

La introducción del Estado regulador y la administración independiente en España

El impulso del Derecho de la Unión Europea y las
transformaciones del Derecho Público español

Joan Solanes Mullor

TESIS DOCTORAL UPF / 2014

DIRECTORES DE LA TESIS

Dr. Alejandro Saiz Arnaiz y Dra. Aida Torres Pérez

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A mis padres, Marta y Juan, y a mi mujer, Cristina.

Agradecimientos

Esta tesis doctoral ha sido posible gracias al apoyo de una lista interminable de compañeros, amigos y, ante todo, seres queridos. Ha sido el resultado de un largo proceso que inicié hace ya unos años en Estados Unidos y que ha terminado en la Universitat Pompeu Fabra.

En especial, quiero expresar mi eterna gratitud a mis dos directores de tesis. Alejandro Saiz Arnaiz ha sido mi mentor desde mis inicios en la carrera académica, sin él ni la tesis doctoral ni mi pasión por la enseñanza y la investigación universitarias serían posibles. Personas como él hacen que el mundo académico tenga sentido, su honestidad, tesón y brillantez te hacen seguir adelante. Aida Torres Pérez me animó a ir a estudiar a Estados Unidos y, una vez de vuelta a España, siempre ha sido un ejemplo a seguir. No puedo imaginar estos años sin su apoyo, ganas y entusiasmo que se han mostrado en la dirección de la tesis y en todos los proyectos que hemos llevado a cabo.

Quiero también agradecer a todos mis compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra por convertir todos estos años en una experiencia imborrable. En especial, gracias a Maribel González Pascual, Carina Alcoberro Llivina, Diane Fromage, Víctor Ferreres Comella, Felipe Paredes

Paredes y Jorge Roa Roa. Gracias a ellos, esta tesis doctoral se ha hecho realidad.

Asimismo, de mi etapa en Harvard Law School, debo agradecer la ayuda de mi director de tesis, Matthew C. Stephenson, así como de Mark Tushnet, Duncan Kennedy y Jane Fair Bestor. Las discusiones con mis amigos en esa etapa Jorge González Jacome, Jason Robison y Luis José Torres Asencio fueron también de gran ayuda para ir fraguando esta tesis doctoral.

Finalmente, ellos ya lo saben, pero esta tesis no hubiese sido posible sin el apoyo incondicional de mis padres, Marta y Juan, del amor de mi vida, Cristina, de sus padres, Olga y Joan, y de su hermano Ferran.

Resumen

En las dos últimas décadas, el Estado regulador y su aparato institucional han experimentado un decisivo impulso en Europa. Tanto la Unión Europea -mediante *agencias*- como los Estados Miembros -con la creación de organismos reguladores sectoriales- han adoptado una nueva manera de concebir el Estado, largamente ensayada en otros ordenamientos jurídicos, en especial, el norteamericano.

Esta tesis doctoral estudia la interacción entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Público español en cuanto al desarrollo de este nuevo marco conceptual e institucional. Tomando como ejemplos los sectores de la energía y de las telecomunicaciones, este trabajo analiza cómo las instituciones y doctrina europeas han impulsado la administración independiente y de qué manera el ordenamiento jurídico español ha acomodado esta nueva realidad institucional. Los diferentes postulados y el prácticamente inexistente diálogo entre ambos niveles han situado a la administración independiente española en una situación de precariedad institucional y han dificultado el desarrollo de los adecuados mecanismos de control.

Abstract

For the past two decades, the Regulatory State and its institutional arrangements have experienced a decisive impulse in Europe. The European Union -by means of its agencies- as well as the Member States -with the creation of sectoral regulatory bodies- have adopted a new conception of the State, which has already been tested in other jurisdictions, in particular, the United States.

This doctoral dissertation analyzes the interaction between European Union Law and Spanish Public Law on the development of this new conceptual and institutional framework. This work assesses, with special focus on the energy and telecommunication sectors, how the European institutions and doctrine have bolstered independent agencies and to what extent the Spanish legal system has accommodated this new institutional framework. The different doctrinal basis and the practically inexistent dialogue between the two levels have placed Spanish independent agencies in an institutionally precarious situation and have hindered the development of adequate control mechanisms.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, EL ESTADO REGULADOR Y LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN ESTADOS UNIDOS	17
1.1. El principio de separación de poderes como uno de los ejes fundamentales del constitucionalismo moderno y las diferencias en cuanto a su articulación entre Estados Unidos y Europa.....	17
1.2. Estados Unidos y el principio de separación de poderes en el Estado regulador.....	27
1.3. Los nuevos postulados antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano: las bases para un nuevo Derecho Público.....	48
1.4. El nuevo Derecho Público norteamericano: una concepción débil del poder judicial	56
2. LA CONCEPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE EN EL DEBATE EUROPEO.....	83
2.1. El Estado regulador como idea nuclear para la creación de las administraciones independientes en Europa	83
2.2. La administración independiente como clave de bóveda institucional del Estado regulador: su impulso doctrinal.....	102
a) Las razones doctrinales para crear administraciones independientes	103
b) La configuración institucional de las administraciones independientes	115
c) La influencia anglosajona, en especial la norteamericana, en el debate doctrinal europeo sobre las administraciones independientes	122
2.3. La versión europea del principio de separación de poderes norteamericano -el principio de equilibrio de facultades- y la recepción de los postulados del Derecho Público norteamericano	133

3. LA ACOGIDA DEL DEBATE DOCTRINAL EUROPEO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA EXPANSIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN TODOS LOS ÁMBITOS	157
3.1. Las instituciones de la Unión Europea y su visión de las administraciones independientes: entre la euforia doctrinal y el juego interinstitucional	157
a) La Comisión Europea	157
b) El Consejo de la Unión Europea.....	169
c) El Parlamento Europeo.....	176
d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	183
3.2. La expansión de la administración independiente en el Derecho de la Unión Europea.....	192
a) Breve historia de las administraciones independientes de la Unión Europea: las oleadas de creación	192
b) Una imagen de las administraciones independientes de la Unión a través de su difícil clasificación: su relevancia como fórmula de ejercicio del poder público por parte de la Unión	202
3.3. La difusión de la administración independiente en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros: la iniciativa de la Unión	216
a) La administración independiente en el sector energético (electricidad y gas natural)	219
b) La administración independiente en el sector de las telecomunicaciones.....	226
c) Breve apunte sobre el principio de autonomía institucional y el respeto a la identidad constitucional en el debate europeo sobre la introducción de las administraciones independientes en los Estados Miembros.....	234

4.	LA INCORPORACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE EN ESPAÑA: LA RESISTENCIA DEL LEGISLADOR.....	243
4.1.	La regulación sistemática tardía del fenómeno de las administraciones independientes por parte del legislador español	243
4.2.	El sector energético	249
a)	La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional ("CSEN") 250	
b)	La Comisión Nacional del Sector Eléctrico ("CNSE")	253
c)	La Comisión Nacional de la Energía ("CNE").....	257
4.3.	El sector de las telecomunicaciones	267
a)	La creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT"): el Real Decreto Ley 6/1996, los Reglamentos de 1996 y la Ley 12/1997	268
b)	La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a partir de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones ("LGT").....	274
4.4.	La reciente culminación del proceso: la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC")	280
5.	LA ACOGIDA DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE Y LAS TEORÍAS DEL ESTADO REGULADOR POR PARTE DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.....	295
5.1.	El reconocimiento del fenómeno de la administración independiente por parte de los iuspublicistas españoles: entre su impulso, su aceptación tácita y minimización y el rechazo frontal	295
a)	Los pro-Estado regulador en España: defensores de la administración independiente sin apertura al debate doctrinal europeo	295
b)	La minimización de las administraciones independientes como problemática y su rechazo frontal.....	302
5.2.	El papel del Derecho Constitucional en el debate sobre las administraciones independientes en España: lenguaje de resistencia	309
a)	Dos presupuestos previos al debate constitucional sobre las administraciones independientes: el silencio de la	

Constitución y la base doctrinal constitucionalista a favor de la versión dinámica del principio de separación de poderes	309
b) El lenguaje constitucional utilizado contra las administraciones independientes: la argumentación acerca de su inconstitucionalidad	316
c) Los precursores de la administración independiente en España y del Estado regulador y su parca argumentación constitucional.....	324
d) La poca apertura del constitucionalismo español al debate europeo sobre las administraciones independientes	332
e) Las dudas sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes desde la asunción doctrinal de la versión dinámica del principio de separación de poderes	341
5.3. La doctrina y el control de las administraciones independientes en España: la hegemonía del formalismo jurídico y la falta de alusión a su problemática específica.....	349
a) El control judicial fuerte de la administración pública española desde mediados del S.XX: el formalismo jurídico y el desarrollo de las técnicas hegemónicas del control judicial .	352
b) La fisura de los años noventa en el control judicial fuerte: la irrupción del indeterminismo jurídico en el iuspublicismo español	360
c) Una tímida apertura al derecho comparado y la práctica inexistencia de referencias al debate europeo en materia de control de las administraciones públicas	375
d) La falta de tratamiento especial del control de las administraciones independientes: la aplicación del marco general de control de la administración pública	380
6. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE: LA ACEPTACIÓN TÁCITA Y LA FALTA DE UNA POSTURA DEFINIDA SOBRE SU CONTROL.....	389
6.1. El Tribunal Constitucional y el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes.....	389
a) El reconocimiento tácito de las administraciones independientes y la no discusión sobre su problemática constitucional.....	389
b) El control de las administraciones independientes tampoco constituye un problema constitucional: el	

reconocimiento de la discrecionalidad técnica como anclaje del control judicial débil y un trato deferencial.....	395
6.2. El Poder Judicial y el problema del control judicial de las administraciones independientes	402
a) Las conclusiones de los pocos estudios doctrinales sobre la jurisprudencia española en materia de administraciones independientes: reconocimiento tácito y deferencia.....	402
b) Las pocas bases teóricas en la jurisprudencia de los tribunales españoles que sustentan a la administración independiente.....	407
c) El control de la CNE y la CMT: control judicial débil, deferencia en la práctica y casi espontánea sobre la base de la discrecionalidad técnica.....	414
d) La necesidad de desarrollar técnicas de control judicial para disciplinar la deferencia técnica.....	434
 CONCLUSIONES.....	 443
 BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	 465

Abreviaturas

ABE	Autoridad Bancaria Europea
ACER	Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía
AED	Agencia Europea de Defensa
AEMA	Agencia Europea del Medio Ambiente
AER	Agencia Europea de Reconstrucción
AESA	Agencia Europea de Seguridad Área
AESPJ	Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación
AEVM	Autoridad Europea de Valores y Mercados
AFE	Agencia Europea Ferroviaria
Agencia TI	Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
APA	Administrative Procedure Act
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BE	Banco de España
CDT	Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978

CEDEFOP	Centro Europeo para el Desarrollo Profesional
CEPOL	Escuela Europea de Policía
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNSE	Comisión Nacional del Sistema Eléctrico
CSEN	Comisión del Sistema Eléctrico Nacional
CSUE	Centro de Satélites de la Unión Europea
EACEA	Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural
EACI	Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación
EAHC	Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
ECDC	Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades
ECHA	Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos
EFCA	Agencia Europea del Control de la Pesca
EFSA	Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria
EIGE	Instituto Europeo de la Igualdad de Género
EMA	Agencia Europea de Medicamentos

EMEA	Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos
EMSA	Agencia Europea de Seguridad Marítima
ENISA	Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información
EPA	Environmental Protection Agency
ERC	Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación
ERGEG	Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas
ETF	Fundación Europea de Formación
EUMC	Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia
EU-OSHA	Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo
EUROFOUND	Fundación Europea para las Mejoras de las Condiciones de Vida y de trabajo
EUROJUST	Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
FCC	Federal Communications Commission
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FERC	Federal Energy Regulatory Commission
FJ	Fundamento jurídico
FFJJ	Fundamentos jurídicos
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

FRONTEX	Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores
FSE	Fondo Social Europeo
FTC	Federal Trade Commission
GSA	Agencia del GNSS Europeo
ICC	Interstate Commerce Commission
IESUE	Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible
LGT	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones
LH	Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado
LOSEN	Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional
LSE	Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico
LT	Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones
OAMI	Oficina de Armonización del Mercado Interior
OCVV	Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales

OEDT	Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías
OMB	Office of Management and Budget
ORECE	Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas
REA	Agencia Ejecutiva de Investigación
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEC	Securities and Exchange Commission
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Ten-T EA	Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Nadie discute hoy en día el impacto del Derecho de la Unión Europea en la articulación y desarrollo de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros que la componen. Desde el inicio del proceso de integración europea, las innovaciones del Derecho de la Unión han transformado los ordenamientos jurídicos internos y, especialmente, el Derecho Público nacional. Seguramente, la transformación más importante ha sido la pérdida de soberanía de los Estados Miembros caracterizada por el debilitamiento del carácter supremo de las Constituciones nacionales. Pero dejando de lado este trascendental cambio, se puede apreciar una tendencia de no menos relevancia en el proceso de integración europea que afecta de lleno al Derecho Público nacional: el camino hacia un Estado regulador de corte clásico¹. Esta tendencia se ha mostrado con especial intensidad en el marco de la construcción del mercado común europeo y, concretamente, en la liberalización de sectores económicos estratégicos para los Estados Miembros como la energía o las telecomunicaciones.

En estos sectores, entre otros, los defensores de las teorías del Estado regulador han introducido el modelo de administración

¹ Para una primera aproximación a la articulación del estado regulador en Europa, véase el trabajo clásico de GIANDOMENICO MAJONE. “The Rise of Statutory Regulation in Europe”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996. Pág. 47.

independiente -tanto a nivel de la Unión como de los Estados- como instrumento principal para regular actividades económicas que se abren a la competencia². Ésta es, sin lugar a dudas, la innovación institucional más visible de la teoría del Estado regulador en su implantación en Europa³. La innovación, en todo caso, no es menor. Como se verá a lo largo de este trabajo, en las últimas décadas la administración independiente se ha erigido en una fórmula de ejercer el poder público tanto en el seno de la Unión Europea como en los ordenamientos de los Estados Miembros. Asimismo, también se pondrá de relieve que el liderazgo en la implantación del Estado regulador y de su aparato institucional ha sido ejercido por la Unión Europea, mientras que, en el caso español, el ordenamiento interno ha sido un receptor de las innovaciones institucionales propuestas por la Unión.

Desde esta perspectiva, el Estado regulador y su aparato institucional han sido estudiados desde el punto de vista de la teoría democrática, las relaciones entre principal/agente (teorías de la delegación) y la responsabilidad⁴. Todo el análisis se ha centrado en

² THATCHER, M. "Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe". En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*. Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2005. Págs. 50-52.

³ Este trabajo utilizará la expresión "administración independiente" en castellano, al ser la denominación más utilizada en el ordenamiento jurídico español para este tipo de realidad institucional. También se utilizará la expresión organismo regulador para referirse a ella. En cuanto a las expresiones en inglés, se utilizarán también indistintamente las expresiones *agencies*, *independent agencies* o *regulatory agencies*, para referirse a esta realidad institucional.

⁴ Dos trabajos representativos son MAJONE, G. "Regulatory legitimacy". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* y el trabajo colectivo editado por GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation Through Agencies in the EU...*

la optimización del diseño del Estado regulador en Europa. Sin embargo, en este camino parece haberse olvidado estudiar cómo las innovaciones institucionales impulsadas por la Unión Europea han transformado el Derecho Público nacional y sus viejas concepciones sobre la naturaleza del Estado. Muchas de las nuevas herramientas del Estado regulador, especialmente el modelo de administración independiente, eran prácticamente desconocidas por los ordenamientos jurídicos internos. Antes de la aparición de la tendencia hacia el Estado regulador en la Unión Europea, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros solamente habían concebido sus Bancos Centrales como verdaderas administraciones independientes. Este modelo de organización administrativa concentra en una sola institución los tres poderes públicos tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) y transforma las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo. El poder judicial también debe lidiar con una nueva institución que está revestida con una pátina de tecnocracia que pide deferencia hacia sus decisiones. ¿Cómo acomodan los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros estos cambios en su pensamiento jurídico y, especialmente, cómo reacciona su Derecho Público?

En pocas palabras, el liderazgo de la Unión Europea en la implantación del Estado regulador y su aparato institucional ha ido de la mano de la transformación del derecho y del pensamiento jurídico. Su implementación se fundamenta en un conjunto de argumentos, conceptos e ideas que se expresan mediante un lenguaje jurídico y político. En definitiva, emerge con gran

importancia la necesidad de estudiar el pensamiento jurídico, entendido como lenguaje y argumentación, que subyace a las innovaciones, estructuras y políticas concebidas en el seno de la Unión. De esta manera, se podrá esclarecer el origen y el alcance de muchas de las propuestas lanzadas a nivel europeo y, aún más importante, facilitar su aplicación en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Este análisis del pensamiento jurídico europeo o, si se prefiere, del lenguaje y argumentación utilizados desde la Unión Europea, debe ser complementado con el estudio de su impacto en el pensamiento jurídico de los Estados Miembros. Todas las innovaciones de la Unión no se aplican en el vacío, por el contrario, existen estructuras jurídicas y políticas en los Estados Miembros que serán las encargadas de recibirlas. Las estructuras constitucionales existentes de los Estados Miembros y, en un sentido más amplio, el Derecho Público nacional imperante son los receptores de los nuevos conceptos, ideas, argumentos y, en definitiva, del lenguaje utilizado por la Unión. El pensamiento jurídico nacional puede estar en línea con el utilizado por la Unión, y por tanto, ser un buen receptor de las innovaciones institucionales. Pero también puede ocurrir que el lenguaje del Derecho Público nacional esté en otra frecuencia y, por tanto, deba resintonizarse para un correcto acomodo institucional. O, finalmente, puede perfectamente suceder que los dos lenguajes sean tan distantes que la posibilidad de transformación del Derecho Público nacional sea una tarea imposible de acometer. Como puede observarse, el innovador europeo (sea el legislador del Parlamento y

del Consejo, el burócrata de la Comisión o la doctrina jurídico-política europea) debe tener siempre en mente a quién se dirige si quiere que sus propuestas tengan éxito en la práctica.

El objetivo último de esta tesis doctoral, por tanto, no es otro que el estudio de la generación y recepción del pensamiento jurídico. Partiré en todo momento de la definición que realizó ya hace tiempo DUNCAN KENNEDY del concepto *legal consciousness*: “una forma particular de pensamiento que caracteriza la profesión jurídica como un grupo social en un momento determinado de la historia. La principal particularidad de este pensamiento es que contiene un elevado número de normas, argumentos, teorías e información sobre el funcionamiento institucional del proceso jurídico, y una constelación de ideales y objetivos vivos de la profesión en un momento histórico determinado”⁵. Se pretende, en primer lugar, esclarecer cuál es el pensamiento jurídico que subyace al Estado regulador y su aparato institucional tal y como se ha concebido, articulado e impulsado en el Derecho de la Unión Europea. Las influencias que éste ha recibido o, en otras palabras, las fuentes jurídico-políticas que han moldeado este pensamiento jurídico europeo también serán objeto de especial atención. En este sentido, el estudio del pensamiento jurídico norteamericano y su influencia en la Unión Europea serán un elemento central de este trabajo. En segundo lugar, se analizará cómo el pensamiento jurídico español acomoda estos nuevos postulados que acompañan al Estado

⁵ KENNEDY, DUNCAN. *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*. Washington, D.C.: Beard Books. 2006. Pág. 27.

regulador impulsado desde la Unión Europea y las dificultades, obstáculos y soluciones que se han planteado o pueden plantearse en este proceso de acomodo.

Con todo ello, lo que se pretende es hacer una aportación al estudio del movimiento de las ideas, argumentos y teorías entre ordenamientos jurídicos. El interés radica en analizar el origen de los argumentos, teorías e instituciones, su puesta en escena y el lenguaje que los expresa y les da forma y su transmisión a otros lenguajes que pueden ser muy distintos al original. Sobre todo, lo que se persigue es analizar cómo el pensamiento jurídico en sí mismo, es decir, el lenguaje entendido en el sentido de DUNCAN KENNEDY (el conjunto de normas, ideas, teorías, información, objetivos de la profesión jurídica como grupo social) condiciona y determina el éxito o fracaso de una innovación institucional en un ordenamiento, el de la Unión, que tiene como principal vocación en toda actuación que se proponga la de transformar y/o adaptar los ordenamientos jurídicos de sus Estados Miembros para conseguir sus objetivos políticos y económicos.

Este estudio del pensamiento jurídico, sin embargo, no se hará en abstracto. Es el momento de detallar el objeto de la tesis doctoral. Se ha elegido a la administración independiente como eje central del estudio por dos motivos. En primer lugar, se trata de una institución que se ha impulsado desde la Unión Europea y que era poco familiar, aunque no del todo desconocida, para los ordenamientos jurídicos nacionales. Es, por tanto, una gran novedad

en la constelación de ideas del ordenamiento jurídico nacional. En segundo lugar, la administración independiente se ha estudiado en profundidad en el nivel europeo y, también, en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros a raíz de su expansión e imposición desde la Unión Europea. Si lo que se persigue con este trabajo de investigación es el estudio de las transformaciones del pensamiento jurídico, nada mejor que estudiar cómo se ha concebido y entendido una institución ampliamente analizada en ambos niveles, tanto de la Unión como de los ordenamientos jurídicos internos.

Asimismo, el trabajo ha optado por contextualizar el estudio de las administraciones independientes en los sectores de la energía y de las telecomunicaciones. Es en estos dos ámbitos donde puede apreciarse con mayor claridad el liderazgo de la Unión Europea en la implantación del Estado regulador y de los organismos reguladores bajo la fórmula de las administraciones independientes, así como la transformación de las estructuras institucionales de los ordenamientos jurídicos internos. Se trata, a efectos de este trabajo, de dos casos de estudio en los que se puede analizar con detalle la interacción de los dos ordenamientos jurídicos y, por tanto, cómo fluyen, se intercambian, rechazan o asimilan los distintos argumentos, teorías o ideas que subyacen al Estado regulador y su aparato institucional.

De este modo, esta tesis doctoral se centrará en el pensamiento jurídico que alienta y expande la administración independiente en la

Unión y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Para realizar este trabajo del pensamiento jurídico, se estudiarán diversas fuentes a nivel europeo. Serán objeto de análisis las normas del Derecho de la Unión que instituyen, imponen y moldean las administraciones independientes. Sin embargo, se dará más importancia a la visión de las administraciones independientes que tienen, por un lado, las propias instituciones de la Unión -expresada en documentos de trabajo o de estrategia- y la doctrina europea que se ha ocupado de su estudio. En aquello que hace referencia a ésta última, si bien se trata de un estudio del pensamiento jurídico, se abrirán las puertas a la doctrina de la ciencia política que ha debatido el modelo de administración independiente. Es más, ya se puede avanzar que en el debate europeo la aportación de la dogmática jurídica en esta materia es escasa y predomina la visión de la ciencia política o, en todo caso, una visión multidisciplinar, que combina el derecho y la ciencia política.

El segundo paso consistirá en analizar las mismas fuentes, pero a nivel español. Por un lado, se estudiarán las normas españolas que han creado o incorporado, fruto de las directrices de la Unión, administraciones independientes en los sectores energético y de las telecomunicaciones. Por el otro, se abordará su acogida por parte de la doctrina española de Derecho Público que, en nuestro caso, se compone de los constitucionalistas y administrativistas. Es importante precisar en este punto que, cuando me refiera a pensamiento jurídico público español, Derecho Público español o doctrina iuspublicista española, debe entenderse que las distintas

expresiones se refieren al conjunto de la doctrina de constitucionalistas y administrativistas.

Como puede observarse, el estudio del movimiento jurídico se situará entre la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español. Un estudio de derecho comparado que incluyera a varios Estados Miembros sería sin duda interesante, pero excedería los márgenes de esta investigación. El objetivo, por tanto, es analizar el intercambio de ideas entre la Unión y el Derecho Público español y extraer conclusiones para la Unión y España. La elección de España como referente de estudio se justifica en su larga trayectoria jurídico-institucional alejada de los ideales del Estado regulador. Su apuesta por la administración independiente como organismo regulador sectorial, más allá del ámbito financiero, es reciente. Asimismo, se han llevado a cabo pocos análisis doctrinales sobre las interacciones entre el ordenamiento jurídico español y el Derecho de la Unión. Estos dos factores convierten a España en un buen campo de trabajo para analizar el intercambio de ideas, las influencias y las transformaciones entre distintos pensamientos jurídicos, tomando como eje el conjunto de teorías, argumentos e ideas que acompañan al Estado regulador y a la administración independiente.

Debe hacerse una última precisión sobre el objeto de la tesis doctoral: no se estudiarán los Bancos Centrales o las instituciones de supervisión financiera o de mercados de valores que ya están presentes desde hace tiempo en los ordenamientos jurídicos

internos. Únicamente se aludirá a algunos trabajos doctrinales y, en particular sentencias, relativos a este tipo de administraciones independientes cuando sea de utilidad para el análisis de los organismos reguladores sectoriales. En este sentido, si bien es cierto que se trata de instituciones articuladas bajo la concepción de administraciones independientes, no son una novedad en el pensamiento jurídico nacional⁶. Donde radica la novedad de los últimos veinte años es en la creación y expansión de las administraciones independientes de carácter regulador, es decir, que supervisan y gestionan la actividad privada y pública en un sector económico o social determinado, por ejemplo, el energético o las telecomunicaciones.

Este trabajo, por tanto, se centrará en las administraciones independientes entendidas como organismos reguladores sectoriales. Además, si se observa con detenimiento la literatura tanto europea como nacional sobre las administraciones independientes, podrá concluirse fácilmente que los autores tienden a separar netamente las administraciones independientes reguladoras de las instituciones de supervisión financiera. Parece que el sector financiero y las instituciones que lo supervisan necesitan un estudio separado y diferenciado. Pese a la enorme actualidad del papel de estas instituciones, véase el protagonismo de

⁶ En España la articulación del Banco de España ("BE") como administración independiente se produjo durante la década de los ochenta (Ley 30/1980, de 21 de junio, de Órganos Rectores del Banco de España y Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención Bancaria). Por su lado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV"), la otra pata de la supervisión del sistema financiero español, fue creada en el año 1988 por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

los últimos años del Banco Central Europeo o de los nuevos entes que se han creado para acometer funciones concretas de supervisión de parcelas del sistema financiero a nivel europeo⁷, este trabajo no puede por razones metodológicas centrarse en ellos. Seguramente, el pensamiento y teorías subyacentes a las instituciones de supervisión del sistema financiero no se alejan mucho del presente en los organismos reguladores de sectores económicos o sociales, pero el hecho de ser tratados como entes singulares por la doctrina aconseja dejarlos de lado. En todo caso, la importancia del Banco Central Europeo (y de los Bancos de los Estados Miembros integrados en el Sistema Europeo de Bancos Centrales), así como la creación de nuevas entidades de supervisión del sistema financiero, son una prueba de la enorme relevancia de las administraciones independientes como modelo de organización administrativa y de ejercicio del poder público en el discurso y debate actuales de nuestro entorno jurídico, político y económico.

Esta tesis doctoral se divide en seis capítulos y un apartado de conclusiones. El primer capítulo aborda el fenómeno del Estado regulador y de las administraciones independientes en Estados Unidos. La experiencia norteamericana es relevante para este trabajo desde dos puntos de vista. En primer lugar, es el

⁷ En el año 2010, se crearon tres entes fiscalizadores del sistema financiero y bancario en el seno de la Unión Europea: la Autoridad Europea Bancaria, regulada por el Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, regulada por el Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, regulada por el Reglamento (UE) n° 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

ordenamiento jurídico que atesora mayor experiencia en materia de Estado regulador y su aparato institucional. En segundo lugar, este trabajo muestra la gran influencia de la experiencia norteamericana entre la doctrina europea. Por estas dos razones, el primer capítulo se dedica a las transformaciones del principio de separación de poderes, así como del pensamiento jurídico que acompaña al Estado regulador y su aparato institucional, en Estados Unidos. El objetivo de este primer capítulo es mostrar cómo ha sido concebido el Estado regulador en Estados Unidos para, con posterioridad, contrastar esta concepción con la acogida en Europa.

El segundo capítulo estudia la concepción, razonamiento e impulso del Estado regulador y de las administraciones independientes por parte de la doctrina que ha estudiado el fenómeno a nivel de la Unión Europea. Se analizará, por tanto, el impulso doctrinal de la administración independiente por parte de aquellos autores de ámbito europeo que, bajo el paraguas de la concepción del Estado regulador, han propuesto la administración independiente como una buena solución para ejercer el poder público dentro de la Unión Europea. Entre otras cosas, se evaluarán las razones doctrinales para crear administraciones independientes, su configuración institucional, así como la concepción del principio de separación de poderes y el papel del derecho como mecanismo de control que ha acogido la doctrina que ha participado en el debate europeo sobre el Estado regulador. En este capítulo, se presentarán las conexiones y proximidades de los autores europeos con las tesis defendidas en Estados Unidos.

El tercer capítulo pone de relieve la eclosión del Estado regulador y su aparato institucional en Europa y, por tanto, el resultado de su impulso doctrinal previamente analizado. En primer lugar, se estudia su recepción por parte de las instituciones de la Unión Europea y se muestra cómo en las últimas dos décadas la administración independiente se ha convertido en un instrumento relevante para el ejercicio del poder público en el seno del Derecho de la Unión Europea. La creación de numerosas *agencias* por parte de la Unión Europea, algunas de ellas con poderes públicos relevantes, muestran la gran acogida de las tesis del Estado regulador. En segundo lugar, este capítulo plantea dos ejemplos -los sectores de la energía y de las telecomunicaciones- en los que la Unión Europea ha impulsado y ejercido su liderazgo en la creación de administraciones independientes en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. En este sentido, el impulso de la administración independiente se ha producido tanto *ad intra*, como mecanismo de ejercicio del poder público por parte de las instituciones europeas, como *ad extra*, es decir, se ha exportado a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

El cuarto capítulo analiza la introducción de la administración independiente en los sectores energético y de las telecomunicaciones por parte del legislador español. Se pretende estudiar la evolución legislativa de los organismos reguladores de estos dos sectores con el objetivo de entrever si el legislador español ha sido un impulsor de las teorías del Estado regulador o si más bien ha ido un paso por detrás de las iniciativas de la Unión. En

este sentido, el éxito de las innovaciones del Derecho de la Unión dependerá en buena medida de la acogida y receptividad del legislador nacional. En el análisis de la legislación española en materia energética y de las telecomunicaciones se aludirá en todo momento a la comparativa con el Derecho de la Unión para ver como los dos legisladores –el de la Unión y el español- han ido avanzando en materia institucional en estos dos sectores.

El quinto capítulo estudia la acogida del Estado regulador y su aparato institucional por parte de la doctrina iuspublicista española. Se analiza el debate doctrinal que ha tenido lugar en cuanto a su encaje institucional dentro del entramado constitucional de poderes español, para posteriormente analizar cómo se han adaptado las técnicas de control de la administración pública defendidas tradicionalmente por la doctrina iuspublicista española a una nueva realidad institucional caracterizada por la irrupción de la administración independiente. Todas las cuestiones se abordan teniendo en cuenta en todo momento el papel del Derecho de la Unión Europea y cómo éste es relevante, se utiliza o se ignora, en el debate doctrinal español.

El sexto y último capítulo abordará la respuesta de los tribunales españoles a la aparición de una nueva fórmula de ejercer el poder público como es la administración independiente. La intención de este capítulo es discernir si se ha producido un cambio en sus estándares de control tradicionales de la administración pública. Se realizará, por tanto, un estudio jurisprudencial en materia de control

de los actos de los organismos reguladores energéticos y de las telecomunicaciones para dilucidar si los tribunales españoles han cambiado su actitud de control ante aquéllos.

El apartado final de conclusiones pondrá de relieve la difícil comunicación e intercambio de ideas entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico español. Los distintos presupuestos de ambos ordenamientos, sobre todo la divergente concepción del derecho y de los postulados del pensamiento jurídico que existen en ambos niveles, han dificultado enormemente el proceso de acomodo institucional de la administración independiente en España. La innovación institucional fraguada en el Derecho de la Unión y lanzada a un ordenamiento como el español cuyo pensamiento jurídico diverge de los postulados necesarios para acoger las tesis del Estado regulador, han provocado importantes distorsiones que se plasman, sobre todo, en un déficit en el control de las administraciones independientes españolas. Todo apunta a que el movimiento de las ideas entre ambos ordenamientos no se ha planteado correctamente o que, incluso, se han ignorado las unas a las otras. La introducción, por tanto, de una innovación institucional por parte de la Unión Europea ha provocado consecuencias indeseables -sobre todo el déficit de control de las administraciones independientes- en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la diferencia en los fundamentos y postulados del pensamiento jurídico de ambos ordenamientos.

1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, EL ESTADO REGULADOR Y LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN ESTADOS UNIDOS

1.1. El principio de separación de poderes como uno de los ejes fundamentales del constitucionalismo moderno y las diferencias en cuanto a su articulación entre Estados Unidos y Europa

Resulta difícil enumerar todas aquellas características que definen al constitucionalismo moderno. La soberanía popular, los derechos y libertades fundamentales, el principio mayoritario como principal fórmula de decisión, la rigidez constitucional y la supremacía de la Constitución, la justicia constitucional, la lista es larga. Sin embargo, no es difícil ponerse de acuerdo en el hecho de que la doctrina de la separación de poderes ocupa un lugar destacado en esta lista. Algunos autores la han calificado como uno de los principios identificativos y definidores del constitucionalismo moderno⁸.

⁸ BELLAMY, R. "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy". En: BELLAMY, R.; CASTIGLIONE, D.

La doctrina de la separación de poderes ha sido relevante desde dos concepciones, a veces contrapuestas, del constitucionalismo. Por un lado, ha sido utilizada como un mecanismo útil para limitar el ejercicio del poder público, repartiéndolo entre diversas instituciones y asegurando la responsabilidad de éstas a través de su control mutuo⁹. Por el otro, ha alentado el ejercicio del poder público, asignando competencias y funciones según las capacidades y ventajas de cada institución para desempeñarlas¹⁰. La primera concepción enfatiza el carácter limitador y de freno del abuso del poder por parte del constitucionalismo, mientras que la segunda pone el acento en el buen diseño de la gobernanza y la búsqueda de la eficiencia en la toma de decisiones de los poderes públicos con base en la comparativa institucional. En todo caso, la concepción del principio de separación de poderes determina el marco institucional de la comunidad política y cómo las instituciones interactúan entre ellas. En definitiva, el principio de separación de poderes resulta crucial para entender el concepto de poder público y cómo éste se ejerce en un ordenamiento jurídico.

Sin menospreciar la vertiente positiva de impulso de la toma de decisiones, la función limitadora del poder público ha sido, desde

(eds.). *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Oxford: Blackwell-Publishers. 1996. Pág. 24; Lutz, D. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. Pág. 111.

⁹ BELLAMY, R. "The Political Form of the Constitution... Págs. 25-27; LUTZ, D. *Principles of Constitutional Design*... Págs. 112-114.

