunitario...” (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, no. 78).

Por último, cabe anotar que, además de que la tesis de la *reserva de Administración* no ha tenido, salvo excepciones, mayor acogida en la doctrina española –en cuanto se trataría de un concepto “falto de ataduras” (Embid Irujo, 1988, p. 407) y que “sería más perturbador que útil” (Carro Fernández-Valmayor 2014, p. 23)–, Muñoz Machado (2015) destaca los supuestos en que, además, se vulneran derechos fundamentales:

La sustitución directa por la ley de una decisión que debería corresponder a la Administración, por ser materialmente administrativa, solo puede plantear problemas constitucionales, a nuestro juicio, cuando afecta, además de la separación de poderes, a algún derecho fundamental cuyo reconocimiento o ejercicio se quebrante de algún modo constitucionalmente ilegítimo. (p. 89)

Dentro de las excepciones se encuentra la predicada por Troncoso Reigada (1999), quién afirma –citando a Zanobini– que:

⁹ Las Autoridades Nacionales de Reglamentación disfrutaban de una amplia facultad, para poder apreciar la necesidad de regulación de un mercado en función de cada situación caso por caso.

Las funciones públicas de soberanía [...], son aquellas actividades administrativas de dirección política o ejecutivas —principalmente de policía—, que aparecen en el artículo 97 CE. Estas actividades son esenciales e irrenunciables del Estado, [...], constituyen la reserva de Administración —*Verwaltungsvorbehalt*— e implican el ejercicio de autoridad —de imperium—, deben ser desarrolladas necesariamente por una Administración bajo forma y régimen jurídico de Derecho público, y no pueden en ningún caso ser abandonadas en manos de los particulares. (p. 102)

El Tribunal Constitucional Español ha despejado toda duda sobre el particular, al resolver que “La Constitución no contiene, en su artículo 97, una reserva de administración...” (*Recurso de inconstitucionalidad 5753-2002*, 2013, fj. 4).

En concordancia con lo anterior, forzoso es discrepar con los aportes doctrinarios (Pedraza Córdova, 2014, p. 277, pie de página N° 147; y, en cuanto alude a que el tema de fondo de la sentencia se referiría al grado de autonomía que tienen los Estados miembros en la ejecución del Derecho comunitario, Fernando Pablo, 2012, p. 3210) que entienden que la referida sentencia comportaría la afectación del principio de autonomía institucional y procedimental —aspecto que si bien no fue alegado expresamente, también podría estar vinculado con la defensa alemana, en particular, cuando invoca en su defensa el margen de maniobra en la adaptación del derecho interno a las directivas comunitarias. Véase *Comisión Europea contra República Federal de Alemania* (2009, nos. 47, 52 y 87)— : tales predicamentos (al parecer) presuponen que dicho principio tiene un contenido normativo que no se corresponde con la concepción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al contrario de la doctrina tradicional española, que parte de que este principio tiene dos presupuestos (la Unión Europea reconoce aquella autonomía y el contenido del mismo es homogéneo en ambas variantes), Parejo Alfonso (2011, pp. 595-597) afirma que el contenido del principio en comento no es único, debiendo diferenciarse el uno del otro, y en su dimensión institucional no debe verse tanto una manifestación de una autonomía organizativa que la Unión Europea reconoce a los Estados miembros, cuando una consecuencia directa de la construcción misma del proceso de interacción supranacional. Así, la perspectiva determinante no es la supranacional, dado que los Estados no precisan reconocimiento alguno a su poder de auto organización, pues lo tienen de suyo. Sólo como reflejo y consecuencia de tal poder puede hablarse en el plano supranacional, pues, de autonomía institucional de dichos Estados.

Lo anterior, desde luego, no comporta que el poder de auto organización de los Estados miembros quede inmune a cualquier condicionamiento o incidencia comunitaria, cuando se proyecta sobre materias de competencia de la Unión. La cesión de soberanía de la Unión Europea y la asunción de la obligación de cooperación leal en la realización de los objetivos de integración llevan implícita la aceptación de

afección (de lo estrictamente indispensable como resulta de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad) del poder de auto organización interna cuando se trata de la ejecución del Derecho comunitario válidamente establecido.

En efecto, ya es un lugar común sostener que las limitaciones del Derecho de la Unión Europea son tan intensas que el principio de autonomía institucional y procedimental se torna irreconocible. Aún más, algunos autores sostienen que, en todo caso, tal principio en ningún caso tendría la virtualidad de operar "...como un parámetro de validez del derecho derivado de la Unión, como un límite al ejercicio de las competencias de ésta o como un contralímite que module el principio de primacía del Derecho de la Unión" (Solanes Mullor, 2016, p. 174).

Como fuere, la correcta caracterización del principio implica afirmar que corresponde aplicar la norma nacional ante la ausencia de disciplina europea sobre la materia, esto es, a la falta de regla comunitaria en relación al aspecto de que se trate. De esta forma, sólo en la medida en que el Derecho de la Unión no hubiese dispuesto la normativa para su ejecución por los Estados miembros –en su calidad de ejecutores/aplicadores¹⁰ del mismo–, los sistemas jurídicos nacionales se encontrarán habilitados para precisarla (Solanes Mullor, 2016, p. 174). En otros términos, la autonomía institucional y procedimental opera, por regla general, en los ámbitos que no han sido ocupados por el Derecho de la Unión, tanto con carácter general (principios de equivalencia y efectividad), como especial (a través de una regulación procedimental expresa) (Díaz González, 2016, pp. 87-88).

Antes al contrario, en el asunto en análisis, justamente, el legislador comunitario ya había intervenido la materia de que se trata, razón por la cual, el mencionado principio no tiene a *prima facie* virtualidad de operar en la misma. A tales efectos, cabe recordar que la sentencia de que se trata no resolvió si existía la posibilidad de que, acorde con el Derecho de la Unión, los nuevos mercados –en la especie, el sector de las comunicaciones electrónicas– pudiesen quedar al margen de la regulación comunitaria a los efectos de promover una inversión eficiente en las instalaciones y el fomento de la innovación.

