

LA POTESTAD NORMATIVA DE LA CNMC: A PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LOS PROYECTOS DE CIRCULARES

JOSÉ MARÍA JOVER
Letrado del Consejo de Estado
Profesor Asociado IE Law School

Cómo citar/Citation

Jover, J. M.º (2020).
La potestad normativa de la CNMC: a propósito de la doctrina del
Consejo de Estado sobre los proyectos de circulares.
Revista de Administración Pública, 211, 71-110.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.03>

Resumen

El reciente Real Decreto Ley 1/2019 ha modificado la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aumentando el ámbito de la potestad normativa de dicho organismo. Con este motivo, la CNMC ha elaborado diversas circulares en el ámbito de la energía, que han dado lugar a una doctrina del Consejo de Estado.

Si bien la atribución de la potestad normativa plantea problemas relevantes, como es el relativo al carácter de la potestad normativa, los trámites preceptivos en el procedimiento de elaboración y las relaciones con otras normas procedentes del Gobierno y sus miembros constituyen también una oportunidad para avanzar en la mejora de la calidad normativa, dada la configuración de la CNMC como organismo independiente y dotado de alta capacidad técnica.

Palabras clave

Potestad reglamentaria; procedimiento de elaboración de disposiciones generales; sector eléctrico; evaluación *ex post*

Abstract

The recent Royal Decree-Law 1/2019 has modified Law 3/2013, of creation of the National Commission of Markets and Competition (CNMC), has increased its scope of regulatory power. For this reason, the CNMC has developed several circulars in the field of energy, which have resulted in a doctrine of the State Council.

Although the attribution of the normative power raises relevant problems, such as the one related to the character of the normative power, the mandatory procedures in the elaboration of the norms and the relations with other norms from the Government and its members, it is also an opportunity to advance in the improvement of the normative quality, given the configuration of the CNMC as an independent body and endowed with high technical capacity.

Keywords

Regulatory power; Better regulation; Electric sector; Ex post evaluation

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTAD NORMATIVA A LA CNMC. III. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS: 1. Régimen aplicable al procedimiento de elaboración de circulares. 2. La planificación normativa. 3. La consulta previa. 4. La exigencia de elaborar una memoria. 5. Los trámites de audiencia e información pública. 6. El diálogo con el Gobierno. 7. Exigencia de otros informes. 8. El informe de la Asesoría Jurídica. 9. Dictamen del Consejo de Estado. 10. Aprobación y publicación. 11. Conclusiones. IV. LA EVALUACIÓN *EX POST* DE LAS CIRCULARES. V. LA RELACIÓN ENTRE LAS CIRCULARES DE LA CNMC Y OTRAS NORMAS JURÍDICAS. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la CNMC ha aprobado una serie de circulares relativas a la retribución de las actividades del sector eléctrico y del gas natural¹. No es, desde luego, la primera vez que dicho organismo ejerce la potestad normativa; pero sí se trata de un paquete normativo ambicioso, cuyos proyectos fueron consultados al Consejo de Estado, y que representa, sin duda, uno de los ejercicios más relevantes de dicha potestad, tanto por el amplio ámbito de materias reguladas como por la importancia de las normas aprobadas².

¹ La primera fue la Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 20 de noviembre de 2019. Con posterioridad se han publicado otras, todas ellas relativas a los sectores eléctrico y del gas.

² Un análisis general y exhaustivo de la potestad normativa de los organismos de denominada Administración independiente puede verse en P. García Manzano (2013), *Los reglamentos de las Administraciones Independientes*, Civitas.

El objeto de estas líneas consiste en reflexionar, a la luz de las cuestiones suscitadas con tal ocasión y de la doctrina recogida en los dictámenes del Consejo de Estado³, acerca de los criterios y principios que deben presidir el ejercicio de tal potestad. Estas circulares se refieren todas ellas al sector eléctrico y del gas natural, principalmente a las metodologías de retribución de los diferentes sujetos —transportistas, distribuidores, operadores de redes y de mercado—. Conviene tener en cuenta que tales sectores constituyen uno de los ámbitos principales del ejercicio de la potestad normativa de la CNMC, tanto por su amplitud⁴ como por la relevancia económica y las cuestiones jurídicas que suscita.

Como es sabido, la CNMC fue creada por la Ley 3/2013, que tuvo por objeto agrupar las funciones relativas al funcionamiento de los mercados y sectores que, hasta ese momento, eran supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales⁵. A menudo, la creación de estos organismos, y la atribución de potestad normativa, plantea conflictos entre dos exigencias no siempre fácilmente reconciliables, la exigencia de legitimidad de aquellos sujetos que tienen potestad normativa y la necesidad de hacer frente a la complejidad de regular determinados sectores.

La legitimidad inherente a un régimen democrático, tal y como resulta hoy de la Constitución, no se traduce en una exigencia inflexible de que todo ejercicio de la potestad normativa deba proceder de los Parlamentos, incluidos los autonómicos, o de los órganos del poder ejecutivo cuya legitimidad proviene de los mecanismos de responsabilidad política que los vinculan a dichos Parlamentos. En efecto, el Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de atribuir potestad normativa a organismos técnicos e independientes como

³ El primero de ellos, emitido con ocasión de la primera consulta formulada, fue el Dictamen 823/2019, de 7 de noviembre de 2019, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y de la gestión de la operación del sistema. Con posterioridad se han aprobado otros muchos: dictámenes 824/2019, 825/2019, 836/2019, 837/2019, 879/2019, 942/2019, 943/2019, 944/2019, 975/2019 y 1080/2019. Se puede acceder al texto de estos dictámenes en la base de datos de dictámenes de la página web del *Boletín Oficial del Estado*, https://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php.

⁴ Véase el art. 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵ El anteproyecto de ley fue consultado al Consejo de Estado, dando lugar al Dictamen 870/2012, de 13 de septiembre de 2012, que ya tuvo ocasión de observar algunos aspectos en relación con el procedimiento previsto para la aprobación de las circulares.

el Banco de España⁶, en una doctrina que puede ser aplicable, sin graves dificultades, a la CNMC⁷. Sin embargo, en democracia, la legitimidad del órgano condiciona —y limita— de forma decisiva la potestad normativa que puede atribuirse a dicho órgano. Así lo ponía de manifiesto, entre otros, el Consejo de Estado en el Dictamen 823/2019, antes citado, en el que se decía lo siguiente:

Es importante, en todo caso, tener en cuenta que la razón que justifica, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad normativa por parte de los organismos independientes no es su discrecionalidad («no se legitima por su carácter discrecional»), sino, dice el Tribunal en un razonamiento que es aplicable a la CNMC, que «la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege».

La segunda exigencia, la de hacer frente a la complejidad⁸, explica la necesidad que surge en todos los Estados occidentales, aunque sea en diferente medida, de atribuir potestad normativa a organismos independientes dotados

⁶ Así lo hizo, en efecto, en la Sentencia 135/1992, en la que el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente (FJ cuarto):

«La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia (Ley 2/1962, de 14 de abril, base 1ª y Decreto Ley 18/1962, de 7 de junio, arts. 1 y 9), que, como arriba se dijo, tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación.

La intervención de esta institución no se legitima por su carácter discrecional. La discrecionalidad es una modalidad del ejercicio de otras potestades pero no es una de tantas, como a veces se ha dado en decir, ni en ningún caso puede ser utilizada por sí misma como habilitante de ellas (STC 96/1984, FJ 6º). Ahora bien, una ordenación racional de atribuciones las encomendará a quien tenga la idoneidad para llevarlas a buen término, pero la *auctoritas* no conlleva necesariamente el *imperium* o la *potestas*, que son obra directa de la Ley. Precisamente la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege.»

⁷ El propio Tribunal Constitucional ha afirmado la misma posibilidad en relación con la CNMV (STC 133/1997, de 16 de julio). El Consejo de Estado, con ocasión de la consulta del proyecto de Ley de creación de la CNMC afirmó, igualmente, la legitimidad de la atribución de potestad normativa a la CNMC (Dictamen 870/2012).

⁸ Véase, por ejemplo, últimamente, D. Innerarity (2019), *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutemberg. Un enfoque diferente, defensor del análisis de costes y beneficios y de una aproximación técnica a los problemas para hacer

de alta capacidad técnica⁹. Esta complejidad no hace referencia tanto a la dificultad de hacer frente a la comprensión y regulación del sector eléctrico o gasista (donde confluyen aspectos jurídicos, económicos y técnicos), sino a la naturaleza misma del sistema subyacente, alejado de los modelos lineales o causales, donde es fácil identificar causas y efectos. Permítaseme que lo ilustre con un ejemplo: pudiera parecer que la regulación de la retribución de una actividad del sistema eléctrico es algo que interesa, si no exclusivamente, sí fundamentalmente, a los sujetos de dicha actividad, y que queda reflejada, por ello, en las subidas o bajadas bursátiles que el anuncio de una regulación provoca, y su efectiva aprobación corrige o consolida. Esos son, desde luego, los efectos directos y claros, pero hay muchos más. La retribución de las empresas condiciona el precio de la energía eléctrica, tanto para los consumidores domésticos como para los industriales. En este último caso, un precio comparativamente alto de la energía eléctrica o térmica en relación con otros países de nuestro entorno puede poner a las empresas españolas en condiciones desiguales de competitividad y, a la postre, traducirse en fuga de empresas o disminución del empleo.

Ambas exigencias, la de legitimidad y la de hacer frente a la complejidad, tienen momentos de tensión en el sistema político y jurídico contemporáneo. Y uno de los ámbitos donde tal tensión se hace particularmente evidente es, precisamente, en el del reconocimiento de la potestad normativa de la CNMC y otras autoridades independientes. Significa, por una parte, que la potestad normativa de dicho organismo ha de ser acorde con tales exigencias de legitimidad, lo que, como luego veremos, se traduce en límites en su ejercicio. Pero obliga también a tener en cuenta que la CNMC, con su alta competencia técnica y su independencia, y a la que se atribuye la tarea de supervisar los correspondientes sectores, está en mejores condiciones para regular determinados aspectos, como los actualmente recogidos en el art. 7 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

II. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTAD NORMATIVA A LA CNMC

La primera característica de la potestad normativa de la CNMC consiste en el rigor que tiene el principio de atribución de competencias¹⁰. Mientras que

frente a esta complejidad puede verse en C. R. Sunstein (2018), *The Cost-Benefit Revolution*, The MIT Press.

⁹ Un detallado análisis del panorama de derecho comparado puede verse en P. García Manzano (2013: 59-102).

¹⁰ Este rasgo lo destaca el Consejo de Estado: «Que no es genérica [la potestad normativa de la CNMC] implica que no cuenta con una competencia general para dictar normas en los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión —el mercado energético en este caso—, sino que responde a un principio de atribución: solo tiene potestad para dictar Circulares

los órganos políticos, como el Consejo de Ministros o los Consejos de Gobierno autonómicos, cuentan con una competencia general, dentro del ámbito de competencias atribuidas en el bloque de constitucionalidad a Estado y comunidades autónomas, y de las exigencias, por supuesto, del principio de legalidad, la CNMC solo tiene potestad para regular aquellas *concretas* materias para las cuales el ordenamiento jurídico —fundamentalmente, pero no solo, la Ley 3/2013, de creación de la CNMC—, le atribuyen¹¹.