¹⁰ GWYN, W. "The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government". En: GOLDWIN, R.; KAUFMAN, A. (eds.). *Separation of Powers-Does It Still Work?* Washington, D.C. American Enterprise Institute, Constitutional Studies. 1986. Pág. 65.

sus orígenes, la razón de ser de la doctrina de la separación de poderes. En su primera formulación moderna, MONTESQUIEU apuntaba al abuso del poder como una consecuencia inevitable en un Estado. En palabras de MONTESQUIEU “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”¹¹. El entendimiento sobre la condición humana del autor francés no puede ser más reveladora: “¡Quién lo diría!; La misma virtud necesita límites!”¹². Por tanto, “para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”¹³. La articulación del principio de separación de poderes que realizó MONTESQUIEU tomando como base la Constitución inglesa perseguía evitar el abuso del poder y, por tanto, asegurar la libertad dentro de un Estado.

Asimismo, los padres de la Constitución norteamericana tomaron como punto de partida consideraciones similares a MONTESQUIEU en cuanto al miedo al abuso del poder. MADISON y HAMILTON adoptaron en su defensa de la Constitución norteamericana una concepción también negativa de la condición humana que lleva a la tiranía y a la extralimitación en el ejercicio del poder. Seguramente, una de las expresiones más célebres de los padres de la Constitución norteamericana fue la caracterización de que “los hombres no son

¹¹ MONTESQUIEU, C. *El espíritu de las leyes. Introducción de Enrique Tierno Galván, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega*. Madrid: Tecnos. 1993. Pág. 106.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

ángeles”¹⁴. De nuevo, toda la articulación del principio de separación de poderes –más conocido en Estados Unidos como *checks and balances*- de MADISON y HAMILTON perseguía establecer controles y límites al ejercicio del poder mediante la división de funciones entre distintas instituciones y el control mutuo¹⁵.

La finalidad que persigue la doctrina, por tanto, parece clara. Se trata de un mecanismo o herramienta del constitucionalismo para evitar la concentración del poder y su consecuente abuso por parte de los gobernantes. Ahora bien, las dificultades aparecen cuando se intenta poner en práctica este instrumento. A continuación se van a describir dos maneras distintas de concebir la doctrina de la separación de poderes. La primera, basada principalmente en la separación tripartita de poderes de MONTESQUIEU y una concepción formalista del derecho que le otorga a esta separación un contenido estático, ha tenido un gran predicamento en el continente europeo. La segunda, basada en los escritos de MADISON y HAMILTON y en una concepción desde posiciones antiformalistas del derecho que atribuyen dinamismo y flexibilidad a la división de poderes, ha predominado en los ordenamientos jurídicos anglosajones.

La primera concepción del principio de separación de poderes predica una separación clara y precisa entre los tres poderes clásicos

¹⁴ HAMILTON, A. O MADISON, J. (*PUBLIUS*). “The Structure of the Government Must Furnish The Proper Checks and Balances Between the Different Departments”. *Federalist Paper N° 51*. New York Packet. 1788.

¹⁵ *Ibidem*.

identificados por MONTESQUIEU. El poder legislativo es la potestad de aprobar y derogar leyes, es decir, a través de él se expresa la voluntad general del Estado¹⁶. Para MONTESQUIEU debe recaer en dos cuerpos de representantes elegidos, respectivamente, por el pueblo y la nobleza¹⁷. El poder ejecutivo se encarga de hacer efectiva esta voluntad del poder legislativo y debe estar en manos de un monarca¹⁸. Finalmente, en palabras de MONTESQUIEU, el poder judicial es el poder de castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares¹⁹. El autor francés defiende que este poder recaiga en magistrados elegidos por la ciudadanía por un tiempo determinado²⁰.

Independientemente de las instituciones que en ese tiempo fueron consideradas por MONTESQUIEU adecuadas para ejercer los tres poderes clásicos, su clasificación tripartita del poder público ha sido ampliamente recogida por el constitucionalismo moderno como principal mecanismo para limitar el ejercicio del poder público. El autor francés no descartó la posibilidad de que el poder legislativo y ejecutivo tuvieran conexiones –derecho a veto del ejecutivo sobre decisiones del legislativo, control del legislativo sobre el ejecutivo para velar por una correcta implantación de las normas- pero en cambio el poder judicial, concebida su función como terrible por MONTESQUIEU, debía estar completamente separado de los otros

¹⁶ MONTESQUIEU, C. *El espíritu de las leyes...* Pág. 107.

¹⁷ *Ibidem.* en págs. 109-110.

¹⁸ *Ibidem.* en págs. 110-111.

¹⁹ *Ibidem.* en pág. 107.

²⁰ *Ibidem.* en pág. 108.

dos²¹. Solamente se prevían algunas excepciones -procesos contra nobles y altas autoridades, violación de los derechos del pueblo o casos en los que la ley sea demasiado rigurosa- en las que el poder legislativo podía ejercer la función judicial. En todo caso la concepción de la función judicial de MONTESQUIEU era bien clara: “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”²².

Como puede observarse, la formulación clásica del principio de separación de poderes de MONTESQUIEU concibe a un poder judicial que no crea normas, que se limita a ser un mero aplicador de aquellas que aprueba el poder legislativo y que en ningún caso ejerce discrecionalidad política. Esta concepción del principio de separación de poderes que delimita con claridad tres funciones básicas y encuadra al poder judicial en la función de mero aplicador –y no creador- del derecho puede describirse como una manifestación del formalismo jurídico²³. La función de aplicación

²¹ *Ibidem.* en págs. 107-108.

²² *Ibidem.* en pág. 112.

²³ Véase el concepto de formalismo jurídico en KENNEDY, DUNCAN. “Legal Formalism”. En: SMELSER, N.; BATES P. (eds.): *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Volume 13. Amsterdam, Paris, Nueva York, Oxford, Shannon, Singapur, Tokio: Elsevier. 2001. Págs. 8634-8637. Han definido esta concepción como formalista BELLAMY en BELLAMY, R. “The Political Form of the Constitution... Págs. 24-30; PACKARD en PACKARD, M. (ed.). *The Separation of Powers Doctrines: Rationales, Applications and Bibliography*. Nueva York: Nova Science Publishers. 2002. Págs. 50-60 y HARRIGER en HARRIGER, K. “The Separation of Powers in the Modern Context”. En: HARRIGER, K. (ed.): *Separation of Powers. Documents and Commentary (Understanding Constitutional Principles)*. Washington, D.C.: CQ Press. 2003. Págs. 15-26. También ha caracterizado esta concepción como formalista y ya superada VILE en su trabajo clásico en materia de separación de poderes VILE, M. *Constitutionalism*

del derecho que llevan a cabo los jueces, entendida como una serie de razonamientos que consisten en la interpretación de los textos normativos y en argumentos deductivos, no es en ningún caso creativa. La función judicial responde, a diferencia de la función legislativa que está libre de impedimentos cognitivos, a una serie de parámetros que son fijados por la ciencia jurídica y que hacen que la labor del juez no sea libre: interpretación textual, contextual, deducción lógica a partir de principios, solución de lagunas a través de mecanismos prefijados, entre otras técnicas.

Frente a esta concepción formalista del principio de separación de poderes, el Derecho norteamericano ha ofrecido otra versión que, bajo la denominación de *checks and balances*, se adecua mejor al pensamiento jurídico anglosajón. MADISON y HAMILTON también defendieron como punto de partida la necesidad de separar los tres poderes clásicos en tres instituciones –“Departamentos” en sus términos-, pero rápidamente sostuvieron la imposibilidad práctica de una separación estricta entre ellos²⁴. Para los padres de la Constitución norteamericana era inevitable y, deseable para un mejor funcionamiento de la doctrina como limitadora del poder, que los tres poderes compartieran funciones y se proporcionase a cada uno de ellos mecanismos de reacción contra posibles intromisiones que dificultasen el ejercicio de sus funciones nucleares²⁵. En la

and the Separation of Powers. Oxford: Clarendon. 1967 (en 1998 fue publicada una segunda edición por la editorial Liberty Fund).

²⁴ MADISON, J. (*PUBLIUS*). “These Departments Should Not Be So Far Separated As To Have No Constitutional Control Over Each Other”. *Federalist Paper N° 48*. New York Packet. 1788.

²⁵ *Ibidem*.

formulación original de la doctrina de separación de poderes de los padres de la Constitución norteamericana se ponía más énfasis en los controles entre los distintos poderes, la interrelación entre ellos y, en definitiva, el equilibrio de poder entre las distintas instituciones. La separación de funciones quedaba relegada a un segundo plano y únicamente era importante para determinar un núcleo identificable de facultades de cada uno de los poderes. El elemento central de la versión norteamericana era evitar intromisiones de un poder a otro, es decir, que se afectase al normal desarrollo de las funciones nucleares de cada uno de los poderes. Más allá de este límite, la distribución concreta de funciones entre los poderes era flexible.

Esta versión de la doctrina de la separación de poderes, que se ha convertido en hegemónica con el paso del tiempo en Estados Unidos, ha recibido el calificativo de funcional en contraposición a la versión formalista antes descrita²⁶. No considera los tres poderes como compartimentos estancos, puede y debe haber conexiones e intercambio de funciones²⁷. Asimismo, se trata de una versión de la doctrina que permite la evolución o el cambio en función de las circunstancias históricas²⁸. En el caso de que se necesite potenciar alguno de los tres poderes, la doctrina permite trasvases de

²⁶ PACKARD, M. (ed.). *The Separation of Powers Doctrines: Rationales, Applications and Bibliography...* Págs. 50-60; HARRIGER, K. "The Separation of Powers in the Modern Context..." Págs. 15-26.

²⁷ BRUFF, H. *Balance of Forces. Separation of Powers Law in the Administrative State*. Durham: Carolina Academic Press. 2006. Págs. 5-20.

²⁸ HARRIGER, K. "The Separation of Powers in the Modern Context..." Págs. 15-18.

funciones de uno a otro, siempre que se mantenga un adecuado equilibrio de poderes. El elemento a preservar según esta versión de la doctrina son los mecanismos de control en la relación entre poderes, independientemente de las funciones que se asignen a cada uno de ellos. A corte de ejemplo, si se traspasan funciones del legislativo al ejecutivo, debe compensarse con la previsión de más mecanismos de control a favor del primero.

Sin lugar a dudas, la concepción de la función judicial por parte de MADISON y HAMILTON no difería mucho de la defendida por MONTESQUIEU. Seguramente, la diferencia principal entre ambos radicaba en la apreciación sobre la peligrosidad de la misma. Para MONTESQUIEU era la más terrible de las tres, mientras que para HAMILTON era la menos peligrosa de todas²⁹. Seguramente las circunstancias históricas en un lado y otro del Atlántico llevaron a concepciones muy distintas sobre la benevolencia de la figura del juez. Dejando de lado esta diferencia de apreciación, también HAMILTON consideraba al poder judicial como un poder aplicador, no creativo, de la voluntad del poder legislativo³⁰. Sin lugar a dudas, la apuesta de HAMILTON por asignar el control de constitucionalidad de las leyes al poder judicial dejaba traslucir la visión positiva que el autor norteamericano tenía sobre éste³¹. En todo caso, en esos momentos históricos, el pensamiento jurídico norteamericano no difería mucho del formalismo jurídico europeo que consideraba al

²⁹ HAMILTON, A. (*PUBLIUS*). “The Judiciary Department”. *Federalist Paper N° 78*. McLeans Edition, Nueva York. 1788.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

poder judicial como un mero aplicador del derecho, sin voluntad o discrecionalidad alguna, sujeto a una ciencia jurídica que marcaba toda su actuación. Puede que con instrumentos distintos al derecho continental –sobre todo a través del precedente- pero al fin y al cabo el discurrir del juez estaba pautado y determinado también en el pensamiento jurídico norteamericano.

Esta concepción funcional del principio de separación de poderes, como más adelante se defenderá, ha tenido mayor acogida en el derecho anglosajón por la importante impronta que durante el siglo XX han tenido en el pensamiento jurídico norteamericano primero el pensamiento jurídico progresista y, más tarde, el realismo y el post-realismo jurídicos. Estas concepciones del derecho ponen en duda postulados del formalismo jurídico tales como la comprensión del derecho como una ciencia dogmática, la posibilidad de establecer categorías jurídicas claras o los métodos de argumentación jurídica basados en la deducción. Se trata de concepciones del derecho que enfatizan la indeterminación y que difuminan la separación entre el derecho y la política. No es de extrañar, por tanto, que la versión funcional de la doctrina de separación de poderes –cambiante, flexible, dinámica- se haya convertido en hegemónica en el pensamiento jurídico norteamericano durante el siglo XX. El pensamiento jurídico norteamericano cambiará también la manera de percibir al poder judicial y, por tanto, la función que éste realiza en el entramado o equilibrio entre los tres poderes clásicos.

En conclusión, en el constitucionalismo moderno se han articulado dos versiones distintas de la doctrina de separación de poderes. La primera, basada en una concepción formalista del derecho, acentúa la importancia de la separación estricta de funciones entre las distintas instituciones y otorga al poder judicial un papel de mero aplicador del derecho, en ningún caso creativo. La segunda, basada en una concepción antiformalista del derecho, predica compartir funciones, es evolutiva, adaptable y enfatiza el equilibrio de poderes en lugar de la estricta separación de poderes. La concepción del poder judicial dentro del entramado de la separación de poderes cambiará mucho en función del punto de partida del pensamiento jurídico, es decir, de su articulación formalista o no. Sobre todo durante el siglo XX, el pensamiento jurídico norteamericano evolucionará hacia postulados antiformalistas y esto tendrá importantes consecuencias para el derecho público. En el siguiente apartado analizaremos en detalle este cambio que será aprovechado por los defensores del Estado regulador.

1.2. Estados Unidos y el principio de separación de poderes en el Estado regulador

El movimiento progresista –*Progressive Era*– que emerge en Estados Unidos a finales del siglo XIX y principios del XX, pero, sobre todo, los años treinta y cuarenta –*New Deal*– comportaron un cambio histórico en la concepción de la naturaleza y funciones de los poderes públicos en Estados Unidos. SUNSTEIN ha caracterizado adecuadamente la importancia de los cambios que se produjeron en

esos años –especialmente el *New Deal*- y las consecuencias que acarrearón para las décadas posteriores³². Antes de la llegada de esta oleada reformadora, los poderes públicos en Estados Unidos no se caracterizaron por una tarea de intervención en la economía y en la vida privada de los ciudadanos. Este dato no quiere decir que el aparato estatal no existiera y que en algunos casos realizara funciones de regulación e intervención, pero en comparación con la actualidad su presencia en la vida pública y privada era mínima³³. En palabras de SUNSTEIN, los valores principales que guiaron a la sociedad norteamericana durante este primer periodo de la historia de su Estado –desde finales del siglo XVIII hasta principios del XX- fueron la desconfianza hacia el gobierno, el miedo a las facciones y la protección de los derechos individuales caracterizados por la propiedad privada y la libertad de empresa³⁴. Durante este largo periodo, por tanto, las tareas redistributivas o la regulación de la economía no eran concebidas como funciones propias del Estado.

A pesar de esta concepción débil del Estado, la administración independiente era una institución ya presente en el entramado de poderes de Estados Unidos. Su presencia, sin embargo, era casi testimonial hasta su eclosión durante los años del *New Deal*. La Comisión Interestatal de Comercio (*Interstate Commerce Commission*, "ICC"), creada en 1887, es considerada la primera

³² SUNSTEIN, C.R. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1990. Págs. 18-24.

³³ *Ibidem*. en pág. 19.

³⁴ *Ibidem*. en pág. 15.

administración independiente norteamericana. WOLL ha señalado acertadamente la dificultad de determinar con exactitud las razones que llevaron al Congreso a crear la ICC.³⁵ El argumento de dejar en manos de una agencia especializada materias de gran complejidad técnica estaba sin ninguna duda presente en el debate sobre la creación de la ICC. Pese a ello, WOLL ha defendido que “en el momento en el que la ICC fue creada no se esperaba que se convirtiera en un poder independiente respecto al ejercicio de las funciones legislativas y judiciales”³⁶. Los debates políticos sobre la creación de la ICC demuestran que, más allá de la necesidad de contar con una agencia técnicamente especializada, una de las principales razones para su creación fue evitar el partidismo o, mejor dicho, el “clientelismo político”. El aislamiento de la ICC respecto al Presidente tenía como finalidad alejarla de la política de partidos al considerarse el Presidente como el líder de uno de ellos³⁷. En este sentido, la ICC no fue concebida como una institución separada de la política con mayúsculas, ni tampoco como una institución “neutral o imparcial”. Al contrario, la ICC era considerada una “institución vicarial” cuya finalidad era defender los intereses opuestos a las compañías ferroviarias. La ICC, por tanto, se guiaba por una clara motivación política, más allá de que se considerase adecuado que la toma de decisiones políticas tuviera en cuenta los conocimientos técnicos pertinentes.

³⁵ WOLL, P. *American Bureaucracy*. Nueva York: WW Norton & Co. 1977. Pág. 44.

³⁶ *Ibidem*. en pág. 45.

³⁷ *Ibidem*.

Esta concepción de los poderes públicos poco intervencionista y acorde con una concepción de *laissez-faire*, con una presencia casi testimonial de las administraciones independientes, quedó primero en entredicho a principios del siglo XX por el movimiento progresista que, a través de la crítica a la corrupción y la llamada a la modernización del Estado, realizó un primer intento de cambiar las estructuras institucionales tradicionales y abogó por un mayor papel del Estado en la vida pública y económica³⁸. Sin embargo, fue la combinación de la gran crisis económica a partir de 1929, la irrupción de las teorías económicas keynesianas y la elección de un Presidente democráticamente fuerte, las circunstancias que finalmente cambiaron la concepción del Estado. Los reformadores del *New Deal* creyeron en la regulación de los mercados, en la intervención en materia económica del Estado y defendieron más funciones y prerrogativas para los poderes públicos³⁹. Seguramente, la propuesta de ROOSEVELT de adoptar un segundo catálogo de derechos –*Second Bill of Rights*– que incluyera los derechos económicos y sociales es el mejor ejemplo de este cambio en la concepción del Estado que comportó el *New Deal*⁴⁰.

³⁸ Véanse las principales obras de referencia sobre la era progresista en Estados Unidos: HABER, S. *Efficiency and Uplift Scientific Management in the Progressive Era. 1890–1920*. Chicago: Chicago University Press. 1964; BUENKER, J.D.; BURNHAM, J.C.; CRUNDEN, R.M. *Progressivism*. Cambridge: Schenkman Publication Company. 1986; FLANAGAN, M. *America Reformed: Progressives and Progressivisms, 1890s–1920s*. Oxford: Oxford University Press. 2006.

³⁹ SUNSTEIN, C.R. *After the Rights Revolution...* Pág. 21. Véase también Sunstein, C.R. *The Second Bill of Rights. FDR'S Unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nueva York: Basic Books, Persues Book Group. 2004.

⁴⁰ *Ibidem*.

Sin lugar a dudas, primero los progresistas de principios del siglo XX y después los reformadores del *New Deal* de los años treinta, cambiaron por completo la fisonomía del Estado. DUNCAN KENNEDY y SUNSTEIN han descrito adecuadamente los fundamentos ideológicos que subyacieron a esta oleada reformadora en Estados Unidos de principios del siglo XX⁴¹. Destacan, entre ellos, una reacción crítica a la idea central del libre mercado como catalizador y asignador de recursos, la búsqueda de alternativas al mismo, la creencia en ideas como la justicia social o la necesidad de articular mecanismos de ayuda y asistencia sanitaria y social -el *welfare state*, casi inexistente hasta ese momento en Estados Unidos-, así como la creencia de que la acción de los poderes públicos, la planificación gubernamental y el aparato administrativo podían corregir los fallos de los mercados y elaborar y ejecutar programas de redistribución de la riqueza. Todo ello con una fuerte creencia en la ciencia y la técnica para alcanzar los objetivos sociales y económicos deseados. El Estado regulador que surge en Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX, fruto del movimiento progresista y los reformadores del *New Deal*, es un Estado más fuerte que cree en la política, así como en la ciencia y la técnica, como métodos de progreso y justicia social.

Este fortalecimiento del Estado vino acompañado con un replanteamiento del principio de separación de poderes. La

⁴¹ *Ibidem.* en págs. 11-46; KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”. En: TRUBEK, D.M.; SANTOS. A. *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press. 2006. Págs. 37-63.

asunción de nuevas competencias y prerrogativas por parte del Estado no podía llevarse a cabo bajo las mismas estructuras institucionales de la época del *laissez-faire*. Los progresistas y los reformadores del *New Deal* tuvieron que repensar las instituciones para acomodar las nuevas funciones encomendadas al Estado. La versión norteamericana del principio de separación de poderes – *checks and balances*- de carácter dinámico y evolutivo, permitió redistribuir las funciones entre los tres poderes clásicos y, sobre todo, apostar decididamente por una fórmula de ejercer el poder público –la administración independiente- que hasta ese momento se había utilizado en pocas ocasiones. El punto de partida de los progresistas y reformadores del *New Deal*, como a continuación se analizará, fue que los tres poderes clásicos tal y como se habían concebido hasta ese momento no podían asumir las nuevas tareas que el contexto histórico reclamaba para el Estado.

En efecto, el poder legislativo era incapaz de ejercer las funciones de regulación de la economía que ahora debía llevar a cabo el Estado. En primer lugar, la tarea de regulación económica requería amplios conocimientos técnicos y científicos del funcionamiento de los mercados y, sobre todo, de la dinámica del día a día de los mismos. El poder legislativo carecía de este tipo de conocimientos⁴². En segundo lugar, se necesitaban instituciones

⁴² MCCARTHY, CH. *The Wisconsin Idea*. Nueva York: Macmillian Company. 1912. Pág.178; DUNN, S.O. “Regulation by Commission”. *The North American Review*. 1914. Pág. 205; CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory commissions*. Washington: The President's Committee on Administrative Management 1937. IV, 37 S. 4° (U.S. Government Printing Office). 1937. Págs. 10-11. FAINSOD, M. “Some reflections on the nature of the

permanentes o, mejor dicho, organismos que desplegaran su actividad de supervisión y regulación de manera continua⁴³. El poder legislativo, de nuevo, debido a su funcionamiento a través de sesiones y reuniones pero sin operatividad diaria, era un obstáculo para asegurar esta continuidad de la labor de regulación. En tercer lugar, el poder legislativo y, especialmente, la función legislativa, era caracterizado como demasiado rígido y estático: era necesaria una mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios y a las circunstancias del día a día⁴⁴.

Descartado el poder legislativo como protagonista de la asunción de las tareas de regulación económica, parecería que el poder ejecutivo se situaba como el mejor candidato para asumirlas. Pero los progresistas y reformadores del *New Deal* no lo creyeron así. El poder ejecutivo clásico, caracterizado por un Presidente y un aparato administrativo a sus órdenes, presentaba también una serie de deficiencias para las nuevas tareas de regulación de los mercados. La más importante, la intrusión de la política partidista en las tareas de regulación⁴⁵. Éstas debían basarse en conocimientos técnicos, científicos y neutrales y, por tanto, lejos de las luchas

regulatory process". En: FRIEDRICH, C.J.; MASON, E.S. (eds.) *Public Policy, vol. 1*. Cambridge: Harvard University Press. 1940. Pág. 313.

⁴³ JENKS, J.W. *Governmental Action for Social Welfare*. Nueva York: Macmillan Company. 1910. Págs. 103-104; Landis, J.M. *The Administrative Process*. New Haven: Yale University Press. 1966 [1938]. Pág. 23.

⁴⁴ YOUNG, J.T. *The New American Government and Its work*. Nueva York: Macmillan Company. 1915. Págs.170-171; Landis, J.M. *The Administrative Process...* Págs. 25-26.

⁴⁵ CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory commissions...* Págs. 10-11.

partidistas. Un poder ejecutivo liderado por un Presidente elegido democráticamente comportaba una administración de naturaleza netamente política y con poca presencia de los conocimientos técnicos necesarios para la toma de decisiones en situaciones de elevada complejidad técnica. Además, se consideraba que la regulación de los mercados no solamente comportaba la realización de tareas estrictamente administrativas de ejecución, sino también normativas de adaptación de la legislación. Era mejor articular organismos colegiados, más adecuados para ejercer la función normativa, que asignar este tipo de funciones a una sola persona o administrador/a⁴⁶. Asimismo, además de la función ejecutiva y normativa, también se requerían funciones cuasi judiciales de resolución de conflictos que, de nuevo, no encajaban con el poder ejecutivo tradicional. Se necesitaba un organismo que actuase con el “espíritu judicial”⁴⁷. Finalmente, del mismo modo que en el caso del poder legislativo, el ejecutivo carecía de los conocimientos técnicos y científicos para llevar a cabo la función de regulación de los mercados⁴⁸.

Nos referiremos más adelante al poder judicial, concretamente a su papel como mecanismo de control en el Estado regulador. Basta en este momento hacer referencia a su incapacidad, al igual que el poder legislativo y ejecutivo, de asumir las tareas de regulación de los mercados para los progresistas y reformadores del *New Deal*. La

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ DUNN, S.O. “Regulation by Commission”... Pág. 205.

⁴⁸ FAINSON, M. “Some reflections on the nature...” Pág. 313.

regulación tradicional de la actividad económica de la ciudadanía ejercida por los jueces, caracterizada por el conjunto de principios y normas emanadas del *common law*, se veía completamente ineficaz⁴⁹. El poder judicial, de nuevo, no poseía los adecuados conocimientos técnicos y científicos que requería la tarea de regulación de los mercados⁵⁰. El procedimiento judicial, si bien para otros menesteres se vislumbraba como un buen método de resolución de conflictos, se concebía para la regulación de los mercados como un proceso lento y que obstaculizaba la toma de decisiones en un contexto donde el cambio continuo era el protagonista⁵¹. El poder judicial estaba acostumbrado a tomar decisiones basadas en derecho, pero no en principios económicos o financieros⁵². En último lugar, aunque será una cuestión tratada más adelante, el poder judicial no solo no estaba capacitado para tomar las riendas de la regulación, tampoco era concebido como un buen mecanismo para controlar a aquellos que las debían tomar. En definitiva, se puso en cuestión al poder judicial como mecanismo de control de las decisiones en materia de regulación⁵³.

La administración independiente se perfiló como la fórmula institucional adecuada para superar los problemas de los tres

⁴⁹ SUNSTEIN, C.R. *After the Rights Revolution...* Págs. 19-22.

⁵⁰ DUNN, S.O. "Regulation by Commission"... Pág. 205; Young, J.T. *The New American Government...* Págs. 170-171.

⁵¹ SMITH, H. K. "Corporate Regulation – An Administrative Office". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n°42. 1912. Págs. 284-288.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ FAINSOD, M. "Some reflections on the nature..." Págs. 3-4.

poderes clásicos y, de este modo, afrontar las nuevas tareas del Estado. Sus dirigentes y personal a su servicio, nombrados y seleccionados en función de sus conocimientos del mercado objeto de regulación, permitirían la configuración de una administración pública de carácter técnico⁵⁴. Las deficiencias en materia de conocimientos técnicos de los tres poderes clásicos, por tanto, quedaban superadas. La administración independiente, además, con un aparato administrativo permanente aseguraba la continuidad de la regulación del mercado, corrigiendo la intermitencia inevitable del poder legislativo⁵⁵. El estatus de independencia de las administraciones independientes –personalidad jurídica propia, autonomía financiera y cese tasado de sus dirigentes- permitiría aislar de la política partidista sus decisiones y, por tanto, preservar los criterios técnicos y científicos como base de la toma de decisiones⁵⁶. Asimismo, su independencia era un requisito indispensable para asumir funciones más allá de la típica ejecutiva de toda administración, en especial, la judicial o cuasi judicial⁵⁷. La función normativa, también en manos de la administración independiente, sería ejercida por un órgano colegiado, no por un único administrador/a⁵⁸. En este sentido, la concentración en una

⁵⁴ MCCARTHY, CH. *The Wisconsin Idea...* Pág. 178; YOUNG, J.T. *The New American Government and Its work...* Págs. 170-171; CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory commissions...* Págs. 10-11.

⁵⁵ JENKS, J.W. *Governmental Action for Social Welfare...* Págs. 103-104.

⁵⁶ YOUNG, J.T. *The New American Government and Its work...* Pág. 350; CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory commissions...* Págs. 10-11.

⁵⁷ CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory commissions...* Págs. 10-11.

⁵⁸ *Ibidem.*

sola institución de los tres poderes clásicos se justificó en la necesidad de adaptarse rápidamente a los cambios y en la flexibilidad que la regulación de los mercados requería⁵⁹. En pocas palabras, la administración independiente debía tener la facultad de adaptar las normas del poder legislativo con prontitud a través de la función normativa propia, ejecutar esas normas mediante actos y resoluciones administrativos y resolver los conflictos entre particulares con base en ellos, ya sea a través de la función de arbitraje o de una intermediación obligatoria judicial o cuasi judicial⁶⁰. CROLY, un importante pensador de los progresistas norteamericanos, ya hablaba en esos momentos de la aparición de un “cuarto poder” para caracterizar la irrupción de la administración independiente en el entramado institucional de Estados Unidos⁶¹.

Cabe remarcar que la administración independiente surgida del *New Deal* no se alejó, en cuanto a su naturaleza y propósito, de la caracterización inicial de la ICC. Tanto de los debates políticos del momento, como de las aportaciones de la doctrina, se desprende que la administración independiente se entendió como una institución técnica, pero en ningún caso se negó su naturaleza política. Al igual que en el caso de la ICC, en los años del *New Deal* la principal razón para explicar el estatus de independencia de estas instituciones radicaba en evitar el partidismo y el clientelismo

⁵⁹ DUNN, S.O. “Regulation by Commission”... Pág. 209.

⁶⁰ DOYLE, W.K. *Independent Commissions in the Federal Government*. Chapel Hill: University of North Carolina Press. 1939. Pág. 4.

⁶¹ CROLY, H. D. *Progressive Democracy*. Nueva York: Macmillan Company. 1914. Págs. 364-369.

político. De este modo, una de las principales características de la administración independiente –el cese tasado- era entendido como un mecanismo para evitar el control de la institución por parte de un solo partido político “en un intento de conseguir una mayor unidad y coherencia en toda la acción de gobierno”⁶². En el Informe que se aprobó como conclusión de la Comisión Hoover creada para analizar la situación del Estado regulador, existe una referencia muy clara a que “el número de miembros y el cese tasado” eran unas de las características más importantes de las administraciones independientes para evitar “el control partidista y el clientelismo político”⁶³. Además, el Informe valora positivamente la actuación de las administraciones independientes norteamericanas en los siguientes términos: “las administraciones independientes han conseguido con creces su libertad respecto a la influencia directa de la política partidista en sus tareas de regulación. Con pocas excepciones, las acciones de las administraciones independientes están libres de cualquier sospecha de favoritismo o parcialidad”⁶⁴.

Sin lugar a dudas, subyace una fuerte creencia en la virtudes de la tecnocracia en los cambios institucionales que acontecieron durante los años del *New Deal*, con su apuesta por el Estado regulador y la

⁶² WALTON HAMILTON, H. *The Politics of Industry*. Nueva York: Knopf. 1957. Págs. 49-50 (1957).

⁶³ Task Force Report on Regulatory Commissions, Appendix N of the Hoover Commission Report. USA Commission on Organization of the Executive Branch of the Government. Superintendent Documents. Washington 25, D.C. Pág. 19 (1949).

⁶⁴ *Ibidem*. en pág. 20.

administración independiente. MARTIN SHAPIRO ha resaltado que en esos momentos la concepción tecnocrática de la administración pública estuvo en su momento más álgido en Estados Unidos⁶⁵. Sin embargo, nunca se dio el paso de negar el carácter político de la toma de decisiones de las administraciones independientes. Los ideólogos del *New Deal* defendieron la presencia de los conocimientos técnicos en la toma de decisiones del Estado regulador y la administración independiente era la mejor solución para asegurarla. En ningún caso se equiparó, sin embargo, tecnocracia con neutralidad política. Todo lo contrario, se asignaron a las nuevas administraciones independientes tanto objetivos como la gestión de numerosos programas y acciones sociales de carácter redistributivo.

El estatus de independencia de las nuevas administraciones independientes norteamericanas, caracterizado por el nombramiento de sus dirigentes por un periodo de tiempo determinado, el carácter tasado de su cese y su composición bipartita por mandato legal –en la mayoría de ellas se impone la obligación de la no pertenencia de la totalidad de sus miembros al mismo partido político– persiguieron el objetivo de evitar el control de la administración independiente por un solo partido, así como asegurar la presencia de la ciencia y la técnica en la toma de sus decisiones. El objetivo, por tanto, era garantizar la pluralidad política entre los miembros de la dirección

⁶⁵ SHAPIRO, M. “Problems and possibilities in the administrative states: Administrative Discretion: The next stage”. 92 *Yale Law Journal* 1487. 1983. Págs. 5-7.

de la administración independiente e impedir la imposición unilateral de la voluntad política de un solo partido político. En ningún caso, sin embargo, se negó el carácter político de la toma de decisiones de la administración independiente, cuya configuración institucional únicamente garantizaba la pluralidad política y la inclusión de conocimientos técnicos a través de la formación y experiencia de sus dirigentes y, sobre todo, del personal técnico a su servicio.

No se pretendió, por tanto, separar de la política a la administración independiente. El mecanismo de nombramiento de los dirigentes de las administraciones independientes apoya esta afirmación, puesto que es muy similar al nombramiento de un miembro del Gobierno de Estados Unidos (nombramiento por el Presidente de Estados Unidos y confirmación del Senado)⁶⁶. La naturaleza política de la administración independiente también queda patente en el hecho de que el Presidente de Estados Unidos nombra directamente y a discreción a su director, creándose un vínculo muy estrecho entre ambos⁶⁷. En palabras de MARTIN SHAPIRO, la administración independiente quiso reunir lo mejor de la política y de la tecnocracia garantizando la presencia de los técnicos en la toma de decisiones pero asegurando su control político a través de los

⁶⁶ Véanse, a modo de ejemplo, la Federal Communications Commission ("FCC") y la Federal Energy Regulatory Commission ("FERC"), cuyos comisarios son escogidos por el Presidente de Estados Unidos y confirmados por el Senado.

⁶⁷ SHAPIRO, M. "Independent Agencies: US and EU". *Robert Schuman Centre-European University Institute*. 1996. Págs. 8-9.

dirigentes nombrados desde la política y con un indudable perfil político.

En resumen, los progresistas norteamericanos primero y los reformadores del *New Deal* después, tomaron la versión funcional del principio de separación de poderes y llevaron a cabo una reasignación de funciones con una apuesta decidida por una nueva fórmula institucional: la administración independiente. El nuevo contexto histórico exigía una mayor intervención de los poderes públicos y se creyó que la mejor manera de hacer frente a esta nueva realidad era apostar por la administración independiente. De este modo, los tres poderes clásicos perdieron funciones y prerrogativas que fueron asignadas a la administración independiente. Más adelante analizaremos el nuevo equilibrio de poderes y, sobre todo, el papel del poder judicial en este nuevo reparto de funciones. Ahora es importante resaltar que durante la primera mitad del siglo XX Estados Unidos, si bien no dejó de lado su concepción dinámica de la doctrina de la separación de poderes, sí que llevó a cabo una reasignación de funciones que cambió por completo la arquitectura institucional que había dirigido el *laissez-faire* desde finales del siglo XVIII. Bajo la concepción dinámica de la separación de poderes, Estados Unidos rediseñó el reparto de funciones entre los distintos poderes y las relaciones y controles entre ellos.