Tal resolución, en rigor, determinó que esa particular decisión debía ser resuelta por la respectiva Autoridad Nacional de Reglamentación, pues la competencia a ésta había sido ya conferida por el legislador comunitario a través de las directivas y, por ende –a nuestro juicio–, todas las medidas que adopten los Estados miembros (incluida una ley interna) en su obligación de transponer correctamente¹¹ aquéllas – como las relativas a la organización y estructuración de las Autoridades Nacionales

¹⁰ Se utilizan aquí como sinónimo.

¹¹ En el asunto en examen, que sean las Autoridades Nacionales de Reglamentación quienes, acorde con las instrucciones y directrices de la Comisión, y teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, ponderen cuál es el mejor modo de poner en equilibrio los diferentes objetivos del artículo 8 de la Directiva marco.

de Reglamentación, señala el Abogado General Pojares Maduro (2009) que “Incluso la autonomía de los Estados miembros en relación con la organización y estructuración de las ANR se encuentra supeditada al logro de estos objetivos” (no. 65)– se insertan en un plano de ejecución del imperativo supranacional. Para tal efecto, entendemos por *ejecución*, siguiendo a Parejo Alfonso (2012) como el:

...conjunto de organizaciones, funciones y acciones precisas, en el escalón funcional para efectividad del ordenamiento comunitario, incluyendo así indistintamente a los órganos internos legislativos, ejecutivos y judiciales. De modo que la ley, el reglamento, el acto administrativo y la decisión judicial entran, para el Derecho Comunitario, en el mismo paquete enunciado como ‘ejecución’ o ‘aplicación’. (p. 131, pie de página 183)

De allí, pues, que se sostenga que dicha ley sólo es en apariencia nacional, puesto que son las normas comunitarias (directivas y tratados) las que le otorgan cobertura y efectúan el mandato de transposición, actuando el legislador nacional, no ya por propia iniciativa, ni ejerciendo competencias radicadas en la Constitución, sino como órgano de la Unión Europea; cuestión que resulta coherente con que la legislación de transposición deba ser consistente con la directiva de que se trate y, por lo tanto, su interpretación deba ser acorde a la misma y, en general, a los objetivos comunitarios (Parejo Alfonso, 2011, pp. 592-5953).

Se trata de una opción política: limitar la regulación y sufrir los consiguientes efectos de un peso significativo en el mercado con el fin de fomentar la inversión en infraestructura.

[...]En circunstancias normales, correspondería a la República Federal de Alemania realizar esta elección de naturaleza política; no así cuando existe una normativa comunitaria en el sector de las telecomunicaciones. En este caso, el legislador comunitario ya ha optado por regular este sector, con todas las posibilidades de intervención que de ello se derivan. (Pojares Maduro, 2009, no. 52 y 53)

Siendo ello así, no cabe afirmar *per se* que el principio de autonomía institucional y procedimental resultó infringido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de que algunas opiniones doctrinales estimen que, desde el punto de vista general (y no referido al caso en concreto), eventualmente puede entenderse infringido el principio de “Identidad Constitucional” consagrado en el Tratado de la Unión Europea (2010, art. 4, no. 2). Solanes Mullor (2016, pp. 175-176), plantea que, si se defiende que la Administración independiente significa para el Estado miembro una alteración del aparato administrativo, puesto que comportaría una alteración del principio de poderes y la pérdida de funciones del ejecutivo y del legislativo a favor de un nuevo poder o institución, podría vulnerarse tal principio. En otros términos, una alteración de la distribución de poderes constitucionalmente reconocido entre los poderes e instituciones de un Estado miembro y, por tanto, una modificación del equilibrio constitucional interno reconocido constitucionalmente, podría significar

una afectación a la identidad constitucional en el sentido del mencionado art. 4, no. 2.

2.2. Discrecionalidad de las Autoridades Nacionales de Reglamentación y su control judicial

Entre los argumentos más interesantes planteados por la defensa alemana, destacó el relativo a que el legislador nacional –con la modificación objetada– pretendía *preestructurar* (*Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 2009, nos. 48 y 87) el actuar de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, a objeto de someter las facultades discrecionales de éstas al control judicial, otorgando así mayor certeza jurídica. No obstante, cabe acotar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había resuelto con anterioridad a la sentencia en examen, que las Autoridades Nacionales de Reglamentación disfrutaban de una amplia facultad para poder apreciar la necesidad de regulación de un mercado en función de cada situación caso por caso. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Arcor AG & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland* (2008, no. 153 al 156).

Al respecto, se ha puesto de relieve que no es infrecuente –sin desmedro de que no constituye objeto de la presente investigación, cabe anotar que algunos autores plantean que, por el contrario, se observa que las directivas europeas en forma progresiva incorporan mayores detalles en su regulación, aspecto que plantea el problema de la subsistencia o no del deber de desarrollo a cargo de los legisladores de los Estados miembros impuesto por las reservas constitucionales de ley: así observado, este tema se entronca con el problema de la reserva de ley en la transposición de las directivas europeas, proceso en el cual deben respetarse, según se indica, las reservas formal y material de ley nacional (Díaz González, 2016, pp. 44 y 115 y ss.)– que las directivas sean genéricas, y no precisen pautas o parámetros de cuándo o cómo regular; aspectos éstos fundamentales que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben resolver y que, desde el punto de vista del control, no encontrarían otra limitación que la proveniente de la interdicción de la arbitrariedad (Baño León, 2012, p. 846).

En tal sentido, a medida que se pone énfasis en la independencia y autonomía funcional de las Autoridades Nacionales de Reglamentación respecto de los organismos estatales (en razón de la desconfianza a los intereses políticos partidistas), se advierte un progresivo aumento en la discrecionalidad de sus decisiones (en razón de su articulación eminentemente técnica), lo que ha sido tratado por la doctrina española (Muñoz Machado, 2010, p. 160 y ss.; y, Esteve Pardo; 2010, pp. 881 y ss., y la descripción general del control judicial realizada por Betancor Rodríguez, 2010, p. 542 y ss.).