En la actualidad, las potestades normativas atribuidas a la CNMC están recogidas en el capítulo II de la Ley 3/2013, que determina sus funciones, además de en la legislación sectorial correspondiente a cada ámbito. Conviene tener en cuenta que, dentro de cada ámbito, la atribución de la potestad normativa tiene un alcance diferente. Así, en lo que hace al mercado de las comunicaciones electrónicas, el art. 6 no contiene ninguna referencia expresa a la posibilidad de la CNMC de dictar circulares¹². En cambio, en el ámbito del sector eléctrico y del gas natural, son numerosos los apartados del art. 7 que atribuyen a dicho organismo la potestad de dictar circulares. Así se hace, en particular, en el apdo. 1, en el que se determinan los aspectos que deben ser objeto de regulación mediante circulares. En otros ámbitos, se incluyen también referencias a dicha potestad de dictar circulares (como es el caso del art. 8.7, en relación con el mercado postal). En este trabajo, se centrará la atención en el sector eléctrico y en el del gas natural por ser, como se ha indicado, el ámbito en el que la potestad normativa de la CNMC es más amplia e intensa, y en el que se ha llevado a cabo un ejercicio que ha dado lugar a una doctrina del Consejo de Estado suficientemente amplia y expresiva de las cuestiones suscitadas.

La actual redacción del art. 7 proviene del Real Decreto Ley 1/2019. La modificación que este Real Decreto Ley lleva a cabo en la Ley 3/2013, de creación de la CNMC viene motivada, según se indica en el párrafo tercero del preámbulo, por el dictamen motivado emitido en septiembre de 2016 por la Comisión por un posible incumplimiento de las reglas recogidas en la Directiva 2009/72/CE y la Directiva 2009/73/CE. Al parecer, con posterioridad a la aprobación del Real Decreto Ley, la Unión Europea ha archivado el procedimiento iniciado contra

allí donde una norma se lo reconoce expresamente» (dictámenes 823/2019, 824/2019, 825/2019, 836/2019, 837/2019, 879/2019, 942/2019, 943/2019, 944/2019, 975/2019 y 1080/2019).

¹¹ Como dice P. García Manzano: «[...] se trata de una potestad no originaria o de derecho común (como es la del Gobierno ex artículo 97 de la Constitución), sino propiamente de atribución, aunque construida sobre bases formales bien diversas a la potestad reglamentaria de los Ministros: no por delegación, sino a través de la atribución normativa en que consiste la remisión que otorga la ley en cada caso a favor de las Administraciones dotadas de independencia» (2013: 55).

¹² Sí que se incluye en el art. 21 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, relativo a la conservación de los números telefónicos de los abonados.

España, por más que no haya publicado —como sería deseable— la resolución que puso fin a dicho procedimiento¹³.

Con independencia de lo anterior, y de si existía o no un incumplimiento real del derecho europeo, lo que sí que debe subrayarse es que la exigencia de atribuir potestad normativa a las autoridades reguladoras de los Estados miembros —como es el caso de la CNMC en España— proviene de las dos directivas citadas.

Así, en primer lugar, la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, establece en su art. 37 las «obligaciones y competencias» de la autoridad reguladora, entre las cuales se incluye, por ejemplo, la de «establecer o aprobar, de conformidad con criterios transparentes, las tarifas de transporte o distribución o sus metodologías». La Directiva no se conforma con determinar cuáles son tales competencias, sino que establece también una serie de condiciones que deben cumplir tales autoridades, como son los requisitos de designación e independencia fijados en su art. 35. Si bien la CNMC cumple tales condiciones, no puede perderse de vista dicho precepto, pues en él se establecen no solo condiciones relativas a la forma de organización de la autoridad reguladora, sino también al ejercicio mismo de sus competencias. Es el caso, por ejemplo, de su apdo. 5, en el que se señala que se debe garantizar que la autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas «con independencia de cualquier órgano político». Como luego se verá más detenidamente, esto puede suscitar algunos interrogantes en relación con la posibilidad y alcance de las orientaciones de política energética que dicte el Ministerio para la Transición Ecológica¹⁴.

Recientemente se ha aprobado la Directiva 2019/944, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE. Esta Directiva, que deroga la Directiva 2009/72/CE antes citada con efectos de 1 de enero de 2021, establece el plazo en el que los Estados deberán llevar a cabo la trasposición (con carácter general, el 31 de diciembre de 2020).

No es objeto de este trabajo analizar con precisión el ámbito concreto de tales potestades normativas. Dicho alcance debe analizarse en cada caso en la correspondiente disposición de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC y normas concordantes. Sí que es importante, en cambio, subrayar dos cosas:

- Primero, que, con carácter general, si bien no existe un precepto que establezca la obligación de que la circular de la CNMC invoque de forma explícita el precepto de la legislación española que le atribuye la potestad

¹³ Decisión de 25 de julio de 2019, en virtud de la cual se cierra el procedimiento seguido contra España por la incorrecta transposición de las directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE en el ordenamiento jurídico español.

¹⁴ Art. 1 del citado Real Decreto Ley 1/2019.

normativa correspondiente, lo correcto sería que se hiciese así, según se sigue de los principios de buena regulación recogidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, y de la necesidad de explicitar adecuadamente la justificación de la norma que se aprueba y la identificación de los fines perseguidos. Esto no significa que la omisión en el preámbulo —o en la memoria— de la cita del precepto habilitante determine la nulidad de la disposición; pero sí es necesario, en todo caso, que dicho precepto exista y que sea identificable a partir del contenido de la circular¹⁵.

- Segundo, que el artículo que atribuye la correspondiente potestad normativa a la CNMC es, además de su base, el límite de su actuación¹⁶. Esto es consecuencia de la estricta aplicación del principio de atribución en este ámbito: la CNMC no puede ejercer la potestad normativa más que en relación con aquellas materias que le han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico. Es claro, a este respecto, que una regulación *ultra vires*, esto es, más allá de la atribución de la competencia recogida en la Ley de creación de la CNMC y normas concordantes, determina la nulidad de la disposición por ausencia de fundamento normativo suficiente¹⁷.

III. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS

Una de las cuestiones más relevantes en relación con la potestad normativa de la CNMC es la relativa al procedimiento que se ha de seguir para la aproba-

¹⁵ Con todo, sí que procede recordar la relevancia de los preámbulos en orden a justificar el contenido de las normas, tal y como se sigue de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2019 (núm. 3320/2019), relativo al Decreto 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana, en el que se dice lo siguiente: «Por lo pronto, aquellas lacónicas explicaciones del preámbulo del decreto autonómico resultan claramente insuficientes en orden a la justificación de la concreta medida consistente en una distancia mínima de 800 metros que, como hemos visto, vino a endurecer de manera notable la limitación que imponía la normativa anterior. Y en este punto la insuficiencia del decreto no puede considerarse integrada o completada por lo dispuesto en las leyes estatal y autonómica sobre el juego, pues nada aportan éstas que pueda servir a ese objetivo».

¹⁶ Dice así el Consejo de Estado en el Dictamen 823/2019, antes citado: «Por un lado, como se sigue de lo expuesto, los límites resultan de los propios términos en que se hace la habilitación, lo que implica que las Circulares no pueden regular materias que no queden dentro del ámbito material al que se refiere la habilitación o que, de alguna forma, han sido atribuidas expresamente a otra autoridad (por ejemplo, al desarrollo normativo por parte del Gobierno o de uno de sus miembros)».

¹⁷ Véase, al respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2005, que tenía por objeto un recurso contra la Circular 1/2004 de la CNMV, de 17 de marzo (rec. 237/04).

ción de las circulares¹⁸. Esta relevancia se debe a tres circunstancias, fundamentalmente. En primer lugar, el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general constituye, cada vez más, uno de los aspectos en los que se están produciendo más propuestas¹⁹, derivadas fundamentalmente de la necesidad de lograr una mejora regulatoria²⁰. En segundo lugar, esta importancia se ve incrementada en el caso de la CNMC, dado que, como se ha visto, no es un órgano de carácter político, y que la atribución de la potestad normativa se justifica y su ejercicio se ve condicionado precisamente por su carácter de órgano de legitimidad eminentemente técnica²¹. Y es el procedimiento de elaboración de la norma en el que se ha de manifestar la idoneidad técnica de la circular para regular del modo que lo hace cada una de las materias. En tercer lugar, la relevancia resulta de los riesgos impugnatorios derivados de la falta de respeto de las exigencias procedimentales, máxime cuando, como se verá seguidamente, la regulación sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias no es clara, explícita y sistemática. En lo que sigue, se analizará en primer lugar este aspecto —el régimen aplicable al procedimiento de elaboración de circulares—, estudiando luego cada uno de los trámites²².

¹⁸ Así lo ha subrayado el Consejo de Estado en relación con los organismos de la denominada Administración independiente (en relación con la potestad de dictar circulares del Banco de España, el reciente Dictamen 726/2019, y, en relación con la CNMV, el Dictamen 745/2019) y, en particular, con la CNMC (Dictamen 823/2019).

¹⁹ Cabe citar a este respecto el documento de la Comisión *Better regulation guidelines - Better regulation in the Commission* (<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-better-regulation-commission.pdf>), que contiene una buena definición de lo que ha de entenderse por regulación inteligente (*better regulation*); no se trata solo de calidad técnica de las normas, de seguir un procedimiento cuidadosamente diseñado (con audiencia a los sectores y justificación de la propuesta), se trata, también, de que la norma pueda alcanzar sus objetivos al mínimo coste. Dice así dicho documento:

«“Better regulation” means designing EU policies and laws so that they achieve their objectives at minimum cost. Better regulation is not about regulating or deregulating. It is a way of working to ensure that political decisions are prepared in an open, transparent manner, informed by the best available evidence and backed by the comprehensive involvement of stakeholders. This is necessary to ensure that the Union’s interventions respect the overarching principles of subsidiarity and proportionality i.e. acting only where necessary at EU level and in a way that does not go beyond what is needed to resolve the problem. Better regulation also provides the means to mainstream sustainable development into the Union’s policies».

²⁰ Véanse, entre otras muchas propuestas, J. Ponce Solé (2009), «¿Mejores normas? Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 201-243; M. Álvarez Suárez (2019), *El impacto económico de la better regulation. Un análisis para España*, GAPP, 22, págs. 72-85.

²¹ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, antes citada.

²² Sobre la cuestión, es de cita obligada el exhaustivo trabajo de P. García Manzano (2013: 405 y ss.).

1. RÉGIMEN APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE CIRCULARES

Existen varias normas que regulan los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general²³. Sin ánimo exhaustivo, pero sí con el de citar las más relevantes, cabe hacer referencia a las siguientes: a) la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; b) la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; c) el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que desarrolla la Ley del Gobierno, ya citada; d) la Ley 3/2013, de creación de la CNMC; e) y el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Pleno de dicho órgano el 4 de octubre de 2013. Todo ello, por supuesto, además del art. 105 de la Constitución.

Partiendo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, como norma más especial, resulta fundamental su art. 30, cuyo apdo. 1, párrafo tercero, dice así:

En el procedimiento de elaboración de las circulares se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la circular, y se fomentará en general la participación de los ciudadanos.

La regulación, como se ve, es ciertamente escasa, y hace referencia únicamente al trámite de audiencia²⁴. Es evidente, como luego se expondrá, que, siendo esencial dicho trámite, los requerimientos procedimentales no acaban aquí, y se echa en falta una regulación más detallada de la tramitación.

²³ Ceñimos aquí el análisis a las circulares que tienen carácter normativo, y no de aquellas otras que tienen un objeto diferente, como el de recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera el ejercicio de sus funciones. Véase, a este respecto, la STS de 3 de mayo de 2016, que tenía en su origen un recurso interpuesto contra la Circular 3/2011, de 10 de noviembre, de la Comisión Nacional de la Energía que regula la solicitud de información y los procedimientos del sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Con todo, como se ha señalado, el marco normativo ha cambiado tras la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y con la aplicación de la Ley 39/2015.

²⁴ El Consejo de Estado, en el Dictamen 870/2012, antes citado, hizo una consideración crítica respecto a la redacción del anteproyecto en este punto, que simplemente disponía que «en el proceso de elaboración de las circulares se fomentará la participación de los interesados y del público», señalando que debía establecerse expresamente un trámite de audiencia.

De esta ley es también importante su art. 2, que determina el régimen jurídico de la CNMC, el cual establece en su apdo. 2 que se registrá en primer lugar por las leyes sectoriales específicas y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la referencia a la Ley 30/1992 debe entenderse hecha a aquella ley.