Esta reformulación de los tres poderes y la asunción de la versión funcional de la doctrina de separación de poderes será confirmada

en las décadas posteriores por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos. La no utilización de la denominada doctrina de la no delegación –*non delegation doctrine*–, el no cuestionamiento de la existencia de la administración independiente y el criterio principal del no impedimento del buen funcionamiento entre los poderes para determinar posibles violaciones del principio de *checks and balances*, independientemente de las funciones que desempeñen o se les asignen a cada uno de ellos, serán los tres exponentes de esta visión funcional, dinámica y cambiante de la doctrina de separación de poderes que asumirá el Tribunal Supremo de Estados Unidos y guiará el Estado regulador. En pocas palabras, la reasignación de funciones propugnada por los progresistas y reformadores del *New Deal*, con la administración independiente como nueva protagonista, será validada por el Tribunal Supremo y, en definitiva, aceptada por el pensamiento jurídico norteamericano.

La estricta observancia de la doctrina de la no delegación –*non delegation doctrine*–, hubiese sido un importante obstáculo para reasignar los poderes en el nuevo Estado regulador. En efecto, si se toma en serio que el poder de aprobar leyes ha sido constitucionalmente otorgado al Congreso –artículo 1 de la Constitución norteamericana– y que éste no puede delegar ese poder, sería imposible que el poder ejecutivo o la administración independiente asumieran funciones normativas. El traspaso, por tanto, de poderes legislativos o normativos entre los tres poderes clásicos sería tarea difícil de acometer.

La existencia, sin embargo, de esta doctrina ha sido cuestionada en Estados Unidos desde el primer momento⁶⁸. Durante los años de la arquitectura institucional del *laissez-faire* se utilizó en pocas ocasiones y siempre de manera muy laxa, en ningún caso sirvió de base para declarar inconstitucional una ley que delegara poderes legislativos⁶⁹. En 1928, con la importante impronta de los progresistas y el advenimiento inminente del *New Deal*, el Tribunal Supremo configuró el actual entendimiento de la *non delegation doctrine*: el Congreso puede delegar sus poderes legislativos siempre que en dicha delegación establezca un “principio inteligible” a seguir por parte del poder ejecutivo o las administraciones independientes⁷⁰. Cuando los progresistas y los reformadores del *New Deal* introdujeron la administración independiente e impulsaron una batería de normas legislativas que otorgaban amplios poderes normativos a éstas y al poder ejecutivo, únicamente el Tribunal Supremo reaccionó y declaró inconstitucionales estas amplias delegaciones de poder legislativo

⁶⁸ Véase el importante trabajo de MERRILL, T. W. “Rethinking Article I, Section I: From Nondelegation to Exclusive Delegation. *Columbia Law Review*, n° 104. 2004. Pág. 2097. En él MERRILL describe las tres posiciones clásicas en Estados Unidos sobre la *non delegation doctrine*: (1) el poder legislativo ha sido otorgado al Congreso y éste no puede delegarlo a otras instituciones; (2) el Congreso puede delegar poder legislativo a otras instituciones, siempre que la delegación no sea demasiado amplia y se otorgue excesiva discrecionalidad a los otros poderes; (3) el Congreso siempre puede delegar su poder legislativo, ya que cuando aprueba una ley que transfiere poder legislativo a otra institución, no está propiamente delegándolo, sino ejerciendo ya por sí mismo su poder legislativo.

⁶⁹ Véanse los casos en los que el Tribunal Supremo permite amplias delegaciones de poder legislativo al poder ejecutivo y judicial: *Brig Aurora*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813), *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat) 1 (1825), *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892), *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

⁷⁰ *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928). Pág. 409.

en dos ocasiones en 1935⁷¹. Como se ha dicho por parte de algunos académicos norteamericanos, la *non delegation doctrine* tuvo únicamente un “buen año” en Estados Unidos⁷².

A partir de ese año, el Tribunal Supremo de Estados Unidos no ha declarado inconstitucional ninguna ley con base en la doctrina de la *non delegation doctrine*⁷³. Como mucho, ha utilizado esta doctrina como un canon restrictivo de interpretación de las leyes, pero nada más⁷⁴. Para el Tribunal Supremo, la *non delegation doctrine* ha quedado relegada a un criterio muy amplio y vago que permite amplios trasvases de poder legislativo del Congreso al resto de poderes. En la práctica, la exigencia de este “principio inteligible” no comporta una restricción a la delegación de poderes legislativos y, por tanto, el Tribunal Supremo ha desactivado la *non delegation doctrine* en la práctica.

La no aplicación de la *non delegation doctrine* dejaba vía libre a la creación de administraciones independientes con amplios poderes, incluso legislativos. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no ha elaborado una jurisprudencia sistemática del encaje en el principio de separación de poderes de las administraciones independientes.

⁷¹ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) y *A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁷² BREYER, S. G.; STEWART, R. B.; SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases. Sixth Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2006. Pág. 38.

⁷³ FUNK, W. F.; SEAMON, R. H. *Administrative Law. Second Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2006. Pág. 31.

⁷⁴ *Ibidem*. en págs. 32-33.

Eso sí, en ningún caso ha cuestionado su existencia. En un primer momento, pareció que el Tribunal Supremo no dejaba margen para un tipo de administración separada del Presidente, es decir, que éste perdiera la capacidad de nombrar y cesar a los miembros de la administración y, por tanto, su dirección⁷⁵. En el caso *Myers*, en el que el Congreso obligaba al Presidente a pedir el consentimiento del Senado para cesar a los directores del servicio postal, el Tribunal Supremo consideró inherente al Presidente la facultad de cesar a su discreción a miembros de su administración. Sin embargo, en 1935, ya en pleno *New Deal*, el Tribunal Supremo aceptó sin ambages la posibilidad de que el Congreso creara administraciones independientes y que el Presidente perdiese el poder de cesar libremente a sus miembros⁷⁶. Para no invalidar el caso *Myers*, el Tribunal Supremo distinguió entre el poder del Presidente sobre su administración y funcionarios, que únicamente ejercen funciones de ejecución, y las administraciones independientes –la *Federal Trade Comission* ("FTC"), en el caso *Humphrey's Executor*– que ejercen funciones no solamente ejecutivas, sino también legislativas y judiciales. Por su naturaleza y funciones, las administraciones independientes debían quedar fuera del control del poder ejecutivo. De este modo, el estatus de independencia de la administración independiente, la configuración institucional más importante que permite a ésta separarse de la política partidista y decidir con base en criterios técnicos y científicos, quedó validada por el Tribunal

⁷⁵ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

⁷⁶ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 601 (1935).

Supremo sin que éste viera ningún problema con el principio de separación de poderes.

Finalmente, desde el *New Deal* el Tribunal Supremo ha aceptado que los tres poderes puedan intercambiar sus funciones con, únicamente, el límite de no afectar al correcto funcionamiento de cada uno de ellos. Lo que no se permite, en este sentido, es una invasión de un poder a otro que desnaturalice sus funciones. Salvando este extremo, el trasvase de funciones de uno a otro es perfectamente posible. En el mismo caso *Humphrey's Executor*, por ejemplo, hemos visto como el Tribunal Supremo permitió que se otorgase a una administración independiente funciones legislativas y judiciales, además de ejecutivas. En el caso *Weiner* el Tribunal Supremo permitió la creación por parte del Congreso de una Comisión para asignar indemnizaciones por hechos acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial⁷⁷. Esta Comisión, no sujeta ni a control del ejecutivo ni al poder judicial, asumió funciones judiciales bajo la cobertura del poder legislativo. Por el contrario, en el caso *Mistretta*, el Tribunal Supremo permitió crear una Comisión en el seno del poder judicial que ejerciera poderes legislativos, en concreto, la elaboración de normas obligatorias para todos los jueces federales en casos criminales⁷⁸. En este caso, el poder judicial asumió funciones normativas. Asimismo, en el caso *Morrison*, el Tribunal Supremo decidió la constitucionalidad de una ley que permitía al poder judicial -una comisión formada por jueces

⁷⁷ *Weiner v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).

⁷⁸ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

federales- nombrar a un fiscal independiente para investigar criminalmente a altos políticos y funcionarios del nivel federal⁷⁹. El poder judicial se entrometía, por tanto, en la función de persecución de delitos, tradicionalmente considerada en Estados Unidos en manos del poder ejecutivo.

El límite en el trasvase de funciones de un poder a otro, está, como se ha avanzado, en no impedir el normal funcionamiento del núcleo de funciones de uno de los poderes. Dos son los casos que mejor ilustran este criterio. En el caso *Chadha*, el Congreso había utilizado el derecho a veto previsto en una ley para anular una decisión del poder ejecutivo⁸⁰. El Tribunal Supremo en ningún caso puso en tela de juicio la posibilidad de que el Congreso pudiese atesorar este poder de anulación, pero si lo quería ejercer debía hacerlo a través del procedimiento legislativo ordinario, no del derecho al veto que comportaba orillararlo. En este sentido, el Congreso tomaba un atajo que dejaba en inferioridad de condiciones al poder ejecutivo. Asimismo, en el caso *Bowsher*, el Congreso se había otorgado la facultad de cesar libremente, sin consentimiento del Presidente, al Interventor General⁸¹. El Tribunal Supremo determinó que esta figura, sin la cual el Presidente no podía gestionar el presupuesto, era esencial para ejercer las funciones ejecutivas y, por tanto, impedía el normal funcionamiento del poder ejecutivo.

⁷⁹ *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

⁸⁰ *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

⁸¹ *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

En definitiva, la versión funcional, dinámica y cambiante del principio de separación de poderes que exigía el Estado regulador fue asumido, después del *New Deal*, con naturalidad por el Tribunal Supremo. En primer lugar, si bien ya sumida en un prolongado letargo que solamente se interrumpió en 1935, la *non delegation doctrine* desapareció de la escena. La función legislativa, por tanto, podía ser ejercida por cualquiera de los tres poderes. En segundo lugar, se dio carta blanca a la utilización de la administración independiente, validando su estatus de independencia frente al resto de poderes y, especialmente, del ejecutivo. En tercer y último lugar, como consecuencia de aceptar tanto el decaimiento de la *non delegation doctrine* como la irrupción de un “cuarto poder” -la administración independiente-, el Tribunal Supremo aceptó todo tipo de trasvases de funciones entre los tres poderes. La reasignación de funciones es posible siempre y cuando no se distorsione el normal funcionamiento de alguno de los poderes. La reasignación de funciones entre los tres poderes clásicos que necesitaba el Estado regulador ambicionado por los progresistas y reformadores del *New Deal* fue asumida por el Tribunal Supremo sin muchas dificultades.

1.3. Los nuevos postulados antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano: las bases para un nuevo Derecho Público

Más allá de la reasignación de funciones entre los tres poderes clásicos, los defensores del Estado regulador también propugnaron

un cambio en sus interacciones o controles mutuos. El poder judicial, seguramente el poder que tradicionalmente ha asumido el papel de control –y no de impulso o dirección de la comunidad política- fue el que sufrió una transformación más importante. En este apartado describiremos el cambio en el pensamiento jurídico norteamericano que tuvo lugar durante la primera mitad del siglo XX y que influyó decididamente en los constructores del Estado regulador en Estados Unidos. En el siguiente apartado se analizarán los cambios que comportó para el Derecho Público –tanto constitucional como administrativo- el advenimiento del nuevo pensamiento jurídico norteamericano. Esta transformación significó una nueva concepción del derecho y del papel del poder judicial que verá mermado su protagonismo en el marco del nuevo Estado regulador.

Durante la primera mitad del siglo XX el pensamiento jurídico norteamericano puso en duda todas las bases conceptuales predominantes y vigentes hasta la fecha. Hasta ese momento, algunos historiadores y juristas norteamericanos han etiquetado el pensamiento jurídico norteamericano como “clásico” (*classical legal thought*)⁸². Con esta denominación, se refieren a un conjunto de ideas que fueron hegemónicas en el pensamiento jurídico norteamericano desde la fundación de la República hasta los primeros años del siglo XX. Han sido HORWITZ y DUNCAN KENNEDY, desde el movimiento crítico del derecho –*Critical Legal*

⁸² Véanse HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*. Nueva York y Oxford: Oxford University Press. 1992; KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law...”

Studies- los que han caracterizado más adecuadamente los rasgos del pensamiento jurídico norteamericano clásico. Sin diferir en exceso de los postulados del pensamiento jurídico continental europeo⁸³, desde finales del siglo XVIII y todo el siglo XIX en Estados Unidos el derecho se concebía como netamente separado de la política y como una ciencia autónoma con sus propios argumentos y metodología⁸⁴. A esta manera de entender el derecho se la ha caracterizado como formalismo jurídico⁸⁵.

En efecto, tal y como señala HORWITZ, el interrogante sobre la interrelación entre derecho y política estuvo presente en el pensamiento jurídico norteamericano desde los inicios de la República⁸⁶. Los debates sobre la codificación, así como el papel del juez del *common law* como creador o aplicador del derecho, se plantearon con fuerza antes de la Guerra Civil (1861-1865)⁸⁷. Después de ésta, sin embargo, se aceleró la aspiración de los juristas norteamericanos de separar el derecho de la política y se intentó concebir un derecho autónomo y de base científica. DUNCAN KENNEDY ha calificado esta aspiración como la concepción del

⁸³ KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law... Págs. 26-27. DUNCAN KENNEDY señala el origen de las características del pensamiento jurídico norteamericano clásico en la escuela histórica del derecho alemana y la influencia en todo el mundo de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY.

⁸⁴ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Págs. 9-31.

⁸⁵ KENNEDY, DUNCAN. “Legal Formalism”. En Smelser, N.; Baltes P. (eds.): *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences...* Págs. 8634-8637.

⁸⁶ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Pág. 9.

⁸⁷ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1780-1860*. Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1977. Págs. 257-258.

derecho “como un sistema” por parte del pensamiento jurídico norteamericano clásico⁸⁸.

Esta concepción científica del derecho, separado de la política y conceptualizado como un sistema autónomo, comportó el desarrollo de un conjunto de argumentos y metodología propios. En primer lugar, el derecho se expresaba a través de categorías claras y diferenciadas – derecho público/derecho privado-, y cada vez más generales, abstractas y sistematizadas⁸⁹. En segundo lugar, la metodología estrella dentro de esta concepción científica del derecho venía representada por la deducción, la lógica y la analogía: a partir de categorías, normas o principios más generales se llegaba a la solución de los casos particulares. En el sentido más formalista, la articulación de categorías, principios y normas combinada con la metodología deductiva, creó una concepción del derecho autosuficiente, capaz de llegar a las soluciones sin salir de su esfera científica y, por tanto, netamente determinado y sin que se reconociera discrecionalidad alguna en la tarea de aplicación del derecho que le corresponde al juez⁹⁰.

Estos postulados entraron en crisis durante la primera mitad del siglo XX. Primero los juristas progresistas en los primeros años del pasado siglo y después el movimiento del realismo jurídico en los años veinte y treinta –que coincidió en el tiempo con los

⁸⁸ KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law... Pág. 25.

⁸⁹ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Págs. 10-19.

⁹⁰ KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law... Págs. 25-37.

reformadores del *New Deal*- cuestionaron la creencia en la separación del derecho y la política, así como la conceptualización del derecho como una ciencia autónoma con la deducción como principal baluarte metodológico⁹¹. El pensamiento jurídico norteamericano post-realista, es decir, la concepción del derecho que surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, ya no se apartará, en su esencia, de los nuevos postulados asentados durante la primera mitad del siglo XX. De este modo, tanto la escuela del proceso legal –*Legal Process School*- como los movimientos del análisis económico del derecho –*Law and Economics*- y el movimiento crítico del derecho –*Critical Legal Studies*-, todos ellos, han partido de las reformulaciones del pensamiento jurídico norteamericano clásico acontecidas durante la primera mitad del siglo XX⁹².

El derrumbamiento de la separación nítida entre derecho y política fue el resultado de cuestionar el derecho como ciencia autónoma y la deducción como su metodología. Entre los progresistas norteamericanos de principios del siglo XX que iniciaron el cambio en el pensamiento jurídico norteamericano y que después influenciaron a los realistas de los años veinte y treinta, estuvo sin duda HOLMES. Sus escritos doctrinales y sus opiniones como juez sentaron la base hacia una manera de pensar el derecho antiformalista. Su célebre formulación sobre la verdadera naturaleza –de carácter legislativa y no meramente aplicativa- de la actividad

⁹¹ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Pág. 193.

⁹² *Ibidem.* en págs. 247-272.

ejercida por el juez cuando éste deduce una condición implícita en un contrato puso en cuestión la neutralidad y autonomía, fuera de todo valor de la política y subjetivismo, del método científico y deductivo del derecho⁹³. Seguramente, uno de sus aforismos más célebres resume muy bien su crítica al método deductivo utilizado en el derecho: “principios generales no deciden casos concretos”⁹⁴. En palabras de HOLMES, los jueces no se sienten cómodos hablando de política o decisiones discrecionales *–policies* en términos anglosajones- cuando toman decisiones porque en ese momento “dejas el camino de la mera deducción lógica y pierdes la apariencia de certeza que hace que el razonamiento jurídico se parezca a las matemáticas”⁹⁵. HOLMES había articulado el primer e importante asalto a una concepción científica y autónoma del derecho.

Fue el realismo jurídico en los años veinte y treinta el que llevó más lejos la crítica al derecho entendido como ciencia y a su método deductivo. Recogiendo el legado de los progresistas norteamericanos, entre los más importantes POUND y HOLMES, los realistas norteamericanos criticaron las clasificaciones claras y

⁹³ HOLMES, O.W. “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*, nº 10. 1897. Pág. 457. Consultado a través de *Collected Legal Papers*. Harcourt, Brace & Howe. 1920. Pág. 181. Las palabras exactas de HOLMES, refiriéndose a la naturaleza no objetiva de la actividad judicial cuando se pretende deducir condiciones implícitas en un contrato, fueron las siguientes: “es debido a alguna creencia sobre la práctica de la comunidad o de una clase, o alguna opinión relativa a una política, o, en resumen, alguna actitud personal que no puede medirse cuantitativamente, y, por tanto, no puede responder a unas conclusiones lógicas exactas”.

⁹⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Opinión discrepante de Holmes).

⁹⁵ HOLMES, O.W. “Privilege, Malice and Intent”. *Harvard Law Review*, nº 8. 1894. Pág. 7.

precisas, así como todo el razonamiento jurídico basado en la deducción y su supuesta neutralidad y objetividad⁹⁶. Como bien ha señalado DUNCAN KENNEDY, el realismo jurídico norteamericano formó parte de una corriente de alcance mundial –que se desarrolló durante toda la mitad del siglo XX- que se centró en revelar que en el derecho había una gran multitud de lagunas, conflictos y ambigüedades donde el juez y los aplicadores del derecho abusaban del método deductivo⁹⁷. Entre los realistas norteamericanos seguramente fue COHEN quien mejor expresó la crítica al abuso del método deductivo, recogiendo el sentir antiformalista del realismo jurídico que defendía que a través de la lógica deductiva no se podía partir de principios generales y llegar a soluciones particulares sin añadir algún elemento de valoración subjetiva⁹⁸.

En definitiva, durante la primera mitad del siglo XX la crítica a la concepción científica del derecho comportó como resultado la confusión entre la política y el derecho. La actividad del juez ya no se veía neutral u objetiva, el método deductivo enmascaraba decisiones subjetivas y valorativas. El juez, como apuntaba HOLMES, resolvía los casos tomando decisiones discrecionales bajo criterios de oportunidad o valores no neutrales. La experiencia, otros métodos de las ciencias sociales, la realidad, todo ello debía tenerse en cuenta en la aplicación del derecho. POUND, con su

⁹⁶ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Págs. 193-212.

⁹⁷ KENNEDY, DUNCAN. “Three Globalizations of Law... Págs. 37-63.

⁹⁸ Véase COHEN, F. “The Ethical Bases of Legal Criticism”. *Yale Law Journal*, nº 41. 1931. Pág. 201.

célebre formulación sobre la diferencia que existía entre el “derecho en los libros” y el “derecho en acción” –*law in books* y *law in action*- sintetizó muy bien esta crítica a un derecho autónomo y separado de la realidad⁹⁹. En el mismo sentido HOLMES apuntaba que “la vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”¹⁰⁰.

Este derrumbamiento de la concepción científica, neutral y objetiva del derecho ha acompañado a todo el pensamiento jurídico norteamericano después de la Segunda Guerra Mundial (post-realismo jurídico). Las principales corrientes doctrinales que han aparecido a partir de 1945 no se han desligado de los postulados antiformalistas asentados en la primera mitad del siglo XX. La corriente predominante en los años 50, agrupada bajo la denominación de escuela del proceso legal –*Legal Process School*- aceptó en su base la discrecionalidad y subjetivismo inherentes al derecho¹⁰¹. Por su parte, el movimiento del análisis económico del derecho –*Law and Economics*- ha defendido sus conexiones con el realismo jurídico enfatizando la importancia de introducir las ciencias sociales como elemento central en el derecho y conectarlo con la realidad¹⁰². Finalmente, el movimiento crítico del derecho – *Critical Legal Studies*-, cuyos postulados seguramente son los más cercanos a la defensa de la imposible separación entre política y

⁹⁹ POUND, R. “Liberty of Contract”. *Yale Law Journal*, nº 18. 1909. Págs. 455-457.

¹⁰⁰ HOLMES, O. W. *The Common Law* (1ª edición en Little, Brown, 1881). Consultado a través de la edición de HOWE, M. Harvard University Press. 1963. Pág. 5.

¹⁰¹ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Pág. 254.

¹⁰² *Ibidem.* en pág. 270.

derecho, ha llegado a equiparar por completo la función legislativa y la función judicial¹⁰³.

1.4. El nuevo Derecho Público norteamericano: una concepción débil del poder judicial

Este cambio en el pensamiento jurídico norteamericano coincide en el tiempo con la transformación de coordenadas históricas que comportó la primera mitad del siglo XX para Estados Unidos. El advenimiento del Estado regulador y el abandono de las estructuras institucionales del *laissez-faire*, que se consolidó finalmente en los años treinta y cuarenta con los reformadores del *New Deal*, coincidió en el tiempo con esta importante transformación en los fundamentos del pensamiento jurídico norteamericano. HORWITZ ha descrito muy acertadamente las relaciones muy cercanas que se establecieron entre el Estado regulador y el realismo jurídico¹⁰⁴. La nueva concepción del Estado defendido por los reformadores del *New Deal*, más intervencionista y de mayores dimensiones, tuvo acomodo en un nuevo Derecho Público norteamericano que, sin duda, no fue ajeno al cambio de postulados del pensamiento jurídico norteamericano.

Este nuevo Derecho Público, influenciado por los postulados antiformalistas y escépticos ya dominantes, dejaría muy mermado al

¹⁰³ Véase KENNEDY, DUNCAN. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1997.

¹⁰⁴ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1870-1960...* Págs. 213-246.

poder judicial en el nuevo reparto de funciones del Estado regulador. El debilitamiento del poder judicial se observó por partida doble. En primer lugar, como ya se ha avanzado, las nuevas tareas de regulación de los mercados no se asignaron al poder judicial. La obra de LANDIS, seguramente el administrativista norteamericano más influyente del *New Deal*, es muy ilustrativa de la desconfianza hacia el juez en el marco del nuevo Estado regulador. LANDIS aportó todos los argumentos representativos de la época para sustraer del juez las tareas de regulación del nuevo Estado: el juez no poseía los conocimientos técnicos y científicos necesarios para llevarlas a cabo¹⁰⁵, el procedimiento judicial era lento e ineficaz –al afrontar la regulación caso a caso, no con efectos generales-¹⁰⁶ o el método deductivo del razonamiento jurídico era inadecuado por falta de conocimientos prácticos y de la realidad¹⁰⁷. Como se ha comentado con anterioridad, siguiendo a SUNSTEIN, la eclosión del Estado regulador en el *New Deal* dejó a un lado al viejo método del juez del *common law* y apostó por nuevas fórmulas de regulación con la administración independiente como eje central. Esta cuestión ya ha sido tratada en el anterior apartado.

La segunda consecuencia para el Derecho Público de los nuevos postulados del pensamiento jurídico norteamericano tiene que ver con el papel de control que se le asignó al poder judicial. No

¹⁰⁵ LANDIS, J.M. *The Administrative Process...* Pág. 31.

¹⁰⁶ *Ibidem.* en pág. 34.

¹⁰⁷ *Ibidem.* en pág. 33.

únicamente salió malparado en el nuevo reparto de funciones, también se le cuestionó su capacidad para controlar la toma de decisiones del nuevo aparato institucional del Estado regulador. Criticada la concepción del derecho como ciencia, cuestionado el método deductivo utilizado por el juez, en definitiva, al romperse la visión neutral y apolítica del derecho y de la actividad judicial, el poder judicial se equiparó en gran medida a los otros dos poderes del Estado. El control de los poderes legislativo y ejecutivo –y, también, de la administración independiente- debía realizarse bajo otros parámetros ya que, ahora, el poder judicial no se veía tan diferente al resto de poderes: el poder judicial entraba en la arena política.

A partir de este momento, al asumirse los postulados antiformalistas y escépticos del nuevo pensamiento jurídico norteamericano, el Derecho Público dio entrada a un nuevo concepto que sería central: la deferencia. Como a continuación se verá, a partir del advenimiento del Estado regulador, el Derecho Público norteamericano se basará en la noción de deferencia para articular el poder judicial con el resto de poderes. La pregunta a contestar será: cuando ejerza su función de control de una decisión del resto de poderes, ¿qué grado de deferencia debe observar el poder judicial? Veámoslo con detalle.

En el Derecho Constitucional, la consolidación de los fundamentos antiformalistas en el pensamiento jurídico norteamericano trajo consigo la rebaja de la exigencia de los criterios o del test utilizado

en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. La corriente formalista del derecho, hegemónica durante la denominada *Lochner* era¹⁰⁸, concibió a un poder judicial fuerte que llegó a declarar inconstitucionales, bajo la cláusula del debido proceso –*due process clause*– hasta aproximadamente unas doscientas leyes entre 1905 y 1934¹⁰⁹. El nuevo clima económico y social del *New Deal*, la reelección mediante una amplia mayoría de ROOSEVELT en 1936, su intento de incrementar el número de jueces del Tribunal Supremo y cambiar por tanto la configuración de fuerzas –“*Court-packing plan*”–, así como el retiro de alguno de los viejos jueces como VAN DEVANTER, fueron todos ellos elementos determinantes que hicieron abandonar las posiciones formalistas del Tribunal Supremo y vislumbrar un nuevo Derecho Constitucional que apostó por ejercer a partir de ese momento un control deferencial hacia el resto de los poderes del Estado.

A partir de 1937, el test para controlar la constitucionalidad de las leyes que ejercerá con carácter general el Tribunal Supremo de Estados Unidos será el denominado test de la racionalidad (*rational*

¹⁰⁸ Este periodo de la historia del Tribunal Supremo de Estados Unidos le debe esta calificación a uno de los casos más denostados de su historia a partir del *New Deal*: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Sus hechos son conocidos: el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en aplicación del derecho a la libre contratación derivado del derecho a la libertad de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba las horas de trabajo a los trabajadores en panaderías y pastelerías.

¹⁰⁹ STONE, G.; SEIDMAN, L.; SUNSTEIN, C. R.; TUSHNET, M.; KARLAN, P. *Constitutional Law. Fifth Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2005. Pág. 755.

basis test)¹¹⁰. Se trata de un test que únicamente exige al legislador que tenga una base racional no contraria a la Constitución para aprobar una ley¹¹¹. Sin duda, se trata de un test que ubica al poder judicial en una posición claramente deferencial frente al poder legislativo. Únicamente en casos concretos o puntuales, el Tribunal Supremo abandonará este test general deferencial y adoptará un criterio de control más estricto o severo¹¹². Los nuevos postulados

¹¹⁰ El final de la era *Lochner* y la adopción de este test deferencial viene representado por el caso *West Coast Hotel CO. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). En este caso el Tribunal Supremo declaró constitucional una ley del Estado de Washington que establecía un salario mínimo para las mujeres. A partir de este momento, el Tribunal Supremo ha declarado constitucionales la mayoría de leyes federales y estatales que han previsto medidas económicas y sociales, siempre y cuando no estuviesen en juego derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente.

¹¹¹ Entre las más célebres formulaciones de este test encontramos la siguiente: “la ley no necesita ser en todos sus aspectos lógicamente consistente con sus objetivos para ser constitucional. Es suficiente que haya una finalidad a alcanzar y que se considere que una medida legislativa sea la manera racional para afrontarla” (*Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955)). En *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963) el Tribunal Supremo estableció lo siguiente: “De acuerdo con el sistema de gobierno creado por nuestra Constitución, es competencia del legislador, no de los tribunales, decidir la bondad o utilidad de una ley. Había un tiempo en el que la cláusula del debido proceso fue utilizada por este Tribunal para declarar inconstitucionales leyes que se consideraban no razonables, es decir, no acordes o incompatibles con alguna filosofía económica o social. Esta doctrina fue abandonada. Actualmente ya se ha reconocido que los Estados tienen poder para legislar contra prácticas incorrectas o dañinas para su comercio o economía, siempre que sus leyes no sean contrarias a alguna prohibición específica de la Constitución federal”.

¹¹² Seguramente es la célebre nota al pie de página nº 4 del juez STONE en el caso *United States v. Carolene Products CO.*, 304 U.S. 144 (1938), la que sintetiza mejor esta combinación de un test deferencial como regla general y un test algo más estricto o severo en casos concretos que tienen que ver, mayoritariamente, con algunos derechos y libertades fundamentales: “Podría existir un margen más estrecho para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la Constitución, como son aquellas previstas en las diez primeras enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando quedan incluidas en la Decimocuarta Enmienda [...]. “No es necesario ahora examinar si las leyes que restringen aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que

antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano cambiaron, por tanto, por completo el Derecho Constitucional norteamericano: la regla general a partir de ese momento sería el ejercicio de un control de constitucionalidad de las leyes de carácter deferencial y, solamente en algunos casos concretos, se elevaría la exigencia del mismo¹¹³.

Si bien el Derecho Constitucional -una disciplina del derecho ya ampliamente consolidada en Estados Unidos antes de la oleada de reformadora de la primera mitad del siglo XX- sufrió cambios importantes, fue el Derecho Administrativo el que interiorizó más los nuevos postulados antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano. Esto fue así por una simple razón, el Derecho Administrativo como disciplina nació con los reformadores del *New Deal* y, por tanto, dio sus primeros pasos en un contexto de cambio profundo en el pensamiento jurídico norteamericano y en plena eclosión de todo el aparato institucional del Estado regulador y, en especial, de la administración independiente¹¹⁴. La plena asunción de la versión funcional del principio de separación de poderes, así como la hegemonía de los valores antiformalistas del derecho en

logren la derogación de la legislación indeseable, deben ser sometidas a un control judicial más estricto en virtud de la prohibición general de la Decimocuarta Enmienda que la mayor parte de los otros tipos de legislación”.

¹¹³ El Tribunal Supremo de Estados Unidos deja de lado el *rational basis test* y aplica un control más exhaustivo (*strict scrutiny*) cuando esté en juego un derecho fundamental o cuando se encuentre delante de una ley que diferencia o prevea medidas distintas con base en la raza o la nacionalidad (*suspect classification*). El Tribunal aplica el denominado control intermedio (*intermediate scrutiny*), situado en cuanto a exigencia entre el *rational basis test* y el *strict scrutiny*, para casos como la discriminación por razón de género, nacimiento o algunos supuestos de libertad de expresión.

¹¹⁴ FUNK, W. F.; SEAMON, R. H. *Administrative Law...* Págs. 2-4.

esos años, hicieron que el Derecho Administrativo centrara su atención desde el primer momento en el adecuado estándar de control que el poder judicial podía y debía ejercer ante la nueva plétora de agencias y administraciones independientes que surgió del *New Deal*. También en el seno del Derecho Administrativo, por tanto, el debate se convirtió en el grado de deferencia judicial deseable hacia la administración pública: todas las virtudes del Estado regulador y de su aparato institucional, es decir, su flexibilidad, eficiencia, conocimiento técnico y científico, así como su aislamiento del partidismo y clientelismo político, no podían ponerse en peligro por el poder judicial al ejercer éste su función de control.

En efecto, el debate sobre la deferencia se proyectó en el Derecho Administrativo norteamericano sobre los tres ámbitos en los que se planteó el control judicial de la administración pública: la valoración de los hechos, la interpretación del derecho y la toma de decisiones con discrecionalidad política (*policies*). La distinción entre estas tres categorías ha acompañado siempre al Derecho Administrativo norteamericano. En cuanto al control judicial de los hechos, el test “evidencia substancial” –*substantial evidence review*– contiene un elevado grado de deferencia hacia la determinación y valoración de los hechos por parte de la administración pública. Si bien ya se encontraban referencias a este test durante los primeros años del siglo XX, no será hasta su inclusión en la *Administrative Procedure Act* ("APA") en 1946 y en la síntesis que realizó el Tribunal Supremo en el caso *Universal*

Camera cuando su significado quedó definitivamente determinado: existirá tal evidencia substancial cuando se hayan producido hechos que “una mente razonable aceptaría como adecuados para apoyar una conclusión”¹¹⁵. Se trata, por tanto, de un test parecido a aquél que en Derecho Constitucional exigía una base racional al legislador en su actuación. El juez no sustituye la valoración de los hechos de la administración por la suya, sino que simplemente adopta el punto de vista de un observador externo racional y juzga si la decisión de la administración se fundamenta en hechos suficientes. En palabras del juez FRANKFURTER en el caso *Universal Camera*: “la valoración de los hechos realizada por la agencia merece ser respetada, sin embargo no debe tenerse en cuenta en el caso de que el conjunto de los hechos presentados al tribunal claramente determine que la misma no está justificada debido a las declaraciones de testigos o a los conocimientos sobre la cuestión del propio tribunal en su área de especialización, o por ambos”.

Esta actitud de deferencia judicial también está presente en la interpretación del derecho, incluidas las normas con rango de ley, que efectúa la administración pública. Es seguramente este ámbito, la interpretación del derecho, donde la deferencia judicial puede parecer más extraña. En plena consolidación del Estado regulador y auge del *New Deal*, sin embargo, el Tribunal Supremo no dudó en dar un paso atrás también en algo que siempre había estado en manos de los tribunales: el poder de interpretar el derecho. En el

¹¹⁵ *Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board*, 340 U.S. 474 (1951).

caso *Hearst*, en 1944, el Tribunal Supremo estableció que “indudablemente las cuestiones sobre la interpretación de las leyes, especialmente cuando surgen por primera vez en un proceso judicial, deben ser resueltas por los tribunales, otorgando un peso apropiado a la interpretación que les den aquellos que están al cargo de administrar esa ley. Sin embargo, cuando se trata de una cuestión de interpretación sobre el significado de algún término o concepto abierto que surge en un procedimiento en el que la agencia debe determinar su significado en primer lugar, la función del tribunal se encuentra limitada”¹¹⁶.

Seguramente es el caso *Skidmore*, también resuelto por el Tribunal Supremo en 1944, el que resume mejor esta posición deferencial hacia la interpretación del derecho llevada a cabo por las administraciones públicas: “nosotros consideramos que las decisiones, interpretaciones y opiniones de la Administración bajo esta Ley, aunque no son de obligado cumplimiento por parte de los tribunales, sí que constituyen un cuerpo de experiencia y de criterio informado que debe guiar a los tribunales y a los litigantes. El peso que les demos en un caso concreto dependerá de la cuidadosa consideración de los hechos que la Administración haya llevado a cabo, la validez de su razonamiento, su consistencia con sus pronunciamientos anteriores y posteriores, así como todos aquellos factores que las hagan persuasivas”¹¹⁷. Esta doctrina, denominada por algún autor como “*Skidmore deference*” y considerada aún

¹¹⁶ *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S., 111, 131 (1944).