En este orden de consideraciones, Muñoz Machado (2010, pp. 160 y 161) observa que el criterio tradicional es entender que la discrecionalidad técnica estaría

exenta de control, en lo referente a los criterios técnicos que asume el órgano administrativo al adoptar su determinación, afinando, además, su aserto en diversas sentencias de los tribunales de justicia nacionales, entre las que destaca, la del Tribunal Supremo que consigna que la interpretación de un reglamento que regula el servicio universal de telecomunicaciones,

...salvo que la interpretación de los criterios sobre determinación de las zonas no rentables por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resulte contraria a dicha regulación, o se revele como manifiestamente irrazonable o carente de sentido, no puede un Tribunal de esta jurisdicción sustituir el criterio técnico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los criterios propuestos por un operador dominante o por otros hipotéticos criterios formulados por la propia Sala juzgadora, que debe atemperar su juicio a la comprobación de si los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la ley y, dentro de la amplitud de esta, razonables y no arbitrarios ni discriminatorios. (*Cálculo del coste neto del servicio telefónico universal*, 2007, fdd. 5)

Pues bien, del estudio de la jurisprudencia norteamericana, Muñoz Machado (2010, p. 168) concluye que a efectos de enjuiciar las decisiones del organismo regulador se requiere que las normas que otorgan potestades discrecionales tenga una densidad regulatoria adecuada, es decir, que no se remitan en blanco a los organismos administrativos encargados de su ejecución.

Al respecto, Baño León (2012, p. 850) consigna que, habida cuenta los términos de la sentencia en estudio, esta eventual opción resulta totalmente imposible, puesto que es la propia directiva comunitaria la que impone la discrecionalidad de la autoridad reguladora como instrumento de la supremacía del Derecho comunitario, no debiendo el legislador, ni mucho menos el juez interno, establecer lo sustancial de la regulación. A ello, se suma el factor de que ante la duda de si una Autoridad Nacional de Reglamentación ha excedido sus facultades discrecionales, el juez nacional sólo podría controlarla si previamente remite una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, so pena de eventualmente contradecir el Derecho comunitario, razón por cual se sostiene que debería elaborarse una doctrina de control de la discrecionalidad a nivel supranacional a partir del art. 52, no. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

Ahora bien, como antes se mencionó, la normativa europea sobre Comunicaciones Electrónicas precisa que las Autoridades Nacionales de Reglamentación están facultadas para imponer determinadas medidas a las empresas que, de acuerdo al procedimiento que en ellas se consulta, se considere que tienen un "peso significativo en el mercado". Asimismo, siguiendo la Recomendación (2003/311/CE, 2003) y las Directrices (2002/C 165/03, 2002) de la Comisión, las Autoridades Nacionales de Reglamentación definirán los mercados pertinentes y efectuarán un análisis de los

mismos, a cuyo término determinarán si el mercado es realmente competitivo, debiendo adoptar las medidas que procedan.

Tal determinación de regulación, en el caso alemán, se sostiene que, por regla general, reviste un carácter configurador y necesariamente conciliador de intereses muchas veces contrapuestos; los que, dado su complejidad, han de adoptar órganos especialmente cualificados y no los jueces, que no son “los mejores reguladores” (Bobes Sánchez, 2012, p. 8).

En ese sentido, según explica Bobes Sánchez (2012, p. 1), la jurisprudencia alemana utiliza el término *Regulierungsermessen* para referirse a la discrecionalidad que corresponde a la Administración en el ámbito del Derecho de la Regulación. Además, el Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)¹² ha introducido un aspecto novedoso al equiparar dicho concepto a la *discrecionalidad de planificación*, renovando con ello la discusión en torno a la discrecionalidad administrativa.

Del estudio de dos sentencias del BVerwG¹³, Bobes Sánchez (2012) manifiesta varios puntos de interés, dado que fueron emitidas justamente en el ámbito de la regulación de las Comunicaciones Electrónicas, los cuales pueden ser resumidos en que:

1. “...la resolución de regulación es semejante a las que se adoptan en el ámbito del Derecho de planificación...”, (Bobes Sánchez, 2012, p. 9) limitándose el tribunal “...a examinar si el organismo regulador ha tenido en cuenta los intereses de las partes, los hechos determinantes para el caso y los puntos esenciales para la ponderación...” (Bobes Sánchez, 2012, p. 9) (por lo que el margen de apreciación sería más amplio).
2. “...el órgano regulador no dispone de una discrecionalidad de decisión (*Entschließungsermessen*) respecto a su actividad regulatoria en relación con un mercado que, como resultado de los procedimientos de definición y análisis (arts. 10 y 11 TKG), está necesitado de medidas de regulación...” (Bobes Sánchez, 2012, p. 10) debe imponerlas.
3. En tanto, “...sí dispone de una amplia capacidad de elección y de configuración (*Auswahl- und Gestaltungsspielraum*), teniendo en cuenta siempre los fines que debe perseguir...” (Bobes Sánchez, 2012, p. 11) en la normativa de que se trate, por lo que, además, tiene “...un ‘completo margen de apreciación para la definición y el análisis del mercado’” (Bobes Sánchez, 2012, p. 11).

¹² Tribunal Administrativo Federal Alemán.

¹³ Se trata de las sentencias de 28.11.2007, BVerwGE 130, 39 y de 2.4.2008, BVerwGE 131, 41. La primera, tendría su origen en la decisión de la Agencia Federal para la Regulación de Infraestructuras en Red (Bundesnetzagentur), que impone obligaciones específicas a *Deutsches Telekom*, empresa con una posición dominante en el referido mercado, con el fin de garantizar el acceso y la interconexión de nuevos operadores. La segunda, en tanto, relativa al control de precios de conexión.