Siguiendo con la legislación específicamente aplicable, a la que, como se ha visto, se remite el art. 2 de la Ley 3/2013, resulta fundamental el Real Decreto Ley 1/2019, pues en él se contienen importantes singularidades en relación con el ejercicio de la potestad normativa por la CNMC en el ámbito de la energía. Básicamente, las exigencias que resultan de esta norma, y que luego serán analizadas con mayor detalle, son tres: la necesidad de respetar las orientaciones de política energética que establezca el Gobierno a través de una orden del titular del Ministerio para la Transición Ecológica, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos²⁵; la exigencia de un informe de dicho departamento sobre cada una de las circulares; y, por último, cuando exista discrepancia entre la CNMC y dicho ministerio, la previsión de una comisión de cooperación entre ambos organismos. A estos trámites se hará referencia más extensa con posterioridad.

Dentro todavía de la normativa sectorial, pero con rango inferior, ha de citarse el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Pleno de dicho órgano el 4 de octubre de 2013, cuyo art. 30 contiene la regulación del procedimiento de elaboración de las circulares. La regulación recogida en dicha norma se refiere fundamentalmente a los trámites internos, además del trámite de audiencia —en términos claramente mejorables, como se verá— y a la exigencia de publicación en el *BOE*.

En lo que hace a otras normas aplicables con carácter general, la primera cuestión que cabe plantear es si le resultan aplicables la Ley del Gobierno, ya citada, y el Real Decreto regulador de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. El tema es relevante en lo que hace en particular a este documento, pues dicho real decreto contiene su regulación más general y acabada. Pues bien, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en el Dictamen 823/2019, ni dicha ley ni este real decreto son aplicables. Dijo así el Consejo de Estado:

²⁵ Esta intervención de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos resulta fundamental, pues permite al resto de los miembros del Gobierno cuyas competencias pueden verse afectadas valorar la propuesta realizada.

En lo que hace a lo primero, ha de señalarse que la Ley del Gobierno no es aplicable, al menos de forma directa, por lo que tampoco lo es el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de desarrollo de dicha ley. En efecto, su título V se refiere a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno y de sus miembros, pero no a las Circulares que puedan dictar otros organismos independientes, como el Banco de España o la propia CNMC. Así resulta, en particular, de la enumeración contenida en el artículo 24.1 (que se refiere a los diferentes tipos de normas y acuerdos); y así resulta, igualmente, del régimen recogido en el artículo 26, que toma en consideración de forma explícita las propuestas o proyectos que se elaboran en los departamentos. Si bien la no aplicación de estas previsiones parece clara y razonable —en particular, cuando se regulan aspectos tales como la exigencia de la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, o cuando se prevé el informe del Ministerio de la Presidencia—, en otros casos, como cuando se regula la memoria del análisis de impacto normativo, puede generar vacíos normativos que susciten mayores dificultades, ya que se trata de un documento clave para conocer la oportunidad de la propuesta, las alternativas de regulación, los diferentes impactos, la adecuación al Derecho nacional y de la Unión Europea, o el análisis de cargas.

Las cosas son diferentes, en cambio, en lo que hace a la Ley 39/2015²⁶. Como ya se ha visto, la referencia contenida en el art. 2 de la Ley de creación de la CNMC a la Ley 30/1992 debe entenderse hecha hoy al régimen recogido en la Ley 39/2015. De esta ley resultan relevantes, como luego se verá con mayor detalle, los arts. 129 (que regula los principios de buena regulación, de los que resultan claras implicaciones y exigencias en lo que hace a la tramitación de las circulares), 130 (relativo a la evaluación normativa) y 133 (trámites de consulta previa y de audiencia e información pública). Alguna consideración se hará también en relación con la planificación normativa, por más que, en este caso, la regulación contenida en el art. 132 de esta Ley 39/2015 no parece que deba aplicarse, en sus propios términos, a la CNMC.

Seguidamente se hará referencia a los diferentes trámites.

2. LA PLANIFICACIÓN NORMATIVA

El art. 132 de la Ley 39/2015 establece la obligación de las Administraciones públicas de hacer público anualmente un plan normativo que contendrá las iniciativas legales y reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación

²⁶ En relación con esta ley y las novedades introducidas en el ejercicio de las potestades normativas, véanse J. A. Santamaría Pastor (2016), «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175; C. Prieto Romero (2016), «El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 335-372.

el año siguiente²⁷. Aun cuando la falta de inclusión de un proyecto no impide aprobar la norma, por más que en muchos casos se trate de una circunstancia que se justifica en la memoria, la función del plan es muy relevante²⁸. En efecto, obliga a las Administraciones a las que va dirigido a realizar una planificación racional previa, esto es, a pensar de antemano cuáles son las normas que han de aprobarse necesariamente (por ejemplo, para trasponer directivas cuyo plazo de trasposición vence) y a identificar y dar prioridad a la solución de aquellos problemas que deben ser abordados por vía normativa en primer lugar, coordinando de esta forma el necesario impulso político con el análisis técnico más sosegado, y facilitando la acción coordinada de todos los departamentos²⁹. Se trata de una manifestación más de la visión de la tarea normativa como algo que comprende todo el ciclo político, y no como una tarea que empieza con la resolución que inicia la tramitación y finaliza con la publicación de la norma en el correspondiente periódico oficial.

Como se ha indicado, resulta cuestionable que este precepto sea aplicable a los órganos de la denominada Administración independiente, aun cuando hay buenas razones para considerar que ello debiera ser así. En todo caso, la cuestión no tiene excesiva relevancia desde una perspectiva práctica, pues la falta de inclusión de una norma en el plan no determina su nulidad³⁰. Sí que es relevante señalar, en todo caso, la obligación del presidente de la CNMC de comparecer anualmente ante la Comisión del Congreso de los Diputados, y la exigencia de presentar «sus planes y prioridades para el futuro» (art. 39 de la Ley 3/2013); dicho plan deberá incluir, de conformidad con el art. 1.3 del Real Decreto Ley 1/2019, «una previsión de las circulares de carácter normativo en materia de energía cuya tramitación tenga previsto iniciar dicho organismo durante el año siguiente, indicando la fecha prevista para el inicio de su tramitación, los objetivos que se pretenden alcanzar en cada una de ellas y la fecha prevista para su adopción», previsión que ha de ser comunicada al Ministerio para la Transición Ecológica antes del 1 de octubre de cada año.

De acuerdo con ello, la CNMC publicó, poco después de la aprobación del ya citado Real Decreto Ley 1/2019, el «calendario» de circulares que preveía

²⁷ En relación con el alcance de dicha obligación en relación con las comunidades autónomas, véase la STC 55/2018, FJ 7, letras b) y c), y FJ 13.

²⁸ «Good regulation starts with good planning», dice el documento de la Comisión antes mencionado (*Better regulation guidelines - Better regulation in the Commission*) en el capítulo dedicado precisamente a la planificación.

²⁹ Sobre la cuestión, es relevante el análisis que hace P. García-Escudero Márquez (2016), «Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 39 y 40/2015)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, págs. 433-452 (en particular, págs. 438-439).

³⁰ Al respecto, como dice J. A. Santamaría Pastor (2016), la planificación prevista en el citado artículo no tiene eficacia limitativa alguna.

aprobar en aplicación de esta norma, indicando la fecha prevista de inicio de la tramitación (audiencia) y la de aprobación; dicho calendario ha sido publicado en el portal de transparencia de la CNMC³¹.

3. LA CONSULTA PREVIA

Otro trámite anterior a la decisión que inicia el procedimiento de elaboración de una norma es la consulta previa a que hace referencia el art. 133 de la Ley 39/2015³². Esta consulta debe diferenciarse cuidadosamente del trámite de audiencia e información pública por cuanto es previa, como se ha indicado, a la elaboración del primer texto, y tiene un objeto diferente³³. Dice a este respecto el apdo. 1 de dicho artículo:

Artículo 133. Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Una de las cuestiones que plantea este trámite, que, en los términos en que se contempla en la Ley se aplica también a la CNMC³⁴, consiste en determinar

³¹ https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/PortalTransparencia/Anexo%20Cuadro%20Circulares.pdf

³² Se trata, como destaca Santamaría Pastor (2016), de una novedad importante, pero que va a requerir para su implementación «un profundo cambio de mentalidad de los responsables políticos y de los ejecutores inmediatos de sus directrices».

³³ Como se ha señalado, se trata de un trámite que se dirige a los sujetos y organizaciones representativos «potencialmente afectados por la futura norma», que se produce antes de la elaboración del proyecto normativo; C. Tolosa Tribiño (2019), «La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento», *Revista de Administración Pública*, 210, págs. 21-42.

³⁴ Esto resulta de la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, en los términos en que ha sido ya señalado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado; véase, por ejemplo, Dictamen 825/2019, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural.

qué ocurre cuando no se lleva a cabo, al menos, con las exigencias establecidas en el citado artículo. El propio art. 133 contempla la posibilidad de prescindir de este trámite cuando concurren razones graves de interés público que así lo justifiquen, cuando la propuesta no tenga un impacto significativo, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia.

Si bien la solución debe darse en cada caso, a la vista de las circunstancias, parece difícil concluir que la ausencia de este trámite pueda llevar a declarar la nulidad del procedimiento y, con ello, de la norma, siempre y cuando en la tramitación se haya producido una participación suficiente de los agentes y sectores afectados. En primer lugar, porque con mucha frecuencia la regulación será solamente parcial de una materia o podrán aducirse razones graves de interés público, acaso la urgencia en la aprobación derivada de una obligación legal o de la exigencia de trasponer el derecho comunitario. Sí que parece necesario, en todo caso, que cuando se prescinda de este trámite, se haga constar así en la memoria, con la explicación de las razones que han llevado a omitir este trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el apdo. 4 del art. 133 citado. También será relevante analizar si, aun no habiéndose llevado a cabo dicho trámite de manera formal, se ha dado oportunidad a los agentes de presentar propuestas de resolución de los problemas que aborda la circular, antes de llevarse a cabo la elaboración del primer texto y su sometimiento al trámite de audiencia.

Este problema se planteó en algunos de los proyectos de circulares remitidos para consulta al Consejo de Estado en el último trimestre de 2019. Si bien formalmente no se había llevado a cabo el trámite, el Consejo de Estado consideró que no debía dejarse sin efecto toda la tramitación seguida por dicha falta procedimental, iniciando nuevamente el procedimiento precedido esta vez de la celebración de una consulta previa formal. Esto se justificó por razones suficientes: el hecho de que se publicara el calendario de propuestas que se iban a tramitar, que había permitido a varios agentes presentar propuestas regulatorias sobre cómo abordar los problemas —propuestas que constaban en el expediente, como explícitamente se recoge en el dictamen—; además, se apreciaba la concurrencia de razones que podían justificar dicha omisión, por la razonada urgencia en la tramitación de las circulares; por último, también se hizo referencia a la circunstancia de que los agentes interesados hubieran tenido la posibilidad de presentar escritos de alegaciones y observaciones durante la tramitación del proyecto, por lo que en forma alguna podía hablarse de que se hubiera producido una situación de indefensión³⁵. Por otra parte, una solución diferente —que hubiera supuesto devolver el proyecto, poner fin a la tramita-

³⁵ En el citado Dictamen 825/2019, se dijo lo siguiente:

«Como se ha señalado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es aplicable a los procedimientos de elaboración normativa tramitados por la CNMC y, por lo mismo, con carácter general es exigible la evacuación del trámite de consulta previa, por mandato del artículo 133 de la

ción, abrir una nueva consulta previa para iniciar luego nuevamente el procedimiento retomando, presumiblemente, el texto del proyecto que previamente se había redactado—, hubiera tenido muy escasas ventajas desde una perspectiva funcional, y hubiera dado lugar a problemas derivados de la no aprobación de las circulares a tiempo³⁶. Pues, en efecto, una vez que ya se ha elaborado un texto del proyecto y anunciado por la CNMC el sentido de la regulación, por más que se cerrase formalmente el procedimiento y se abriese una consulta previa, las alegaciones en el nuevo trámite de consulta previa tendrían en cuenta irremediamente el proyecto ya elaborado³⁷.