¹¹⁷ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

vigente¹¹⁸, es la antesala del caso *Chevron* al que más adelante haremos referencia. Se trata de una doctrina que establece la deferencia caso por caso, no como regla general, y otorga algunos criterios que deben permitir a un tribunal decidir si es deferente o no a una interpretación del derecho llevada a cabo por la administración pública. En todo caso, si bien aún no con la contundencia que se expresaría en los años ochenta en el caso *Chevron*, en plena consolidación del aparato institucional del Estado regulador el Tribunal Supremo se tomó muy en serio cuándo debía ser deferente también en el campo de la interpretación del derecho.

De nuevo de la mano de un *New Dealer*, el juez FRANKFURTER, se asentó en 1943 el criterio de control judicial de las decisiones discrecionales de la administración pública (*policies*)¹¹⁹. Independientemente del debate sobre el ámbito de aplicación del estándar “arbitrario y caprichoso” –*arbitrary and capricious review*-¹²⁰, en su nacimiento en los años cuarenta este criterio tenía una base procedimental y deferencial: la administración pública

¹¹⁸ MERRILL, T. W.; HICKMAN, K. “Chevron’s Domain”. *Georgetown Law Journal*, nº 89. 2001. Pág. 852.

¹¹⁹ Véase el caso *SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943).

¹²⁰ Dependiendo del tipo de procedimiento de actuación de la administración pública, el estándar de control variará. En el caso de actuar a través de procedimientos formales (adjudicación o poder reglamentario formal, en términos anglosajones *formal adjudication* y *formal rulemaking*, previstos en los artículos 554 y 553 de la *Administrative Procedure Act* respectivamente) el estándar a aplicar será la “evidencia sustancial”. En los casos de procedimientos informales (tanto adjudicación como poder reglamentario, *informal adjudication* y *notice-and-comment rulemaking*) sería de aplicación el estándar “arbitrario y caprichoso”.

debe argumentar y explicitar las decisiones discrecionales que toma, considerando alternativas, contraargumentos y razonando adecuadamente. En palabras del juez FRANKFURTER, “el normal funcionamiento del control judicial requiere que los fundamentos sobre los que la administración actúa sean revelados y adecuadamente razonados”¹²¹. En este sentido, el juez únicamente analiza el razonamiento de la administración pública pero no realiza un análisis sobre el fondo de la decisión discrecional. La síntesis de este estándar de control vendrá de la mano de un importante caso en 1971 en el que de nuevo el Tribunal Supremo determinó la naturaleza limitada del estándar “arbitrario y caprichoso”: “para hacer efectivo este estándar el tribunal debe considerar si la decisión fue basada en la consideración de los factores relevantes y si ha habido un claro error de juicio [...] Aunque este análisis sobre los hechos es exigente y estricto, el último estándar de control es de naturaleza limitada”¹²².

Las críticas al Estado regulador y a su aparato institucional que arreciaron a partir de los años cincuenta no desubicaron la deferencia en el eje central del debate del Derecho Público norteamericano. En efecto, especialmente en las décadas de los sesenta y setenta, el Estado regulador norteamericano sufrió una importante crítica desde la economía y la teoría democrática. Desde la primera, fueron críticas habituales la ineficiencia de la regulación

¹²¹ *SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943). Pág. 94.

¹²² *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Pág. 416.

y su elevado coste¹²³, la captura del regulador por parte de los grupos de interés y agentes económicos objeto de regulación¹²⁴ o la falta de coordinación y consistencia de las políticas regulatorias por la dispersión de las agencias y administraciones independientes¹²⁵. Desde la segunda, se sostuvo la existencia de un déficit democrático del Estado regulador, muy centrado en la idea de la tecnocracia, que no fomentaba la participación ciudadana en la toma de decisiones y alentaba la opacidad y falta de transparencia¹²⁶. La preocupación por una administración responsable democráticamente había vuelto para cuestionar la creencia en la tecnocracia del *New Deal*¹²⁷. Si bien con anterioridad se ha argumentado que en ningún caso, ni tan solo en el periodo del *New Deal*, se consideró a las administraciones independientes como instituciones apolíticas y exclusivamente técnicas, a partir de los años cincuenta la connotación positiva sobre la presencia en el debate político de los técnicos entró en crisis y se enfatizó el carácter político de la toma de decisiones de las administraciones independientes y, por tanto, la necesidad de un control democrático de las mismas.

¹²³ SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice*. Nueva York: Oxford University Press. 1997. Págs. 322-326.

¹²⁴ Véase STIGLER, G.J. “The theory of economic regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol 1, nº 2. 1971. Págs. 3-21.

¹²⁵ SUNSTEIN, C.R. *After the Rights Revolution...* Págs. 93-94.

¹²⁶ *Ibidem.* en págs. 101-102. SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice...* Págs. 322-326.

¹²⁷ SHAPIRO, M. “Problems and possibilities in the administrative states... Págs. 5-7.

Frente a estas críticas, el Derecho Público norteamericano reaccionó y aportó dos soluciones al debate que poco tuvieron que ver con el papel del poder judicial. En primer lugar, reajustó de nuevo el principio de separación de poderes y abogó por un fortalecimiento de los poderes legislativo y ejecutivo frente a las administraciones independientes. En alianza con la ciencia política y especialmente con la escuela de la teoría política positiva –*positive political theories*– en los años ochenta se sucedieron numerosos estudios de administrativistas y politólogos norteamericanos que exploraron las relaciones de las administraciones independientes con el poder legislativo y las posibilidades reales y no teóricas de control de éste sobre las mismas¹²⁸. Fruto de estas tendencias se introdujo el derecho de veto del Congreso a las decisiones de las agencias, incluidas las administraciones independientes, antes de que surjan efecto¹²⁹, se potenciaron los comités y subcomités legislativos como mecanismo de control del aparato administrativo, así como se valoró adecuadamente la influencia en materia presupuestaria del Congreso sobre las administraciones independientes¹³⁰ o se incluyeron en las normas de creación y regulación de éstas

¹²⁸ Entre otros, cabe destacar por su influencia los trabajos de WEINGAST, B.B.; MORAN, M.J. “Bureaucratic discretion or congressional control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission”. *Journal of Political Economy*, nº 91. 1983. Pág. 765 y MOE, T.M. “Control and feedback in economic regulation: the case of the NLRB”. *American Political Science Review*, nº 79. 1985. Pág. 1094.

¹²⁹ Ley sobre el derecho de veto del Congreso de 1996 (5 U.S.C. §§ 801- 808).

¹³⁰ ROSEN, B. *Holding Government Bureaucracies Accountable* (3ª ed.). Westport: Greenwood Publishing Group. 1998. Págs. 63-88.

obligaciones de presentar informes y planes estratégicos al Congreso de manera periódica¹³¹.

En cuanto al poder ejecutivo, los administrativistas norteamericanos se centraron en la idea de fortalecer el papel del Presidente como coordinador de todo el aparato administrativo, incluyendo a las administraciones independientes, para mejorar la coherencia, así como las credenciales democráticas, de las políticas y decisiones administrativas¹³². La proliferación de órdenes ejecutivas –*executive orders*- estableciendo directrices para homogeneizar criterios y su aceptación voluntaria por parte de las administraciones independientes¹³³ o la creación de oficinas transversales bajo las

¹³¹ Véanse, por ejemplo, los informes anuales que la FCC y la Securities and Exchange Commission ("SEC") tienen que presentar al Congreso anualmente de acuerdo con los artículos 47 U.S.C § 154 (K) y 15 U.S.C § 78 w (b) respectivamente.

¹³² Véase STRAUSS, P. L. "The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch". *Columbia Law Review*, n° 84. 1984. Pág. 573; LESSIG, L.; SUNSTEIN, C.R. "The President and the Administration". *Columbia Law Review*, n° 94. 1994. Pág. 1; KAGAN, E. "Presidential Administration". *Harvard Law Review*, n° 114. 2001. Pág. 2245.

¹³³ El Presidente REAGAN aprobó en 1981 la Orden Ejecutiva n° 12.291 (46 Fed. Reg. 13, 193. § 1 (d)) que estableció criterios comunes a seguir por parte de las agencias en sus tomas de decisiones. En 1985, de nuevo el Presidente REAGAN aprobó la Orden Ejecutiva n° 12.498 (50 Fed. Reg. 1036. § 1) que creó la Oficina de Gestión y Presupuestos (*Office of Management and Budget*, "OMB") como oficina de coordinación de todo el aparato administrativo. Las administraciones independientes quedaron excluidas de la aplicación de ambas órdenes ejecutivas. Sin embargo, tal y como ha descrito STRAUSS, aceptaron su aplicación voluntariamente (STRAUSS, P. L. "The place of agencies in government... Pág. 592). Esta tendencia fue seguida por el Presidente CLINTON en 1993 (Orden Ejecutiva n° 12.866, 50 Fed. Reg. 51.735) que fortaleció el poder de la OMB para controlar las decisiones de las agencias administrativas e impuso la obligación de designar a un supervisor de políticas regulatorias en cada una de ellas. En el año 2002, el Presidente G.W. BUSH mantuvo estas previsiones en las modificaciones que introdujo en la Orden Ejecutiva n° 12.866 a través de la Orden Ejecutiva n° 13.258, 67 Fed. Reg. 9.383 e hizo lo mismo en 2007 con la Orden Ejecutiva n°

órdenes del Presidente para disciplinar a todas las agencias, también incluyendo en su radio de acción a las administraciones independientes, son ejemplos de esta tendencia a fortalecer el ejecutivo frente a la dispersión del aparato administrativo del Estado regulador.

La segunda solución del Derecho Público norteamericano fue centrarse en la mejora del procedimiento administrativo. La aprobación de la APA en 1946 es el primer paso en el reforzamiento del proceso administrativo como mecanismo de control del aparato institucional surgido del *New Deal*. Si bien se debe estar a los requisitos procedimentales que fijan cada una de las normas de creación de las administraciones independientes norteamericanas, la APA fue un intento de homogeneizarlos y crear normas comunes procedimentales que fueran de aplicación, en todo caso, de manera supletoria. A partir de la aprobación de la APA, el procedimiento administrativo toma un papel central como eje del equilibrio de poderes en Estados Unidos y se convierte en el mecanismo de control más importante para contrarrestar los nuevos poderes y prerrogativas del aparato institucional del *New Deal*.

En esta línea centrada en la mejora del procedimiento administrativo como mecanismo de control, se sucedieron los análisis doctrinales para evitar la rigidez y lentitud de aquél buscando fórmulas para reducir los requisitos y cargas

13.422, 72 Fed. Reg. 2.763. También estas órdenes ejecutivas excluyeron a las administraciones independientes de su ámbito de aplicación, pero fueron aceptadas voluntariamente por éstas.

procedimentales que llevaban a la parálisis de la toma de decisiones¹³⁴. Se discutieron ampliamente las ventajas y desventajas en cuanto a su eficiencia y rapidez de los distintos procedimientos administrativos en manos de la administración pública¹³⁵. Por otro lado, de nuevo con la alianza de la ciencia política y las teorías democráticas, los iuspublicistas norteamericanos defendieron la necesidad de hacer más transparentes, abiertos y participativos los procesos administrativos de toma de decisión¹³⁶. La crítica democrática contemporánea fue asumida en el Derecho Público norteamericano con el claro mandato de rediseñar el procedimiento administrativo y aproximarlos a la ciudadanía y las consecuencias fueron la aprobación de amplias medidas legislativas que potenciaron la transparencia, el acceso a la documentación

¹³⁴ Véase MASHAW, J. L.; HARFST, D. L. *The Struggle for Auto Safety*. Cambridge: Harvard University Press. 1990; MCGARITY, O. T. "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process". *Duke Law Journal*, vol 41, n° 6. 1992. Pág. 1385; SEIDENFELD, M. "A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking". *Florida State University Law Review*, n° 27. 2000. Pág. 533.

¹³⁵ Las discusiones sobre qué método era mejor para la toma de decisiones de la administración pública, sobre todo la contraposición entre el método de adjudicación caso por caso (*formal y informal adjudication*) y la formulación de normas de alcance general (*formal y notice-and-comment rulemaking*) fue uno de los temas centrales del derecho público norteamericano en los años sesenta y setenta. Por todos y por su influencia, cabe destacar el trabajo de SHAPIRO, D. "The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy". *Harvard Law Review*, n° 78. 1965. Pág. 921.

¹³⁶ Las teorías pluralistas políticas, así como las teorías sobre democracia deliberativa, centraron su esfuerzo en el procedimiento como valor central de discusión. La influencia de estas dos corrientes en el derecho público norteamericano ha sido muy bien descrita por MARTIN SHAPIRO en SHAPIRO, M. *Who Guards The Guardians? Judicial Control of Administration*. Athens: University of Georgia Press. 1988. Págs. 18-35.

administrativa y la generación de información o explicaciones de las decisiones administrativas adoptadas¹³⁷.

Estas dos soluciones a las críticas recientes al Estado regulador y su aparato institucional poco tienen que ver con un cambio en el seno del Derecho Público norteamericano respecto al papel del poder judicial como mecanismo de control. En el caso del control judicial sobre la interpretación del derecho, el criterio de deferencia incluso se incrementó con la célebre sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Chevron*¹³⁸. Tal y como se ha comentado, hasta los años ochenta la denominada *Skidmore deference* había guiado la posición del poder judicial frente a la interpretación del derecho –incluidas las normas con rango de ley- efectuada por la administración pública: una deferencia caso por caso y atendiendo a diversos factores que convertían la interpretación del derecho efectuada por la administración en persuasiva y convincente para los tribunales.

¹³⁷ Entre todas ellas, destacan la Ley de Libertad de Información de 1966 (*Freedom of Information Act*), plenamente aplicable a las administraciones independientes (véase 5 U.S.C. § 552(f)(1) (2009)) que exige, *inter alia*, que la administración pública haga públicas sus actividades y su organización (véase 5 U.S.C. § 552(a)(1)-(2) (2009)), los ciudadanos tengan acceso como regla general a los expedientes administrativos (véase 5 U.S.C. § 552(a)(3)(A) (2009)) y que las agencias que tengan órganos de dirección colegiados hagan públicos sus votos en las decisiones finales (5 U.S.C. § 552(a)(5) (2009)). También debe destacarse la Ley de Transparencia de 1976 (*Government in the Sunshine Act*) que estableció, *inter alia*, la regla general de celebrar las reuniones en audiencia pública (véase 5 U.S.C. § 552b(b) (2009)), en el caso de que no fuera así, la necesidad de levantar acta (véase 5 U.S.C. § 552b(f)(1) (2009)) y que las reuniones de las agencias se habían de hacer públicas (véase 5 U.S.C. § 552b(e) (2009)).

¹³⁸ *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984).

En *Chevron*, el caso norteamericano más citado¹³⁹, el Tribunal Supremo adoptó un criterio jurisprudencial basado en dos pasos. En primer lugar “cuando un tribunal controla la interpretación de una ley efectuada por una agencia”, éste debe preguntarse “si el Congreso ha resuelto la precisa cuestión que está en litigio”¹⁴⁰. Si el Congreso lo ha hecho, la clara voluntad del mismo vincula tanto a la administración como al tribunal y se ha terminado la controversia. En segundo lugar, “si el Congreso no ha resuelto directamente la cuestión en litigio”, esto es, “si la ley no la ha previsto o es ambigua, la pregunta que debe plantearse el tribunal es si la interpretación de la agencia se basa en una interpretación plausible de la ley”¹⁴¹.

¹³⁹ SUNSTEIN, C.R. “Chevron Step Zero”. *Virginia Law Review*, nº 92. 2006. Pág. 188. SUNSTEIN ha calificado al caso *Chevron* como cuasi constitucional, elevándolo a la categoría de uno de los casos fundacionales del derecho público norteamericano. Los hechos en el caso *Chevron* son los siguientes. La ley sobre contaminación atmosférica prohibía la emisión de ciertos niveles de contaminación a las denominadas por la propia ley “unidades de contaminación”. Tomando en consideración una planta industrial con diversas unidades de generación de contaminación separadas, la Agencia de Protección Medioambiental (*Environmental Protection Agency*, “EPA”) tenía dos posibilidades. En primer lugar, podía optar por determinar el nivel de contaminación adoptando como medida de evaluación la totalidad de la planta industrial. El propietario, por tanto, podía exceder los niveles de contaminación de la ley en una unidad de la planta siempre que la totalidad de la contaminación de la planta no superase los niveles de contaminación de la ley. Otra posible interpretación de la ley, sin embargo, consistiría en aplicar los niveles de contaminación a cada unidad separada, no a la totalidad de la planta. Cada una de las unidades consideradas separadamente no podría superar los límites de contaminación. La EPA optó por la primera de las interpretaciones y el Tribunal Supremo la validó.

¹⁴⁰ *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Pág. 842.

¹⁴¹ *Ibidem*. en pág. 843.

No es mi intención en este trabajo analizar en profundidad las implicaciones del caso *Chevron*. Basta decir a nuestros efectos que en *Chevron* el Tribunal Supremo abandonó la deferencia de carácter persuasivo formulada en el caso *Skidmore* y la convirtió en obligatoria para los tribunales: en el caso de que el Congreso no haya resuelto la cuestión interpretativa en litigio y la solución adoptada por la administración sea razonable, los tribunales deben aceptar ésta última. Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para adoptar esta posición deferente hacia las interpretaciones razonables llevadas a cabo por la administración son variados: la voluntad del Congreso de asignar la tarea de interpretación de la ley a la administración y no a los tribunales¹⁴², los conocimientos técnicos y científicos que posee ésta frente a la carencia de los mismos de los tribunales¹⁴³ o la responsabilidad democrática de la administración, es decir, su carácter democrático frente a la posición contramayoritaria de los tribunales¹⁴⁴. Como he defendido en otro trabajo, la regla de deferencia adoptada en

¹⁴²*Ibidem*. en págs. 843-844: “Si el Congreso ha dejado explícitamente una laguna que debe resolver la agencia, existe una delegación expresa de poder de interpretación a la agencia [...] otras veces la delegación legislativa a la agencia es implícita”.

¹⁴³ *Ibidem*. en pág. 848: “las enmiendas a la Ley de contaminación atmosférica de 1977 son largas, detalladas, técnicas, complejas, una completa respuesta a una cuestión social de primera magnitud”. *Ibidem*. en pág. 863: la actuación de la EPA se produce en “un contexto de implementación de políticas en una área técnica y compleja”.

¹⁴⁴ *Ibidem*. en pág. 865: “Una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades políticas puede, dentro de los límites de la delegación, decidir sobre la base de sus propias opiniones sobre lo que considere una política adecuada. Aunque las agencias no son directamente responsables ante los ciudadanos, el Presidente si lo es, y es completamente apropiado para esta rama política de nuestro sistema de gobierno realizar este tipo de elección entre políticas distintas”.

Chevron tiene mucho que ver con argumentos relativos a la concepción funcional del principio de separación de poderes y, sobre todo, a la toma en consideración por parte del Tribunal Supremo de la crítica de las teorías democráticas a las instituciones contramayoritarias como son los tribunales¹⁴⁵.

Todo sugiere, por tanto, que si bien se deseaba un mayor escrutinio del aparato institucional del Estado regulador, la falta de credenciales democráticas del poder judicial lo invalidaban para asumir un mayor grado de control sobre el mismo: en el caso de que el Congreso no hubiese solucionado el problema interpretativo de una ley, es decir, que ésta no previera algún caso o fuera ambigua, debía ser la administración pública la que, a pesar de todos sus defectos, solucionara este problema de interpretación. La administración independiente, por muy aislada de la política partidista que estuviera, no dejaba de tener lazos importantes con los poderes legislativo y ejecutivo y, por tanto, sus credenciales democráticas eran superiores a las del poder judicial. Nótese que el Tribunal Supremo no distinguió en el caso *Chevron* entre el aparato administrativo tradicional a las órdenes del Presidente – Departamentos administrativos y *executive agencies*- y las administraciones independientes –*independent agencies*- a efectos de la aplicación de su doctrina basada en la deferencia. Se trata, otra vez más, de una muestra que en Estados Unidos las administraciones independientes son concebidas, en términos de su

¹⁴⁵ SOLANES MULLOR, J. “Why Independent Agencies Deserve Chevron deference”. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº 4/2010. 2010. Págs. 12-20.

naturaleza, como un ente político más -con la singularidad de su separación del bipartidismo político y sus mayores credenciales técnicas- equiparado al poder ejecutivo tradicional.

Cabe destacar, sin embargo, que la posición deferencial adoptada en el caso *Chevron* no se trata de un criterio en blanco o sin precisar. Una serie de casos posteriores a *Chevron* han fijado los criterios del Tribunal Supremo norteamericano a la hora de graduar el nivel de deferencia hacia la interpretación del derecho por parte de la administración pública y, sobre todo, ofrecen una justificación y guía para la fijación del estándar de control de las administraciones públicas por parte de los tribunales norteamericanos. Sin ánimos de ser exhaustivos, el Tribunal Supremo norteamericano ha precisado lo siguiente: (1) la justificación principal, entre las varias que *Chevron* anunció, para adoptar una posición deferencial hacia la interpretación del derecho de las administraciones públicas debe hallarse en la intención del Congreso de que éstas asuman la tarea interpretativa de aquellos casos en que el Congreso no haya resuelto directamente la cuestión (ambigüedad en la ley)¹⁴⁶; (2) esta intención del Congreso no se presume, debe analizarse caso por caso si ha querido delegar la tarea interpretativa a la administración pública y, aunque exista ambigüedad en la ley, puede que el

¹⁴⁶ Véase la opinión mayoritaria, escrita por el juez SOUTER, en *United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2000). Pág. 237: “*Chevron* era simplemente un caso que reconocía que incluso sin la expresa autorización para colmar una laguna o ambigüedad en la ley, determinadas circunstancias relativas a una delegación implícita del Congreso señalaban una llamada particularmente insistente a adoptar una posición deferencial”.

Congreso desee que sean los tribunales quienes la resuelvan¹⁴⁷; (3) dos importantes indicadores de que esta delegación se ha producido y, por tanto, que debe adoptarse una posición deferencial, es que el Congreso haya articulado un procedimiento administrativo (*formal rulemaking, notice-and-comment rulemaking, formal adjudication* o, incluso, algunos casos entre medio denominados *hybrid rulemaking*) para la toma de decisiones de la administración pública¹⁴⁸ o que la decisión a tomar por parte de la administración pública sea de carácter técnico, complejo o que corresponda al día a día de sus tareas ordinarias¹⁴⁹.

Como puede observarse, en la línea de la crítica democrática formulada al Estado regulador, el Tribunal Supremo norteamericano ha justificado más su posición deferencial en cuestiones de legitimidad democrática –radica en último término en el Congreso la decisión de modular el control judicial mediante su decisión de

¹⁴⁷ *Ibidem.* en pág. 238: “nosotros pensamos, en definitiva, que los esfuerzos del Juez Scalia para simplificar la cuestión van en contra de las indicaciones del Congreso que apuntan a que diferentes leyes pueden presentar diferentes razones respecto a cómo valorar la naturaleza vinculante de las decisiones administrativas o la deferencia a adoptar ante ellas.” La opinión mayoritaria hace referencia a la opinión discrepante del juez SCALIA en el mismo caso *Mead* en la que defendía que la posición deferencial debe ser siempre presumida como regla general.

¹⁴⁸ *Ibidem.* en págs. 229-230: “es justo asumir con carácter general que el Congreso concibe una decisión administrativa con efectos jurídicos cuando establece para su adopción un procedimiento administrativo formal que garantiza la imparcialidad y la deliberación que caracteriza a una decisión de esta naturaleza”.

¹⁴⁹ Véase *Barnhart, Commissioner of Social Security v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002). Pág. 225: “la complejidad de la ley, el gran número de cuestiones que ésta contiene, y por tanto la consecuente necesidad de la experiencia y capacidad técnica de la agencia, nos conduce a nosotros a interpretar la ley en el sentido de que delega a la agencia una potestad amplia para decidir, a través de la interpretación, materias concretas dentro de su ámbito de aplicación”.

dar preferencia o no a la administración pública en la interpretación del derecho- que no en la discrecionalidad técnica. La reacción del Derecho Público norteamericano a las críticas democráticas del Estado regulador en la línea de enfatizar el procedimiento administrativo, o los valores procedimentales, se muestra muy claramente en el caso *Mead*. Sin olvidar que en algunos casos la discrecionalidad técnica puede ser una justificación válida para adoptar una posición deferencial, uno de los indicadores esenciales para reducir el control judicial será la existencia de un acto administrativo adoptado en el seno de un procedimiento administrativo donde la administración tenga que aportar motivos, razones y las partes o la ciudadanía puedan debatirlos.

En la misma dirección que la delimitación de la doctrina *Chevron*, las críticas al Estado regulador y las presiones para un mayor control del mismo, permitieron un mayor escrutinio de las decisiones discrecionales *-policies-* de la administración pública. Los administrativistas norteamericanos han señalado, casi de manera unánime a partir del caso *State Farm*¹⁵⁰, que el Tribunal Supremo a partir de los años ochenta endureció el estándar “arbitrario y caprichoso” y adoptó la que se ha denominado como la “*hard look doctrine*”: la administración pública debe dar detalladas explicaciones de sus decisiones, justificar su actuación si se aparta de sus precedentes, asegurar la participación ciudadana y de todos

¹⁵⁰ *Motor Vehicle Manufacturers' Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

los intereses en la toma de decisiones, así como considerar todas las alternativas posibles a su criterio¹⁵¹.

La *hard look doctrine* es, de nuevo, un control centrado en el procedimiento administrativo, no en el fondo de la decisión de la administración. Aquello que es objeto de control por parte del poder judicial es el marco procedimental –razones esgrimidas, consideración de alternativas, justificación de apartarse del precedente administrativo, participación ciudadana- en el que se toma la decisión. La *hard look doctrine* vino acompañada de una línea jurisprudencial que persiguió endurecer todas las fases del procedimiento administrativo o, en otras palabras, se obligó a la administración pública a tomar en serio todo los valores democráticos y de control que aquél implicaba. Así, cuando la administración pública propone la adopción de una norma, su propuesta debe incluir los fundamentos jurídicos, pero también técnicos, científicos o de oportunidad, que la sustentan¹⁵². Además, la propuesta debe tener cierta relación con la norma finalmente aprobada¹⁵³. Todo ello para proporcionar información adecuada a los ciudadanos y permitir la discusión de la propuesta en términos adecuados. Una vez hecha la propuesta y formulados los

¹⁵¹ Véase, por todos, SUNSTEIN, C.R. “Deregulation and the Hard-Look Doctrine”. *The Supreme Court Review*, vol. 1983. 1983. Págs. 177-213.

¹⁵² Véanse *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375, 393 (D.C. Cir. 1973); *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2nd Cir. 1977); *Lloyd Noland Hospital and Clinic v. Heckler*, 762 F.2d 1561, 1565 (11th Cir. 1985).

¹⁵³ Véanse *Appalachian Power Company v. Environmental Protection Agency*, 579 F.2d 846, 851 n.6 (4th Cir. 1978); *Kollet v. Harris*, 619 F.2d 134, 144 (1st Cir. 1980).

comentarios de los ciudadanos en audiencia pública, en aplicación de la *hard look doctrine* la administración pública, aunque no esté obligada a aceptarlos, debe considerarlos seriamente. Finalmente, el requisito legal de elaborar un informe final sobre el fundamento y los motivos para aprobar la norma también debe tomarse en serio como consecuencia de varios pronunciamientos de los tribunales norteamericanos¹⁵⁴.

En definitiva, la doctrina iuspublicista y los tribunales norteamericanos han reconocido desde el primer momento las peculiaridades del Estado regulador y han adoptado, también desde el primer momento, una posición deferencial hacia su aparato administrativo. Esta actitud trae causa en los postulados antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano que han debilitado el papel del derecho y del juez en el control de los poderes públicos. En el momento de advenimiento del Estado regulador –*New Deal*– la tecnocracia estaba en su momento más álgido y la posición deferencial venía marcada por el conocimiento técnico o discrecionalidad técnica del aparato administrativo del Estado regulador. En la era post-*New Deal*, con la importante crítica democrática al Estado regulador y su apuesta por la tecnocracia, los fundamentos antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano impidieron que el control judicial cobrara más protagonismo. En ese momento, se apostó por controles

¹⁵⁴ Véanse *Automotive Parts and Accessories v. Boyd*, 407 F.2d. 330, 338 (D.C. Cir. 1968); *Kennet Copper Corporation v. Environmental Protection Agency*, 462 F.2d. 846 (D.C. Cir. 1972); *International Ladies' Garment Workers' Union v. Donovan*, 722 F.2d. 795 (D.C. Cir. 1983).

extrajudiciales –de carácter parlamentario y gubernativo- y se fortaleció el procedimiento administrativo. Los tribunales no abandonaron su posición deferencial, únicamente perfilaron sus mecanismos de control que tenían más que ver con asegurar el marco o el contexto –velar por la concurrencia de todos los valores procedimentales- de la toma de decisiones de las administraciones públicas y no tanto con el control del fondo o sustantivo de las mismas.

Fruto de los postulados antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano, los tribunales, desprovistos de su neutralidad y de su pátina de meros aplicadores del derecho mediante la ciencia jurídica, han tenido que adoptar una posición deferencial ante una administración que o bien tiene mayores credenciales técnicas o una mayor legitimidad democrática (incluso las administraciones independientes). Pero esta posición deferencial, no cabe olvidarlo, viene acompañada de una elaboración doctrinal sofisticada y de la determinación de criterios claros, así como indicadores, del grado concreto de deferencia a adoptar. Una serie de tests o doctrinas - la “evidencia sustancial” en cuanto al control de los hechos, *Chevron* y sus aclaraciones posteriores en materia de deferencia hacia las interpretaciones del derecho llevadas a cabo por las administraciones públicas, y la *hard look doctrine* en cuanto al control de las *policies* o discrecionalidad de la administración pública- ofrecen guías y criterios que permiten entrever el grado concreto de deferencia que un tribunal debe adoptar ante una

decisión de la administración pública. La deferencia en este sentido es inevitable, pero está disciplinada.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE EN EL DEBATE EUROPEO

2.1. El Estado regulador como idea nuclear para la creación de las administraciones independientes en Europa

El concepto de Estado regulador ha sido ampliamente tratado, como hemos analizado, por la ciencia económica y por la ciencia política y jurídica anglosajonas¹⁵⁵. En Europa, esta nueva concepción de la naturaleza y el papel del Estado ha venido de la mano, principalmente, de la ciencia política y de la administración. En efecto, los juristas inmersos en los debates de alcance europeo, salvo excepciones, no han entrado a valorar una nueva teoría que sin duda tiene amplias implicaciones para conceptos nucleares del derecho como, por ejemplo, el principio de separación de poderes.

¹⁵⁵ Véase MAJONE, G. "Theories of regulation". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 31-34. En estas páginas MAJONE realiza un análisis exhaustivo de la evolución de la ciencia económica sobre la teoría del Estado regulador, desde su nacimiento a través de las contribuciones de GEORGE STIGLER en la década de los setenta hasta los desarrollos de la teoría de SAMUEL PELTZMAN y GARY BECKER en los ochenta. En cuanto a la ciencia política y jurídica norteamericanas, los primeros trabajos sobre el Estado regulador y las administraciones independientes se remontan a los años treinta y cuarenta con los trabajos de ROBERT E. CUSHMAN, WILSON K. DOYLE y JAMES M. LANDIS en plena explosión del *New Deal* para más adelante ser retomados por una lista inacabable de politólogos y juristas -constitucionalistas y administrativistas-norteamericanos.

Como se verá más adelante, los juristas europeos han dado por buenas las justificaciones del Estado regulador y de sus implicaciones institucionales que han venido de la ciencia política europea y se han centrado casi exclusivamente en las fórmulas o mecanismos de control de la administración independiente.

Dentro de la ciencia política europea destaca un nombre que, en la década de los noventa, forjó la base doctrinal del Estado regulador en Europa. El trabajo de GIANDOMENICO MAJONE ha tenido un gran impacto en todas las generaciones de autores -politólogos y juristas- que con posterioridad han estudiado el fenómeno de las administraciones independientes en Europa. MAJONE es el autor que introdujo en el debate europeo la corriente del Estado regulador y que defendió, tanto a través de su faceta de profesor como de consultor, la adopción por parte de la Unión Europea de la administración independiente como solución institucional. Veremos más adelante esta influencia. Ahora esbozaremos la noción de Estado regulador a través del análisis de sus escritos que, insisto, han servido de base y han sustentado el trabajo académico de principios del siglo XXI en Europa.

MAJONE, autor que desarrolló gran parte de su trabajo doctrinal en la década de los noventa, entendió esta última como la materialización de un cambio de mentalidad en Europa en cuanto a la naturaleza del Estado que empezó a fraguarse en la década de los setenta y ochenta. Desde finales de la Segunda Guerra Mundial, Europa había optado por la redistribución de la riqueza como

principal prioridad de los poderes públicos¹⁵⁶. El denominado Estado del Bienestar (*Welfare State*, *Keynesian State* o *Keynesian Welfare State*) perseguía objetivos igualitarios mediante la transferencia directa de riqueza entre grupos sociales y la provisión de bienes y servicios públicos¹⁵⁷. Para alcanzar estos objetivos, los instrumentos del Estado consistían en políticas fiscales progresivas, un elevado gasto público, planificación económica desde el Estado y la iniciativa pública en la economía. Las dos décadas que sucedieron a la Segunda Guerra Mundial vieron desarrollar a un Estado confiado en sí mismo, con capacidad para dirigir la economía y de carácter intervencionista¹⁵⁸. Para MAJONE, la máxima expresión de esta concepción del Estado predominante en Europa fue la empresa pública y en muchos casos la creación de monopolios públicos como mecanismo de intervención económica (en términos de MAJONE, *regulation through public ownership*)¹⁵⁹.

Sin embargo, ya en los años setenta, pero sobre todo en la década de los ochenta, esta concepción del Estado entró en crisis en Europa y fue sustituida por una nueva: el Estado regulador. Sin perjuicio de otras posibles, MAJONE apunta tres causas para este cambio de mentalidad. En primer lugar, la influencia norteamericana fue

¹⁵⁶ MAJONE, G. "The rise of statutory regulation in Europe". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 54-55.

¹⁵⁷ *Ibidem.* en pág. 54.

¹⁵⁸ *Ibidem.* en pág. 55.

¹⁵⁹ MAJONE, G. "Regulation and its modes". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág.11.

decisiva¹⁶⁰. Definido Estados Unidos como un Estado regulador tanto en la teoría como en la práctica, su mentalidad influyó a Europa en tres periodos distintos que fueron cambiando las estructuras del Estado europeo keynesiano. MAJONE señala una primera oleada de influencia en la creación de las entonces Comunidades Europeas, una segunda en los años setenta con la expansión de la regulación en materia medioambiental, seguridad energética y protección de los consumidores y, la más influyente, en los años ochenta con los fuertes procesos de desregulación y privatización que se sucedieron en todo el mundo.