4. En relación a la densidad de la norma, apunta a que el programa contenido en la misma sea

‘...tan vago, por la complejidad o la particular dinámica de la materia regulada, y su concreción en la posterior decisión administrativa ser tan difícil que el control judicial se encuentre con los límites de su función jurisdiccional’. Invocando jurisprudencia constitucional añade: ‘La obligación del examen judicial no alcanza más allá que la vinculación material del Ejecutivo. Finaliza allí donde el derecho material (...) exige decisiones al órgano administrativo sin haberle provisto para ello de un programa predeterminado’. (citado en Bobes Sánchez, 2012, p. 13)

5. “...la definición y el análisis de mercado, es una ‘decisión sobre los mercados con efecto transnacional’, lo que justifica el procedimiento de consulta y consolidación, con veto de la Comisión incluido...” (Bobes Sánchez, 2012, p. 16), lo cual “...’deja traslucir la necesidad europea de un margen de apreciación de modo que un control judicial ilimitado de los conceptos jurídicos indeterminados haría peligrar el efecto de cooperación y coordinación pretendido’ con dicho procedimiento”.(Bobes Sánchez, 2012, p. 16)

Sobre el particular, la autora sostiene que esta línea jurisprudencial no resulta del todo convincente, y al parecer genera mayor “libertad aún a la Administración sin extraer consecuencias útiles para el control judicial” (Bobes Sánchez, 2012, p. 15), por lo que no comparte las afirmaciones del tribunal alemán, en cuanto comportan, en definitiva, que el juez debe replegarse y no ejercer su función juzgadora, afectando con ello la tutela judicial efectiva y, en su caso, el derecho de propiedad y la libertad de empresa, sin que sean suficientes las razones de mayor complejidad de la materia y vaguedad de la normas (Bobes Sánchez, 2012, pp. 14 y 15).

La doctrina española, en tanto, según afirma Solanes Mullor (2016, pp. 266-274)¹⁴, ha tratado muy poco el tema del control judicial de las Administraciones independientes, transitando las posturas desde aquellas que en el debate genérico no han reconocido sus singularidades características, a aquellas que abogan por la deferencia judicial basada en su especialidad técnica o en su legitimidad democrática como elementos de ventaja ante el juez.

Habida cuenta de lo expuesto, y a los afectos limitados de la presente investigación, se describirán dos aspectos en relación al asunto tratado, sin perjuicio de otros vinculados a la potestad reglamentaria. En efecto, la doctrina también considera como una de las consecuencias que podrían derivarse de la sentencia en comento la relativa a que con ella se podría reducir la potestad reglamentaria del gobierno, debido, justamente, a la ampliación del ámbito discrecional de las Autoridades Nacionales de Reglamentación. En tal sentido, de la Quadra-Salcedo y Fernández del

¹⁴ Con cita de autores y sus obras.

Castillo (2015, pp. 72-74) anota que hasta la fecha de la emisión de la sentencia no se cuestionaban los reglamentos que desarrollaban la Ley General de Telecomunicaciones siempre que no fueran contradictorios, desde luego, con la misma ley, ni tampoco con las prescripciones del Derecho de la Unión Europea. Ahora, en tanto, ello puede quedar en entredicho, dado que no basta con que los reglamentos no contengan preceptos que contravengan al Derecho comunitario, sino que, además, en la medida de que se considera que las directivas han otorgado un amplio espacio de discrecionalidad a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, el reglamento no puede deslizarse ni ocupar terrenos que se han entregado a ellas, ni siquiera cuando se sostenga que lo ocupado no es materialmente contrario a las normas de la Unión Europea. En otros términos, el problema expuesto se presentaría con aquellas previsiones reglamentarias que, sin contradecir a las directivas (en tal evento, tales preceptos serían ineficaces, cuando no inválidos), vayan más allá de ellas: en concreto, ello podría comportar una limitación o restricción a las opciones en los ámbitos en que las Autoridades Nacionales de Reglamentación tienen una amplia discrecionalidad, en cuyo caso tales normas reglamentarias no serían vinculantes para las Autoridades Nacionales de Reglamentación. Entre otros supuestos, ejemplo de ello podría ser la Ley N° 9/2014 (General de Telecomunicaciones), en cuanto dispone que, “Mediante real decreto, el Gobierno identificará las obligaciones específicas que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá imponer en los mercados de referencia considerados en este artículo y determinará las condiciones para su imposición, modificación o supresión” (art. 14, no. 5). Tal precepto, a juicio del autor, sería ineficaz y, por tanto, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no estaría obligado a cumplirlo.

En primer término, es necesario recordar que las razones que se han esgrimido para la existencia de estas Autoridades Nacionales de Reglamentación se vinculan (Baño León, 2012, p. 838; y, García Álvarez, 2014, p. 102), principalmente, a i) la desconfianza de los ciudadanos respecto de la acción de los gobiernos y parlamentos – cuyos intereses están atados a un período electoral determinado y no son de largo plazo, como exigen las políticas de regulación (Solanes Mullor, 2016, p. 89), ii) que éstos se perciben como permeables a los intereses de las empresas, sea éstas estatales o particulares–, y iii) la confianza en lo que podría denominarse “principio tecnocrático” (la necesidad de tomar decisiones basadas en la técnica y ciencia) (Solanes Mullor, 2016, p. 89), en razón de la creencia de que órganos compuestos por personas con elevada competencia técnica serán más proclives y más capaces de aplicar políticas de apertura a la competencia.

En esa línea, por razón del origen y la naturaleza de su función, para cumplir con su cometido, no es de extrañar que se afirme (Solanes Mullor, 2016, pp. 91-92) que las normas del Estado regulador se configuren de una manera general, más basada en los principios, criterios y guías que en normas detalladas, caracterizándose por la vaguedad, lo cual deja (mediante un lenguaje basado en principios y criterios)

un amplio campo de discrecionalidad. Ello se afinaría en la necesidad de que los preceptos de que se trate puedan adaptarse con facilidad a continuos cambios de circunstancias, resolviendo, con rapidez, los diversos problemas a los que, en forma diaria, se enfrenta el mercado (García Álvarez, 2014, p. 102)¹⁵.