Ley 39/2015. Sin embargo, entiende el Consejo de Estado que, en el presente expediente, no cabe en modo alguno concluir que este trámite se haya omitido.

De entrada, ha de tenerse en cuenta que la CNMC llevó a cabo una publicación del calendario de proyectos normativos previstos para 2019. Aunque se rechaza por alguno de los interesados la equiparación entre el trámite de consulta previa y la publicación del calendario de proyectos de circular previstos por la CNMC para 2019, lo cierto es que, en este caso, la virtualidad de dicha publicación a los efectos de participación de las entidades interesadas se ha puesto de manifiesto en el expediente, en el que consta que en este trámite se recibieron varios escritos de alegaciones sobre la futura regulación.

El sector ha tenido, pues, la posibilidad de intervenir, tanto con ocasión de la publicación mencionada como, posteriormente, en los trámites de participación pública y de audiencia al Consejo Consultivo de Hidrocarburos, tal y como revela el gran número de alegaciones que obra en el expediente. En este sentido, es oportuno recordar que, como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1250/2018, de 17 de julio (rec. núm. 397/2017), debe hacerse «una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, como señala la STS de 15 de diciembre de 1997».

³⁶ Téngase en cuenta, en efecto, que un buen número de circulares —las del sector eléctrico— debían entrar en vigor el 1 de enero de 2020, y que el Real Decreto Ley 1/2019 establece en su disposición final tercera que debían estar aprobadas antes de dicha fecha las circulares relativas a las metodologías para el cálculo de los cánones y peajes de acceso a las redes, así como las retribuciones afectas a las actividades reguladas de los sectores de electricidad y de gas.

³⁷ En sentido semejante, C. Prieto Romero (2016: 360) considera razonable entender de acuerdo con el principio de eficacia administrativa y de economía procesal que la omisión de ese trámite no constituirá una «inobservancia trascendente», siempre y cuando quede subsanado mediante la práctica posterior del trámite de audiencia e información públicas. No es esta, sin embargo, la opinión mantenida por toda la doctrina; así, algunos autores defienden que, en determinadas circunstancias, la ausencia de este trámite puede suponer la nulidad de la norma; en este sentido, L. Casado Casado (2018), «La aplicación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas locales dos años después de su entrada en vigor», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, págs. 159-210. C. Cierco Seira y A. Roperó Vilaró (2017), «La con-

En todo caso, sí que es importante señalar la necesidad de que se lleve a cabo dicho trámite; y segundo, que si concurriendo las razones recogidas en el art. 133.4 de la Ley 39/2015 no se celebra, debe justificarse esta circunstancia en el procedimiento.

4. LA EXIGENCIA DE ELABORAR UNA MEMORIA

Otra de las cuestiones que plantea el procedimiento es el relativo a si es o no necesaria la redacción de una memoria que acompañe al proyecto.

Por más que pueda resultar sorprendente, no hay ningún precepto legal o reglamentario que imponga explícitamente dicha exigencia. No lo hace, desde luego, el art. 30 de la Ley 3/2013, que se refiere al procedimiento de elaboración de las circulares, ni lo hace tampoco el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Pleno de dicho órgano el 4 de octubre de 2013, el cual, en su art. 30.2, solo alude a que «[e]l procedimiento —de elaboración de las circulares— se acompañará de una justificación de la necesidad de la disposición, así como de las medidas o soluciones técnicas que se propongan y de los fines que se pretenden alcanzar». Es la Ley del Gobierno la que recoge con carácter general en su art. 26.3 la exigencia de que los proyectos reglamentarios vayan acompañados de una memoria de análisis de impacto normativo, estableciendo los aspectos que debe contener (entre otros, oportunidad de la propuesta, alternativas de regulación estudiadas, impacto económico y presupuestario, con evaluación de las consecuencias de su aplicación sobre los diferentes sectores, colectivos o agentes afectados, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y el denominado test PYME). Dicho precepto no es aplicable en su propio tenor a la CNMC dado que su ámbito de aplicación se restringe a los reglamentos del Gobierno y sus miembros. Consiguientemente, tampoco lo es el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, cuyo objeto consiste en desarrollar la citada Ley del Gobierno.

Con todo, debe señalarse, en primer lugar, que la CNMC, cuando ha aprobado una norma, ha venido redactando memorias que se han ajustado, además, al esquema tradicional, con estudio, por lo tanto, de su impacto económico y presupuestario, los efectos económicos derivados en los diferentes sectores, las alternativas regulatorias y su incidencia sobre la competitividad³⁸.

sulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias», *Anuario del Gobierno Local*, 1, págs. 93-129.

³⁸ Aun cuando, como se ha dicho, no resulta aplicable el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, sí que resulta relevante en cuanto define en su art. 2 el contenido general que deben tener las memorias.

En todo caso, el Consejo de Estado³⁹ ha considerado que, por más que la aprobación de la memoria no resulte una exigencia formal derivada del art. 26 de la Ley del Gobierno, sí que existe la obligación de la CNMC de elaborar, junto a los proyectos normativos, un documento (llámese o no memoria, aun cuando, obviamente, que se denomine así es lo más adecuado), que debe tener el contenido propio de estas, justificando las soluciones adoptadas, analizando las posibles alternativas y el impacto en los diferentes sectores⁴⁰.

Pero el Consejo de Estado ha ido más allá, al señalar que esta exigencia de justificar las soluciones adoptadas rige con especial intensidad para la CNMC. Esto es así por la propia naturaleza de la legitimidad de la CNMC, que, como señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 135/1992 en una doctrina que es aplicable a la CNMC, tiene que ver con «la especialización técnica», que explica y hace razonable, en el contexto constitucional, la atribución de potestad normativa. Dice así el Dictamen 823/2019:

Además, como antes se señalaba (punto II.3), la exigencia de plasmar en el expediente, de forma razonada y razonable, los fines perseguidos, los costes que suponen las medidas proyectadas —tanto para el sistema eléctrico como para los diferentes sujetos de este, incluidos los consumidores— y las alternativas consideradas, cobra una relevancia mayor, si cabe, en el caso de la CNMC en virtud de la legitimidad que ostenta como órgano dotado de potestad normativa. Ya se citó la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, sobre la potestad normativa del Banco de España, en la que el Alto Tribunal hacía referencia a la «especialización técnica del Banco de España» como explicación y justificación de la razonabilidad, en el contexto constitucional, de que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*. Pero si esta

³⁹ A este respecto, es significativo el Dictamen 745/2019, en relación con un proyecto procedente de la CNMV, el cual recoge una doctrina que es plenamente aplicable a la CNMC; dijo así el Consejo de Estado: «En cuanto a la procedencia de completar la memoria con el análisis de impactos, se señala que no se había incluido dicho análisis, toda vez que ni el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto resultan de aplicación a la CNMV. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, la regulación sobre procedimiento de elaboración de disposiciones generales que resulta del título VI de la Ley 39/2015 ha de considerarse plenamente aplicable a los proyectos normativos elaborados en el seno de la CNMV y también el proyecto de su Reglamento de Régimen Interior. En particular, los principios de buena regulación consagrados en el artículo 129 de la mencionada ley determinan la necesidad de incorporar al expediente un documento que analice el contenido de la disposición, su justificación, las alternativas previstas y los posibles impactos».

⁴⁰ I. Revuelta ha señalado que, si bien es exigible la evaluación previa, «el estándar analítico exigible» no tiene por qué ser el mismo que para las evaluaciones previas que realizan los órganos administrativos tradicionales; I. Revuelta Pérez (2014), «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 193, págs. 83-126.

es una de las razones —si no la única, sí de las fundamentales— que justifica esta potestad normativa, también en el caso de la CNMC, el correlato del ejercicio de la potestad normativa —su responsabilidad en el ejercicio— implica la necesidad de justificar adecuadamente la necesidad técnica de las soluciones adoptadas, su eficiencia y contribución a la sostenibilidad del sistema eléctrico, a la vista de los costes que supone.

Se traduce lo anterior, pues, en una exigencia de extremar el cuidado en la elaboración de las memorias (o informes, cualquiera que sea su denominación, que recoja estos aspectos), para justificar de una forma adecuada y completa, desde el punto de vista técnico, la solución adoptada, pues, a diferencia de lo que sucede cuando la potestad normativa se ejerce por un órgano de naturaleza política (esto es, sujeto a mecanismos de responsabilidad política, como es su responsabilidad ante el Parlamento), en el caso de la CNMC es el ajuste del ejercicio de la potestad normativa a los fines recogidos en el Derecho europeo y en las normas nacionales, y su adecuación técnica a los principios enunciados (entre ellos, el de sostenibilidad del sistema eléctrico) el que justifica la discrecionalidad que tiene en su ejercicio.

No obstante, cabe plantear el problema de cuál ha de ser el alcance preciso de la memoria⁴¹. No cabe ignorar a este respecto que, a menudo, las circulares recogen múltiples disposiciones, muchas de ellas con fórmulas con distintos elementos; cada uno de los componentes de dichas fórmulas, cada uno de sus signos, son susceptibles de afectar a múltiples interesados, y con frecuencia de forma diversa: lo que para los consumidores puede suponer un ahorro, para otros sujetos del sistema eléctrico conllevará un coste. Por ello, a menudo, en los procedimientos de elaboración de tales circulares, los agentes que se consideran perjudicados por tales disposiciones —por suponer, normalmente, una disminución retributiva respecto al modelo anterior— aducen la falta de una justificación suficiente en la memoria de algún aspecto concreto de la norma o, incluso, de los componentes de aquellas fórmulas. Es preciso, por ello, preguntarse hasta qué punto debe ser exhaustiva la justificación de la solución normativa adoptada en cada caso, sin ignorar que una exigencia excesiva podría conllevar un importante riesgo impugnatorio, cuando no provocar una suerte de parálisis por análisis.

La respuesta a este posible dilema pasa por considerar que la justificación de una norma no tiene que ser exhaustiva, en el sentido de justificar todos los elementos de la circular⁴². La justificación recogida en la memoria ha de ser

⁴¹ Un aspecto relevante en relación con el alcance de la memoria hace referencia a su carácter continuo a lo largo del procedimiento de elaboración del reglamento, que implica que deba dar cuenta de todo el proceso decisorio y responder a las cuestiones suscitadas en el expediente; sobre la cuestión, véase I. Revuelta Pérez (2014: 94).

⁴² El Consejo de Estado, en el Dictamen 942/2019, relativo al proyecto de circular por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, dijo lo siguiente: «No obstante, dado que, estando

global⁴³, en primer lugar, en cuanto explique los fines principales seguidos; ha de hacerse eco, además de justificar suficientemente, las principales soluciones normativas adoptadas⁴⁴, en particular las que suponen novedades respecto a la regulación vigente; y debe además centrarse en aquellos aspectos que, aun habiéndose estimado secundarios en una primera lectura del proyecto, han suscitado contestación u observaciones a lo largo del procedimiento⁴⁵.

el expediente en el Consejo de Estado, se han presentado alegaciones por algunas empresas, en las que se discuten algunos parámetros técnicos de la retribución, sería adecuado que en la memoria se hiciera un análisis de dichas observaciones, cuyo contenido es eminentemente técnico. Ciertamente, la exigencia de que la memoria justifique las alternativas que adopta la circular debe entenderse, en primer lugar, referida a las decisiones normativas más relevantes, y no puede considerarse como una suerte de exigencia de motivación pormenorizada de cada uno de los innumerables elementos que conforman el régimen, como si se tratara de la aprobación de un acto administrativo en lugar del ejercicio de la potestad normativa. No obstante, esta exigencia de justificación de las soluciones recogidas en la circular sí que es particularmente necesaria cuando se trata de decisiones que afectan de forma especialmente relevante a los particulares, o cuando han sido controvertidas en los trámites de participación pública o consulta a otros órganos administrativos, ya por tener una particular trascendencia económica para los afectados, ya por haber sido discutida su adecuación a los principios o criterios técnicos y de todo tipo a los que debe someterse el régimen de retribución (como el principio de sostenibilidad económica del sistema o el criterio de rentabilidad adecuada)».