En segundo lugar, la crisis económica de los años setenta puso en duda la viabilidad de un Estado intervencionista, con un elevado gasto público y con un papel activo en la economía¹⁶¹. MAJONE añade a esta crisis económica el aumento de los costes de los programas de redistribución de los años sesenta y setenta, así como el nacimiento de los lobbies y los grupos de presión que empezaron a poner en duda conceptos arraigados como el interés público o el interés general¹⁶². En este sentido, la política con sus divisiones y grupos enfrentados se empezó a ver cada vez más como un lastre y, por tanto, se necesitaban nuevas estructuras institucionales que la superasen.

¹⁶⁰ MAJONE, G. "The rise of statutory regulation in Europe". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 49-54.

¹⁶¹ *Ibidem.* en pág. 55.

¹⁶² *Ibidem.* en págs. 55-56.

En tercer y último lugar, MAJONE también apunta que el aumento gradual de normativa aprobada por la Unión Europea, tanto cuantitativa como cualitativamente, hizo cambiar el rumbo de Europa hacia el Estado regulador¹⁶³. En este sentido, la Unión Europea se vio forzada a desarrollarse como un Estado regulador por la falta de poderes tributarios y de gasto, sin poder seguir el camino de los Estados europeos keynesianos de los años cincuenta y sesenta¹⁶⁴. La regulación medioambiental, pero también la normativa en materia de competencia, visualizaron el desarrollo de programas regulatorios por parte de la Unión y su imposición a los Estados Miembros¹⁶⁵. Las estructuras regulatorias de la Unión Europea, así como su filosofía alejada de la intervención pública en la economía, fueron poco a poco mimetizados por sus Estados Miembros¹⁶⁶.

El resultado de todo ello fue la irrupción en Europa, ya en todo su apogeo en la década de los noventa, de una concepción del Estado que se fundamenta en la premisa del libre mercado como eje de la economía. Sin lugar a dudas, la economía basada en el libre mercado había estado presente en la Europa occidental desde la Segunda Guerra Mundial. Pero como se ha expuesto en los párrafos precedentes, las dos décadas posteriores a la contienda mundial se

¹⁶³ *Ibidem.* en págs. 56-59.

¹⁶⁴ MAJONE, G. "The regulatory state and its legitimacy problems". *West European Politics*, 22:1. 1999. Pág. 2.

¹⁶⁵ MAJONE, G. "The rise of statutory regulation in Europe". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 57-58.

¹⁶⁶ MAJONE, G. "The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union. EIPASCOPE, n°3. 1997. Pág. 2.

caracterizaron por una Europa occidental donde el libre mercado convivió con una fuerte intervención estatal en la economía que, incluso en algunos casos, lo sustituyó. El Estado regulador recobra la confianza en el mercado como un mecanismo eficiente de asignación de recursos y sitúa la eficiencia económica en el primer plano de los valores y objetivos a alcanzar¹⁶⁷.

Confiar en el mercado, sin embargo, no implica asumir que en todo caso funcione correctamente. MAJONE señala tres posibles fallos en el mercado o externalidades negativas que coinciden con la mayoría de las observadas y analizadas por los economistas del Estado regulador¹⁶⁸. La primera hace referencia a la pérdida de una real competencia en el mercado, es decir, al desarrollo de monopolios o oligopolios que impiden la determinación del precio en función de la oferta y la demanda reales. La segunda apunta a la falta o incorrecta información de los consumidores que conlleva la toma de decisiones equivocadas. La tercera asume que existen determinados tipos de bienes –se califican como públicos– que por sus características no son atractivos económicamente para los mercados y, por tanto, no quieren ser producidos u ofrecidos por carecer de un beneficio potencial en su venta. El reconocimiento de la existencia de fallos o externalidades negativas en los mercados es la segunda premisa del Estado regulador.

¹⁶⁷ MAJONE, G. “Theories of regulation”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág. 28.

¹⁶⁸ *Ibidem.* en págs. 28-29.

Si juntamos estos dos axiomas tenemos la clara imagen de la nueva concepción del Estado: el libre mercado como protagonista y la corrección de sus fallos como función principal de los poderes públicos¹⁶⁹. Esta caracterización conlleva tres importantes consecuencias que cambian la fisonomía del Estado keynesiano europeo: (1) la intervención económica directa del Estado se considera ineficiente y debe ser minimizada, desvalorizándose de este modo lo público; (2) la función de redistribución de la riqueza queda en segundo plano y (3) se produce una huida del principio democrático como valor estructurador del Estado. Veámoslo con más detalle.

Tomando en consideración los sectores nacionalizados en el Reino Unido y Francia y los debates en el seno de estos dos países, MAJONE llega a la conclusión de que la intervención pública directa en la economía es, con carácter general, una herramienta a descartar. Sus problemas, según MAJONE, son múltiples. Entre ellos, destaca la falta de determinación de objetivos claros y específicos en la gestión y la consiguiente dificultad de controlar *ex post* los logros alcanzados¹⁷⁰. Las empresas públicas, en este sentido, tienen mandatos ambiguos de protección del interés público que dificultan la gestión por resultados. También puede destacarse la falta de independencia de los responsables de las empresas públicas, que se ven sometidos a una constante injerencia por parte de miembros del

¹⁶⁹ MAJONE, G. "The rise of statutory regulation in Europe". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág. 54.

¹⁷⁰ MAJONE, G. "Regulation and its modes". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág. 12.

Gobierno tanto en la fijación de sus objetivos como en sus tareas diarias de dirección¹⁷¹. Determinar así la estrategia y objetivos a largo plazo de la empresa pública resulta casi imposible debido al desembarco diario de la política en su día a día. Finalmente, este revuelto de responsables de empresas públicas y miembros del Gobierno en la dirección comporta un problema de asignación de responsabilidades de cara a los usuarios o ciudadanos¹⁷².

En segundo lugar, la corrección de los fallos del mercado como principal función de los poderes públicos no se concibe como una tarea redistributiva de la riqueza entendida como la transferencia de recursos de un grupo social a otro¹⁷³. El mercado, como se ha apuntado, es una herramienta eficiente de organización de la economía y es el encargado de asignar los recursos. Cuando se desvía de este camino de la eficiencia, la intervención del Estado está justificada en aras de recuperarla, pero nada más. Como se ha apuntado anteriormente, esto no quiere decir que el Estado no realice funciones de redistribución de la riqueza, la cuestión es que en el Estado regulador éstas pasan a tener un papel secundario si lo comparamos con la situación en el Estado keynesiano europeo. Lo que importa es la corrección de los fallos del mercado. Esta corrección en forma de intervención de los Estados a través de la regulación es entendida y conceptualizada en términos de eficiencia –considerado el estándar de actuación de los poderes públicos- y no

¹⁷¹ *Ibidem.* en pág. 13.

¹⁷² *Ibidem.* en págs. 13-14.

¹⁷³ MAJONE, G. “Regulatory legitimacy”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 294-296.

de redistribución. En pocas palabras, a diferencia de las políticas de redistribución que siempre comportan ganadores y perdedores, este nuevo estándar denominado búsqueda de la eficiencia es entendido en teorías económicas como un juego donde todo el mundo gana, es decir, la solución a la que se llega comporta un incremento del bienestar para todos los implicados en el juego¹⁷⁴. Este concepto de eficiencia, denominado Pareto-eficiencia, si bien no el único, es el más extendido y es el que subyace en la teoría del Estado regulador de MAJONE¹⁷⁵.

Muy relacionado con esta segunda característica se encuentra el fenómeno de la huida del principio democrático del Estado regulador. MAJONE sostiene que la legitimidad democrática era, y continua siendo importante, cuando el Estado desea ejercer políticas de redistribución de la riqueza¹⁷⁶. En estos casos el juego impone ganadores, pero también perdedores y, por tanto, es importante que la lógica de la legitimidad de las mayorías democráticas esté presente en la justificación de este tipo de decisiones. Ahora bien, en un Estado donde las políticas de redistribución de la riqueza son secundarias y se asume como principal tarea la corrección de los fallos del mercado en busca de la eficiencia, entendida ésta en el sentido de Pareto, ya no parece ser tan necesaria la legitimidad

¹⁷⁴ *Ibidem*. en pág. 294.

¹⁷⁵ MAJONE, G. “Theories of regulation”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág. 28.

¹⁷⁶ MAJONE, G. “Regulatory legitimacy”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Pág. 296.

- “The Agency Model: The Growth of... Pág. 2.

democrática: el resultado será aceptado por todos los implicados en el juego porque todos ellos, sin excepción, salen beneficiados. De nuevo esto no quiere decir que el principio democrático quede abandonado, se debe mantener para las políticas de redistribución, pero para llevar a cabo aquellas que no tengan esta naturaleza el Estado regulador abre la puerta a nuevas instituciones que no tienen por qué responder, e incluso es mejor que no lo hagan, a lógicas democráticas¹⁷⁷.

Esta huida del principio democrático viene acompañada por una crisis de confianza en la política. Ésta es concebida negativamente desde dos vertientes. La primera, fruto de la experiencia histórica de la intervención pública en la economía del Estado keynesiano europeo, entiende a la política como una injerencia en la gestión técnica o científica de las empresas que lo único que generó fue un sector público ineficiente, sobredimensionado y costoso¹⁷⁸. La segunda, ya más de carácter normativo, concibe a la política como una herramienta ineficaz para la tarea del Estado regulador, es decir, para la corrección de los fallos del mercado. La tarea de buscar la eficiencia del mercado debe reservarse a los expertos, no a los políticos. MAJONE, a lo largo de toda su obra, repite con insistencia que la política debe separarse de la economía o que deben despolitizarse las decisiones en materia económica¹⁷⁹. En este

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ MAJONE, G. "Regulation and its modes". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 11-15.

¹⁷⁹ MAJONE, G. "Regulatory legitimacy". En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 296-299.

sentido, la búsqueda de la eficiencia del mercado, que insistimos no se concibe como una tarea redistributiva, debe basarse en criterios técnicos y la única legitimidad que necesita es la de los expertos. La política en todo caso debe reservarse para las decisiones redistributivas y mantenerse alejada de las tareas técnicas de regulación del mercado.

Como puede observarse, todas estas características del Estado regulador apuntan a un cambio de valores en el pensamiento dominante europeo. Donde antes era valorado lo público, la política y el principio democrático, ahora sobresale el mercado (lo privado), la ciencia o técnica y otros valores asociados a éstos que enseguida analizaré en el estudio de la administración independiente como son la credibilidad, la reputación o la neutralidad¹⁸⁰. Sobre todo, este cambio de valores se aprecia en una nueva búsqueda de fuentes de legitimidad para el Estado regulador. Si el Estado keynesiano europeo se basaba fundamentalmente en la democracia –ya sea directa o indirecta- como principal fuente de legitimación del poder público, el Estado regulador buscará sus fuentes en la denominada legitimidad sustantiva (basada en la ciencia y la técnica, en el éxito en los resultados, en la reputación y trayectoria) o en la

-
- “Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards”. *European Law Journal*, Vol. 4, n° 1. 1998. Pág. 28.
 - “The regulatory state and its legitimacy problems... Pág. 21.
 - “The Credibility Crisis of Community Regulation”. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, n°2. 2000. Pág. 285.

¹⁸⁰ MAJONE, G. “The Agency Model: The Growth of... Pág. 2.

procedimental (en el diseño de procesos y en la participación en los mismos)¹⁸¹.

Los estudiosos de la administración independiente en Europa posteriores a los trabajos de MAJONE no han cuestionado la premisa de partida asentada en la década de los noventa por éste último: tanto los Estados Miembros como la propia Unión Europea se han convertido en Estados reguladores. La mayoría de ellos dedican unas pocas líneas en sus introducciones, señalando al Estado regulador como base doctrinal para la administración independiente, para rápidamente centrarse en esta última. En todo caso, MAJONE se convierte siempre en la cita de autoridad principal. De este modo, los estudiosos de las administraciones independientes de la primera década del siglo XXI conciben al Estado regulador como realidad subyacente y premisa inalterable y se interesan en la administración independiente como una de sus principales manifestaciones. Se preocupan, por tanto, por la solución institucional del Estado regulador –su grado de autonomía, su mayor o menor control, sus relaciones con los demás poderes públicos- pero no en el Estado regulador mismo como sustento y teoría de la administración independiente.

A corte de ejemplo, COHEN y THATCHER en el año 2005 señalaron que Europa había experimentado, desde los años ochenta, un cambio en la manera de ejercer el poder público. En menos de dos

¹⁸¹ MAJONE, G. “Regulatory legitimacy”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 291-296.

párrafos describen como la proliferación de las administraciones independientes constituyó una transformación de la fisonomía de los Estados que, desde los años cuarenta, habían ejercido amplios poderes en la economía a través de la intervención pública, los monopolios públicos o las subvenciones¹⁸². En un artículo posterior, en el año 2008, también de manera sucinta, los mismos autores denominan este cambio como el paso de la intervención económica directa a la gobernanza delegada cuya principal manifestación es la administración independiente como clave de bóveda institucional¹⁸³. En el mismo sentido, GILARDI, también en apenas un párrafo, enfatiza la transformación de los Estados en cuanto a su naturaleza y funciones durante la década de los noventa. En esos años los Estados, sobre todo en determinados sectores económicos, abandonaron su tradicional intervencionismo económico con objetivos de redistribución y estabilización y pasaron a desempeñar tareas de regulación mucho menos intrusivas para el libre mercado¹⁸⁴.

La acogida de esta concepción del Estado regulador defendida por MAJONE en el debate académico sobre las administraciones independientes creadas por el Derecho de la Unión ha sido discutida

¹⁸² COEN, D.; THATCHER, M. “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators. *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, nº 18, 2005. Pág. 330.

¹⁸³ COEN, D.; THATCHER, M. “Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”. *International Public Policy*, nº 28, I. 2008. Pág. 49.

¹⁸⁴ GILARDI, F. “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis”. *Journal of European Public Policy*, 9:6. 2002. Pág. 873.

por muy pocos autores. CAPORASO, otro politólogo que desarrolló su trabajo en la década de los noventa, concibió a la Unión Europea en cuanto organización como una mezcla entre el Estado tradicional, el Estado regulador y el Estado post-moderno¹⁸⁵. Uno de los pocos juristas europeos que ha estudiado estas cuestiones, DEHOUSSE, a través de un análisis de los textos de los tratados de la Unión en 1998, dudaba si calificar a la Unión Europea como un sistema basado en el parlamentarismo o en el Estado regulador¹⁸⁶. Pero más allá de estas excepciones, nadie discute que a partir de la década de los noventa la mejor manera de definir tanto a la Unión como a los Estados Miembros es apelando a la etiqueta del Estado regulador¹⁸⁷.

En consecuencia, la tendencia hacia el Estado regulador no solamente puede observarse en los Estados europeos, sino también se aprecia que la Unión Europea sigue el mismo camino. Tanto el propio MAJONE, como los autores posteriores a él, no lo dudan. Según MAJONE, la Unión Europea ha experimentado un continuo aumento cuantitativo de sus competencias a través de las sucesivas

¹⁸⁵ CAPORASO, J.A. "The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern?". *Journal of Common Market Studies*, Vol. 24, nº1. 1996. Págs. 29-52.

¹⁸⁶ DEHOUSSE, R. "European Institutional Architecture After Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?". *Common Market Law Review*, nº 35. 1998. Págs. 595-627.

¹⁸⁷ Véase MAGNETTE, P. "The Politics of Regulation in the European Union". En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU...* Págs. 3-23, así como CHRISTENSEN, T.; LAEGRID, P. "Agencification and regulatory reforms". En: CHRISTENSEN, T.; LAEGRID, P. (eds.). *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*. Edward Elgar Publishing. 2006. Págs. 11-12.

reformas de los Tratados que no ha ido acompañado por un aumento paralelo de su presupuesto¹⁸⁸. Esta combinación de mayores competencias con presupuestos limitados, impulsó a las instituciones de la Unión a concebirse a sí mismas como un Estado regulador supranacional, es decir, centrarse en tareas de regulación de los mercados sin asumir –con carácter general- políticas redistributivas. Este aumento de competencias, por tanto, fue canalizado por la Unión como un aumento de sus tareas de regulación de los mercados. En términos de MAJONE, esta elección a favor del Estado regulador fue forzada por las limitaciones presupuestarias de la Unión¹⁸⁹.

Aquellos autores post-MAJONE que han abordado el estudio de las administraciones independientes creadas por el Derecho de la Unión también parten de la premisa que la Unión es una especie de entidad supranacional reguladora. EBERLEIN y GRANDE destacan que la Unión se centra en cuestiones regulatorias, no en políticas redistributivas de la riqueza¹⁹⁰. Asimismo, RANDALL no pone en cuestión que la Unión Europea es una organización que se centra en políticas regulatorias y no en la prestación de servicios o bienes

¹⁸⁸ MAJONE, G. “The European Commission as regulator”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 63-66.

¹⁸⁹ *Ibidem.* en pág. 65.

¹⁹⁰ EBERLEIN, B.; GRANDE, E. “Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state”. *Journal of European Public Policy*, 12:1. 2005. Pág. 89.

públicos ni en la búsqueda de objetivos redistributivos de la riqueza¹⁹¹.

Que esta realidad fuera observada como una existencia inapelable por la mayoría de los observadores no quiere decir que no se alzarán voces en contra del Estado regulador en Europa. Por un lado, desde la propia teoría del Estado regulador se ha advertido que en muchas ocasiones se toman decisiones en condiciones de incertidumbre y falta de información y, por tanto, la decisión acaba tomando en consideración valores sociales y políticos ajenos a la ciencia o la técnica¹⁹². Por el otro, algunos autores han defendido que los Estados europeos, así como también la Unión Europea, realizan, en muchas más ocasiones de las que se piensa, más funciones redistributivas que estrictamente regulatorias en los términos de MAJONE (o, en todo caso, la distinción entre ambas funciones no está clara en casos concretos)¹⁹³. Piénsense en las finalidades de redistribución y solidaridad de programas de la Unión como el Fondo Europeo de Desarrollo Regional ("FEDER"), el Fondo Social Europeo ("FSE") o los Fondos de Cohesión. Mayoritariamente, los críticos del Estado regulador europeo (tanto en la Unión como en

¹⁹¹ RANDALL, E. "Not that soft or informal: a response to Eberlein and Grande's account of regulatory governance in the EU with special reference to the European Food Safety Authority (EFSA)". *Journal of European Public Policy*, 13:3. 2006. Pág. 402.

¹⁹² EVERSON, M.; VOS, E. "European Risk Governance in a Global Context". En Vos, E. (ed.). *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*. Connex Report Series, nº6. 2008. Págs. 10-16.

¹⁹³ FOLLESDAL, A.; HIX, S. "Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik". *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, nº 3. 2006. Págs. 542-544.

los Estados Miembros, pero con un reflejo más claro en el seno de la primera) han alegado un continuo déficit democrático en Europa que únicamente puede solucionarse con una mayor participación y control de las instituciones por parte de la ciudadanía.

Estas críticas resaltan el carácter ideológico del Estado regulador y sus técnicas de gestión del espacio público. Sus defensores han defendido la supuesta neutralidad del Estado regulador como fórmula de gestión de lo público. Esta neutralidad contrastaría con el Estado keynesiano europeo, en el que las tomas de decisiones se caracterizarían por su carácter valorativo, redistributivo y marcadamente político. El Estado regulador, con su apuesta por el libre mercado, la tecnocracia de la gestión económica y científica del mismo, el alejamiento de la política y de la democracia, o su devoción por el valor de la eficiencia, se ofrece como una alternativa aséptica y neutral para la gestión de la cosa pública. Sin embargo, los valores que realza el Estado regulador no son en sí mismos neutrales. Por un lado, como alguna crítica ha señalado, la tarea neutral de regulación de los mercados esconde en muchas ocasiones verdaderas decisiones valorativas o redistributivas. Por el otro, optar por la tecnocracia y alejarse de la democracia y de la política es una opción ideológica en sí misma.

Asimismo, en el capítulo precedente se ha argumentado que el advenimiento del Estado regulador en Estados Unidos y la eclosión de la administración independiente acontecieron bajo unas premisas ideológicas muy diferentes a las europeas. El Estado regulador

norteamericano que surgió con el *New Deal* fue una reacción a una crisis de confianza en el mercado como mecanismo adecuado de asignación de recursos, un intento de aumentar los poderes del Estado en el control del mismo, así como de encontrar mecanismos alternativos al mercado y relanzar la política, la planificación gubernamental y la intervención social de los poderes públicos. El Estado regulador de los años del *New Deal* estuvo acompañado de una fuerte carga política, persiguió cambiar la realidad económica y social y creyó en la redistribución de la riqueza como función esencial del Estado. En este sentido, en los años noventa los defensores del Estado regulador en Europa añadieron un componente de neutralidad y apoliticidad basado en la ciencia y la técnica del que carecía por completo el Estado regulador norteamericano de los años del *New Deal*. La creencia en la tecnocracia en esa época –en el sentido de tenerla en cuenta en el debate público y en la toma de decisiones- no era incompatible con la apuesta a favor de la acción política y social.

Las reacciones y críticas al Estado regulador norteamericano en la era post-*New Deal* han enfatizado todavía más la naturaleza política de las actuaciones de los poderes públicos en el marco de la regulación de los mercados. La búsqueda del reequilibrio de poderes con el aumento de facultades de control del Congreso y Presidente norteamericanos sobre las administraciones independientes es una buena muestra que en Estados Unidos en ningún momento se creyó que la tarea de regulación de los mercados era de carácter aséptico y neutral. Asimismo, la necesidad

de reforzar el procedimiento administrativo, de articular seriamente los principios de transparencia y participación de la ciudadanía en la toma de decisiones del aparato del Estado regulador, también demuestran la firme creencia en Estados Unidos que la función de regulación de los mercados no es una mera tarea técnica.

La aportación más original de los defensores del Estado regulador en Europa respecto a la forma que adopta éste en Estados Unidos radica en la defensa de un fuerte componente crítico con la democracia y la política. El Estado regulador en Estados Unidos, tanto en su nacimiento como en su evolución posterior, no ha llevado consigo este componente. Estados Unidos ha oscilado entre una fuerte creencia en la tecnocracia y en la necesidad de acabar con el partidismo –época del *New Deal*- y una crisis de la misma a partir de la década de los sesenta, pero en ningún caso se ha negado la naturaleza política del Estado regulador, más allá del intento de acabar con las luchas partidistas que supone la apuesta de la administración independiente.

En todo caso, el Estado regulador teorizado en Europa, con este fuerte componente crítico con la democracia y la política, siempre tiene que tener presente que adolece de un déficit democrático –en el sentido electoral- y debe justificar su elección por fórmulas tecnocráticas de gestión del espacio público. Es importante resaltar que el Estado regulador constituye un cambio de paradigma en la gestión del poder público en el que la democracia –en el sentido electoral- y la política pierden protagonismo en favor de la

tecnocracia. Este cambio de paradigma no es neutral, entraña una apuesta ideológica que realza otros valores diferentes a los existentes hasta ese momento y, en ningún caso, estos nuevos valores son en sí mismos neutrales. En Europa, a diferencia de Estados Unidos donde el aparato administrativo no estaba tan desarrollado con el advenimiento del Estado regulador a principios del siglo XX, este cambio de paradigma significa, desde el punto de vista de un Estado keynesiano, un retroceso en el papel del Estado en la gestión de la economía y de la vida pública. En pocas palabras, se abandona una manera de concebir el Estado y se alumbraba una nueva con nuevos valores, argumentos y soluciones institucionales.

2.2. La administración independiente como clave de bóveda institucional del Estado regulador: su impulso doctrinal

Es en el seno de esta nueva concepción del Estado regulador forjada doctrinalmente en los años noventa y consolidada en la primera década del siglo XXI en el que la administración independiente va a encontrar un sustento para crecer tanto en los Estados europeos como en la propia Unión Europea. La administración independiente es la solución institucional del Estado regulador, es decir, sus características están moldeadas para satisfacer las necesidades y funciones del mismo. En el seno del debate europeo, a continuación se analizan las razones doctrinales para crear este tipo de organización administrativa y, asimismo, se estudian los rasgos que

dibujan sus contornos. Finalmente se aborda la influencia del pensamiento anglosajón, en especial el norteamericano, en el planteamiento del debate europeo sobre la administración independiente.

a) Las razones doctrinales para crear administraciones independientes

La mencionada huida del principio democrático y la crisis de la política como características del Estado regulador comportan, para los defensores de las administraciones independientes, el abandono del concepto de administración pública dirigida de cerca por instituciones democráticas –Parlamento y Gobierno- que imperó en Europa hasta la década de los noventa. El problema de esta vieja concepción en la que el aparato administrativo se encuentra jerárquicamente subordinado a instituciones democráticas, es que adolece de la capacidad de asumir compromisos creíbles a largo plazo de cara a los mercados y actores privados¹⁹⁴.

Y esto es así por dos motivos. En primer lugar, la propia democracia, a través de la llamada periódica en el tiempo a los ciudadanos para que expresen su opinión a través del voto, constituye por definición instituciones –Parlamentos y Gobiernos-

¹⁹⁴ MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Págs. 4 y 9; GILARDI, F. “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies... Págs. 874-876 y 888-890; KRAPOHL, S. “Credible Commitment in Non-Independent Regulatory Agencies: A Comparative Analysis of the European Agencies for Pharmaceuticals and Foodstuffs”. *European Law Journal*, vol. 10, nº 5. 2004. Págs. 521-523.

con mandatos de dirección de la cosa pública limitados en el tiempo¹⁹⁵. Las políticas públicas, por tanto, están sujetas a revisiones periódicas y pueden ser cambiadas en función de las mayorías democráticas coyunturales. En segundo lugar, las decisiones de las instituciones democráticas a corto plazo pueden no coincidir, por meros intereses electorales, con las que serían deseables a largo plazo¹⁹⁶. En este sentido, los intereses políticos o de partido impiden tomar decisiones de largo recorrido o estratégicas.

Se argumenta, por tanto, que un aparato administrativo liderado por instituciones democráticas se ve afectado por una dirección cambiante en el tiempo y se encuentra sujeto por la política y los intereses electorales cuya lógica impide la asunción de decisiones y políticas públicas estratégicas y con continuidad. Las políticas de regulación, es decir, la supervisión de los mercados y su corrección requieren una acción continuada y, por tanto, que los actores que concurren en el libre mercado perciban compromisos de actuación a largo plazo de las instituciones que los supervisan para, de este

¹⁹⁵ MAJONE, G. "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach". *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 157, 2001. Págs. 61-63.

- "Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relation in EU Governance". *European Union Politics*, nº 2. 2001. Págs. 105-107.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

modo, invertir y operar en el mercado con seguridad y tranquilidad¹⁹⁷.

La delegación de estas funciones regulatorias por parte de las instituciones democráticas a la administración independiente, caracterizada por gozar de autonomía en su toma de decisiones respecto a las primeras y por quedar al margen del juego democrático y de la política, permitiría asumir compromisos a largo plazo y solucionar este problema intrínseco de falta de credibilidad y de estabilidad de las decisiones en una democracia¹⁹⁸. La administración independiente permitiría asumir compromisos a largo plazo gracias a su aislamiento de la política y, por tanto, la despolitización de sus decisiones¹⁹⁹.

Conjuntamente con la huida del principio democrático y la crisis de la política, la necesidad de tomar decisiones basadas en la técnica y la ciencia es un argumento más a favor de la administración

¹⁹⁷ THATCHER, M. “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”. *West European Politics*, 25:1. 2002. Págs. 130-131; WONKA, A.; RITTBERGER, B. “Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies”. *West European Politics*, 33:4, 2010. Págs. 734-736.

¹⁹⁸ MAJONE, G. “Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance... Págs. 65-67; KRAPOHL, S. “Credible Commitment in Non-Independent Regulatory Agencies... Págs. 523-525; GEHRING, T.; KRAPOHL, S. “Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMEA and the authorization of pharmaceuticals in the European Single Market”. *Journal of European Public Policy*, 14:2. 2007. Págs. 210-211.

¹⁹⁹ FLINDERS, M; BULLER, J. “Depoliticization, Democracy and Arena Shifting”. En: CHRISTENSEN, T.; LAEGRID, P. (eds.). *Autonomy and Regulation...* Págs. 58-62.

independiente entre sus defensores²⁰⁰. La función de regulación de los mercados requiere un conjunto de conocimientos técnicos y científicos que los políticos no poseen. Para ejercer una correcta función de regulación, es decir, para corregir los fallos de los mercados y buscar la eficiencia, se requieren no únicamente conocimientos económicos de funcionamiento de los mercados, también provenientes de otras disciplinas. Entre ellas y siempre dependiendo del mercado objeto de regulación, la química, la medicina, las distintas ingenierías, las ciencias medioambientales o las tecnologías de la información. Tómese como ejemplo la regulación del mercado de la electricidad. Además de expertos en el conocimiento económico del mercado eléctrico, es decir, aquellos que conocen los productos, las transacciones de compraventa y la estructuración de la oferta y la demanda, se requiere una plétora de especialistas que estén familiarizados con los procesos técnicos de generación y distribución de la electricidad –diseño, interconexión y explotación de las infraestructuras eléctricas-, la seguridad de las redes, el impacto medioambiental del mercado eléctrico o la interrelación, complementariedad o sustitución de las distintas fuentes de generación de electricidad hoy en día disponibles.

²⁰⁰ POLLIT, C.; BATHGATE, K.; CAULFIELD, J.; SMULEN, A.; TALBOT, C. “Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion”. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, nº 3. 2001. Págs. 276-279; MAGNETTE, P. “The Politics of Regulation in the European Union... Págs. 3-23; ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited”. *European Policy Institute Network, Working Paper*, nº19, 2008. Pág. 6; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Delft: Eburon, 2009. Págs. 17-18; BUSUIOC, E.M. *The Accountability of European Agencies. Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon, 2010. Págs. 3 y 15.

En este sentido, se concibe la función de regulación de los mercados como una tarea compleja desde el punto de vista técnico y científico²⁰¹. Para hacer frente a esta complejidad y la necesidad de adoptar un enfoque multidisciplinar desde el punto de vista científico, es necesario diseñar unos poderes públicos con el suficiente nivel de conocimientos especializados sobre el mercado al que se les encarga su supervisión. Los teóricos de la administración independiente apuntan que ésta es la mejor opción si lo que se persigue es tomar decisiones basadas en la ciencia y la técnica en aquellas tareas donde se persiga la eficiencia en sentido de Pareto²⁰². Con una dirección con conocimientos sobre el mercado regulado, protegida de la intrusión de la política, y un personal a su servicio escogido en función de su calificación científica y técnica que la asesore, las decisiones de las administraciones independientes tendrán las mejores credenciales científicas y técnicas posibles. El objetivo, por tanto, es pasar de una administración política a una administración profesional y técnica que vendría representada por la administración independiente²⁰³.

²⁰¹ THATCHER, M. "Delegation to Independent Regulatory Agencies... Págs. 131-132.

²⁰² MAJONE, G. "Regulatory legitimacy". En: Majone, G. *Regulating Europe...* Pág. 296.

- "The Agency Model: The Growth of... Pág. 2.

²⁰³ LEVI-FAUR, D. "Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space". *Journal of European Public Policy*, 18:6. 2011. Págs. 811-812.

Obsérvese que esta confianza en la ciencia y la técnica está muy relacionada con una de las características del Estado regulador anteriormente apuntadas. La tarea de regulación de los mercados no es vista como un arbitrio o una solución entre valores políticos o sociales contrapuestos. No se trata de decidir dónde se obtienen recursos públicos, como se asigna un gasto público o como se escoge entre varios cauces o alternativas posibles que comportan escenarios distintos de ganadores o perdedores. Todo lo contrario, la regulación de los mercados es vista como una actuación aséptica, técnica en su naturaleza, neutral y que comporta un beneficio para todos (eficiencia en sentido de Pareto). Es por este motivo que no existe ningún problema de fondo para extraer esta función del juego democrático y de la política –donde se deben ventilar los conflictos entre intereses y grupos sociales- y asignarla a los técnicos y científicos integrados en una administración independiente que como institución los protege de las injerencias de la política y del debate democrático.

Además de atesorar el conocimiento técnico y científico necesarios para acometer la tarea de regulación de los mercados, la administración independiente es la mejor organización posible de los poderes públicos en otro sentido que tendrá importantes consecuencias para entender el principio de separación de poderes subyacente al Estado regulador. La concentración en una sola institución de los tres poderes clásicos – normativo, ejecutivo y resolución de conflictos, es decir, la función judicial o cuasi judicial- es una gran ventaja para hacer frente a una tarea como la

regulación de los mercados que es entendida como compleja, cambiante y dirigida a un número muy elevado de ciudadanos y empresas (destinatarios de la regulación múltiples y variados)²⁰⁴. Para ejercer esta función se necesitan conocimientos técnicos, pero también una rápida capacidad para adaptarse a los nuevos acontecimientos y requerimientos de los mercados. La regulación aprobada por el legislador difícilmente podrá predecir toda la casuística del día a día de la regulación y, además, rápidamente se convertirá en material obsoleto debido a la rápida evolución tecnológica de los mercados.

El derecho –o las normas aprobadas por el legislador- que acompaña al Estado regulador debe ser, por tanto, poco detallado, mucho más basado en principios, criterios y guías que en normas detalladas y cerradas. En definitiva, el nuevo Estado regulador lleva consigo una nueva manera de entender el derecho que se caracteriza, principalmente, por la poca precisión del legislador que deja, mediante un lenguaje basado en principios y criterios, un margen de discrecionalidad amplio al poder ejecutivo. Éste, poco atado a una normativa rígida, tiene que tener la capacidad para adaptarla rápidamente a las nuevas circunstancias y resolver los problemas diarios, casuísticos, a los que se enfrentan los mercados²⁰⁵. La administración independiente, con un personal

²⁰⁴ MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Pág. 5.

²⁰⁵ THATCHER, M; STONE SWEET, A.; “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions”. *West European Politics*, vol. 25, issue 1. 2002. Pág. 4; SCHNEIDER, J.P. “A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine”. *Administrative Law Review*, nº 29. 2009. Pág. 30.

capacitado técnica y científicamente en sus filas, que tiene capacidad normativa para moldear y precisar una normativa de carácter general aprobada por el poder legislativo, aplicarla y hacerla efectiva caso por caso entre los operadores del mercado y resolver los conflictos que surjan entre ellos, se concibe como la mejor herramienta dentro del poder ejecutivo para ejercer el poder público en el Estado regulador²⁰⁶.

Además de estas tres razones –credibilidad y continuidad de las decisiones regulatorias, confianza en la ciencia y la técnica, concentración de los poderes públicos en una sola institución– aparece otra que, sin lugar a dudas, ha tenido también mucho predicamento en la defensa doctrinal de la administración independiente. Popularizada en primer lugar por MAJONE y después defendida por otros autores, su formulación sería la siguiente: la regulación a través de la información²⁰⁷. Con ello quiere expresarse que en el Estado regulador ya no es solamente importante la información como elemento de base para la toma de decisiones regulatorias, sino que la propia información es ya una política regulatoria en sí misma²⁰⁸. En este sentido, la regulación a través de la información sustituye la dirección jerárquica y autoritaria de la administración tradicional por el suministro de información que

²⁰⁶ MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Pág. 9.

²⁰⁷ MAJONE, G. “The new European agencies: regulation by information”. *Journal of European Public Policy*, 4:2. 1997. Págs. 262-275; EBERLEIN, B.; GRANDE, E. “Beyond delegation: transnational regulatory regimes... Pág. 101; WONKA, A; RITBERGER, B. “Credibility, Complexity and Uncertainty... Pág. 736.