Siendo ello así, resulta necesario reconocer la singularidad de las Autoridades Nacionales de Reglamentación¹⁶, tanto por su articulación en el Derecho de la Unión (la cual se ha explicitado en las directivas y ratificado por Tribunal de Justicia de la Unión Europea), como por el origen y naturaleza de sus funciones (en muchos casos, encargadas de configurar, y no de subsumir, reglas), lo que se traduce, en definitiva, en la necesidad de un replanteamiento i) del sistema de objetivación y control a partir, entre otros aspectos, de una intensidad mayor del control vía principios generales del derecho (p.j. el de proporcionalidad) y ii) del alcance de la deferencia judicial. Se ha sostenido que la doctrina que ha estudiado en detalle el control judicial de las Administraciones independientes de la Unión Europea coincide en que el debate no debe centrarse en reconocer la deferencia judicial que deben adoptar los tribunales frente a las decisiones de dichas Administraciones, sino más bien en el grado de la misma (Solanes Mullor, 2016, p. 120). Así mismo, Marcou (2009, p. 88) concluye, al término del estudio que indica (que comparó el control jurisdiccional sobre los actos de las autoridades específicas de reglamentación de Estados Unidos, Canadá, Francia y Reino Unido), que los jueces son deferentes hacia el estatus de independencia de esas autoridades y desean darles un poder de apreciación suficientemente amplio dentro de su campo, razón por cual se ha querido asegurar su independencia. En España este es un tema muy espinudo con un interesante debate doctrinario. Un estudio, con examen de jurisprudencia, puede consultarse en Betancor Rodríguez (2010, p. 512 y ss.).

Y, en segundo término, interesa aquí poner de relieve que el efecto que sí puede generar la sentencia en comento estriba en que si una directiva europea carece de suficiente densidad y, por lo mismo, de un programa de ejecución por los Estados miembros, las Autoridades Nacionales de Reglamentación quedarían sometidas, en los ámbitos que tienen asignados una libertad de configuración en la decisión, no tanto a una regla predefinida –dado que, por lo demás, en ciertas ocasiones no existe, como expone acertadamente de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2015, p. 86)–, cuando a los criterios que al efecto la Comisión les fije discrecional-

¹⁵ Añade que la orientación a la competencia es difícil de articular mediante normas abstractas y decisiones administrativas de carácter reglado, de mera aplicación del Derecho. Por el contrario, el Derecho de la competencia se caracteriza por reglas finalistas, cuya aplicación descansa en un análisis técnico y económico de cada mercado.

¹⁶ Ello, desde luego, no importa que se defienda que las Autoridades Nacionales de Reglamentación operen libremente, sin sujeción a parámetros de control. Antes al contrario, siempre deben existir las técnicas concretas que sometan a control judicial todo poder: ahora, determinar cómo y cuáles serían para las Autoridades Nacionales de Reglamentación, es una tarea que excede los objetivos de este trabajo.

mente –en el ejercicio de su facultad de emitir recomendaciones y directrices, sumado a la posibilidad de veto, lo cual demuestra la importancia que para el Derecho Público y, señaladamente, para el Derecho Administrativo, tienen las nuevas fórmulas blandas de derecho o *soft law*. Así, una de las formas más usuales en que la Comisión, en su calidad de órgano Ejecutivo/Administrativo Europeo, va perfilando su actuar futuro la constituyen, sin duda, los llamados Libros Verdes, Blancos y las Comunicaciones, Códigos de Buena Conducta, Directrices, Declaraciones, etc. Se trata de “instrumentos o actos atípicos, emitidos en el ejercicio de su competencia discrecional, cuyo objeto es establecer pautas o líneas indicativas de lo que pretende seguir en forma ulterior en una determinada materia, y que la doctrina engloba dentro del concepto de *soft law comunitario*” (Viñuales Ferreiro, 2015, pp. 213 y 214)– , a objeto de endilgar su actuar en el asunto de que se trate. Éste último aspecto, se entronca con la espinuda cuestión del control de las potestades de la Comisión y, por consiguiente, de sus actos como derecho derivado de la Unión, cuyo análisis escapa al acotado objeto de la presente investigación.

3. Perspectiva global: manifestación de la mutación de los ordenamientos jurídicos internos producto del proceso de integración a la Unión Europea

Precisado lo anterior, lo cierto es que el asunto en estudio constituye una manifestación más del proceso de *mutación constitucional* que está operando en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros producto de la integración a la Unión Europea; en este caso, a raíz del transvase de competencias a dicha instancia supranacional, lo cual implica limitaciones para el ejercicio de funciones del poder legislativo interno y cambios en el papel de éste y, por ende, también de los demás poderes públicos (Parejo Alfonso, 2012, p. 127).

Desde una perspectiva general, siguiendo a Huber (2013, p. 92), se sostiene que la apertura de los Estados miembros a la Unión Europea se acompaña de una modificación material de los órdenes constitucionales, denominada «europeización» del Derecho Constitucional nacional. Así, la penetración, la conformación y el desplazamiento de las instituciones y valores del Derecho nacional por los parámetros y criterios del Derecho de la Unión son fenómenos generalizados que entran en conflicto con la pretensión de validez del Derecho constitucional.

En tal sentido, Huber (2013, pp. 96 y 97) afirma que la europeización incide en la estructura de los Estados miembros, afectando a los tres poderes tradicionales en sentido diverso. Pues, en efecto, mientras el parlamento nacional pierde, el poder ejecutivo –y el judicial– obtiene ventaja (en la medida en que se transfieren competencias a la Unión Europea, el parlamento nacional pierde funciones, en tanto que los poderes ejecutivos producen, en el seno de la Unión Europea, el nuevo Derecho).

En este esquema, Huber (2012, pp. 101 y 102) explica que el ejecutivo (en sentido amplio, comprensivo de la Administración) tiene la posibilidad de participar activamente en la actividad legislativa de la Unión Europea, lo cual permite “dejar sin aplicación” leyes parlamentarias, cuando pugnan con el Derecho comunitario, convirtiéndose, así, a la ley nacional –hasta ahora instrumento central del ordenamiento jurídico interno– en un factor aleatorio sobre cuya efectividad podrían decidir los poderes ejecutivos por su propia cuenta.