⁴³ Señala D. Blanquer, al referirse a la exigencia de motivación de los reglamentos, que esta ha de ser somera, y no es necesario que sea exhaustiva, pero sí que debe ser suficiente para que los ciudadanos comprendan con cierta claridad el porqué del contenido de la norma; y debe ser, además, suficientemente densa como para permitir el adecuado control jurisdiccional de la potestad reglamentaria; D. Blanquer Criado (1998), *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, pág. 337.

⁴⁴ Como ha destacado el Tribunal Supremo, «cabe [...] que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad)»; STS de 12 de diciembre de 2016 (5484/2016). Véase C. Tolosa Tribiño (2019).

⁴⁵ Este aspecto, en relación con el trámite de audiencia, es puesto de manifiesto en la decisión antes citada de la Comisión Europea (Better regulation guidelines - Better regulation in the Commission), al señalar: «Stakeholder consultation is an essential element of policy preparation and review. Good policy development is built on openness. Stakeholder inputs provide feedback and evidence to support evaluations, impact assessments, the preparation of initiatives and political decisions».

5. LOS TRÁMITES DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA

Cuando hay un borrador de circular y de memoria, el siguiente trámite es el de audiencia y participación pública.

El art. 30.1 de la Ley de creación de la CNMC y el art. 133 de la Ley 39/2015 son claros: la audiencia es necesaria siempre que la norma pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de personas. Y es difícil imaginarse una circular que no vaya a tener dichos efectos. Es más, el art. 30 de la Ley de creación de la CNMC dice con acierto que se fomentará en general la participación de los ciudadanos.

En cuanto a la forma en que ha de llevarse a cabo dicho trámite, el art. 30.1 de la Ley de creación de la CNMC dispone lo siguiente en su párrafo tercero:

En el procedimiento de elaboración de las circulares se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la circular, y se fomentará en general la participación de los ciudadanos.

De este modo, pues, el artículo citado diferencia entre la audiencia que debe hacerse en todo caso cuando concurren las circunstancias ya expresadas, y que se hace directamente a los interesados o a través de las organizaciones que los agrupen o representen; y la participación de los ciudadanos, respecto de la cual dice la Ley 3/2013 que se fomentará, y que tiene lugar normalmente mediante la publicación del correspondiente borrador de norma en la página web de la CNMC⁴⁶. En los asuntos consultados al Consejo de Estado se han llevado a cabo ambos trámites.

En relación con la forma de llevar a cabo estos trámites⁴⁷, conviene tener en cuenta, en todo caso, la existencia de los consejos consultivos, que permiten instrumentar la audiencia a los sectores interesados⁴⁸.

⁴⁶ En relación con el art. 133.2 de la Ley 39/2015, señala C. Prieto Romero (2016: 363) que «la nueva regulación del trámite de información pública dificulta su diferenciación con el de audiencia, pues antes aquel era facultativo en los casos en que la naturaleza de la disposición así lo aconsejara, si bien, al eliminarse esta característica y exigirse su convocatoria de forma preceptiva en los mismos supuestos de la audiencia, dificulta la diferencia de ambos trámites, sin perjuicio de las singularidades que puedan establecerse en las correspondientes disposiciones de las comunidades autónomas y de las entidades locales».

⁴⁷ Más en general, sobre la forma de llevar a cabo la participación, véase J. Sierra Rodríguez (2019), *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*, CEPC; en esta obra se lleva a cabo una evaluación de las formas de participación en la Administración General del Estado.

⁴⁸ Disposición adicional decimoquinta y disposición transitoria décima de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC. Sobre la primera de ellas, destaca su importancia P. García Man-

En cuanto a cuáles puedan ser los interesados, ha de estarse al contenido particular de cada circular, si bien es claro que estos han de ser tanto los que se ven afectados directamente (por ejemplo, los distribuidores cuando se trata de aprobar una circular relativa a la metodología para el cálculo de la retribución del distribuidor) como aquellos afectados indirectamente, entre los cuales estarán normalmente el resto de los sujetos del sistema (eléctrico o gasista, según el caso), y, por supuesto, los consumidores, cuyo interés será en muchos casos diverso al de otros sujetos del sistema.

No es exagerado decir que el trámite de audiencia (y, en menor medida, el de participación) tiene una importancia fundamental. A menudo, los proyectos de circulares, de alto contenido técnico y llenas de fórmulas, no son fáciles de entender en todas sus consecuencias. Sin embargo, cada uno de los agentes sí que es capaz de ver aquellos aspectos en los cuales sus intereses o derechos se ven más afectados, de tal forma que una vez celebrado el trámite de audiencia, lo que es una norma rebosante de fórmulas y definiciones técnicas, pasa a comprenderse como un conjunto de reglas con consecuencias prácticas y efecto potencialmente desigual para los diferentes sujetos.

Por ello, tras el trámite de audiencia, se produce a menudo una revisión de la norma, y, sobre todo, se ponen de manifiesto aquellos aspectos que han de ser objeto de una justificación más acabada. Por ejemplo, en el trámite de audiencia puede advertirse que los efectos de las normas son diferentes para las grandes empresas y para las pequeñas⁴⁹. Esto dará lugar a que este aspecto deba justificarse suficientemente en la memoria, ya se mantenga la regulación anterior o se modifique.

En relación con esta cuestión, está la relativa a cuándo los cambios derivados del trámite de audiencia y participación pública son tan relevantes que han de dar lugar a un nuevo trámite⁵⁰. Si bien no resulta posible dar una respuesta única, y procede, por ello, remitirnos a la jurisprudencia⁵¹, sí que es importante tener en

zano (2013: 450-451), poniendo de manifiesto los problemas que pueden suscitarse por su carácter de órgano del ministerio correspondiente, y la circunstancia de que el trámite de audiencia pueda entenderse cumplido con el informe de dicho órgano. A este respecto, con buen criterio, las circulares consultadas al Consejo de Estado han llevado a cabo el trámite de audiencia y participación no solo a través de este órgano consultivo, sino también mediante la comunicación del proyecto a los principales agentes y la publicación de la circular en la página web de la CNMC.

⁴⁹ Así se decía, por ejemplo, en el Dictamen 942/2019, antes citado.

⁵⁰ Sobre la cuestión, véase C. Prieto Romero (2019), «El procedimiento de elaboración de ordenanzas por las entidades locales», *Revista CEMCI*, 49, en especial, págs. 23 y ss.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, STSS de 11 de octubre de 2011 (6451/2011), 29 de octubre de 2012 (7023/2012), 19 de junio de 2017 (2428/2017), 5 de noviembre de 2018 (3771/2018) y 12 de diciembre de 2019 (1719/2019). Particular relevancia tiene, en línea con lo que aquí se señala, dos circunstancias: primero, el carácter sustancial o no de las modificaciones que se introduzcan; y segundo, si estas han sido o no consecuencia

cuenta dos cosas: primero, que no cualquier cambio, por relevante que pueda ser para un agente, ha de dar lugar a un nuevo trámite de audiencia, pues, de otra manera, el procedimiento de elaboración de la norma sería en la práctica una carrera de obstáculos imposible de salvar, y no cabe olvidar que no se trata, en este caso, de la tramitación de un acto, sino de una norma con carácter general; y por otro lado, la relevancia de las modificaciones, el que se trate o no de una nueva norma que ha de dar a un nuevo trámite de audiencia, también deberá ser valorado de forma diferente si los cambios traen causa o no de las alegaciones realizadas en el propio trámite de audiencia.

También es importante destacar que las alegaciones deberían ser objeto de consideración explícita en el expediente, normalmente en la memoria⁵²; de nuevo ha de insistirse en que no debe tratarse de un análisis de todas y cada una de las alegaciones, lo que haría inviable el procedimiento, pero sí de una valoración suficiente de las alegaciones más relevantes y reiteradas⁵³.

6. EL DIÁLOGO CON EL GOBIERNO

Como se ha dicho, uno de los aspectos centrales de la potestad normativa de la CNMC es su carácter fundamentalmente técnico, frente al carácter —y la legitimidad— político del Gobierno y los departamentos⁵⁴. Por otra parte, como se ha visto, las directivas comunitarias se preocupan por garantizar la independencia de las autoridades reguladoras —como es la CNMC en el caso de España—; así resulta, por ejemplo, del art. 57.5 de la reciente Directiva (UE) 2019/944, antes citada. Se plantea, de esta forma, la tensión entre la necesaria legitimidad política de la ordenación normativa, y la exigencia de garantizar el acierto y la neutralidad técnica de las soluciones adoptadas⁵⁵.

de las propias alegaciones realizadas en los trámites de audiencia y participación pública. Un análisis de la cuestión puede verse en P. Sala Atienza (2008), «El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 247 y ss.

⁵² «Deberían» se dice, dado que, como destaca C. Prieto Romero (2016: 368), se echa en falta que en la nueva regulación recogida en la Ley 39/2015 las correspondientes previsiones formuladas en estos trámites sean respondidas en las correspondientes memorias.

⁵³ Las memorias de las normas aprobadas en los meses de noviembre y diciembre de 2019, todas ellas públicas en el portal de la CNMC, contemplan esa valoración; algunas lo hacen en un capítulo dedicado a esa cuestión, mientras que en otras es al analizar cada uno de los preceptos cuando se alude a las principales observaciones realizadas por el sector.

⁵⁴ Todo ello sin desconocer que, como dice P. García Manzano, dicha potestad «participa del carácter político de toda potestad reglamentaria externa» (2013: 55).

⁵⁵ El término «neutralidad técnica», muchas veces empleado, puede resultar equívoco; la idea fundamental, a mi juicio, consiste en establecer los medios más idóneos para conseguir un fin determinado de antemano.

Si el ámbito de las circulares fuese estrictamente técnico, la cuestión no plantearía problemas: la potestad normativa de la CNMC se limitaría estrictamente a este ámbito, dejando «lo político» en manos de la potestad reglamentaria del Gobierno y sus miembros. Lo cierto, sin embargo, es que no es posible trazar una línea divisoria clara entre lo técnico y lo político, entre los medios y los fines; como es sabido, y como puede comprobarse con la lectura de las memorias de las circulares, las decisiones sobre metodología de retribuciones de los diferentes agentes envuelven de ordinario decisiones materialmente políticas (quién soporta determinados costes: los productores/distribuidores/transportistas o los consumidores domésticos o industriales; los efectos sobre las grandes o pequeñas empresas; los efectos que pueden derivar en relación con el fomento de las energías renovables).

Se plantea, por esto, el problema de cómo cohonestar ambas exigencias, la de salvaguardar el protagonismo de las decisiones políticas para los órganos de esta naturaleza —exigencia que entronca, en última instancia, con el art. 97 de la Constitución y con la inexistencia de mecanismos de responsabilidad política de la CNMC— con la salvaguarda de la independencia y garantía técnica de la CNMC.