²⁰⁸ MAJONE, G. “The new European agencies: regulation by information... Pág. 264.

incentive y sugiera el cambio de conductas de los agentes del mercado²⁰⁹. Para ello es necesario que la institución que proporcione esta información y por tanto regule el mercado a través de la misma sea creíble y tenga una reputación entre todos los operadores. La administración independiente, por su prestigio científico y técnico, así como por su neutralidad política, es de nuevo la mejor opción para proporcionar información creíble e influir en los agentes del mercado²¹⁰.

Otra razón de menos relevancia entre la doctrina pone el acento en la oportunidad de los políticos de traspasar su responsabilidad a terceros a través de la delegación a las administraciones independientes²¹¹. Cuando la política tiene que tomar decisiones que son impopulares, una manera de evitar el desgaste es delegar estas decisiones en administraciones independientes que por su naturaleza no responden a la política. Esta razón no parece muy acorde con las teorías del Estado regulador y, por este motivo, ha sido alegada por pocos. Finalmente, algunos autores han intentado explicar la creación de las administraciones independientes y su expansión no tanto en los argumentos que hemos expuesto, calificados como funcionales, si no más bien a través de teorías sociológicas (el cambio institucional se produce a través del

²⁰⁹ *Ibidem.* en págs. 267-269.

²¹⁰ *Ibidem.* en págs. 270-271.

²¹¹ THATCHER, M; STONE SWEET, A.; “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions... Pág. 4; THATCHER, M. “Delegation to Independent Regulatory Agencies... Pág. 131; MAGNETTE, P. “The Politics of Regulation in the European Union... Págs. 3-23; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 17-18.

mimetismo y la coerción)²¹² o históricas (las instituciones existentes y el pasado institucional influyen en las decisiones a tomar)²¹³. Pero todas ellas son corrientes minoritarias en contraposición a los argumentos “funcionales” que son los imperantes en el discurso del Estado regulador en Europa.

Los autores que han estudiado el auge de la administración independiente en el Derecho de la Unión Europea añaden dos razones más, como consecuencia de las especificidades de la Unión como organización supranacional, a las anteriormente aludidas. En primer lugar, el aumento continuo de las competencias de la Unión y su canalización hacia funciones de regulación de los mercados, provocó en la década de los noventa y principios del siglo XXI un evidente déficit institucional de la Unión²¹⁴. Los problemas ya conocidos resultantes de confiar en los aparatos administrativos de los Estados Miembros para implementar sus decisiones – principalmente, incumplimientos o demoras²¹⁵, conjuntamente con

²¹² THATCHER, M. “The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation”. *Journal of European Public Policy*, 18:6, 2011. Pág. 792.

²¹³ *Ibidem.* en págs. 793-795.

²¹⁴ KREHER, A. “Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe”. *Journal of European Public Policy*, 4:2. 1997. Págs. 227-229;

MAJONE, G. “The Credibility Crisis of Community Regulation... Págs. 279-284.

- “The European Commission: The Limits of Centralization and the Perils of Parliamentarization”. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 15, nº.3. 2002. Pág. 391.

²¹⁵ GROENLEER, M.; VERSLUIS, E.; KAEDING, M. “Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation”. *Journal of European Public Policy*, 17:8. 2010. Pág. 1214.

este aumento de responsabilidades materiales de la Unión, plantearon la necesidad de reformar su poder ejecutivo, es decir, la Comisión Europea, para dotarlo de mayor capacidad institucional para hacer frente a los objetivos regulatorios fijados en los Tratados en campos tan diversos como la energía, las telecomunicaciones o los transportes²¹⁶. La creación de administraciones independientes, entendidas como herramienta idónea del Estado regulador, respondió a este intento de solucionar el déficit institucional de la Unión Europea en cuanto a la mejora de su capacidad para implementar sus políticas regulatorias²¹⁷.

En segundo lugar, dejando de lado esta necesidad de dotarse de mayor robustez institucional, el auge de las administraciones independientes en el seno del Derecho de la Unión es debido, según algunos autores, a las relaciones o luchas entre las distintas instituciones de la Unión Europea entre sí y con los propios Estados Miembros²¹⁸. La lucha de poder entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos ha ido alentando o frenando las distintas oleadas de creación de las administraciones independientes dependiendo de cómo eran observadas en términos de ganancia o pérdida de poder por parte de cada una de las instituciones de la

²¹⁶ VOS, E. “Reforming the European Commission: What the Role to Play for EU Agencies?”. *Common Market Law Review*, nº 37. 2000. Págs. 1113-1116.

²¹⁷ *Ibidem.* en págs. 116-1120; GRONNEGAARD, J.; LEHMANN, V. “Administrative capacity, structural choice and the creation of EU agencies”. *Journal of European Public Policy*, 17:2. 2010. Pág. 198; SCHOUT, A.; PEREYRA, F. “The Institutionalization of EU Agencies: Agencies as ‘Mini Commissions’”. *Public Administration*, Vol. 89, nº 2. 2011. Pág. 420.

²¹⁸ DEHOUSSE, R. “Delegation of powers in the European Union: The need for a multi-principals model”. *West European Politics*, 31:4. 2008. Págs. 795-800.

Unión²¹⁹. Asimismo, la Comisión y los Estados Miembros también han concebido la administración independiente como una institución que puede favorecer a uno u otro en cuanto a sus relaciones de poder²²⁰.

Ya sea a nivel de los Estados Miembros o de la Unión Europea, los defensores del Estado regulador han concebido a los organismos reguladores organizados bajo la fórmula de la administración independiente como la solución institucional ideal. Éstos encarnan y potencian los nuevos valores del Estado regulador: se conciben como una carcasa protectora de la tecnocracia, bajo la cual ésta puede tomar las decisiones adecuadas lejos de la presión de los ciclos electorales y de la política. Los organismos reguladores, con los atributos que a continuación se describen, podrán supervisar y controlar el libre mercado, velando por la libre competencia y corrigiendo los fallos o externalidades de éste. Cumplirán estas funciones regulatorias –que se caracterizan como supervisoras y correctoras, no interventoras- aplicando criterios técnicos lejos de la política y la valoración subjetiva. Si el Estado regulador teorizado en Europa es una opción ideológica que persigue los valores de la eficiencia económica en la gestión de lo público, el resalzamiento de la tecnocracia y la apuesta por un papel menos reducido de la política, el organismo regulador concebido como una administración independiente constituye su principal herramienta

²¹⁹ KELEMEN, D.R. “The Politics of ‘Eurocratic’ Structure and the New European Agencies”. *West European Politics*, 25:4. 2002. Págs. 111-112.

²²⁰ FLINDERS, M. “Distributed public governance in the European Union”. *Journal of European Public Policy*, 11:3. 2004. Págs. 539-541.

institucional para alcanzar sus objetivos y poner en práctica sus valores.

b) La configuración institucional de las administraciones independientes

Bajo estas premisas, el ideal institucional del Estado regulador para los autores europeos sería una agencia que reuniría las siguientes características: (1) independencia o autonomía frente a los ciudadanos-votantes y las instituciones representativas o elegidas por éstos –Parlamento y Gobierno; (2) una dirección y un personal con credenciales técnicas y científicas sobre su ámbito material de actuación; y (3) poderes y potestades suficientes para ejercer sus competencias.

Evidentemente no se concibe la independencia o autonomía de las administraciones independientes en el vacío, es decir, siempre habrá relaciones de control *ex ante* y *ex post* que ejercerán los ciudadanos, el Parlamento, el Gobierno y el Poder Judicial²²¹. Con este concepto de autonomía se quiere indicar que la administración independiente estará apartada del juego democrático habitual, de los intereses de partido y de la política en general. Incluso se va más allá y se la concibe como una institución de carácter contramayoritario a imagen y semejanza de la caracterización de los

²²¹ Véase supra, Capítulo I de este trabajo para una aproximación de la situación en Estados Unidos en cuanto a las implicaciones que tiene el Estado regulador en las relaciones de la administración independiente con el resto de poderes públicos y, sobre todo, cómo se concibe su control.

tribunales en una democracia²²². Asimismo, es habitual entre los estudiosos de la administración independiente hablar de grados de autonomía o de mayor o menor separación de la administración independiente respecto a las instituciones representativas de las cuales depende²²³.

Los mecanismos para dotar a la administración independiente de este estatus de autonomía son diversos. En primer lugar, se le reconoce personalidad jurídica propia para operar en el ordenamiento jurídico²²⁴. Este instrumento permite, como mínimo, una separación formal –otra cosa es la real– del resto de instituciones representativas, en especial, separa a la administración independiente del resto del aparato administrativo del Estado que depende jerárquicamente del Gobierno²²⁵. En segundo lugar, las instituciones representativas únicamente tienen el poder inicial de nombramiento de los miembros que componen la dirección de la administración independiente, que se mantendrán en el cargo durante un periodo limitado en el tiempo. Mientras dure este

²²² MAJONE, G. “Regulatory legitimacy”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 285-287; THATCHER, M.; STONE SWEET, A.; “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions... Pág. 2; THATCHER, M. “Delegation to Independent Regulatory Agencies... Págs. 126-127.

²²³ MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Págs. 9-11; WONKA, A.; RITTBERGER, B. “Credibility, Complexity and Uncertainty... Págs. 745-747; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 29-33.

²²⁴ EGEBERG, M.; TRONDAL, J. “Political Leadership and Bureaucratic Autonomy”. Effects of agencification”. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 22, n° 4. 2009. Pág. 674.

²²⁵ BUSUIOC, M. “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”. *European Law Journal*, Vol. 15, n° 5. 2009. Págs. 602-604; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 17-18.

mandato, las instituciones representativas pierden la capacidad de remover libremente de su cargo a los miembros de la dirección – solamente lo podrán hacer con justa causa- y la posibilidad de darles instrucciones u órdenes directas²²⁶. Con ello no se persigue solamente romper formalmente el vínculo con las instituciones representativas, sino también la cadena jerárquica de mando tradicional de éstas –en especial del Gobierno- respecto a su aparato administrativo. En tercer y último lugar, se dota a la administración independiente de los recursos materiales y humanos necesarios para desarrollar sus funciones y se le reconoce en consecuencia una cierta autonomía presupuestaria y financiera²²⁷.

Por su parte, el pedigrí científico y técnico de la administración independiente puede conseguirse a través de distintas fórmulas²²⁸. Normalmente, ya sea a través de la imposición de la normativa de creación y regulación de la administración independiente o por entenderse implícito por la naturaleza de la institución, solamente pueden acceder a la dirección de la administración independiente aquellas personas que posean conocimientos y experiencia

²²⁶ Véase infra, apartado 3.3 de este trabajo, donde se muestran dos ejemplos – sectores energético y de las telecomunicaciones- en los que la Unión Europea utiliza los mecanismos de limitación del libre cese y la prohibición de impartir órdenes e instrucciones a las administraciones independientes.

²²⁷ De nuevo véanse como ejemplo las administraciones independientes impuestas por la Unión Europea a los Estados Miembros en los sectores energético y de las telecomunicaciones.

²²⁸ En cuanto al papel de los expertos en la gobernanza del riesgo por parte de las instituciones europeas, véase ALEMANO, A. “EU Risk Regulation and Science: The Role of Experts in Decision-making and Judicial Review”. En VOS, E. (ed.). *European Risk Governance. Its Science...* Págs. 41-42.

acreditados en el área de actuación de la misma²²⁹. Asimismo, el personal a su servicio, ya sea con vínculo funcional o laboral, deberá seleccionarse también atendiendo a las cualificaciones científico-técnicas que se requieran para comprender el sector objeto de regulación²³⁰. De esta manera, obtenemos una administración cuya dirección y personal reúnen los conocimientos necesarios para llevar a cabo las funciones de regulación del mercado en cuestión. Conseguiremos, por tanto, una administración independiente dirigida profesionalmente y altamente especializada²³¹.

Finalmente, para cumplir adecuadamente con las nuevas exigencias del Estado regulador, la administración independiente ideal debe reunir los tres poderes públicos tradicionales²³². En primer lugar, se le debe otorgar poder normativo –normas de carácter reglamentario o de desarrollo, fijación de estándares- para poder precisar y adaptar

²²⁹ También en el ámbito de estudio de las administraciones independientes creadas por el Derecho de la Unión, véase GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 122-124.

²³⁰ *Ibidem.* en págs. 125-128.

²³¹ POLLIT, C.; BATHGATE, K.; CAULFIELD, J.; SMULEN, A.; TALBOT, C. “Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion...” Pág. 279.

²³² DEHOUSSE, R. “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance”. *Jean Monnet Working Paper 2/02*. New York University School of Law. 2002. Págs. 2-3; KELEMEN, D.R. “The Politics of ‘Eurocratic’ Structure...” Pág. 94; SCOTT, C. “Agencies for European Regulatory Governance: a Regimes Approach”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU...* Págs. 67-70.

MAJONE, G. “The Credibility Crisis of Community Regulation...” Pág. 280.

- “Institutional Balance Versus Institutional Innovation”. En: MAJONE, G. *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*. Oxford Scholarship Online. 2006. Págs. 100-101.

la normativa legislativa que, por definición, es de carácter general y no prevé la casuística del día a día. En segundo lugar, el poder de ejecución o adjudicación –caracterizado en nuestros términos por la aprobación de actos administrativos vinculantes para terceros- es imprescindible para poder aplicar al caso concreto la normativa tanto legislativa como de desarrollo. En tercer y último lugar, sin imposibilitar la tarea judicial posterior, la propia administración independiente debe poder solucionar los conflictos entre los operadores del mercado, es decir, debe atesorar como mínimo la función arbitral y, en muchos casos, una función cuasi judicial de resolución de conflictos.

Este cuadro de la agencia ideal del Estado regulador se cumple, casi por completo, en la definición que hace la doctrina europea de las administraciones independientes creadas por el Derecho de la Unión Europea. Éstas gozan de cierto grado de independencia o autonomía –en este caso respecto a las instituciones matrices de la Unión, principalmente el Parlamento y la Comisión, pero también del Consejo-, integran en sus filas una dirección y un personal cualificado científica y técnicamente y ejercen potestades públicas de manera directa o apoyan las ejercidas por las instituciones de la Unión previstas en los Tratados ²³³. Esta imagen de las administraciones independientes de la Unión Europea debe complementarse con dos precisiones.

²³³ BUSUIOC, M. *The Accountability of European Agencies...* Pág. 13; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 18-20.

En primer lugar, su creación no se prevé en los Tratados y, por tanto, es una innovación institucional del legislador de la Unión a través del Derecho derivado. Hasta el Tratado de Lisboa la palabra *agency* no existía en el vocabulario del Derecho originario de la Unión²³⁴ y, por tanto, los Tratados guardaban silencio sobre esta fórmula de organización administrativa²³⁵. Sin lugar a dudas, su creación y desarrollo ha sido obra del legislador de la Unión. Los impulsores de la administración independiente han basado su expansión tanto en el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (antiguo artículo 308), sin exigir ninguna vinculación con una cláusula competencial concreta de la Unión, como, en otras ocasiones, en una cláusula competencial específica²³⁶.

Independientemente de la base normativa utilizada para su creación, esta falta de reconocimiento expreso en los Tratados, así como la inexistencia de un mínimo normativo configurador a ese nivel, ha acarreado, como después se verá, numerosos problemas. Entre ellos,

²³⁴ Tanto el Tratado de la Unión Europea como el de Funcionamiento de la Unión, tras la reforma del Tratado de Lisboa de 2007, han recogido las expresiones *bodies*, *offices* and *agencies* como una realidad institucional a lo largo de todo su articulado. En la versión castellana de los Tratados, se traducen por “órganos y organismos” de la Unión.

²³⁵ ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Pág. 4; CHAMON, M. “EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea”. *Common Market Law Review*, nº 48, 2011. Pág. 1056.

²³⁶ VOS, E. “Reforming the European Commission... Pág. 1121; VAN OOIK, R. “The growing importance of agencies in the EU: shifting governance and the institutional balance”. En: CURTIS, D.M.; WESSEL, R.A. (eds.), *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia. 2005. Págs. 128-132; ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Pág. 7.

ha frenado seguramente una mayor expansión de esta figura administrativa en la Unión, ha alentado una elevada heterogeneidad entre las administraciones independientes existentes hasta la fecha y ha impedido la configuración de auténticas *independent agencies* de corte norteamericano, es decir, con amplios poderes y potestades públicas.

Esta es la segunda de las precisiones que debe señalarse. La heterogeneidad de las administraciones independientes previstas por el Derecho de la Unión es considerable si tenemos en cuenta sus funciones, objetivos, competencias, potestades o poderes públicos y, como consecuencia de ello, resulta difícil clasificarlas²³⁷. En el Capítulo III de este trabajo, con el único objetivo de presentar a todas las administraciones independientes de la Unión, se optará por alguno de los criterios de clasificación que ha ofrecido la doctrina. En todo caso, ya puede avanzarse que todo criterio de clasificación está condenado al fracaso dada la falta de sistematicidad y la elevada heterogeneidad que existe en la realidad.

Podrá comprobarse más adelante que es en el apartado de las potestades o poderes públicos dónde las administraciones independientes creadas por el Derecho de la Unión Europea se alejan más del ideal institucional del Estado regulador. En efecto, en

²³⁷ GERADIN, D.; PETIT, N. “The development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform”. *Jean Monnet Working Paper* 01/04. New York University School of Law. 2004. Pág. 40; GERADIN, D. “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation through Agencies in the EU...* Págs. 215-246; ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Pág. 8.

las diferentes clasificaciones doctrinales llevadas a cabo hasta la fecha y en la propia que se propone en este trabajo, se observará que coexisten administraciones independientes en el ordenamiento jurídico de la Unión con auténticos poderes públicos –alguno de los tres poderes clásicos o combinaciones distintas de los tres- con otras que no atesoran poder público alguno y cuya función es meramente consultiva o de carácter informativo. Esta existencia de administraciones independientes débiles en cuanto a potestades y su alejamiento del ideal institucional del Estado regulador será criticado por una parte de la doctrina liderada por MAJONE y se ejercerá presión sobre la Comisión para que avance hacia la consecución de ese ideal.

c) La influencia anglosajona, en especial la norteamericana, en el debate doctrinal europeo sobre las administraciones independientes

La doctrina anglosajona y, en especial, la ciencia política y jurídica norteamericanas, han influenciado en gran medida el debate europeo sobre el Estado regulador y la administración independiente. Esto no quiere decir que Estados Unidos y su concepción de Estado hayan transformado directamente el pensamiento europeo. MAJONE, como se ha expuesto, ha llegado a señalar la influencia directa de Estados Unidos en la adopción del Estado regulador y de la administración independiente en Europa²³⁸. Si bien es difícil calibrar esta influencia directa, parece indiscutible

²³⁸ Véase supra, nota 160.

la gran presencia de conceptos y experiencias provenientes del pensamiento norteamericano en los escritos de los autores que han abordado el estudio de las administraciones independientes en Europa. Esta influencia se puede apreciar de dos maneras distintas. En primer lugar, destacan las referencias continuas de muchos de los autores que han participado en el debate europeo sobre las administraciones independientes a la ciencia política y al derecho anglosajones y, en especial, a la doctrina norteamericana. En segundo lugar, muchos de ellos se han formado en Estados Unidos o el Reino Unido o han tenido vínculos de investigación y docencia con la academia anglosajona. En algunos casos, incluso, se trata de autores norteamericanos que han querido contribuir directamente al debate europeo.

En efecto, los esquemas conceptuales y la experiencia de Estados Unidos en materia del Estado regulador y de las administraciones independientes es una constante en la obra de MAJONE, el politólogo más influyente en Europa en estas cuestiones. Puede observarse en su obra la impronta de la evolución del debate norteamericano en materia de administraciones independientes. MAJONE recoge, en primer lugar, la caracterización del Estado regulador y de la administración independiente del *New Deal* y sus pensadores, en especial LANDIS, CUSHMAN o FAINSOD²³⁹. Es el momento –años treinta y cuarenta– de la expansión de este tipo de organización administrativa en Estados Unidos y en el que la

²³⁹ MAJONE, G. “Regulation and its modes”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 9-11 y 15-16.

confianza en una administración tecnocrática y poderosa está en su punto álgido²⁴⁰. Tal y como describe MAJONE, son los politólogos y juristas del *New Deal* los que van a desarrollar una nueva concepción de la administración pública basada en criterios científicos, lejos de las luchas partidistas, donde la vieja concepción de la separación de poderes –representada por la doctrina que prohíbe la delegación de poderes por parte del Parlamento al poder ejecutivo- se abandona en favor de una administración que aglutina todos los poderes del Estado para ser de este modo flexible y adaptable a la casuística y a los problemas del día a día²⁴¹.

Sin embargo, tal y como se ha expuesto, la crítica a la democracia y hacia la política en general, así como la concepción neutral y apolítica de las administraciones independientes, que reflejan las construcciones doctrinales de MAJONE no tienen fundamento en la época del *New Deal* y en los primeros pasos del Estado regulador en Estados Unidos. MAJONE señala acertadamente el momento álgido de la tecnocracia durante el *New Deal* y el objetivo de eludir el partidismo político como elementos centrales de la creación de la administración independiente en esa época, pero no hace referencia a las circunstancias históricas que se produjeron en ese momento. La crisis de confianza en los mercados, la búsqueda de alternativas a éstos, el robusto programa de reformas sociales con claros objetivos redistribuidores, o la apuesta decidida por la política por

²⁴⁰ SHAPIRO, M. “Problems and possibilities in the administrative states... Págs. 5-7.

²⁴¹ MAJONE, G. “Regulation and its modes”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 9-11 y 15-16.

parte de un Presidente fuerte e impulsor de la planificación administrativa y de las reformas sociales en el Congreso, no se encuentran en sus referencias a la época del *New Deal* y al nacimiento del Estado regulador en Estados Unidos. Poco tienen que ver estas circunstancias con los fundamentos doctrinales de MAJONE basados en la confianza en el libre mercado, la neutralidad de la tarea de regulación, la minimización de las funciones de redistribución de la riqueza del Estado y, finalmente, la desconfianza en la democracia y la política por ser elementos desestabilizadores y generadores de ineficiencia para la regulación de los mercados.

Sin lugar a dudas MAJONE recoge el decaimiento de estas posiciones del *New Deal* que empieza con la aprobación en el año 1946 de la APA y que se extenderá a lo largo de los años cincuenta, sesenta y setenta en la doctrina norteamericana. Como bien señala MAJONE, estos años significan una pérdida de confianza en la administración tecnocrática del *New Deal* con la aparición de argumentos como la captura de las administraciones independientes, la falta de legitimidad democrática de las mismas o la preocupación de controlar la discreción de la administración pública en el ejercicio de sus poderes²⁴². Ahora bien, MAJONE entiende el periodo post-*New Deal* como unos años en los que el Estado regulador y la administración independiente deben readecuarse o repensarse, pero en ningún caso pone en duda su misma existencia y sus

²⁴² MAJONE, G. "Theories of regulation". En: Majone, G. *Regulating Europe...* Págs. 28-34.

características básicas. MAJONE continúa manteniendo una concepción apolítica y neutral de las funciones de las administraciones independientes y no es sensible a la crítica post-*New Deal* que, en primer lugar, pone en duda la posibilidad de que verdaderamente exista la neutralidad técnica y que, en segundo lugar, revela con mayor claridad, aunque siempre había sido así, la naturaleza irremediablemente política de las administraciones independientes. En todo caso, al igual que los politólogos y juristas post-*New Deal* norteamericanos, MAJONE estuvo de acuerdo en buscar nuevas maneras de controlar a las administraciones independientes sin tocar sus atributos básicos, es decir, su autonomía frente a la política, su alta especialización, y su concentración de poderes como elemento clave de la gobernanza de los mercados. El propio MAJONE recurre a las nuevas teorías norteamericanas –*positive political theories*– para justificar que las administraciones independientes pueden sujetarse a control por parte de las instituciones democráticas y, en menor medida, por el poder judicial²⁴³.

Veremos en el siguiente apartado muestras concretas de esta influencia anglosajona en la concepción del principio de separación de poderes y sus consecuencias en el pensamiento europeo sobre las administraciones independientes. En todo caso, lo que cabe destacar en este momento es que el autor europeo más influyente en materia de administraciones independientes y Estado regulador nutre y articula su discurso con base en la experiencia y la arquitectura

²⁴³ *Ibidem.* en págs. 34-37.

conceptual norteamericanas. Su concepción de la administración pública parte de la base de los postulados doctrinales del *New Deal* y evoluciona a través del debate doctrinal norteamericano post-*New Deal*. El esquema conceptual de MAJONE, por tanto, se encuentra claramente condicionado por la experiencia norteamericana.

Esta influencia del pensamiento norteamericano también está presente en numerosos escritos de autores europeos que han contribuido al debate en Europa sobre las administraciones independientes. KELEMEN pone de relieve que las necesidades institucionales tanto de Europa como de Estados Unidos plantean claras similitudes²⁴⁴. DEHOUSSE señala diferencias entre ambos lados del Atlántico, pero ambos sistemas se enfrentan a problemas similares de legitimidad y diseño institucional²⁴⁵. El propio autor destaca que el debate de las administraciones independientes en Europa se ha basado en los fundamentos del debate de la ciencia política norteamericana²⁴⁶. Lo mismo señalan THATCHER y STONE SWEET: las teorías de delegación entre principal y agente moldeadas en la experiencia del Congreso y las agencias norteamericanas han dominado el debate en Europa sobre las administraciones independientes²⁴⁷. POLLACK aborda el estudio de la delegación de poderes a las administraciones independientes europeas a través de

²⁴⁴ KELEMEN, D.R. “The Politics of ‘Eurocratic’ Structure... Pág. 94.

²⁴⁵ DEHOUSSE, R. “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance... Págs. 4-5.

²⁴⁶ DEHOUSSE, R. “Delegation of powers in the European Union... Pág. 790.

²⁴⁷ THATCHER, M.; STONE SWEET, A.; “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions... Pág. 3; THATCHER, M. “Delegation to Independent Regulatory Agencies... Pág. 125.

la comparativa con el modelo de delegación norteamericano²⁴⁸. YATANAGAS construye todo el discurso sobre las administraciones independientes en Europa a través de las categorías y la comparación con el modelo de administración independiente norteamericano²⁴⁹. GROENLEER hace hincapié en el debate norteamericano sobre el control de las administraciones independientes²⁵⁰. GERADIN utiliza una metodología de derecho comparado para explicar y defender la adopción de administraciones independientes en Europa²⁵¹. Y claro está, el modelo de comparación es siempre el norteamericano. MARTIN SHAPIRO realiza directamente una comparación entre el debate de las administraciones independientes norteamericanas y las europeas²⁵². Finalmente BIGNAMI apuesta por trasladar las soluciones del Derecho Administrativo norteamericano en materia de control de las administraciones públicas a la Unión Europea²⁵³.

²⁴⁸ POLLACK, M.A. "Delegation, agency, and agenda setting in the European Community". *International Organization* 51, 1. 1997. Págs. 102-105. Véase el artículo del mismo autor, cuyo título es elocuente: "Learning from the Americanist (Again): Theory and Method in the Study of Delegation". *West European Practice*, 25:1. 2002. Págs. 200-219.

²⁴⁹ YATANAGAS, X. A. "Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies". *Jean Monnet Working Paper 3/01*. New York University School of Law. 2001. Págs. 1-70.

²⁵⁰ GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 36-38.

²⁵¹ GERADIN, D. "The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience". En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation through Agencies in the EU...* Págs. 215-246.

²⁵² SHAPIRO, M. "Independent Agencies: US and EU..." Págs. 1-31.

²⁵³ Véase BIGNAMI, F. "The Administrative State in a Separation of Powers Constitution: lessons for European Community Rulemaking from the United

El hecho de que Estados Unidos atesore una dilatada experiencia en materia de Estado regulador y administraciones independientes no explica, por si solo, este abundante uso de fuentes doctrinales norteamericanas por parte de los autores que se han citado en los párrafos precedentes. La familiaridad con la que hacen uso y la prolija utilización de estas fuentes, dejan entrever una clara proximidad de estos autores con el pensamiento norteamericano o, como mínimo, con el pensamiento anglosajón. En efecto, un rápido repaso a la formación académica y a la actividad investigadora y docente de estos autores nos lleva a concluir que muchos de ellos tienen estrechos vínculos con las corrientes doctrinales norteamericanas y británicas.

En primer lugar los politólogos. MAJONE, después de cursar sus estudios universitarios en la Universidad de Padua, obtuvo su doctorado en estadística por la Universidad de California en Berkeley. Ha sido, además de profesor en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, docente de la Universidad de Pittsburgh. La formación de KELEMEN ha sido plenamente norteamericana, estudió primero en la Universidad de California en Berkeley y después obtuvo el doctorado en ciencia política por la Universidad de Stanford. THATCHER es doctor en ciencias sociales por la Universidad de Oxford y es docente de la Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres, después de haber impartido docencia en el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Por su parte,

States". Cambridge: *Harvard Law School-Jean Monnet Chair Working Papers*, 1999.

STONE SWEET obtuvo su doctorado en ciencia política por la Universidad de Washington y es docente de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. POLLACK es doctor en ciencia política por la Universidad de Harvard y ha impartido docencia en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, en la Universidad de Wisconsin-Madison y en la Universidad de Temple. GROENLEER ha sido investigador en el Centro de Estudios Políticos Americanos de la Universidad de Harvard. SHAPIRO es doctor en ciencia política por la Universidad de Harvard e imparte docencia en la Escuela de Derecho de la Universidad de California en Berkeley. También ha sido investigador en el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

Y ahora los juristas. BIGNAMI ha estudiado en la Universidad de Harvard, Yale y Oxford y es profesora en la Universidad George Washington. GERADIN es doctor por la Universidad de Cambridge y ha sido investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. YATANAGAS ha sido investigador en el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Harvard. Finalmente, DEHOUSSE es doctor por el Instituto Universitario Europeo de Florencia y ha sido investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan. Como puede observarse, la lista de juristas con referencias directas a fuentes anglosajonas es muy pequeña en comparación con los politólogos que han estudiado las administraciones independientes en Europa.

Estos son los autores que, de manera más o menos directa, utilizan fuentes norteamericanas para estudiar las administraciones

independientes en Europa. Pero muchos otros que han participado en el debate europeo sin hacer uso de ellas directamente en sus textos también tienen vínculos con el pensamiento anglosajón. Pongamos únicamente algunos ejemplos de politólogos cuyos textos no hacen referencia directa al pensamiento norteamericano. EBERLEIN, además de ser doctor en ciencia política por la Universidad de Konstanz, cursó un Máster por la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres y es profesor en la Universidad de York en Canadá. GRANDE, también doctor por la Universidad de Konstanz, ha sido investigador en la Universidad de Toronto. GILARDI, doctor en ciencias políticas por la Universidad de Lausanne, ha sido investigador en la Universidad de Harvard. LEVI-FAUR es doctor en ciencias políticas por la Universidad de Haifa y ha sido investigador en la Universidad de California en Berkeley y en la Universidad de Oxford. FLINDERS es doctor en ciencia política por la Universidad de Sheffield en el Reino Unido. COEN es doctor por el Instituto Universitario Europeo de Florencia y profesor de la Universidad de Londres. LORD es doctor por la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres y Máster por la Universidad de Oxford. FOLLESDALL es doctor por la Universidad de Harvard. HIX es doctor por el Instituto Universitario Europeo de Florencia y profesor en la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres.

Las lista de juristas, de nuevo, es corta. CURTIN ha sido investigador en la Universidad de Stanford y en la Universidad de Nueva York. CHITI cursó un Máster en la Universidad de Londres y se doctoró en

el Instituto Universitario Europeo de Florencia. HOFFMAN, jurista graduado por las Universidades de Oxford y Hamburgo, ha sido docente de varias universidades norteamericanas, entre ellas, la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia. VOS se doctoró por el Instituto Universitario Europeo de Florencia e imparte docencia en la Universidad de Maastricht. EVERSON también se doctoró por el Instituto Universitario Europeo e imparte docencia en la Universidad de Londres Birkbeck.

En conclusión, el debate europeo sobre las administraciones independientes ha sido entablado, mayoritariamente, por autores con formación anglosajona, ya sean autores de nacionalidad británica o norteamericana o autores de nacionalidad continental europea que han recibido alguna formación de carácter anglosajón. Es por este motivo que podemos encontrar numerosas referencias al pensamiento anglosajón en el debate europeo sobre las administraciones independientes. Asimismo, se trata de autores que provienen mayoritariamente de la ciencia política, la lista de contribuciones de juristas es, por tanto, corta en esta materia.

Finalmente, puede avanzarse que únicamente cuatro autores españoles han contribuido al debate europeo sobre las administraciones independientes mediante libros o artículos en publicaciones o revistas de alcance europeo escritos en inglés y francés: BETANCOR RODRÍGUEZ²⁵⁴, profesor de Derecho

²⁵⁴ BETANCOR RODRIGUEZ, A. "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes". *Conseil d'Etat, Etudes & Documents*, n° 52. 2011. Págs. 411-426.

Administrativo en la Universitat Pompeu Fabra, BORRÁS²⁵⁵, doctora en ciencia política por el Instituto Universitario Europeo de Florencia y profesora en la Escuela de Negocios de Copenhague, CASES²⁵⁶, licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona y actualmente abogado en ejercicio, y CUCHILLO, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universitat Pompeu Fabra²⁵⁷. La aportación, por tanto, de los autores españoles al debate a nivel europeo es casi nula.

2.3. La versión europea del principio de separación de poderes norteamericano -el principio de equilibrio de facultades- y la recepción de los postulados del Derecho Público norteamericano

En los anteriores apartados de este trabajo hemos analizado en detalle la argumentación de los académicos que han contribuido al debate de las administraciones independientes en Europa. Puede apreciarse con claridad la coincidencia argumentativa y de análisis con los forjadores del debate norteamericano al entorno de la

²⁵⁵ Con un único artículo también de carácter colectivo: BORRAS, S.; KOUTALAKIS, CH.; WENDLER, F. “European Agencies and Input Legitimacy: EFSA, EMEA and EPO in the Post-Delegation Phase”. *Journal of European Integration*, 29:5. 2007. Págs. 583-600.

²⁵⁶ Con una única aportación a una obra colectiva: CASES, LL. “Competition law and policy in Spain: implementation in an interventionist tradition”. En: Majone, G. *Regulating Europe...* Págs. 180-201.

²⁵⁷ CUCHILLO, M. “Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne”. En: LOMBARD M (dir.). *Régulation économique et Démocratie Politique*. 1ª ed. Paris: Dalloz. 2006. Págs. 97-131.

administración independiente en Estados Unidos. En algunos casos, los propios autores norteamericanos han aportado su visión, en otros los protagonistas son autores de origen europeo pero con una formación y conexión muy relevantes con el pensamiento jurídico anglosajón. En todo caso, el debate europeo sobre las administraciones independientes ha sido condicionado por el pensamiento jurídico-político anglosajón y, en especial, norteamericano.

Las dos principales diferencias entre los dos lados del Atlántico han sido el contexto histórico del nacimiento e impulso de la administración independiente y la concepción política o apolítica de ésta. En Estados Unidos, ésta nace como reacción al *laissez-faire* durante la primera mitad del siglo XX, es decir, tiene como objetivo un incremento de las funciones de los poderes públicos. En Europa, sin embargo, la toma de posición a favor del Estado regulador y de la administración independiente coge fuerza en la década de los ochenta y noventa del pasado siglo como reacción a un Estado demasiado grande e intervencionista: el Estado regulador desea adelgazar al Estado europeo keynesiano. Sin duda alguna, los puntos de partida históricos son muy distintos. Resumiéndolo, en Estados Unidos el Estado regulador significó situarse en una intervención estatal en la economía de grado medio viniendo de un grado de intervención bajo, mientras que en Europa el Estado regulador ha conllevado la situación inversa.