De esta forma, la transferencia anotada comporta que los Estados miembros – y, en particular, como se ha visto, los parlamentos nacionales–, como acertadamente ha subrayado Chiti (2002, p. 78), no pueden ya ejercitar sus poderes en los sectores transferidos, sino con los límites y en las condiciones previstas por el Derecho comunitario, debiendo abstenerse de cualquier tentativa que puede comprometer el avance de la comunidad.

En el contexto puntualizado, y en lo que atañe a la sentencia en examen, no puede sino compartirse con el profesor Parejo Alfonso (2012, pp. 127-128) que si la sentencia de que se trata se considera en un plano general (del debate dualista o monista de la integración), se advierte que ella es una manifestación de un fenómeno de mayor porte, al ser el resultado de una profunda transformación –en las materias de competencia de la Unión Europea– en el rol de los poderes públicos nacionales, con independencia de su ubicación en el plano constitucional interno. Ello, por cuanto, desde el punto de vista del Derecho comunitario, toda actuación posterior a su decisión normativa se inserta en un plano de mera ejecución, sin que exista distinción si ello se realiza a través de un precepto constitucional, una ley, un acto administrativo o una sentencia, desde este punto de vista, cabe destacar que el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea puede ser constitutivo, su vez, de título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado (Administración, Legislador o Juez), residiendo su fundamento, justamente, en los principios de primacía, unidad y efecto directo, tal como lo precisó el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias: *Andrea Francovich* y *Danila Bonifaci y otros contra República Italiana* (1991) y *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros* (1996). En esa línea, se pone al legislador en una posición de subordinación (mero ejecutor) del Derecho de la Unión Europea y se le desconecta de su función de desarrollo constitucional, apareciendo ahora su papel descrito por el principio de autonomía institucional y procedimental.

Un caso paradigmático de lo afirmado sería, según plantea el mismo autor, la exigencia (introducida en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios (2006/123/CE), conocida como “*Bolkestein*”) consistente en que debe motivarse suficientemente toda nueva normativa que imponga a los prestadores de servicios un régimen de autorización para desarrollar la actividad de que se trate, debiendo con-

currir las siguientes condiciones: i) no ser discriminadora, ii) necesaria, y iii) proporcional (Ley 17/2009, art. 5). Dicha condición operaría en la misma lógica de ejecución del Derecho comunitario, como requisito de validez de la ley (Parejo Alfonso, 2012, p. 128), sin que tal predicamento encuentre consagración en la Constitución Española (1978).

Conclusiones

De lo expuesto precedentemente, puede concluirse:

1. La tríada primacía, unidad y eficacia directa del Derecho comunitario – principios articulados a partir de los casos: *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa* (1963) y *Flaminio Costa contra E.N.E.L.* (1964)– permiten justificar que una directiva (manifestación típica del derecho derivado) tenga la virtualidad de modular el ordenamiento nacional, incluso el papel que le compete al legislador interno, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, constituya el fundamento del sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción de dicho derecho supranacional.
2. La afirmación –realizada por alguna parte de la doctrina española– consistente en que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2009 (Comisión Europea contra República Federal de Alemania), aquí examinada, constituye un caso de *reserva de Administración*, debe ser desestimada, puesto que i) no se ajusta al entendimiento ni configuración elaborada por la dógmata alemana, en tanto no se aprecia que, con entera independencia del contenido de la ley, *ex constitutione* se hubiese excluido la intervención del legislador (con paralela reserva constitucional de la específica materia a la Administración), consideraciones similares nos han llevado a predicar, a propósito del análisis del derecho de reunión y las disposiciones generales de policía, que el art. 19, no. 13, inc. 2, de la Constitución Chilena (2005), no constituye, en los términos reseñados, un caso de reserva de Administración, reglamentaria o de reglamento (Montero Cartes, 2020) y ii) por lo mismo, tampoco logra explicar tal fallo, toda vez que la infracción del Derecho comunitario deriva, no del hecho que el Estado alemán recurriera a la ley para transponer una directiva, sino que tal operación –la trasposición– no se ajustó al derecho supranacional.
3. En todo caso, resulta interesante la formulación –siquiera superficial– de los caracteres de la técnica de la *reserva de Administración*, en tanto que, en último término, se inserta en un plano más amplio de la discusión en torno a las relaciones e interacciones entre el Legislador y la Administración-Ejecutivo y, por lo mismo, permite la reflexión respecto del ya clásico tema de la crisis de los principios de reserva de ley y de la primacía de la misma. Pues, en efecto, debido a que en la actualidad –por razón de los continuos avances científicos

y tecnológicos, la pluralidad de valores e intereses sociales, etc.– resulta casi imposible que el legislador se anticipe y reproduzca con precisión la entera realidad que pretende disciplinar. Se advierte que la ley recurre, en muchos ámbitos, a conceptos legales abiertos; cláusulas y mandatos de ponderación o, en fin, se limita a fijar únicamente la autoridad, sus facultades, fines u objetivos y, en su caso, el procedimiento que ha de seguirse para la adopción de la decisión –tal descarga por el legislador de atribuciones en la Administración puede comportar, en último término, el trastocar la construcción tradicional de la Administración, en cuanto ésta dejar de ser “heteroprogramada” (hasta en los detalles) por la ley, para asumir la función de regular ella misma (en términos de “auto programación”), en parte importante, su propia actuación. Vid., Parejo Alfonso (2008, pp. 63 y ss.), el cual aborda provocativamente estas y otras cuestiones vinculadas–, atribuyéndose, así, a la Administración “una específica autonomía instrumental” frente a los demás poderes públicos, cuyos límites, resultan en muchas ocasiones imprecisos (cfr. Zagrebelsky, 2016, p. 35).