La solución arbitrada sobre esta cuestión por el Real Decreto Ley 1/2019, sin perjuicio de otras críticas que puedan hacerse a la norma⁵⁶, ha sido equilibrada, y consiste básicamente en los siguientes mecanismos:

- Primero, el titular del Ministerio para la Transición Ecológica aprueba una orden relativa a los fines de política energética, a la que la CNMC debe atenerse (art. 1).
- Segundo, durante la tramitación de la circular, la CNMC debe recabar el informe de dicho departamento, que valora si la circular se adecua o no a las orientaciones de política energética (art. 1, apdo. 3).
- Tercero, en caso de discrepancia, se reúne una Comisión de Cooperación que intenta llegar a una solución consensuada; dicha comisión está integrada por tres personas que representan a la CNMC y otras tantas en representación de la Secretaría de Estado de Energía (art. 2 del Real Decreto Ley 1/2019).
- Y cuarto, la decisión final es de la CNMC, que debe indicar en la circular si se aprueba de conformidad u «oído» (esto es, en contra) el Ministerio para la Transición Ecológica (art. 1.6).

⁵⁶ Un planteamiento crítico en relación con este Real Decreto Ley puede verse en I. Colello de Portugal Martínez del Peral (2019), *Legislación de emergencia y CNMC: Estudio del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero*.

El mecanismo es equilibrado, y no parece que suscite problemas desde el punto de vista del derecho comunitario⁵⁷. La Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, recoge las orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta orden plantea la cuestión de determinar cuál es su verdadera naturaleza, y, en particular, si esta es normativa o constituye un instrumento de *soft law*⁵⁸. Si bien no resulta posible, dada la limitación de este trabajo, analizar en profundidad esta cuestión, sí que pueden resaltarse algunas características de esta orden que permiten cuestionar, cuanto menos, que se trate de una verdadera norma jurídica:

- En relación con su contenido, se trata de «orientaciones», esto es, de la definición de objetivos que han de ser considerados por la CNMC, y que tienen, como tales, un alto contenido de abstracción; así resulta del examen de la orden citada, que resulta, por ello, respetuosa con la independencia de la CNMC⁵⁹.
- En cuanto a la forma de aprobarlos, el art. 1.2 del Real Decreto Ley establece que la CNMC debe notificar al Ministerio para la Transición Ecológica el plan de circulares que prevea aprobar, indicando los objetivos que pretenda conseguir; a partir de este momento, el Ministerio podrá aprobar la Orden relativa a las orientaciones de política energética, previo acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.
- En cuanto a sus efectos, dice el Real Decreto Ley 1/2019 que la CNMC «deberá tener en consideración las prioridades estratégicas establecidas por el Gobierno, que se materializarán en unas orientaciones de política energética»; la expresión «toma en consideración», junto a la generalidad que tienen estas orientaciones —que definen objetivos que han de ser ponderados junto con aquellos otros que la propia CNMC ha de tomar en consideración—, suponen, a mi juicio, una posibilidad de apartarse de ellas, lo

⁵⁷ En efecto, tras la aprobación del Real Decreto Ley, según parece deducirse de la —un tanto crítica— página web de la Comisión Europea, la UE archivó el procedimiento que seguía contra España. https://ec.europa.eu/atrwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=2&noncom=0&r_dossier=20142186&decision_date_from=&decision_date_to=&EM=ES&DG=ENER&title=&submit=Search.

⁵⁸ Sobre el concepto de *soft law*, véase G. Weeks (2016), *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*, Hart Publishing.

⁵⁹ Dicha orden fija las orientaciones para cada uno de los ámbitos de la potestad reglamentaria de la CNMC, como se dice, con alto grado de abstracción; así, por ejemplo, el artículo cuarto hace referencia a que «el diseño de los peajes debería tener en consideración la competitividad del sector industrial, respetando en todo caso las directrices comunitarias en materia de ayudas de estado»; es evidente, pues, que, a partir de este tenor, es la CNMC la que ha de instrumentar la regulación adecuada para conseguir este fin, que ha de ponderar con otros fines que deben cumplir los peajes.

cual requerirá una adecuada justificación —en la que se plasme que dichas observaciones han sido en todo caso «consideradas»—; estimo, por ello, que dichas orientaciones están llamadas a tener, más que una eficacia *ad extra*, efectos *ad intra*, dentro del procedimiento de elaboración de las circulares, encauzando de alguna manera la necesaria cooperación entre ambos organismos.

En consonancia con dicha eficacia fundamentalmente *ad intra* de las orientaciones de política energética, se diseña el procedimiento de aprobación de las circulares que ha quedado ya señalado, con una intervención del ministerio a través de un informe y la previsión, si existe discrepancia, de convocar la Comisión de Cooperación. Esta Comisión supone una novedad —y una singularidad⁶⁰— muy relevante del Real Decreto Ley, cuya función principal consiste en articular procedimentalmente la cooperación⁶¹ de CNMC y ministerio, necesaria como consecuencia de compartir ambos organismos intereses en la regulación.

Conviene advertir, en todo caso, que la decisión final corresponde a la CNMC, como no podía ser de otra manera, si bien cabría plantear que una circular aprobada en contra de la Orden Ministerial —o del parecer expresado por el departamento sobre la base de lo dicho en la orden— puede tener mayores riesgos impugnatorios⁶².

7. EXIGENCIA DE OTROS INFORMES

Junto al trámite de audiencia y al informe del Ministerio para la Transición Ecológica, la CNMC debe recabar, como en cualquier otro caso de aprobación de una norma, el parecer de las Administraciones y órganos administrativos interesados⁶³. Por supuesto, este será el caso de las comunidades autónomas, como se ha venido haciendo en el caso de los proyectos de circulares sometidas a consulta al Consejo de Estado.

⁶⁰ Singularidad dentro de este ámbito, pues, como es sabido, en el seno de las relaciones de la Administración del Estado con la de las comunidades autónomas y locales, los mecanismos y cauces de cooperación son habituales; véase, por ejemplo, S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Público General, Tomo VIII. La Organización territorial del Estado I*, BOE, págs. 232 y ss.

⁶¹ Resulta aquí de particular interés la distinción entre cooperación y coordinación, recogida ya en la STC 214/1989.

⁶² En particular, cuando las orientaciones plasman criterios recogidos en normas jurídicas sectoriales y cuando el expediente no refleje suficientemente las razones que han llevado a la CNMC a apartarse de ellas.

⁶³ Sobre la omisión de informes preceptivos en la elaboración de una disposición de carácter general, véase STS de 5 de mayo de 2015 (1839/2015).

Pero también puede ser necesario recabar el parecer de otros departamentos de la Administración General del Estado, cuando sus competencias puedan verse afectadas. En el caso de las circulares consultadas al Consejo de Estado, se hacía referencia, en particular, a la relevancia de que constara el parecer favorable del Ministerio de Economía y Empresa, parecer favorable que quedaba reflejado en la propia orden de remisión, en la que se hace referencia a la coordinación entre dicho ministerio y el Ministerio para la Transición Ecológica⁶⁴. Nada obsta, desde luego, para que ello se haga así, por más que fuera más adecuado un informe explícito de dicho departamento. En otros casos, por ejemplo, cuando la norma es susceptible de tener efectos relevantes para los consumidores industriales, puede ser también necesario recabar el informe del departamento competente en materia de industria⁶⁵. Tampoco cabe ignorar la exigencia de otros informes o trámites que puedan resultar del derecho comunitario⁶⁶.

8. EL INFORME DE LA ASESORÍA JURÍDICA

De conformidad con el art. 30 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC antes citado, la circular debe someterse al informe de la Asesoría Jurídica. Aunque dicho trámite se regula en dicho art. 30 antes del de audiencia, la buena práctica seguida consiste en recabar dicho informe al final del procedimiento, justo antes de su remisión al Consejo de Estado. Esto es acertado, pues dicho órgano examina si la norma cumple desde la perspectiva material y procedimental las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico, y para hacerlo así, el momento procesal oportuno es, precisamente, cuando el proyecto está ya preparado para ser remitido a dicho órgano consultivo.

9. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

Durante mucho tiempo, las circulares de la CNMC no se han remitido al Consejo de Estado. La primera de ellas fue la que dio lugar al Dictamen

⁶⁴ Dictamen 823/2019; en el mismo sentido, muchos otros emitidos con posterioridad.

⁶⁵ En el citado Dictamen 823/2019 se hizo referencia a que hubiera sido conveniente recabar el parecer del Ministerio de Asuntos Exteriores, dado que la circular objeto de consulta regulaba las interconexiones con Marruecos.

⁶⁶ Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2017/460 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establece un código de red sobre la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas establece unos procedimientos de consulta (art. 2, en relación con los arts. 26 y 27) que han de llevarse a cabo antes de que las autoridades reguladoras nacionales aprueben las metodologías de cálculo de los peajes de transporte de gas natural.

823/2019; con posterioridad se han remitido otros proyectos, que han dado lugar a los dictámenes ya citados.

Conviene tener en cuenta, en todo caso, que tratándose de circulares que desarrollen normas de rango legal o que traspongan o ejecuten derecho comunitario, la consulta a dicho órgano es preceptiva, de conformidad con el art. 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, cuyos apdos. dos y tres establecen dicho carácter preceptivo en los siguientes casos:

Dos. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

Tres. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.

El dictamen del Consejo de Estado, una vez completo el expediente, cumple una función muy relevante, en la medida en que permite valorar todos los aspectos, sustantivos y procedimentales, teniendo en cuenta su perspectiva holística. Aun no tratándose de un órgano técnico —entendido este aspecto referido a técnica diferente de la jurídica—, su análisis sí que es global, en la medida en que, junto a los aspectos técnicos de la norma, cuenta con las alegaciones realizadas por los sectores en las que se explicita a menudo la «traducción» jurídica de las fórmulas, esto es, de qué modo afectan a los diferentes derechos e intereses involucrados. Puede que no sea tarea del Consejo de Estado objetar una fórmula, pero sí, desde luego, poner de manifiesto, por ejemplo, cuando una regulación que tiene efectos diferentes para los distintos agentes, por muy técnica que sea, está o no debidamente explicada y justificada en la memoria.

10. APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

La aprobación de la circular se lleva a cabo por el Consejo de la CNMC, y se firma por su presidente (art. 30.6 del citado reglamento interno).

La circular, una vez aprobada, ha de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*, como ha venido haciéndose.

11. CONCLUSIONES

En definitiva, a pesar de la parca regulación, el procedimiento de elaboración de las circulares no es sencillo, y debe reflejar las exigencias necesarias para garantizar su mayor acierto no solo formal, sino también material, como es el caso, por ejemplo, del trámite de audiencia o la necesidad de recabar distintos informes. Es preciso, en todo caso, destacar algunas cosas:

- Primero, las exigencias procedimentales se justifican por la necesidad de garantizar el acierto de la disposición⁶⁷; más allá de las exigencias contempladas en el art. 105 de la Constitución, el trámite de audiencia constituye, por ejemplo, una forma de conocer de qué forma se prevé que afecte la norma a cada uno de los sectores interesados.
- Segundo, lo que no cabe es convertir el procedimiento de elaboración de normas en una carrera de obstáculos que dé lugar a un aumento del riesgo impugnatorio que lleve, a su vez, a una suerte de parálisis por análisis; es preciso advertir, a este respecto, que por más que la CNMC tenga carácter técnico, lo que ejerce es una potestad normativa, y las exigencias de motivación y justificación deben tener, como se ha señalado, un alcance general, sobre las principales soluciones normativas adoptadas y aquellos puntos que han planteado especial debate a lo largo de la tramitación.
- Por último, y con el riesgo que toda generalización comporta, cabe señalar que en los casos de las circulares que han sido consultadas al Consejo de Estado, los dictámenes reflejan un cumplimiento que en líneas generales puede considerarse satisfactorio de estas exigencias procedimentales⁶⁸.