Esta diferencia contextual histórica se traduce también en una diferencia en los efectos de la introducción del Estado regulador en el aparato institucional en ambos lados del Atlántico. En Estados Unidos, el Estado regulador significó un aumento del aparato administrativo. Las pocas funciones desempeñadas por el Estado hasta ese momento se tradujeron en la escasa existencia de organismos gubernamentales, más allá de los departamentos ministeriales y alguna que otra administración independiente. El Estado regulador trajo consigo más poder para el Estado y con ello más robustez institucional con la aparición de numerosos organismos reguladores bajo la forma de administraciones independientes en distintos sectores económicos. En Europa, sin embargo, la introducción del Estado regulador ha significado la situación inversa. El Estado regulador, como apuesta ideológica contrapuesta al Estado keynesiano previamente existente en Europa, ha comportado la reducción de la plétora significativa de departamentos ministeriales, empresas públicas y fundaciones públicas que aquél atesoraba. La liberalización o privatización de sectores económicos ha sido la materialización de la apuesta por el libre mercado del Estado regulador, mientras que la reducción del Estado interventor y la apuesta por la tecnocracia viene representada por la sustitución de la robusta administración pública sujeta al control de los poderes políticos por los organismos reguladores con un estatus de independencia.

La segunda diferencia tiene que ver con una divergencia en el entendimiento de la naturaleza de las administraciones

independientes. Tal y como se ha argumentado en apartados precedentes, tanto en la época del *New Deal* como en la época post-*New Deal*, nunca se ha dejado de considerar a la administración independiente norteamericana como un ente político que toma decisiones de carácter político. Durante el *New Deal*, la creencia en la tecnocracia conllevó la necesidad de garantizar los valores técnicos en la toma de decisiones políticas y, al mismo tiempo, evitar el partidismo y el clientelismo políticos. La administración independiente era una buena solución institucional para conseguir estos objetivos. En la era post-*New Deal* se acrecentó la consideración de entes políticos de las administraciones independientes norteamericanas y sus problemas de control por parte de los órganos políticos.

Por el contrario, los introductores y defensores del Estado regulador en Europa de la década de los noventa, concebieron desde el primer momento a la administración independiente como una institución de carácter neutral y apolítico. La teoría del Estado regulador que sostuvieron minimizaba el papel del Estado en la economía y la sociedad, creía en el mercado como elemento central de la distribución de los recursos y en la tarea neutral y científica de su regulación y control por parte del Estado. Era lógico y consecuente que entendieran a la administración independiente como un ente que no tomaba decisiones políticas, que tuviera que estar separada del control de los órganos políticos y que su legitimidad proviniera, básicamente, de su calidad técnica y científica.

Dejando de lado estas dos diferencias y sus consecuencias, puede observarse que la argumentación en ambos debates es prácticamente idéntica. El cambio de las circunstancias históricas comportó, en ambos lados del Atlántico, una reformulación del Estado que pasaba por apostar por una nueva fórmula de ejercer el poder público: la administración independiente. Los argumentos se repiten constantemente: la creencia en la ciencia y la técnica, la necesidad de ejercer la función de regulación de los mercados de manera continua y permanente, alejar esta función de la política –partidista en el caso de Estados Unidos, de la política en general para los autores europeos- para dar consistencia, credibilidad y duración en el tiempo a las políticas regulatorias, o la obligación de configurar entes reguladores que concentren los tres poderes clásicos para agilizar y flexibilizar la toma de decisiones y dar respuestas inmediatas a los conflictos de los mercados.

Del mismo modo que en Estados Unidos, la acogida del Estado regulador en Europa únicamente podía llevarse a cabo si se adoptaba una versión funcional y dinámica del principio de separación de poderes. En el seno de la Unión Europea, el principio de equilibrio de facultades acuñado por el Tribunal de Justicia en el caso *Meroni* representa esta versión dinámica de la doctrina que, como se comentará más adelante en este trabajo, ha impedido únicamente la delegación de funciones normativas a las administraciones independientes de la Unión. Dejando de lado esta limitación y pese a la crítica doctrinal a *Meroni*, la posición del

Tribunal de Justicia ha permitido un amplio despliegue de la administración independiente por parte del Derecho de la Unión²⁵⁸.

MAJONE, en un importante trabajo del año 2002, afirmó con rotundidad que la Unión Europea no era una organización basada en el principio de separación de poderes entendido en el sentido clásico, sino más bien en el principio de equilibrio institucional entre organismos que representan diferentes intereses²⁵⁹. En este sentido, resulta casi imposible identificar las tres funciones básicas de todo Estado en las instituciones de la Unión²⁶⁰. El poder legislativo es compartido por el Parlamento europeo y el Consejo, el poder ejecutivo es compartido por la Comisión y el propio Consejo y el poder judicial recae en el Tribunal de Justicia de la Unión. Únicamente el poder judicial tendría una representación nítida en una sola institución. Para MAJONE, lo importante es preservar el equilibrio de poder entre las instituciones representativas de los distintos intereses –los Estados miembros, la ciudadanía europea, el interés general de la Unión- y no preservar las funciones clásicas del Estado en cada una de las instituciones²⁶¹.

²⁵⁸ Véase infra, apartado 3.1 d) de este trabajo, donde se aborda en detalle la doctrina *Meroni*.

²⁵⁹ MAJONE, G. “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity”. *European Law Journal*, Vol. 8, n° 3. 2002. Pág. 320.

²⁶⁰ *Ibidem*. en págs. 323-324. MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Pág. 18.

²⁶¹ MAJONE, G. “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity... Págs. 323-324.

El principio de equilibrio de facultades, por tanto, permite del mismo modo que la versión funcional y dinámica de la separación de poderes, reasignar funciones entre las distintas instituciones de la comunidad política, en este caso, de la Unión Europea. Este principio lo que garantiza es que el equilibrio final no se rompa, pero la reasignación es posible si se produce un cambio en las coordenadas históricas. En esta línea, VOS argumenta que la creación de administraciones independientes en la Unión es posible si viene acompañada de un refuerzo de los mecanismos de control sobre ellas de las instituciones de la Unión²⁶². YATANAGAS, por su parte, concibe el principio de equilibrio de facultades como dinámico y cambiante y, por tanto, adaptable a las nuevas circunstancias históricas del Estado regulador²⁶³. Los autores del Informe titulado *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance* presentado a la Comisión en el año 1999, en su Capítulo III, defienden nítidamente una concepción de nuevo dinámica del principio de equilibrio de facultades y cómo la creación de administraciones independientes podría incluso ayudar a preservar este principio²⁶⁴. Asimismo, MAJONE entiende que la

²⁶² VOS, E. "Reforming the European Commission... Págs. 1123-1124.

²⁶³ YATANAGAS, X. A. "Delegation of regulatory authority in the European Union... Págs. 38-39.

²⁶⁴ MAJONE fue el director del informe titulado *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, presentado en el año 1999 a la Comisión. Los coautores de este informe fueron MICHELLE EVERSON, LES METCALFE y ADRIAAN SCHOUT. En el informe se recoge toda la posición doctrinal favorable a las administraciones independientes que MAJONE defendió en sus artículos académicos a lo largo de los años noventa. Por su parte YATANAGAS aportó su estudio de las administraciones independientes europeas en comparación con las norteamericanas: YATANAGAS, X. A. "Delegation of regulatory authority in the European Union...

descongestión de la Comisión, la posibilidad de que pueda centrarse en sus funciones nucleares y, en fin, solucionar el déficit institucional de la Unión que la administración independiente supondría, todo ello ayuda a la preservación del equilibrio institucional²⁶⁵.

En resumen, en el debate académico europeo sobre las administraciones independientes el principio de equilibrio de facultades asume el papel de la versión funcional y dinámica del principio de separación de poderes. La reasignación de funciones, en este caso la delegación de poderes de las instituciones de la Unión a las administraciones independientes, es posible siempre y cuando se mantenga un adecuado equilibrio institucional. Los estudiosos de la administración independiente en Europa, la mayoría de ellos provenientes como se ha visto de la ciencia política, han defendido un régimen de control de éstas múltiple o diverso que permitiría mantener el adecuado equilibrio institucional en el seno de la Unión. Sin duda alguna, el debate europeo no ha rehuído las críticas que a partir de los años cincuenta han recaído en el Estado regulador y su aparato institucional y, bajo la etiqueta de responsabilidad –*accountability* en términos anglosajones- han intentado aportar argumentos para asegurar un control efectivo de las administraciones independientes. En su argumentación, en sintonía con la corriente norteamericana, el poder judicial no ha sido el protagonista.

²⁶⁵ MAJONE, G. “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity... Págs. 335-338.

En efecto, los académicos europeos centrados en el estudio de las administraciones independientes han defendido un sistema de control de la responsabilidad múltiple –o combinación de diversos mecanismos de control- de las administraciones independientes que permitiría, en palabras de MAJONE, que “nadie las controle pero, aún así, estén bajo control”²⁶⁶. Entre ellos cabe destacar la definición con precisión de los objetivos, funciones y prerrogativas de las administraciones independientes en su norma fundacional (claridad en la delegación)²⁶⁷ y el control de las instituciones europeas –Comisión Europea, Parlamento, Consejo y también el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo Europeo- a través del poder de nombramiento, comisiones y audiencias, aprobación del presupuesto y obligación de presentar informes periódicos²⁶⁸. Principalmente, se ha estudiado la capacidad de influencia de la Comisión Europea, como poder ejecutivo europeo, sobre las administraciones independientes en su estrategia y toma de decisiones, concibiéndose a la Comisión Europea como un control más de naturaleza técnica que política ²⁶⁹. Finalmente, la inclusión

²⁶⁶ MAJONE, G. “The Agency Model: The Growth of... Pág. 6.

²⁶⁷ COEN, D.; THATCHER, M. “The New Governance of Markets... Pág. 340; GRILLER, S.; ORATOR, A. “Meroni Revisited-Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy”. *Newgov-04-D40-WPMeroni Revisited.doc*. 2007. Pág. 14; BUSUIOC, M. “Accountability, Control and Independence... Pág. 607; GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 130-133.

²⁶⁸ POLLACK, M.A. “Delegation, agency, and agenda setting... Págs. 110-121; YATANAGAS, X. A. “Delegation of regulatory authority in the European Union... Págs. 45-47; ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Págs. 18-19; DEHOUSSE, R. “Delegation of powers in the European Union... Págs. 800-801.

²⁶⁹ Véase el apartado 3 del Capítulo VI del Informe *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, presentado en 1999 a la Comisión

de las administraciones independientes en redes supranacionales sectoriales y especializadas –*networks*- también se ha previsto como un método de control a través de compartir información y estrechar lazos profesionales²⁷⁰.

Cabe destacar, sin embargo, que los autores europeos no han otorgado un papel relevante a las instituciones europeas –sobre todo al Parlamento- como mecanismos de control de las administraciones independientes de la Unión. Se han limitado a nombrar a las instituciones europeas como posibles mecanismos de control y a especificar algunas de sus prerrogativas. A diferencia de Estados Unidos en la era post-*New Deal*, donde los poderes legislativos y ejecutivo cobran una especial relevancia como mecanismos de control de las administraciones independientes, el énfasis en la concepción contramayoritaria y el alejamiento de la política de las

por MAJONE, EVERSON, METCALFE y SCHOUT. En él se realiza un extenso análisis de la posibilidad de control del ejecutivo sobre las administraciones independientes en Estados Unidos, en especial, del papel de la OMB. Se intenta trazar, por tanto, un claro paralelismo entre el control del poder ejecutivo sobre las administraciones independientes en Estados Unidos y el poder ejecutivo europeo representado por la Comisión Europea. MAJONE, en su obra de cabecera sobre el Estado regulador en Europa, calificó a la Comisión Europea como “ente regulador” (véase, MAJONE, G. “The European Commission as a regulator”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe...* Págs. 61-83). Más adelante, con las transformaciones institucionales de la Unión Europea que aproximaron a la Comisión al control del Parlamento, MAJONE criticó la politización de la Comisión y la posible pérdida de esta condición de regulador más técnico que político que atesoraba desde los inicios del proceso de integración europea (véase, MAJONE, G. “The European Commission: The Limits of Centralization and the Perils of Parliamentarization... Págs. 383-385).

²⁷⁰ MAJONE, G. “The Credibility Crisis of Community Regulation... Págs. 295-298; VOS, E. “Reforming the European Commission... Pág. 1127; YATANAGAS, X. A. “Delegation of regulatory authority in the European Union... Págs. 52-55; HARLOW, C.; RAWLINGS, R. “Promoting Accountability in Multi-Level Governance: A Network Approach”, *European Law Journal*, nº 13. 2007. Págs. 542-562.

administraciones independientes entre la doctrina europea ha hecho que no se transcurra por este camino. La Comisión y su control, como se ha apuntado, se caracterizan más como un control técnico y no tanto político, al concebirse a la propia Comisión como una especie de ente regulador técnico europeo. En este contexto, es remarcable la inexistencia de estudios detallados entre la doctrina europea sobre el papel del Parlamento europeo, la única institución europea con legitimidad democrática directa, como posible mecanismo de control de las administraciones independientes de la Unión. El posible control de las instituciones políticas de la Unión, por tanto, queda meramente apuntado y apenas esbozado, sin ningún desarrollo exhaustivo.

Asimismo, en este sistema múltiple de control, el poder judicial no se ha nombrado o, si se ha apelado a él, ha quedado diluido con el resto sin merecer una especial atención. Únicamente tímidamente, sin entrar a discutirlo o valorarlo en profundidad, algunos autores han concebido al poder judicial como un mecanismo más de control de las administraciones independientes. En este sentido, GRILLER y ORATOR han defendido la necesidad de someter a control judicial los actos de las administraciones independientes que tengan efectos ante terceros²⁷¹. KRAPOHL, respecto al control de la EMEA y de la EFSA, analizó las consecuencias del control judicial en combinación con el resto de mecanismos²⁷². GEHRING y KRAPOHL,

²⁷¹ GRILLER, S.; ORATOR, A. "Meroni Revisited-Empowering European Agencies... Págs. 17-18.

²⁷² KRAPOHL, S. "Credible Commitment in Non-Independent Regulatory Agencies... Págs. 525-527.

en cuanto a la EMEA, también estudiaron el impacto y efectos del control judicial en el procedimiento centralizado de autorización de medicamentos para uso humano y veterinario²⁷³. Por su parte, brevemente y como nota conclusiva, THATCHER apuntó que el control judicial de las administraciones independientes se había incrementado paulatinamente²⁷⁴. Incluso MAJONE, también sin desarrollar el argumento, ha señalado el control judicial como uno más de los posibles múltiples mecanismos de control disponibles²⁷⁵.

Al contrario, ha sido sobre todo el énfasis en el procedimiento o en la búsqueda de la legitimidad procedimental aquello que ha aproximado más a los estudiosos de la administración independiente en Europa con las tendencias de la ciencia política y el Derecho Público norteamericanos. Al igual que en Estados Unidos, la crítica a la falta de credenciales democráticas de las administraciones independientes ha sido contestada por los autores europeos con argumentos de más transparencia y participación de los ciudadanos e intereses implicados en los procesos de toma de decisiones del aparato institucional del Estado regulador. Esta preocupación central por el procedimiento administrativo lo encontramos en la mayoría de los autores europeos.

MAJONE no duda en recurrir a la experiencia norteamericana, sobre todo al papel de la APA y su batería de procedimientos

²⁷³ GEHRING, T.; KRAPOHL, S. "Supranational regulatory agencies between independence and control... Págs. 218-220.

²⁷⁴ THATCHER, M. "Delegation to Independent Regulatory Agencies... Pág. 142.

²⁷⁵ MAJONE, G. "The Agency Model: The Growth of... Pág. 6.

administrativos –*formal y informal rulemaking*, especialmente- para demostrar la importancia que han tenido los requisitos procedimentales como mecanismo de control de la discrecionalidad de la administración pública en Estados Unidos²⁷⁶. La obligación de aportar razones, motivaciones y, en definitiva, la obligación de argumentar sus decisiones en el marco de un procedimiento administrativo, es un buen mecanismo para controlar a la administración pública²⁷⁷. En este sentido, si bien MAJONE ha sido un defensor del uso simultáneo de una multitud de mecanismos de control de las administraciones independientes, ha puesto especial énfasis en el control a través del diseño de procedimientos administrativos que obliguen a motivar las decisiones administrativas y a que tengan en cuenta la participación de los ciudadanos²⁷⁸.

Más allá de MAJONE, muchos otros autores europeos han situado el procedimiento administrativo como eje central de su argumentación. BORRÁS, KOUTALAKIS y WENDLER defendieron la necesidad de adoptar una “perspectiva orientada al proceso” para controlar y legitimar a la administración independiente²⁷⁹. DEHOUSSE señaló que la gran variedad de intereses afectados por las

²⁷⁶ MAJONE, G. “Institutional Balance Versus Institutional Innovation”. En: MAJONE, G. *Dilemmas of European Integration...* Págs. 85-88.

²⁷⁷ MAJONE, G. “The Credibility Crisis of Community Regulation... Págs. 293-295.

²⁷⁸ MAJONE, G. “Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards... Págs. 20-22; MAJONE, G. “The regulatory state and its legitimacy problems... Págs. 9-11.

²⁷⁹ BORRÁS, S.; KOUTALAKIS, CH.; WENDLER, F. “European Agencies and Input Legitimacy... Pág. 587.

políticas regulatorias requerían transparencia y centrarse en los procesos de toma de decisiones²⁸⁰. CHITI dedicó una gran parte de su análisis de la radiografía de las administraciones independientes de la Unión en varios sectores a los límites procedimentales a los que estaban sujetas²⁸¹. MAGNETTE ha resaltado la predominancia del proceso administrativo en el debate sobre el control de las administraciones independientes²⁸². Finalmente algunos autores han defendido la necesidad de que la Unión Europea adopte una especie de *Administrative Procedure Act* europea²⁸³.

Esta preocupación por el procedimiento ha sido acogida por las instituciones europeas que, bajo el paraguas del denominado programa “Legislar mejor” (*better law making*), han centrado sus esfuerzos en fomentar valores procedimentales que mejorasen la percepción de los ciudadanos sobre la Unión Europea²⁸⁴. Ya en el año 2001, la Comisión incluyó entre los principios de la buena gobernanza la apertura y la participación, es decir, era necesario desplegar una importante labor de comunicación sobre las actuaciones de la Unión, así como facilitar la participación

²⁸⁰ DEHOUSSE, R. “European Institutional Architecture After Amsterdam... Pág. 617.

²⁸¹ CHITI, E. “The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies”. *Common Market Law Review*, n° 37. 2000. Págs. 331-341.

²⁸² MAGNETTE, P. “The Politics of Regulation in the European Union... Págs. 10-15.

²⁸³ Véase MEUWESE, A.; SCHUURMANS, Y.; VOERMANS, W. “Towards a European Administrative Procedure Act”. *Review of European Administrative Law*, vol 2, n.r 2. 2009. Págs. 3-35.

²⁸⁴ Comisión Europea: *La gobernanza Europea. Legislar mejor*. Bruselas, 5 de junio de 2002 (COM 2002) 275 final).

ciudadana en la toma de decisiones de las instituciones²⁸⁵. En el año 2003, las tres instituciones llegaron a un acuerdo que, de nuevo, se centraba en las mejoras del procedimiento legislativo de la Unión y enfatizaba los valores de transparencia y accesibilidad de las instituciones²⁸⁶. Las revisiones que vendrían de este programa en los años 2006, 2008 y 2009 no cambiaron este enfoque procedimental, incluyendo elementos como la evaluación de impacto o la simplificación de la normativa para aproximar la legislación de la Unión a los ciudadanos²⁸⁷. Finalmente, en el año 2010, en el nuevo concepto de “legislación inteligente” acuñado por la Comisión, se convirtió en un elemento central reforzar “el papel de los ciudadanos y las partes interesadas” a través de mejorar el trámite de consulta o audiencia pública en la elaboración de las políticas de la Unión²⁸⁸.

Dejando de lado a los académicos europeos que han analizado en detalle a la administración independiente y a las instituciones europeas, los estudiosos del denominado Derecho Administrativo de la Unión también se han centrado en las mejoras del proceso de toma de decisiones. Seguramente, como ejemplo más prominente,

²⁸⁵ Comisión Europea: *European Governance. A White Paper*. Bruselas, 25 de julio de 2001 (COM (2001) 428 final). Págs. 10-11.

²⁸⁶ Acuerdo Interinstitucional, de 16 de diciembre de 2003, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2003/C 321/2001), sobre legislar mejor.

²⁸⁷ Véanse los diferentes análisis estratégicos del programa “Legislar mejor”: Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en 2006 (COM, 2006, 689 final), 2008 (COM, 2008, 32 final) y 2009 (COM, 2009, 15 final).

²⁸⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 2010 (COM 2010, 543 final), sobre normativa inteligente en la Unión Europea.

se encuentre la labor de la red de investigación sobre Derecho Administrativo de la Unión (*Research network on EU Administrative Law*, ReNEUAL) centrada en los últimos años en la elaboración de principios y guías para la aprobación de un código de Derecho Administrativo para la Unión²⁸⁹. Cabe destacar que los académicos que han contribuido al desarrollo de esta nueva disciplina denominada Derecho Administrativo de la Unión no han estudiado en detalle el fenómeno de la administración independiente. Pese a ello, por la importancia como pensadores genuinamente del ámbito del derecho, nos detendremos con un poco de detalle en sus aportaciones a la concepción del Derecho Público que acompaña a las administraciones independientes en el ámbito de la Unión.

En efecto, la administración independiente no ocupa un lugar destacado entre los académicos del Derecho Administrativo de la Unión. En una de las primeras obras sobre la materia, en 1992, SCHWARZE no hacía ninguna mención especial a ellas pese que ya en esos momentos empezaba a emerger la primera oleada de los años 90²⁹⁰. CRAIG, ya en su importante aportación a la disciplina en 2006, dedicó un capítulo a las agencias europeas²⁹¹. Pese a ello, cuando CRAIG analiza los argumentos y razones para crear agencias

²⁸⁹ Véase la página web de la ReNEUAL, <http://www.reneual.eu/>, donde se recogen los documentos, de entre otros, JACQUES ZILLER, sobre el asesoramiento a las instituciones europeas en materia de procedimiento administrativo.

²⁹⁰ Véase SCHWARZE, J. *European Administrative Law*. 1ª ed. Londres y Luxemburgo: Sweet & Maxwell y Office for Official Publications of the European Communities. 1992.

²⁹¹ CRAIG, P. *EU Administrative Law*. 1ª ed. Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2006. Págs. 143-190.

en el seno de la Unión, se limita a reproducir todo aquello aportado por los académicos, especialmente provenientes de la ciencia política, que han estudiado en detalle a las administraciones independientes de la Unión. MAJONE es la referencia y cita de autoridad principal en la obra de CRAIG. De manera muy similar, ya en el año 2011, HOFMANN, ROWE y TÜRK dedican atención a las administraciones independientes de la Unión pero sus referencias o fuentes se refieren también de manera abundante a los pensadores europeos provenientes de la ciencia política²⁹². De nuevo, MAJONE es la referencia principal. En cuanto a las razones o motivos para crear administraciones independientes, los autores del Derecho Administrativo de la Unión no aportan nada nuevo y se remiten a los pensadores, sobre todo MAJONE, que han estudiado en detalle a la administración independiente en la Unión.

La influencia del pensamiento jurídico norteamericano en los académicos situados dentro de la disciplina de Derecho Administrativo de la Unión, de igual modo que hemos analizado en el caso de aquellos que han estudiado a la administración independiente desde la ciencia política, es claramente visible. En primer lugar, las contribuciones más recientes a la disciplina toman como punto de partida las categorías del Derecho Administrativo norteamericano cuando se trata de analizar el control judicial de las decisiones administrativas: valoración de los hechos, la interpretación del derecho y la toma de decisiones con

²⁹² HOFMANN, H.; ROWE, G.; TÜRK, A. *Administrative Law and Policy of the European Union*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2011. Págs. 285-286.

discrecionalidad política (*policies*). Esta clasificación tripartita es central en la obra de CRAIG, en su terminología *fact, law y discretion*²⁹³. En el caso de la obra de HOFMANN, ROWE y TÜRK, la distinción no es tan clara pero la diferencia sobre todo entre el control de la valoración de los hechos y las cuestiones de derecho es un dato importante que, para los autores, debería tenerse en cuenta en todo análisis²⁹⁴.

En segundo lugar, la influencia norteamericana –en especial, su Derecho Público- se muestra en la concepción central de la deferencia en los autores europeos que han desarrollado el Derecho Administrativo de la Unión. CRAIG es, de nuevo, el autor que más ha expresado en términos de deferencia su análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto al control judicial de las decisiones administrativas. En aquello que hace referencia al control de la interpretación del derecho, CRAIG ha señalado que el Tribunal no toma una posición deferencial ante las instituciones europeas: sustituye la interpretación de la administración en cuestión cuando así lo cree oportuno (*substitution of judgment*)²⁹⁵. Ahora bien, esta posición de no deferencia tiene algunas cualificaciones y CRAIG destaca, citando expresamente al Derecho Público norteamericano, que la no deferencia en esta materia no es

²⁹³ CRAIG, P. *EU Administrative Law. 1ª ed...* Págs. 429-439. En la segunda edición, CRAIG, P. *EU Administrative Law. 2ª ed.* Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2012. Págs. 400-406.

²⁹⁴ HOFMANN, H.; ROWE, G.; TÜRK, A. *Administrative Law and Policy...* Pág. 497.

²⁹⁵ CRAIG, P. *EU Administrative Law. 2ª ed...* Págs. 405-409.

la única posición posible en términos de derecho comparado²⁹⁶. En cuanto al control de los hechos y los actos discrecionales, CRAIG señala que los estándares o tests aplicados por el Tribunal de Justicia –error manifiesto y desviación de poder, principalmente– pese a no variar formalmente han sido aplicados con mayor o menor rigor a lo largo del tiempo y, por tanto, el grado de deferencia ha ido cambiando²⁹⁷.

A diferencia del pensamiento jurídico norteamericano –y su Derecho Público– que no ha acogido en su seno el juicio de proporcionalidad como mecanismo de control de los poderes públicos, CRAIG sí que lo incorpora en su análisis y lo hace tomando en consideración fuentes alemanas²⁹⁸. Pese a ello, CRAIG estudia la utilización de este test por parte del Tribunal de Justicia desde la óptica de la deferencia, en este caso como principio que la puede aminorar o aumentar y permitir así cambios en la intensidad del control judicial²⁹⁹. Al fin y al cabo, como los estándares, la proporcionalidad será utilizada más laxamente o estrictamente por el Tribunal de Justicia en función de la materia o área en la que se enmarque la decisión administrativa³⁰⁰.

Otros autores han partido de categorías con anclajes más textuales – especialmente el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*. en págs. 408-409.

²⁹⁸ *Ibidem*. en págs. 590-591.

²⁹⁹ *Ibidem*. en págs. 592-604.

³⁰⁰ *Ibidem*. en págs. 592-593.

Unión- y de origen en el derecho continental europeo para exponer el funcionamiento del control administrativo del Tribunal de Justicia³⁰¹. Pero incluso estos autores, especialmente HOFMANN, ROWE y TÜRK, únicamente las han considerado como punto de partida para resaltar que el control judicial en la práctica depende de estándares o tests diversos –no muy alejados de los descritos por CRAIG- cuya aplicación será más o menos estricta y, por tanto, el grado de deferencia es también variable³⁰². SCHWARZE, por su parte, en una de las primeras obras sobre el Derecho Administrativo de la Unión, realizó un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en diversas áreas o materias centrándose en el grado de deferencia que en cada una de ellas adoptaba el Tribunal³⁰³.

En definitiva, en mayor o menor medida, los autores que han desarrollado la disciplina del Derecho Administrativo de la Unión conciben el control judicial de la administración pública como la aplicación de una plétora de estándares o tests diversos cuya aplicación caso por caso conlleva resultados variados en cuanto al grado de deferencia en cada materia y época del tiempo. MARTIN

³⁰¹ Véase HARTLEY, T.C. *The Foundations of European Union Law*. 7ª ed. Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2010. Págs. 420-428; HOFMANN, H.; ROWE, G.; TÜRK, A. *Administrative Law and Policy*... Págs. 842-846. Los criterios de control judicial que se mencionan en este artículo y son tratados por estos autores son cuatro: falta de competencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y desviación de poder.

³⁰² HOFMANN, H.; ROWE, G.; TÜRK, A. *Administrative Law and Policy*... Págs. 491-505.

³⁰³ SCHWARZE, J. *European Administrative Law*. 1ª ed... Págs. 296-497.

SHAPIRO, profesor de Derecho norteamericano, ha descrito muy bien la evolución del Derecho Administrativo de la Unión en términos de nuevo de deferencia, entendiéndola como un elemento contingente y variable a lo largo del tiempo³⁰⁴.

Dejando de lado las contribuciones más generales al Derecho Administrativo de la Unión entendido como disciplina, también encontramos a un conjunto de juristas que han tratado en detalle el control judicial de las administraciones independientes de la Unión. Todos ellos también coinciden en centrar el debate en el grado de deferencia que adoptan o deben adoptar los tribunales frente a las decisiones de las administraciones independientes. Tanto CURTIN como GERADIN señalan que en el caso de las administraciones independientes de la Unión el control judicial tiene serias limitaciones. En muchos casos la competencia del Tribunal para controlar sus actos está en entredicho en el caso de que la normativa fundacional y de regulación de la administración independiente no lo prevea expresamente³⁰⁵. Asimismo, la legitimación de los particulares para acceder al Tribunal –*standing doctrine*–, debido a

³⁰⁴ Véase SHAPIRO, M. “The institutionalization of the European Administrative Space”. En: SWEET, A.S.; SANDHOLTZ, W.; FLIGSTEIN, N. (eds.). *The Institutionalization of Europe*. New York: Oxford University Press, 2002. Págs. 94-103.

- “The Giving Reasons Requirement”. En: SHAPIRO, M; STONE, A.S. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2002. Págs. 228-258.

³⁰⁵ GERADIN, D. “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation through Agencies in the EU...* Págs. 215-246; CURTIN, D. “Delegation to EU Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation through Agencies in the EU...* Págs. 88-120.

la interpretación restrictiva que éste ha llevado a cabo, dificultaría el acceso al tribunal a los interesados y, por tanto, el control judicial de las administraciones independientes³⁰⁶.

Respecto al primero de los problemas, BUSUIOC, en una de las pocas monografías sobre las administraciones independientes que también aborda su control judicial en detalle, resalta que si bien la cuestión suscitaba dudas al principio, hoy en día se han disipado y se puede afirmar que los tribunales europeos tienen competencia para controlar los actos de las agencias de la Unión, independientemente de lo que establezcan sus normas reguladoras³⁰⁷. Ahora bien, BUSUIOC concluye que, a pesar de haberse esclarecido la cuestión de la competencia, el estándar de control del Tribunal sobre las decisiones de las administraciones independientes debe ser por naturaleza limitado al enfrentarse en muchos casos a decisiones administrativas discrecionales³⁰⁸. Para el segundo de los problemas, es decir, la interpretación restrictiva de la legitimación de los particulares, BUSUIOC también lo concibe como un problema que de momento, a la espera de un cambio jurisprudencial, no tiene solución³⁰⁹.

Finalmente, YATANAGAS ha sido el autor que ha defendido con mayor rotundidad la necesidad, desde el punto de vista normativo, que el control judicial de las administraciones independientes de la

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ BUSUIOC, M. *The Accountability of European Agencies...* Págs. 189-191.

³⁰⁸ *Ibidem*. en págs. 190-191.

³⁰⁹ *Ibidem*.

Unión debe ser muy deferencial. Fuertemente influenciado por el Derecho Administrativo norteamericano, YATANAGAS defiende la necesidad de un control judicial no sustantivo, solamente de carácter procedimental –sin mencionarlo, parece apelar a la *hard look doctrine* norteamericana- para evitar la indeseada judicialización de la administración independiente que, para el autor griego, conduciría a la ineficiencia administrativa³¹⁰.

En conclusión, la influencia del pensamiento jurídico-político norteamericano está muy presente en el debate europeo sobre las administraciones independientes. Por un lado, los académicos europeos, mayoritariamente provenientes de la ciencia política, han entendido el principio de equilibrio de facultades como dinámico y evolutivo, muy próximo a la versión funcional norteamericana de la doctrina de la separación de poderes. Por otro lado, estos mismos académicos no han concebido al poder judicial como el principal mecanismo de control de la administración independiente. Este papel reducido del poder judicial, expresado en términos de deferencia judicial y consecuencia de postulados antiformalistas en el seno del pensamiento jurídico, también predomina tanto en los juristas que han desarrollado el denominado Derecho Administrativo de la Unión como aquellos otros que han estudiado más en detalle el control judicial de las administraciones independientes de la Unión.

³¹⁰ YATANAGAS, X. A. “Delegation of regulatory authority in the European Union... Págs. 49-52.

3. LA ACOGIDA DEL DEBATE DOCTRINAL EUROPEO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA EXPANSIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN TODOS LOS ÁMBITOS

3.1. Las instituciones de la Unión Europea y su visión de las administraciones independientes: entre la euforia doctrinal y el juego interinstitucional

a) La Comisión Europea

A finales de la década de los noventa del pasado siglo, la Comisión afrontaba un cambio de rumbo en la gobernanza europea. Tal y como se ha señalado anteriormente, el aumento paulatino de las competencias de la Unión Europea desde su creación evidenció en la década de los noventa un importante déficit institucional que impedía la correcta implementación de sus políticas³¹¹. La nueva dimensión de la Unión convirtió en inviable el antiguo planteamiento que consistía en un poder ejecutivo europeo compuesto por una Comisión de dimensiones reducidas apoyada

³¹¹ Véanse supra, notas 214 a 217.

por los aparatos administrativos de los Estados Miembros. A este déficit institucional debe añadirse una crisis de legitimidad de la Comisión como consecuencia de los escándalos de corrupción que la azotaron en los años noventa³¹².

La Comisión, por tanto, tomó conciencia de su posición en el entramado institucional de la Unión y se percató de sus debilidades. Esta toma de conciencia se produjo en un contexto doctrinal europeo dominado por las ideas del Estado regulador y de las administraciones independientes. MAJONE desde el principio de los años noventa lideraba la doctrina europea que proponía la creación de administraciones independientes como solución para los problemas institucionales de la Unión. Bajo su liderazgo, el Instituto Universitario Europeo de Florencia apoyó en los años noventa a grupos de investigación sobre la regulación europea y las administraciones independientes en Europa, organizó conferencias y seminarios sobre la materia y formó a docentes e investigadores, tal y como hemos visto, que defendieron a las administraciones independientes como solución institucional en el debate académico europeo³¹³. Se puede afirmar que durante la década de los noventa

³¹² VOS, E. "Reforming the European Commission... Págs. 1114-1115.