4. Enseguida, la sentencia en examen permite resituar el debate en torno a la discrecionalidad administrativa, señaladamente respecto de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, en cuanto que éstas, tanto por su articulación en el Derecho de la Unión (la cual se ha explicitado en las directivas y ratificado por Tribunal de Justicia de la Unión Europea), como por el origen y naturaleza de sus funciones (en muchos casos, encargadas de configurar, y no de subsumir, reglas), están dotadas de un más amplio nivel discrecional que los restantes órganos administrativos, lo que, a lo menos, comporta la necesidad de un replanteamiento i) del sistema de objetivación y control a partir, entre otros aspectos, de una intensidad mayor del control vía principios generales del derecho (p.j. el de proporcionalidad) y ii) del alcance de la deferencia judicial.
5. En todo caso, la resolución de que se trata constituye más bien una expresión más del proceso de *mutación constitucional* que está operando en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros a raíz de la integración a la Unión Europea (por razón de la transferencia de competencias a dicha instancia supranacional, con la consiguiente limitación para el ejercicio de funciones del legislativo interno y cambios en el rol de éste y, por ende, también de los demás poderes públicos).

Reconocimientos

El programa de postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid fue financiado por (y, por tanto, el autor agradece a) Concurso Becas de Magíster en el extranjero, Becas Chile, Convocatoria 2016, CONICYT, N° 73170844.

Mutaciones al Estado de Derecho.

Una versión preliminar del presente texto fue presentada en i) el Congreso Internacional Jóvenes Investigadores sobre la Unión Europea, celebrado el 5 y 6 de octubre de 2017, en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, España y ii) las XLIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, efectuadas los días 17 y 18 de octubre 2019, en la Pontificia Universidad Católica, Chile.

Por último, el autor agradece a los Catedráticos, señores Luciano Parejo Alfonso y Pablo Pérez Tremps, por sus sugerencias en relación con el texto aquí desarrollado. Los errores, desde luego, son de exclusiva responsabilidad del suscrito.

Referencias Bibliográficas

Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana, Asuntos Acumulados C-6/90 y C-9/90. ECLI:EU:C:1991:428 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 19 de noviembre de 1991). Recuperado de <https://bit.ly/3hSCX9P>

Arcor AG & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland. Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Köln - Alemania. C-55/06. ECLI:EU:C:2008:244, (Cuarta Sala Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de abril de 2008). Recuperado de <https://bit.ly/3hNRJin>

Baño León, J. M. (2012). Reserva de Administración y Derecho Comunitario. En C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (Eds.). *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum. José Luis Iglesias Buhigues* (pp. 837-850). Valencia: Tirant lo Blanch.

Betancor Rodríguez, A. (2010). *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la actividad de los reguladores económicos*. Madrid: Civitas.

Bobes Sánchez, M. J. (2012). Discrecionalidad y Regulación. (A propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de Diciembre de 2009). *Revista general de derecho administrativo*, (29), 1-25. Recuperado de <https://bit.ly/2Trglh6>

Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93. ECLI:EU:C:1996:79 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 5 de marzo de 1996). Recuperado de <https://bit.ly/3wxqpZB>

Cálculo del coste neto del servicio telefónico universal, N° 11387/2004, STS 5371/2007, ECLI:ES:TS:2007:5371, (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso 10 de julio de 2007). Recuperado de <https://bit.ly/3oNtEcl>

Callol García, P. (1999). La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberación del sector. *Revista de administración pública*, (149), 399-422. Recuperado de <https://bit.ly/3nIQ38>

Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo. *Revista de administración pública*, (193), 11-44. Recuperado de <https://bit.ly/2RhLq9>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 18 de diciembre de 2000. Recuperado de <https://bit.ly/3fm00rS>

Colasanti, F. (2008). Case FR/2008/0780: Wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location; Case FR/2008/0781: Wholesale broadband access Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC [Carta escrita en Julio 18, 2008 al Sr. Paul Champsaur]. Recuperada de <https://bit.ly/3fhvnUK>

Comisión Europea contra República Federal de Alemania, C-424/07. ECLI:EU:C:2009:749, (Cuarta Sala Tribunal de Justicia de la Unión Europea 3 de diciembre de 2009). Recuperado de <https://bit.ly/2ScEcG3>

Poiars Maduro, M. (2009). Conclusiones del Abogado General Poiars Maduro presentadas el 23 de abril de 2009. *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2009 (I-11431). Recuperado de <https://bit.ly/2Sozo0n> id: ECLI:EU:C:2009:252

Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 22 de agosto de 1998. Recuperado de <https://bit.ly/2Q0y8Qj>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 29 de diciembre de 1978. Recuperado de <https://bit.ly/2xg6S6S>

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial del República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <http://bcn.cl/2f6sk>

Chiti, M. (2002). *Derecho administrativo europeo* (L. Ortega, Trad.). Madrid: Civitas, 2002.

Díaz González, G.M. (2016). *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*. Madrid: lustel.

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Di-

Mutaciones al Estado de Derecho.

rectiva acceso). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 7 de marzo de 2002. Recuperado de <https://bit.ly/3benk8B>

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 7 de marzo de 2002. Recuperado de <https://bit.ly/3v4HMRf>

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 7 de marzo de 2002. Recuperado de <https://bit.ly/2RpBFZo>

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea, Luxemburgo de 27 de diciembre de 2006. Recuperado de <https://bit.ly/2Tj8ZII>

Directrices 2002/C 165/03 de la Comisión. Sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 11 de julio de 2002. Recuperado de <https://bit.ly/340MDHb>

Embid Irujo, A. (1988). La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana. *Revista de administración pública*, (115), 403-426. Recuperado de <https://bit.ly/3aZKek8>

Esteve Pardo, J. (2010). La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dirs.), *Fundamentos e Instituciones de la regulación* (pp. 891-921). Madrid: Iustel.

Fernando Pablo, M. M. (2012). El legislador no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre 2009, Comisión Europea c. República Federal de Alemania, asunto C-424/07). En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Vol. 2, pp. 3209-3222), Cizur Menor: Thomson-Civitas.