IV. LA EVALUACIÓN EX POST DE LAS CIRCULARES

Al hacer referencia a la evaluación normativa, estamos ya propiamente fuera del procedimiento de elaboración de las circulares, que concluye con la aprobación y publicación de la norma en el *BOE*. No obstante, como se ha puesto de manifiesto, una de las tendencias más relevantes en relación con la mejora normativa es la de considerar que la cuestión relativa a la buena regulación ni empieza en el momento de adoptar la decisión de tramitar una norma —sino antes, como hemos visto, cuando se realiza la planificación normativa— ni concluye con la aprobación de la disposición⁶⁹. En efecto, si una

⁶⁷ A este respecto, resaltando la importancia del procedimiento en el ejercicio de las funciones por la CNMC, D. Blanquer ha destacado acertadamente que «la deliberación y la reflexión racionales a través de los trámites de un procedimiento abierto a la participación de los interesados, es una fórmula general de legitimación de los sistemas democráticos de Derecho»; D. Blanquer Criado (2014), *La CNMV (su transparencia y responsabilidad)*, Tirant lo Blanch, pág. 658.

⁶⁸ Así puede comprobarse en los dictámenes antes citados.

⁶⁹ Se ha dicho a este respecto que el desarrollo de la denominada regulación inteligente supone promover la mejora de las normas no solo desde la perspectiva formal, sino también material, y que, en este marco, la evaluación normativa *ex ante* y *ex post* tienen una importancia indiscutible, si bien la segunda —la evaluación *ex post*— ha sido prácticamente ignorada tanto por los poderes públicos como por la doctrina; F. de Montalvo

norma responde a unos fines concretos y se basa en una valoración sobre las consecuencias económicas, ambientales, sociales y de todo tipo, resulta coherente con ello que, con carácter general, se estableciera luego la exigencia de valorar si dicho fin se ha cumplido, y si los efectos producidos eran los previstos y si los beneficios obtenidos compensan los costes de todo tipo en que se ha incurrido. Expresado en otros términos: el ejercicio de la potestad normativa no es un mero ejercicio de decisión política (o técnica en este caso), sino que es el marco en el que se desenvuelve gran parte de la acción de los órganos dotados de dicha potestad⁷⁰.

El análisis que a continuación se hace se ciñe a determinar si las circulares de la CNMC han de ser sometidas o no al trámite de evaluación *ex post*, conforme al ordenamiento jurídico español, sin analizar otros temas, sin duda de notable interés, pero que exceden del objeto de este trabajo, como es el relativo al método para hacer dicha evaluación *ex post*⁷¹.

La Ley de la CNMC no contempla de forma expresa y explícita el sometimiento a una evaluación normativa *ex post* de cada una de las circulares aprobadas. No lo hace así, en efecto, ni el art. 30 de su Ley de creación, que se refiere con carácter general a las circulares, ni su Reglamento de Funcionamiento Interno. No obstante, no cabe ignorar que la CNMC tiene una potestad de supervisión sobre los sectores a los cuales se extiende su potestad de dictar circulares. En el ámbito de la energía, al que se hace referencia en este trabajo, dicha potestad regulada en el art. 7 de la Ley de creación incluye tareas tales como velar por el cumplimiento de la normativa, supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro y garantizar la transparencia y competencia. Para el ejercicio de estas funciones emite informes económicos en los que ha de analizar la situación del sector y que, de conformidad con el art. 37.1 de la Ley, han de ser públicos. En definitiva, las competencias atribuidas a la CNMC permiten valorar el efectivo cumplimiento de sus normas y los

Jääskeläinen (2017), «Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente», *Revista de las Cortes Generales*, 97-99, págs. 79-184.

⁷⁰ P. Mercado Montero habla de una versión integrada y alargada del proceso legislativo, que incluiría tanto la fase preparatoria como la de ejecución, control y evaluación de los resultados; P. Mercado Pacheco (2013), «Calidad de la Ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, págs. 85-108.

⁷¹ En relación con dicho método, se han puesto de manifiesto las limitaciones en el uso del análisis coste-beneficio (P. Mercado Pacheco, 2013: 102-107). F. Marcos, por su parte, junto a tales limitaciones, ha resaltado la importancia que puede tener el uso del estudio de impacto para valorar si se han cumplido los fines pretendidos y si se han producido efectos no deseados; F. Marcos (2009), «Calidad de las normas y estudios de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, págs. 333-365. Véase también J. Ponce (2009: 212 y ss.).

efectos que se derivan de ello, en términos económicos, de competencia, etc. Resulta evidente, por ello, que en el ejercicio de dicha potestad de supervisión puede conocer de primera mano los efectos de la regulación que ella misma ha aprobado.

En este contexto, pues, la pregunta es: ¿existe una obligación jurídica de la CNMC de llevar a cabo una evaluación *ex post* de las normas?

En principio, no existe ningún precepto legal que establezca con carácter general la exigencia de llevar a cabo una evaluación *ex post* de las normas. En este sentido, cabe destacar que algunas leyes promovieron la evaluación normativa: art. 5 de la Ley de Economía Sostenible⁷²; luego, la Ley de Unidad de Mercado estableció el carácter preceptivo de la evaluación, con dos precisiones importantes: primero, se refería a la evaluación del conjunto de la normativa —y no como elemento de evaluación *ex post* de cada norma—, y segundo, dicha evaluación se hace desde un parámetro concreto, la unidad de mercado. Posteriormente, la Ley 39/2015 determina en su art. 130 el deber de la Administración de revisar la normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación, para comprobar si han conseguido los objetivos previstos y si está justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas; además, y ello es relevante, establece que dicha evaluación deberá hacerse pública en un informe que «se hará público con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente»⁷³.

En esta línea, la Ley 40/2015 introdujo cambios en la Ley del Gobierno, en el sentido de establecer que el Plan Anual Normativo que apruebe el Gobierno deberá identificar las normas que vayan a ser objeto de evaluación *ex post*. En esta dirección ha profundizado el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. Su art. 3 determina que el Plan Anual Normativo debe identificar las normas que habrán de someterse a evaluación *ex post*; es relevante señalar que dicha identificación debe hacerse atendiendo a una serie de criterios que enumera (entre los cuales se incluye, por ejemplo, el impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma, o tener efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas). En relación con estas dos normas, cabe hacer dos precisiones. Primero, si bien en ellas no se establece el carácter preceptivo de la evaluación *ex post*, sí que se establecen unos criterios para determinar qué normas deben «identificarse» como sujetas a dicho análisis. Esto ha dado pie al Consejo de Estado a señalar en algunos

⁷² Sobre esta ley, véase J. Ponce Solé (2009).

⁷³ Véase, sobre esta regulación, P. García-Escudero (2016: 448-449).

casos la necesidad o conveniencia de llevar a cabo dicho análisis *ex post*⁷⁴. No obstante, y esta es la segunda consideración, como se ha visto, dichas normas no son aplicables a la CNMC, sino a la potestad reglamentaria que proviene del Gobierno y sus miembros.

En definitiva, no existe, hoy por hoy, una exigencia jurídicamente recogida de someter a un análisis *ex post* las normas jurídicas, en general, y las que proceden de la CNMC en particular. No obstante, existen razones para que, al menos en los casos en los que las circulares tienen efectos relevantes, sean económicos, sobre la competencia, unidad de mercado o sobre el medio ambiente, sean sometidas a evaluación. A este respecto, cabe señalar las siguientes razones:

- En primer lugar, es un instrumento que, como se ha señalado⁷⁵, permite la rendición de cuentas en el ámbito del ejercicio de la potestad normativa; en el caso de la CNMC, cuya legitimidad es fundamentalmente técnica, y respecto de la que no existen mecanismos de responsabilidad política, dicha evaluación *ex post* está especialmente indicada, en cuanto manifestación de la responsabilidad técnica de dicho organismo.
- En segundo lugar, es hoy un imperativo de la exigencia de calidad normativa; si en un primer momento dicha expresión se refería fundamentalmente a la calidad técnica, y en un segundo momento se articuló a través de exigencias procedimentales (como la petición de informes, el trámite de audiencia o la necesidad de dejar constancia en la memoria de la justificación de la norma), existe hoy ya un gran consenso acerca de que dicha calidad tiene también una vertiente material, esto es, de acierto de la norma⁷⁶; como se ha dicho, una norma con calidad es una norma que cumple sus fines a los menores costes; desde esta perspectiva, el análisis *ex post* permite, por una parte, derogar o modificar las normas que no han cumplido sus efectos previstos, dando lugar a cargas injustificadas o produciendo efectos no deseados; segundo, dicha evaluación *ex post* constituye el mejor medio de aprendizaje (a través de *feedback* en un entorno complejo en donde los efectos de las normas en otros ámbitos son muchas veces imprevisibles).

⁷⁴ Así, por ejemplo, el Dictamen 1065/2018, en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan aspectos relativos a la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efectos invernadero en el período 2021-2030; y el Dictamen 234/2019, en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se regulan las condiciones administrativas y técnicas del autoconsumo.

⁷⁵ F. de Montalvo Jääskeläinen (2017: 105-106).

⁷⁶ Resulta sumamente expresiva, a mi juicio, la distinción entre la calidad formal de las normas, como manifestación de la técnica normativa, de la calidad material, que hace referencia a la eficacia y eficiencia para cumplir sus objetivos; F. Marcos (2009: 337-342).

Por ello, sería adecuado que se recogiera en la propia ley la exigencia de someter a evaluación *ex post* las normas de la CNMC que puedan tener efectos significativos⁷⁷, ya sean de tipo económico, medioambiental, social o de otro tipo.

En cuanto a la forma de realizar dicho análisis, creo que sería deseable establecer tres exigencias⁷⁸: primero, la evaluación debería plasmarse en un informe por norma, de forma que puedan contrastarse los impactos económicos y de todo tipo previstos en la memoria y los efectos realmente derivados de la circular; segundo, habida cuenta que las normas en el ámbito energético tienen múltiples impactos, muchas veces de sentido diverso cuando no inverso (piénsese en los diferentes impactos sobre los consumidores y el resto de los agentes, cuando se trata de metodologías de actividades reguladas o de normas relativas a precios, o la oposición que puede ser relevante entre consumidores domésticos e industriales, etc.), sería deseable que la evaluación incluyera alguna forma de participación pública, que permitiera evaluar con mayor conocimiento tales impactos; y tercero, dichos informes deberían ser objeto de publicidad, como forma de plasmar la responsabilidad de la propia CNMC⁷⁹.

V. LA RELACIÓN ENTRE LAS CIRCULARES DE LA CNMC Y OTRAS NORMAS JURÍDICAS

Una vez aprobada y publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, la circular entra en vigor y, a partir de ese momento, se plantean otro tipo de problemas. El primero de ellos, en dificultad y relevancia, es el relativo al de las relaciones nor-

⁷⁷ Se ha señalado por la doctrina que imponer una evaluación *ex post* de todas las normas, en lugar de aquellas que tienen determinadas características que las hacen especialmente susceptibles de tal análisis, puede no ser la mejor opción; en este sentido, F. de Montalvo Jääskeläinen (2017: 178) señala que iniciar un procedimiento generalizado de evaluación *ex post* es una iniciativa posiblemente abocada al fracaso. En análogo sentido, S. Rose-Ackerman (2011), «Impact Assessment and Cost-Benefit Analysis: What do They Imply for Policymaking and Law Reform?», *Revue Française d'Administration Publique*, 140, págs. 787-806.

⁷⁸ Entiendo que, dada la naturaleza de la CNMC, la evaluación *ex post* debería ser llevada a cabo por dicho órgano, sin perjuicio de las exigencias a las que a continuación me refiero; no obstante, el tema relativo a qué órgano ha de llevar a cabo dicha evaluación no es pacífico; así, mientras algunos como P. García-Escudero consideran que dicha evaluación debe llevarse a cabo por el poder ejecutivo (P. García-Escudero [2011], *Manual de técnica legislativa*, Civitas, pág. 73.), otros defienden un mayor protagonismo del Parlamento (F. de Montalvo Jääskeläinen, 2017: 181).