Flaminio Costa contra E.N.E.L., Asunto 6-64. ECLI:EU:C:1964:66 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 15 de julio de 1964). Recuperado de <https://bit.ly/3wAqcoO>

García Álvarez, G. (2014). La Unión Europea como «Estado regulador» y las administraciones independientes. *Revista de administración pública*, (194), 79-111. Recuperado de <https://bit.ly/3usaU4z>

García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2012). La codificación administrativa europea: formas de ejecución conjunta del derecho de la unión europea e interconexión de reguladores. En J. E. Soriano García (Dir.), *Procedimiento Administrativo Europeo* (pp. 529-554). Cizur Menor: Civitas.

García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2013). *Los reglamentos de las Administraciones independientes*. Cizur Menor: Civitas.

Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften. *Bundesgesetzblatt*, Bonn, República Federal Alemana, 23 de febrero de 2007. Recuperado de <https://bit.ly/2Sx9XtD>

Huber, P. M. (2013). Estabilidad abierta: un análisis comparado. En A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, y P. M. Huber (Autores), *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo* (pp. 69-142). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, A. (1987). La función legislativa y la "Reserva de Administración": notas sobre un nuevo concepto. En Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Coord.), *Las cortes generales* (Vol. 2, pp. 1441-1454). Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 10 de mayo. Recuperado de <https://bit.ly/3wCnX4j>

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 24 de noviembre de 2009. Recuperado de <https://bit.ly/2RCFxGz>

López-Jurado, F. (2010). Técnicas específicas de los servicios en Red. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dirs.), *Fundamentos e Instituciones de la regulación* (pp. 759-826). Madrid: Iustel.

Marcou, G. (2009). La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado. En G. Marcou. y F. Moderne (Dir.) y S. Restrepo (Trad.), *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: comparaciones y comentarios* (Vol. 1, pp. 11-92). Bogotá: Universidad del Rosario. Recuperado de <https://bit.ly/3tp0L7D>

Montero Cartes, C. I. (2020, Mayo 12). Ley y reserva de administración o de reglamento. Notas sobre el caso del derecho de reunión y las disposiciones generales de policía. *Diario Constitucional.cl*. Recuperado de <https://bit.ly/3yP6QOB>

Mutaciones al Estado de Derecho.

Muñoz Machado, S. (2010). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dir.), *Fundamentos e Instituciones de la regulación* (pp. 15-242). Madrid: lustel.

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Principios de constitucionalidad y legalidad* (Vol. 3). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015. Recuperado de <https://bit.ly/3h7R9vt>

NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, Asunto 26-62. ECLI:EU:C:1963:1 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 5 de febrero de 1963). Recuperado de <https://bit.ly/3oRqcy4>

Pábrós Reig, C. (2014). The impact of economic liberalisation on Spanish public administration: Some alarming steps backward. Càtedra Pasqual Maragall D'economia i Territori, Working Paper 02/2014. Recuperado de <https://bit.ly/2SqHF3Y>

Parejo Alfonso, L. (2008). *Crisis y renovación en el derecho público*. Lima: Palestra.

Parejo Alfonso, L. (2011). El principio de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros. En J. M. Beneyto Pérez (Dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea* (Vol. 4, pp. 565-600). Madrid: Aranzadi.

Parejo Alfonso, L. (2012). *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*. Sevilla: Global Law Press.

Pedraza Córdova, J. (2014). *Competencia efectiva y servicios de interés económico: el caso de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.

de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T. (2015). El nuevo marco legal de las Telecomunicaciones: significado y perspectivas. En su *Derecho de las Telecomunicaciones* (pp. 51-102). Madrid: lustel.

Recomendación 2003/311/CE de la Comisión de 11 de febrero de 2003. Relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial de la Unión Europea, Luxemburgo, 5 de mayo de 2003. Recuperado de <https://bit.ly/3u44IPp>

Recurso de inconstitucionalidad 5753-2002. Sentencia N° 129/2013, (Tribunal Constitucional de España 4 de junio de 2013). Recuperado de <https://bit.ly/2T4RHrS>

Reglamento (CE) Nº 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000. Sobre el acceso desagregado al bucle local. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 30 de diciembre de 2000. Recuperado de <https://bit.ly/3z5nWb8>

Resolución de 22 de enero de 2009, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Resolución de 22 de enero de 2009, relativa a la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 18 de febrero de 2009. Recuperado de <https://bit.ly/3cdFR5E>

Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34(101), 125-155. Recuperado de <https://bit.ly/3vPoyPI>

Schmidt-Aßmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (M. Bacigalupo Saggese, J. Barnés Vázquez, J. García Luengo, R. García Macho, A. Huergo Lora, Jose M. Rodríguez de Santiago, F. Velasco Caballero, Trads.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Solanes Mullor, J. (2016). *Administraciones independientes y Estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español*. Madrid: Congreso de los Diputados.

Telekommunikationsgesetz (TKG). Bundesgesetzblatt, Bonn, República Federal Alemana, 25 de Junio de 2004. Recuperado de <https://bit.ly/3vQHOG3>

Tornos Mas, J. (1983). La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia. *Revista de administración pública*, 1(100-102), 471-508. Recuperado de <https://bit.ly/3et1Erm>

Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea, Luxemburgo, 30 de marzo de 2010. Recuperado de <https://bit.ly/3oKriBV>

Troncoso Reigada, A. (1999). Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista española de derecho constitucional*, 19(57). Recuperado de <https://bit.ly/3tpKiQs>

Vignolo Cueva, O. (2011). La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública: postulados básicos y transformaciones. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44(131). Recuperado de <https://bit.ly/3uxQcjY>

Mutaciones al Estado de Derecho.

Villar Rojas, F. J. (2004). *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de derecho público económico*. Granada: Comenares.

Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (11a ed.) (M. Gascón, Trad.). Madrid: Trotta.

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Montero Cartes, C. I. (2021). Mutaciones al Estado de Derecho: el caso de la reserva de Administración a propósito del asunto denominado las "vacaciones legislativas" (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre 2009, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, asunto C-424/07). *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 28, e3659. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-00013>



DOI

Copyright del artículo: ©2021 Cristian Montero



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.