⁷⁹ Ambos aspectos, el de la participación y la publicidad del informe, son resaltados por F. de Montalvo Jääskeläinen (2017: 184).

mativas de las circulares con el resto de las disposiciones generales y, entre ellas, en particular, las normas reglamentarias (reales decretos, órdenes ministeriales). Por si nuestro sistema normativo no fuera suficientemente complejo con los diferentes niveles (comunitario, estatal, autonómico, local) y con los diferentes tipos de normas (de leyes, por ejemplo), nos encontramos ahora con una dificultad añadida: la presencia de reglamentos procedentes de la Administración cuyas relaciones internormativas, como a continuación veremos, no son explicables por los tradicionales principios de jerarquía y competencia.

El problema es el siguiente: ¿qué ocurre cuando hay un conflicto entre una circular de la CNMC y una norma reglamentaria? Las hipótesis son diversas: el reglamento puede ser un real decreto o una orden ministerial; puede ser anterior o posterior a la circular.

La primera constatación que hemos de hacer es la siguiente: ni el principio de jerarquía ni el de competencia permiten dar una solución global y definitiva a la cuestión. Si se recurre al principio de jerarquía⁸⁰, la conclusión en principio sería que el real decreto —o la orden ministerial— tiene una fuerza normativa superior a la circular, y, por lo tanto, esta pierde validez —ya por ser nula, si la norma reglamentaria es anterior, ya por ser derogada, si el reglamento es posterior—. Sin embargo, esta solución no es correcta, entre otras razones, porque si un real decreto pudiera derogar una circular que regula un ámbito material atribuido a la CNMC por una norma de rango legal, se estaría vaciando de contenido dicha atribución de potestad normativa (aparte de un posible incumplimiento de las normas comunitarias, cuando son estas las que determinan la competencia de las autoridades reguladoras nacionales). El criterio de competencia tampoco permite dar una solución definitiva⁸¹, dado que la delimitación entre las respectivas competencias no es siempre precisa y diáfana. El sistema de fuentes es complejo y, por ello, las soluciones tradicionales, jerarquía y competencia, especialidad y temporalidad, ya no son suficientes para articular las relaciones entre sus elementos. Hace tiempo, Gómez-Ferrer

⁸⁰ Creo que es importante resaltar que la primacía de un tipo de norma sobre otro no siempre se debe explicar sobre la base del concepto de jerarquía. Sobre el tema, véase J. M. Jover Gómez-Ferrer (2004), *Constitución y Derecho comunitario*, BOE, págs. 211 y ss. Con todo, el problema aquí se plantea con contornos diferentes: incluso atendiendo a un concepto estricto de jerarquía (como reflejo de la «diferente calidad de los sujetos que la producen» en expresión de E. García de Enterría y T. R. Fernández), el criterio apuntaría a una superioridad jerárquica de los reglamentos procedentes del Gobierno sobre las circulares; sin embargo, como se expone a continuación, en este caso la situación es más compleja; la expresión entrecomillada en E. García de Enterría y T. R. Fernández (1994), *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª ed., pág. 122.

⁸¹ De nuevo, se ha llamado la atención sobre la necesidad de evitar una utilización extensiva del criterio de competencia; véase R. Gómez-Ferrer Morant (1987), «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *Revista de Administración Pública*, 113, págs. 7 y ss.

Morant propuso un criterio que se ajusta a la complejidad del sistema normativo: el criterio de la función constitucional de las normas⁸², que es el que de forma más clara permite articular las relaciones entre los diferentes tipos de normas, más allá de las insuficiencias de los criterios de competencia y jerarquía. De acuerdo con dicha teoría, pues, procede explorar la posible solución a los conflictos, tomando como punto de partida la función que el ordenamiento jurídico asigna a las circulares, como manifestación de la potestad normativa atribuida a la CNMC.

Para establecer cómo se resuelven los conflictos entre las circulares y otros reglamentos, hemos de diferenciar dos supuestos, según estos últimos, los reglamentos, sean anteriores o posteriores a las circulares.

En el primer caso se produce cuando la CNMC aprueba una norma que versa sobre materias que, hasta entonces, estaban reguladas en reales decretos u órdenes ministeriales. El supuesto se ha producido ya en diversos casos, dado el incremento de competencias atribuidas a la CNMC por el Real Decreto Ley 1/2019. En efecto, tras la entrada en vigor de esta disposición, materias que antes estaban reguladas por reglamentos procedentes del Gobierno o por órdenes ministeriales, han sido reguladas *ex novo* por la correspondiente circular⁸³. En relación con estos casos, tal y como se ha señalado en los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado en los dos últimos meses de 2019 (antes citados), puede decirse lo siguiente:

- En primer lugar, las circulares no tienen fuerza normativa suficiente para derogar las normas reglamentarias del Gobierno o sus miembros, pues no existe una relación jerárquica de estos respecto de la CNMC.
- No obstante, dado que la Ley 3/2013 —en particular, tras su modificación por el Real Decreto Ley citado— ha atribuido a la CNMC las competencias para regular esas materias, la aprobación de las circulares tiene por efecto que, a partir de ese momento, son la norma aplicable dentro del ámbito material correspondiente, dejando por ello de ser de aplicación los reales decretos u órdenes ministeriales que antes regulaban las mismas materias. Dice el citado dictamen: «Dicho efecto —su inaplicación, pues no la derogación— deriva directamente de la Ley 3/2013, siendo el efectivo ejercicio de dicha potestad reglamentaria, por parte de la CNMC, la condición para que se produzca tal inaplicación».
- De esta manera, pues, el conflicto se resuelve en términos de aplicación, no de validez⁸⁴: esto es, el operador jurídico ha de aplicar la circular, dejando sin

⁸² R. Gómez-Ferrer Morant (1987).

⁸³ Es el caso que se planteaba en relación con el proyecto de circular en la consulta que dio lugar al Dictamen 823/2019, al que luego se hace referencia.

⁸⁴ J. M. Jover Gómez-Ferrer (2004: 268 y ss.), donde se distingue entre la técnica de la elección de la norma aplicable y la del juicio de validez; aquella supone determinar la norma

aplicar el real decreto —u orden ministerial— anterior, todo ello en virtud de lo previsto en la Ley que ha atribuido la potestad normativa a la CNMC en el correspondiente ámbito, y sin entrar a plantear la cuestión relativa a si el real decreto sigue siendo válido (por derogación o, si se me permite la expresión, por «ilegalidad sobrevenida»).

Pero ello crea un problema nuevo, el de la seguridad jurídica. En efecto, como resultado de lo anterior resulta que el real decreto u orden ministerial sigue estando formalmente vigente, lo que puede plantear problemas de seguridad jurídica y de claridad normativa, que han de añadirse a la ya de por sí compleja regulación. Por ello, con el fin de evitar esta situación de inseguridad jurídica, se recuerda en los citados dictámenes que el panorama normativo debe ser objeto de clarificación⁸⁵.

La determinación de los preceptos del real decreto que, con la entrada en vigor de una circular, dejan de ser aplicables no es tarea fácil. En el Dictamen 823/2019, antes citado, se ponía de manifiesto esta circunstancia; el objeto de dicho dictamen era el entonces proyecto de circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y de la gestión de la operación del sistema. Y, decía el dictamen, esta dificultad de establecer los preceptos que devienen inaplicables puede ilustrarse mediante la lectura del Real Decreto 2019/1997, que regulaba, entre otros aspectos, algunos que iban a ser objeto de la circular, lectura que no permite llegar a conclusiones claras y seguras sobre qué preceptos siguen estando vigentes y cuáles dejarían de ser de aplicación como consecuencia de la nueva regulación recogida en la circular.

En tales circunstancias, dejar vigente el real decreto o no clarificar el marco normativo supone desplazar sobre el operador jurídico una carga excesiva con un notable incremento de la inseguridad jurídica. Por ello, en el citado dictamen se recordaba la necesidad de optar por mecanismos de cooperación, análogos a los ya previstos en el Real Decreto Ley 1/2019, con el fin de llevar a

que debe aplicarse al caso, en virtud del régimen jurídico aplicable —en este caso, el art. 7 de la Ley de creación de la CNMC, fundamentalmente—; la segunda, implica establecer la aplicación de una de las dos normas en conflicto por considerar que la otra es inválida —por haber sido derogada o por ser nula—.

⁸⁵ La cuestión se ha planteado en términos similares en el caso de las leyes nacionales contrarias al derecho comunitario, que, como es sabido, tiene primacía. Así, en efecto, el TJUE ha declarado que el mantenimiento de una ley contraria al derecho comunitario, aunque sea inaplicable, puede suponer un incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados miembros: S. Comisión c. R. Francesa, de 4 de abril de 1974 (as. 167/73); sobre la cuestión, véase R. Alonso García (1999), «Community Legal Orders: Autonomy, Integration and Interaction», en *Collected Courses of The Academy of European Law*, vol. VII, Book 1, págs. 59 y ss.

cabo dicha clarificación del marco normativo. Ello podría dar lugar posteriormente a la derogación formal de las normas reglamentarias que hubieran dejado de ser aplicables.

El segundo supuesto es el que se produce cuando el conflicto se plantea entre la circular y un real decreto u orden ministerial posteriores. En estos casos, la cuestión estribaría en determinar si el real decreto u orden ministerial ha invadido las competencias que se atribuyeron a la CNMC a través de la Ley 3/2013 (o resto de las normas concordantes), en cuyo caso, el real decreto u orden ministerial sería nulo por aplicación del principio de jerarquía —esto es, por ser ilegales por contrarios a la citada ley—; si es la circular la que ha incurrido en *ultra vires*, regulando materias que no le corresponde, será la circular la que incurra en nulidad. No obstante, la solución deberá tener en cuenta las circunstancias del caso, pues puede suceder que la coincidencia de dos normas, un real decreto y una circular, regulando la misma materia, sea consecuencia de que ambas son complementarias, en cuyo caso no hay verdadero conflicto. Por otra parte, no cabe desconocer que la delimitación de los respectivos ámbitos materiales, el propio del reglamento y el que corresponde a la circular, no es siempre clara, lo que puede plantear problemas adicionales, cuya solución habrá de verse caso por caso; así, por ejemplo, la cuestión se plantea en términos distintos cuando la oposición entre ambas disposiciones vacía de toda virtualidad a la otra⁸⁶, que cuando lo que se hace es, por así decirlo, comprimir su ámbito de aplicación, de forma que esta última pueda ser aplicada en ciertos casos. Con todo, el carácter sintético de este trabajo y la falta de un cuerpo suficiente de casos nos excusa de establecer una doctrina general. Creo, en todo caso, que dicha doctrina deberá arrancar de la mencionada teoría de la función de las normas, teniendo en cuenta el papel que el sistema jurídico (comunitario y español) atribuye a tales normas.

VI. CONCLUSIONES

La modificación de la Ley 3/2013 por el Real Decreto Ley 1/2019 ha dado un innegable protagonismo normativo a la CNMC, como pone de manifiesto el número y la relevancia de las circulares publicadas recientemente. Este aumento de la potestad normativa de la CNMC supone innegables retos y dificultades, tanto por la necesidad de conciliar la legitimidad política de Gobierno con la legitimidad eminentemente técnica de la CNMC como por la mayor complejidad

⁸⁶ Es en estos casos, a mi juicio, cuando la teoría de la función de las normas puede cobrar un especial protagonismo, lo que exigirá indagar cuál es la razón por la cual se ha atribuido una competencia determinada a la CNMC, y en qué medida el real decreto u orden ministerial son consecuentes con dicha razón y la función que en el ordenamiento jurídico español (y también en el comunitario) se atribuye a las autoridades reguladoras.

que da en el panorama normativo. No obstante, también constituye una oportunidad: primero, de mejora regulatoria, dada la alta competencia técnica de la CNMC y su independencia, y de otra, por la posibilidad de avanzar en la línea de mejora normativa, no ya desde una perspectiva de técnica normativa y del procedimiento, sino de mejora material. Con todo, estas líneas solo pretenden avanzar algunos de los problemas que suscitará el creciente protagonismo normativo de la CNMC, pues, sin duda, la realidad añadirá luego muchos más.