³¹³ Véase KREHER, A. "Introduction". En: KREHER, A. (ed.). *The New European Agencies. Conference Report*. RSC. nº 96/40. European University Institute. 1996. Págs. 1-4. En esta introducción KREHER da cuenta de los distintos grupos de investigación sobre regulación y administraciones independientes auspiciados por el Instituto Universitario Europeo de Florencia en la década de los noventa, entre ellos: *EU Regulatory Policy Making*, *Reform of the European Institutions*, *EU Competition Policy* o *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*. El propio libro recoge las ponencias de una conferencia titulada *New European Agencies* que tuvo lugar el 1 y 2 de marzo de 1996 en el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

la línea de investigación del Instituto Universitario Europeo de Florencia era claramente favorable a la idea del Estado regulador y a la creación y expansión de la administración independiente en Europa.

No es de extrañar, por tanto, que en esta toma de conciencia de la Comisión y su voluntad de superar sus debilidades influyeran estas concepciones dominantes en el panorama doctrinal europeo. De este modo, en el proceso de reflexión lanzado por la Comisión sobre la gobernanza europea a finales de los años noventa, se crearon doce grupos de trabajo, entre ellos uno con un título esclarecedor: “Preparando el terreno para la descentralización a través de agencias”³¹⁴. Este grupo de trabajo recibió las contribuciones en forma de informes de MAJONE y de YATANAGAS³¹⁵. Además, llamó como expertos a declarar al propio MAJONE, a YATANAGAS, DEHOUSSE y a un representante de la oficina de investigación del Congreso de Estados Unidos³¹⁶. Para finalizar, el grupo de trabajo tenía como ejemplo de buenas prácticas a la *Administrative Procedure Act* norteamericana. Las fuentes de trabajo del grupo, por tanto, fueron la doctrina europea a favor de la administración independiente –ya de por sí muy influenciada por las ideas norteamericanas– y contribuciones directas del pensamiento y experiencia de Estados Unidos. El documento del grupo de trabajo

³¹⁴ La denominación oficial en inglés era *Working Group IIIa: Preparing the ground for decentralization through agencies*.

³¹⁵ Véase supra, nota 264.

³¹⁶ Informe del Grupo de Trabajo *Establishing a Framework For Decision-Making Regulatory Agencies* (Grupo 3a.). Junio de 2001. Págs. 28-29.

reflejó todas estas fuentes y recomendó a la Comisión una apuesta decidida por las administraciones independientes³¹⁷.

El resultado de esta reflexión realizada por la Comisión dio lugar en el año 2001 al Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea³¹⁸, en el que las administraciones independientes ocuparon un lugar destacado. La Comisión concibió a éstas como una buena fórmula institucional para hacer frente a los nuevos retos de la gobernanza europea, sobre todo, las consideró herramientas adecuadas para mejorar la aplicación de las normas de la Unión³¹⁹. Las administraciones independientes permitirían a la Comisión centrarse en el núcleo esencial de sus competencias y aportarían los conocimientos técnicos requeridos en los sectores objeto de regulación³²⁰.

Pese a este entusiasmo por las administraciones independientes, la Comisión fijó unos límites a su creación. Únicamente podían poseer facultades de adjudicación -no normativas generales- en aquellos ámbitos en que debía prevalecer el interés público y en el que las tareas de regulación requiriesen una elevada capacidad técnica³²¹. En este sentido, la Comisión recalcó que las administraciones independientes no podían arbitrar conflictos de interés público,

³¹⁷ *Ibidem.* en pág. 27.

³¹⁸ Comisión Europea: *European Governance. A White Paper*. Bruselas, 25 de julio de 2001 (COM (2001) 428 final).

³¹⁹ *Ibidem.* en pág. 27.

³²⁰ *Ibidem.*

³²¹ *Ibidem.* en pág. 28.

ejercer discrecionalidad política o realizar evaluaciones económicas complejas³²². La Comisión estaba recogiendo el ideal institucional del Estado regulador impulsado por la doctrina europea: una administración independiente altamente especializada y profesional que únicamente realiza tareas de regulación neutrales, es decir, sin arbitrar conflictos entre grupos sociales enfrentados.

Únicamente los poderes limitados de las administraciones independientes –habilitadas para ejercer la función de adjudicación, pero ninguna más– rompían el ideal de la administración independiente del Estado regulador impulsado por la doctrina europea. En el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea apareció con claridad la preocupación de la Comisión por el respeto al principio de equilibrio de facultades entre las instituciones europeas³²³, circunscribir las administraciones independientes a tareas únicamente técnicas para evitar problemas de legitimidad democrática, así como su miedo a perder cuotas de poder a través de la creación de agencias autónomas que asumiesen parte de sus tareas³²⁴. Estas tres preocupaciones llevaron a la Comisión a apostar por administraciones independientes débiles desde el punto de vista de sus poderes o prerrogativas. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea reflejó, por tanto, un compromiso en el seno

³²² *Ibidem*.

³²³ No existe en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea ninguna alusión directa a la doctrina *Meroni* cuyo análisis lo realizaremos más adelante. Pese a ello, esta referencia al principio de equilibrio de facultades entre las instituciones europeas es una clara alusión a este límite fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³²⁴ La Comisión dejó claro que las administraciones independientes no podían recibir en ningún caso poderes asignados directamente a ella.

de la Comisión entre aquellos que, impulsados por el debate académico europeo, apostaban por la administración independiente como solución institucional para la Unión y aquellos otros que, pese a observar sus ventajas, veían algunos inconvenientes a nivel legal e institucional. Unos problemas que sobre todo venían representados por la doctrina *Meroni* y que fueron alegados por los servicios jurídicos de la Comisión³²⁵. Más adelante analizaremos en detalle esta doctrina, pero puede avanzarse, en todo caso, que la Comisión ha recogido las limitaciones legales a las administraciones independientes promovidas por el Tribunal de Justicia de la Unión y que éste, por tanto, ha operado como freno a las iniciativas de la Comisión en esta materia.

En el año 2002 la Comisión Europea volvió a insistir en la importancia de las administraciones independientes como mecanismo de buena gobernanza. En una primera comunicación, la Comisión señaló de nuevo la necesidad de su creación para descongestionar su carga de trabajo y como modo adecuado de descentralización de las funciones ejecutivas³²⁶. Será, sin embargo, una siguiente comunicación en el mismo año la que fijará de nuevo la posición de la Comisión³²⁷. En ella se recogió la imagen de las administraciones independientes que la Comisión ya había

³²⁵ FLINDERS, M. “Distributed public governance in the European Union... Pág. 527.

³²⁶ Comunicación COM (2002) 275 final de la Comisión, de 5 de junio de 2002, sobre la gobernanza europea: legislar mejor. Pág. 5.

³²⁷ Véase la Comunicación COM (2002) 718 final de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas.

esbozado en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea: administraciones independientes que operan en ámbitos de alta especialización técnica, donde prima un único interés público, no se arbitran o dirimen conflictos entre intereses públicos y no se ejerce discrecionalidad política³²⁸. Esta comunicación vino acompañada por un intento de clasificación de las administraciones independientes existentes en el seno de la Unión Europea en el que la Comisión pretendió separar conceptualmente a las que denominó a partir de ese momento agencias ejecutivas de las reguladoras, hasta el punto de que la intención de la Comisión fue dotar de marcos normativos diferentes a ambos tipos de agencias³²⁹.

Finalmente, en el año 2005, la Comisión Europea propuso a las demás instituciones de la Unión la adopción de un marco común de regulación de las administraciones independientes³³⁰. En su propuesta, la Comisión partió de una concepción de organismo regulador que podía ejercer, a su juicio, poderes de adjudicación – toma de decisiones individuales de carácter vinculante para terceros, nada más-; asesorar técnica y científicamente en sus ámbitos de actuación, crear redes epistemológicas y de buenas prácticas –*networks*- o generar información relevante para la toma

³²⁸ *Ibidem.* en págs. 12-13.

³²⁹ Véanse los intentos doctrinales y de la Comisión para clasificar las administraciones independientes de la Unión en infra, apartado 3.2. b) de este trabajo.

³³⁰ Véase el Proyecto de Acuerdo Interinstitucional COM (2005) 59 final de la Comisión, de 25 de febrero de 2005, sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas.

de decisiones de las autoridades competentes³³¹. Asimismo, las administraciones independientes esbozadas por la Comisión debían de gozar de una autonomía considerable, se les debía otorgar personalidad jurídica propia y debían contar con un director técnico y comités científicos de apoyo³³². De nuevo, esta propuesta de la Comisión recogió la idea de una administración autónoma en su funcionamiento, altamente técnica y profesional y débil desde el punto de vista de sus potestades que únicamente podían ser de adjudicación y en ningún caso de carácter normativo. En este sentido, la propuesta de la Comisión siguió siendo muy clara: las agencias reguladoras de la Unión no podían tener poderes normativos, únicamente de adjudicación, no podían resolver conflictos entre intereses públicos enfrentados ni ejercer discrecionalidad política³³³.

El fracaso de esta propuesta lanzada en 2005 congeló la iniciativa de la Comisión para dotar de un marco común de regulación a las administraciones independientes de la Unión³³⁴. En 2008, la Comisión lo volvió a intentar³³⁵. Haciendo de nuevo hincapié en la importancia de las administraciones independientes como instrumentos para apoyar a las tareas de la Comisión y por su

³³¹ *Ibidem.* en pág. 11.

³³² *Ibidem.* en págs. 5-8.

³³³ *Ibidem.* en págs. 11-12.

³³⁴ Los motivos de este fracaso se discuten con posterioridad en el apartado infra, 3.1. b) de este trabajo, relativo al Consejo de la Unión Europea.

³³⁵ Véase la Comunicación COM (2008) 135 final de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las agencias europeas y sus orientaciones para el futuro.

aportación de conocimientos técnicos y científicos, la Comisión veía necesario establecer unas reglas comunes y atajar, de este modo, la elevada heterogeneidad entre las administraciones independientes que la Unión había ido creando hasta ese momento³³⁶. De nuevo la Comisión enfatizó que su ideal de administración independiente era aquella que poseía poderes de adjudicación, no normativos, y que en ningún caso podía ejercer discrecionalidad política alguna³³⁷. En esta ocasión, la Comisión únicamente se limitó a lanzar el diálogo interinstitucional y se comprometió a realizar un proceso de evaluación de la situación de las distintas administraciones independientes de la Unión³³⁸. Asimismo, mientras durase este proceso de evaluación, que se preveía ultimar a finales de 2009, se comprometió a congelar la creación de nuevas agencias reguladoras en la Unión³³⁹.

Este diálogo lanzado en 2008 por la Comisión ha tenido resultados inciertos. El 10 de marzo de 2009 se creó un Grupo de Trabajo Interinstitucional –formado por miembros de la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos- que se encargó de entablarlo y

³³⁶ *Ibidem.* en pág. 2.

³³⁷ *Ibidem.* en pág. 5.

³³⁸ *Ibidem.* en pág. 11. Lo único que ha trascendido públicamente de este proceso de evaluación ha sido el informe realizado por las consultoras Ramboll, Eureval y Matrix Inside titulado *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, así como un conjunto de fichas analíticas fechadas de 2010 sobre distintos aspectos de las agencias (entre ellos, su definición, clasificación, autonomía o diseño organizativo).

³³⁹ *Ibidem.*

dirigirlo³⁴⁰. Lo único que ha trascendido de este Grupo de Trabajo es una Declaración Conjunta realizada en el año 2012, de naturaleza no vinculante, que fija algunos puntos de encuentro sobre el debate de las administraciones independientes de las tres instituciones de la Unión³⁴¹. En este comunicado se encomendó a la Comisión la elaboración de una hoja de ruta a más tardar a finales del año 2012 que implementase los puntos de acuerdo alcanzados. La Comisión presentó esta hoja de ruta el 19 de diciembre de 2012³⁴².

Analizaremos con más detalle este diálogo interinstitucional y la Declaración conjunta como resultado más relevante de este último a través de las posiciones del resto de instituciones de la Unión. En este momento es interesante extraer una serie de conclusiones sobre la contribución de la Comisión al debate sobre las administraciones independientes en Europa. En primer lugar, la Comisión se convirtió a partir de finales de los años noventa en un agente impulsor de la administración independiente en Europa. Ya sea por sus necesidades operativas o por los escándalos que sufrió, la Comisión apostó decididamente por la creación de administraciones

³⁴⁰ Denominado en inglés *Interinstitutional Working Group on regulatory agencies*.

³⁴¹ Véase la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo de la Unión y de la Comisión europea sobre agencias descentralizadas, de 19 de julio de 2012.

³⁴² Su contenido es poco relevante para el objeto de este análisis. La Comisión Europea apuesta por una serie de cambios en la estructura interna de las agencias que afecta, sobre todo, a la composición y elección de los consejos de dirección. Asimismo, en la línea de las teorías del Estado regulador, la Comisión exige mayor eficiencia a las agencias y una mejora en su transparencia. La Comisión se encuentra de nuevo preocupada por la falta de coherencia que puede producir el elevado número de agencias y apuesta por intentar estandarizar los actos de creación de las distintas agencias.

independientes que, a su parecer, eran instrumentos adecuados para la nueva gobernanza en Europa. En este sentido, la Comisión se convirtió en un agente innovador en este ámbito.

En segundo lugar, la administración independiente impulsada y defendida por la Comisión se acomodó, en gran medida, a las aportaciones de los académicos que durante la década de los noventa defendieron la adopción de este modelo en Europa. Los académicos que contribuyeron a este debate, alineados al entorno de MAJONE y del Instituto Universitario Europeo de Florencia, a través de sus trabajos de investigación, artículos en revistas especializadas, conferencias y seminarios, nutrieron de argumentos a la Comisión para la adopción de las administraciones independientes. Es más, en algunos casos aportaron directamente informes a la Comisión o fueron llamados como expertos para que aportasen su opinión. La configuración de la administración independiente que aparece en los documentos de trabajo de la Comisión –un organismo administrativo dotado de autonomía, altamente especializado que realiza tareas de carácter apolítico- no se aleja mucho del ideal de MAJONE.

Sin embargo, a diferencia de los académicos europeos, la posición de la Comisión revela una clara preocupación por limitar las administraciones independientes a ámbitos de gran complejidad técnica. A lo largo de todos sus posicionamientos públicos, la Comisión ha hecho hincapié en diferenciar aquellas materias y decisiones que requieren de valoración política y aquellas otras que

no, limitando el papel de las administraciones independientes de la Unión a las segundas. En este sentido, la Comisión ha sido muy consciente de la apuesta por la tecnocracia que representa la administración independiente y los problemas de legitimidad democrática y de control que conlleva. Si bien ha aceptado que existen ámbitos puramente técnicos, asumiendo la tesis de la neutralidad técnica de la doctrina europea defensora del Estado regulador, su posicionamiento público ha sido reducir la operatividad de esta neutralidad técnica al máximo y dejar claro que en ningún caso puede inmiscuirse en ámbitos de discrecionalidad política.

En tercer y último lugar y con una clara relación con este encuadramiento materialmente limitado de la neutralidad técnica, la única disonancia de la Comisión con las posturas defendidas por los académicos que han contribuido al debate europeo radica en la debilidad de las administraciones independientes en cuanto a sus prerrogativas. La Comisión Europea únicamente ha defendido administraciones independientes con poderes de adjudicación. Esta posición de la Comisión tiene mucho que ver con su miedo a perder poder frente al resto de instituciones de la Unión que, a través de la creación de administraciones independientes podrían socavar funciones a la Comisión, así como a obstáculos legales e institucionales que han frenado una posición más osada en esta cuestión. También la precaución de no dotar de excesivos poderes a un órgano puramente técnico explicarían esta defensa de la Comisión del carácter funcionalmente débil de las administraciones

independientes de la Unión. Estos obstáculos los veremos a continuación con el análisis de la posición sobre las administraciones independientes del resto de instituciones de la Unión. Puede avanzarse, sin embargo, que las preocupaciones del Tribunal de Justicia sobre una posible alteración del equilibrio de poderes en el seno de la Unión como consecuencia de una delegación de amplios poderes a administraciones independientes - sobre todo de carácter normativo- expresadas en su doctrina *Meroni* han sido acogidas y defendidas por la propia Comisión. Su propuesta de administraciones independientes sin poder normativo alguno ha encajado con la posición del Tribunal de Justicia a la hora de restringir la posibilidad de delegación de poderes normativos por parte de las instituciones de la Unión Europea a otros entes no previstos en los Tratados.

b) El Consejo de la Unión Europea

A diferencia de la Comisión Europea, el Consejo no ha sido un impulsor de la administración independiente como fórmula de ejercicio de las políticas de la Unión. Los dos momentos más significativos en cuanto a un diálogo sobre la naturaleza y alcance de la administración independiente en la Unión fueron planteados, el primero en 2001 y el segundo en 2008, por la Comisión. El Consejo, por tanto, ha fijado su posición sobre las administraciones independientes como reacción a las iniciativas emprendidas por la Comisión. No poseemos tampoco mucha documentación acerca de la posición del Consejo sobre esta cuestión. En este sentido, el

Consejo ha expresado públicamente pocas veces su parecer acerca de su caracterización de las administraciones independientes, más allá, evidentemente, de su papel como co-legislador en la creación de cada una de las administraciones independientes de la Unión.

El debate sobre las administraciones independientes en la Unión iniciado por la Comisión en el año 2001 a través del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea y las comunicaciones que lo siguieron en el año 2002, tuvieron su respuesta por parte del Consejo en 2004³⁴³. Al igual que la Comisión, el Consejo también reconoció que existía una elevada heterogeneidad entre las administraciones independientes existentes hasta la fecha en la Unión y, por tanto, la creación de un marco común era adecuado³⁴⁴. Pero poco más añadió el Consejo que nos pudiera permitir entrever su concepción sobre las administraciones independientes. Parece que estaba preocupado por los mecanismos de control de las administraciones independientes y su respeto a los principios de subsidiaridad y proporcionalidad³⁴⁵. Asimismo, el Consejo creyó necesario efectuar un análisis de sus estructuras, competencias y funciones³⁴⁶. En ningún momento el Consejo cuestionó la existencia de las administraciones independientes ni que podían ser un instrumento

³⁴³ Conclusiones del 2593rd Consejo de la Unión Europea, celebrado en Luxemburgo el 28 de junio de 2004, relativo a aspectos institucionales y a las agencias regulatorias europeas. El documento que ha sido utilizado en este trabajo ha sido la nota de prensa del Consejo que recoge estas Conclusiones, número de identificación 10746/04 (Prensa 203).

³⁴⁴ *Ibidem.* en pág. 38 (apartado nº 3 de las Conclusiones).

³⁴⁵ *Ibidem.* (apartado nº 2 de las Conclusiones).

³⁴⁶ *Ibidem.* (apartado nº 6 de las Conclusiones).

útil para la gobernanza de la Unión. Se echa en falta, en todo caso, su visión sobre la naturaleza de las administraciones independientes. Únicamente señaló que uno de los criterios a tener en cuenta para su creación debía ser, además del análisis del coste-beneficio, la necesidad de recabar conocimientos técnicos y científicos³⁴⁷. Al igual que la Comisión y el debate académico europeo, parece que el Consejo también tenía en mente a una administración independiente altamente especializada y cuya principal razón de ser era su ventaja técnica y científica.

Más allá de estas buenas intenciones, el Consejo expresó su negativa a la suscripción del Proyecto de Acuerdo Interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas impulsado por la Comisión en 2005. El Consejo estudió el Proyecto de Acuerdo Interinstitucional en el seno del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Generales durante abril y mayo de 2005³⁴⁸. Tal y como se refleja en la documentación hecha pública por el Consejo en años posteriores, en el Grupo de Trabajo se expresó mayoritariamente una posición favorable a la adopción de un marco común de regulación de las administraciones independientes europeas³⁴⁹. La plasmación de este marco común a través de la fórmula normativa consistente en un acuerdo interinstitucional, sin embargo, no se creyó adecuada³⁵⁰. Asimismo se expresó el Consejo, a través de su

³⁴⁷ *Ibidem.* (apartado nº 5 de las Conclusiones).

³⁴⁸ Nota 16247/06 de la Presidencia del Consejo a las Delegaciones, de 4 de diciembre de 2006, sobre un marco común para las agencias reguladoras. Pág. 3.

³⁴⁹ *Ibidem.*

³⁵⁰ *Ibidem.*

Secretariado, a una respuesta de una pregunta oral formulada por el Parlamento Europeo sobre la posición del Consejo relativa al Proyecto de Acuerdo Interinstitucional presentado por la Comisión³⁵¹.

Los motivos para no suscribir el Proyecto de Acuerdo Interinstitucional, por tanto, obedecieron más a cuestiones de técnica legislativa que a objeciones de fondo del Consejo. Estas reticencias formales se plasmaron en el año 2006 con claridad. El Consejo estaba de acuerdo en la necesidad de un marco común para las administraciones independientes de la Unión, pero discrepaba sobre el instrumento normativo para aprobarlo³⁵². Para desencallar la situación, el Consejo propuso dos alternativas. En primer lugar, si se quería seguir por la vía del acuerdo interinstitucional, éste, al ser ajeno a los procedimientos legislativos de la Unión establecidos en los Tratados, debía ser lo menos detallado posible³⁵³. En segundo lugar, se encomiaba a desechar el camino del acuerdo interinstitucional y proceder a la aprobación de un marco común a través de los procedimientos legislativos de la Unión, con base en el antiguo artículo 308 del Tratado³⁵⁴. El Consejo era muy consciente de la dificultad de este segundo camino que, en sus palabras,

³⁵¹ Proyecto preliminar 14231/05, de 9 de noviembre de 2005, de la respuesta del Secretario General del Consejo a la pregunta oral, con debate, formulada al Consejo por Jo Leinen, en representación del Comité de Asuntos Constitucionales, y Janusz Lewandowski, en representación del Comité de Presupuestos.

³⁵² Nota 16247/06 de la Presidencia del Consejo... Pág. 3.

³⁵³ *Ibidem.* en págs. 5-6.

³⁵⁴ *Ibidem.* en págs. 6-8.

requería la unanimidad en el Consejo y la mera consulta –sin que actúe como colegislador- del Parlamento europeo³⁵⁵. Con esta respuesta el Consejo enterró el Proyecto de Acuerdo Interinstitucional y obligó a la Comisión a retirarlo y a cambiar de estrategia.

El relanzamiento del diálogo interinstitucional en 2008 por la Comisión comportó la constitución del Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre agencias reguladoras. El primer resultado de este Grupo de Trabajo fue la presentación por parte de la Comisión de una propuesta de declaración conjunta sobre las agencias descentralizadas de la Unión³⁵⁶. En esta primera propuesta se destacaba la importancia de las administraciones independientes en la mejora de la implementación de las políticas de la Unión, la descongestión de las tareas de la Comisión y su aportación a nivel europeo de conocimientos técnicos y científicos³⁵⁷. Asimismo, la necesidad de articular un marco común para atajar la heterogeneidad de las administraciones independientes existentes hasta la fecha se expresó, de nuevo, con claridad³⁵⁸. En esta ocasión, a diferencia del Proyecto de Acuerdo Interinstitucional de 2005, nada se decía sobre las funciones o poderes de las administraciones independientes de la Unión. La propuesta de la

³⁵⁵ *Ibidem.* en pág. 8.

³⁵⁶ Proyecto de Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo de la Unión y de la Comisión europea sobre agencias descentralizadas, de 29 de febrero de 2012.

³⁵⁷ *Ibidem.* en pág. 1.

³⁵⁸ *Ibidem.*

Comisión se limitaba a centrarse en el diseño de la estructura de las administraciones independientes, su funcionamiento y su control³⁵⁹.

El Consejo aceptó todos los puntos de la propuesta de la Comisión excepto algunas cuestiones relativas al nombramiento de los miembros de los consejos de dirección de las agencias y de sus directores. En concreto, además de otras cuestiones, el Consejo no aceptaba una presencia tan numerosa en los consejos de dirección de miembros de la Comisión y del Parlamento Europeo como apuntaba la propuesta presentada³⁶⁰. Respecto a los directores, tampoco veía bien someter su nombramiento a una comparecencia pública previa ante el Parlamento Europeo³⁶¹. Después de las negociaciones oportunas³⁶², la posición del Consejo se impuso y la Declaración Conjunta que se aprobó disminuyó el papel del Parlamento Europeo, tanto en número de efectivos en los consejos

³⁵⁹ El Proyecto constaba de cinco apartados: el rol y la posición de las agencias europeas en el sistema institucional de la Unión (I), estructura y gobernanza de las agencias (II), funcionamiento de las agencias (III), programación de actividades y recursos (IV) y responsabilidad, control y transparencia y relaciones con los actores interesados (V). En el primer apartado, donde seguramente se esperaría la definición de agencia reguladora de la Unión así como su naturaleza y funciones, nada se dice al respecto. Este primer apartado aborda únicamente la creación y la disolución de agencias, su denominación y la posición de las agencias en los países que acogen su sede.

³⁶⁰ Nota 7727/12 de la Presidencia del Consejo a los miembros permanentes del Comité (segunda parte) de 16 de marzo de 2012 sobre la evaluación de las agencias de la Unión Europea. Pág. 2. El apartado 10.1 del Proyecto de Declaración Conjunta presentado por la Comisión establecía la presencia en los consejos de dirección de las agencias europeas de dos miembros tanto de la Comisión como del Parlamento Europeo.

³⁶¹ Así lo establecía el apartado 14.2 del Proyecto de Declaración Conjunta presentado por la Comisión.

³⁶² Se alargaron de marzo a julio de 2012. Se aprobó definitivamente la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo de la Unión y de la Comisión europea sobre las agencias descentralizadas el 19 de julio de 2012.

de dirección, como en el nombramiento de los directores³⁶³. En todo caso, en su preámbulo, la Declaración Conjunta deja bien claro su carácter jurídico no vinculante para las instituciones de la Unión.

Como puede observarse las contribuciones del Consejo al debate europeo sobre las administraciones independientes son escasas. En ningún momento se ha erigido como impulsor de las administraciones independientes y no ha fijado una posición pública –o en todo caso muy tímidamente- sobre la naturaleza, funciones y prerrogativas de las administraciones independientes. El Consejo ha actuado de manera reactiva a las iniciativas de la Comisión y puede apreciarse el asentimiento del Consejo al planteamiento general que aquélla ha defendido sobre las administraciones independientes. En ningún momento discute la definición o las clasificaciones que realiza la Comisión en sus propuestas. Lo que le interesa al Consejo son básicamente dos cosas. En primer lugar, que la regulación del marco común de las administraciones independientes se realice a través de un instrumento jurídico adecuado y, de este modo, salvaguardar su posición decisiva en el procedimiento legislativo de la Unión. En segundo lugar, que la Comisión, pero sobre todo el Parlamento Europeo, no tengan una presencia desmesurada en los miembros de los consejos de dirección, así como un papel relevante en el nombramiento de los directores y, de este modo, salvaguardar

³⁶³ El definitivo apartado 10.1 de la Declaración Conjunta ha mantenido los dos miembros de la Comisión en los consejos de dirección de las agencias, pero ha reducido el número de representantes del Parlamento a uno y, además, esta presencia se condiciona a cada caso concreto sin, por tanto, estar garantizada. Respecto al nombramiento de los directores, los definitivos apartados 14 a 19 de la Declaración Conjunta han eliminado la comparecencia previa del candidato a director ante el Parlamento Europeo.

la posición hegemónica de los Estados Miembros en los órganos de dirección de las administraciones independientes de la Unión. En definitiva, más que por disquisiciones conceptuales o de encuadre funcional o institucional, el Consejo se ha preocupado por el control en la práctica de las administraciones independientes y por salvaguardar los intereses de los Estados Miembros en las mismas.

c) El Parlamento Europeo

La actitud del Parlamento Europeo ante las administraciones independientes de la Unión ha sido difícil de definir, hasta tal punto que algún autor la ha calificado como paradójica³⁶⁴. Por un lado, el Parlamento ha expresado continuamente una cierta preocupación sobre la administración independiente como mecanismo de buena gobernanza. Su crítica a este nuevo fenómeno se ha fundamentado en la falta de legitimidad democrática de las administraciones independientes. Por el otro, LORD ha demostrado como el Parlamento ha sido un impulsor de la creación y fortalecimiento de administraciones independientes en la Unión³⁶⁵.

En efecto, la respuesta del Parlamento Europeo al Libro Blanco sobre la Buena Gobernanza Europea de 2001 enfatizaba que el camino a seguir a través de los nuevos instrumentos que planteaba la Comisión –entre ellos, las administraciones independientes- no

³⁶⁴ LORD, C. “The European Parliament and the legitimation of agencification”. *Journal of European Public Policy*, 18:6. 2011. Pág. 915.

³⁶⁵ *Ibidem*. en págs. 913-915.

podía desviarse del principio democrático como eje vertebrador³⁶⁶. Siempre en el marco de este principio, únicamente podían crearse administraciones independientes cuando para la buena gobernanza se requiriesen conocimientos técnicos y científicos o en el caso de que se considerase apropiada la descentralización del ejercicio del poder³⁶⁷. Si bien el uso de la administración independiente era posible con este carácter, el Parlamento Europeo enfatizó que en ningún caso podía sustituirse la legitimidad democrática por la técnica, por la eficiencia o la coherencia³⁶⁸. En este sentido, las decisiones políticas en la Unión debían tomarse a través de un procedimiento parlamentario que asegurase la expresión de la democracia³⁶⁹. Finalmente, el Parlamento concluyó que la creación de administraciones independientes no podía en ningún caso reducir el control del Parlamento y del Consejo, ni limitar la responsabilidad política de la Comisión³⁷⁰.

La respuesta del Parlamento Europeo no hizo más que reflejar los informes que él mismo elaboró, debatió y aprobó con anterioridad. En 1999 el Parlamento expresó su preocupación sobre la fragmentación del ejecutivo europeo que podía provocar el recurso a las administraciones independientes, así como los problemas de

³⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de la Comisión, de 29 de noviembre de 2001. Apartado 10, letra a).

³⁶⁷ *Ibidem.* en apartado 17.

³⁶⁸ *Ibidem.* en apartado 10, letra d).

³⁶⁹ *Ibidem.* en apartado 10, letra b).

³⁷⁰ *Ibidem.* en apartado 18.

responsabilidad y control de este ejecutivo fragmentado³⁷¹. En 2001, en el informe sobre el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea que daría lugar a la resolución del Parlamento en el mismo año, se expresaba una gran cautela sobre las administraciones independientes que, en todo caso, únicamente podían ejercer atribuciones de carácter técnico y en ningún caso político³⁷².

En 2004 el Parlamento Europeo, sin renunciar a los principios y cautelas que expresó en su respuesta a la Comisión en 2001, reconoció la utilidad de las administraciones independientes para mejorar la credibilidad de los procesos regulatorios y descongestionar a la Comisión³⁷³. Precisamente sin alejarse de este tono de cautela, el Parlamento enfatizó su acuerdo con la Comisión en la configuración de administraciones independientes débiles desde el punto de vista de sus poderes o prerrogativas³⁷⁴. Su creación sería necesaria después de haber realizado un análisis de su coste y beneficio, en el caso de requerirse conocimientos técnicos y científicos y si la autonomía en la toma de decisiones se consideraba que era una característica adecuada para la regulación³⁷⁵. A continuación, el Parlamento se preocupó por la

³⁷¹ Parlamento Europeo. *The Herman Report*. Bruselas: Parlamento Europeo. 1999. Págs. 5-8.

³⁷² Parlamento Europeo. *Informe sobre el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de la Comisión*. 2001. Bruselas: Parlamento Europeo. Págs. 11-12.

³⁷³ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2004, sobre la Comunicación de la Comisión sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas. Apartado N.

³⁷⁴ *Ibidem.* en apartado 3.

³⁷⁵ *Ibidem.* en apartado 7.

estructura y funcionamiento de las administraciones independientes y, sobre todo, por su control y responsabilidad³⁷⁶. Estas consideraciones tienen mucho que ver con el grado de control e influencia sobre las administraciones independientes que ambicionaba el Parlamento, tanto a nivel de nombramientos de sus órganos de dirección como de control *ex post*. En definitiva, al igual que el Consejo, el Parlamento estaba preocupado por su cuota de poder sobre las administraciones independientes. La máxima expresión de esta lucha interinstitucional se plasmó en el debate sobre el mecanismo adecuado para la creación de administraciones independientes en la Unión. Mientras, como hemos visto, el Consejo apostó por el antiguo artículo 308 del Tratado como base legal adecuada –unanimidad en el Consejo y papel de mera consulta del Parlamento–, el Parlamento Europeo defendió la necesidad de seguir el procedimiento legislativo ordinario de codecisión relegando las previsiones del antiguo artículo 308 a casos excepcionales³⁷⁷.

La respuesta del Parlamento Europeo al Proyecto de Acuerdo Interinstitucional presentado por la Comisión en 2005 siguió en la línea de las preocupaciones sobre el reparto de poder y control de las administraciones independientes entre las distintas instituciones de la Unión³⁷⁸. Después de dar la bienvenida al Proyecto y expresar

³⁷⁶ *Ibidem.* en apartados 13-17 en cuanto a la estructura y 18-23 en cuanto al control de las administraciones independientes.

³⁷⁷ *Ibidem.* en apartado 4.

³⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2005, sobre el Proyecto de Acuerdo Interinstitucional presentado por la Comisión sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas.

su disposición a la negociación, el Parlamento Europeo volvió a reiterar la conveniencia de utilizar el procedimiento legislativo ordinario y no el antiguo artículo 308, pidió un papel relevante en el nombramiento de los órganos de dirección de las administraciones independientes y defendió su punto de vista sobre la representación y responsabilidad que debían asumir la Comisión y el Consejo³⁷⁹. En todo caso, el Parlamento expresó su pleno acuerdo con la Comisión sobre la necesidad de articular un marco común para las administraciones independientes de la Unión y, rescatando de nuevo preocupaciones anteriores, alertaba del peligro de una excesiva fragmentación del poder ejecutivo de la Unión y, por tanto, del peligro de debilitar su control³⁸⁰.

Esta deriva del Parlamento Europeo en los años 2004 y 2005 hacia posiciones más pragmáticas de poder interinstitucional acabó plasmándose en el relanzamiento del diálogo que realizó la Comisión en el año 2008. Su resultado, como ya se ha avanzado, fue una Declaración Conjunta que se preocupaba casi exclusivamente por el reparto de papeles entre las instituciones europeas en el nombramiento de los órganos de dirección de las administraciones independientes, así como los mecanismos de control de éstas³⁸¹. En este reparto de poderes el Parlamento

³⁷⁹ *Ibidem.* en apartado 4. El Parlamento Europeo defiende la necesidad de prever la comparecencia pública ante él del candidato propuesto a director de la administración independiente, así como los miembros del resto de órganos de dirección si así se cree oportuno. Asimismo, no descarta la posibilidad de nombrar directamente a representantes en los órganos colegiados de dirección.

³⁸⁰ *Ibidem.* en apartados A y 5.

³⁸¹ Véanse supra, notas 341 y 362.

Europeo perdió su pugna con el Consejo y vio disminuida su influencia en las administraciones independientes³⁸². Sin lugar a dudas, en la faceta de control de las administraciones independientes –obligación de realizar planes anuales, controles presupuestarios, auditorías- el Parlamento Europeo consiguió imponer su visión de cautela sobre éstas. Sin embargo, nada se dice ya de su preocupación sobre la legitimidad democrática de las administraciones independientes que expresó con rotundidad en el año 2001. El Parlamento Europeo parece haber abandonado sus grandes preocupaciones de fondo o teóricas y se ha centrado en el diseño concreto de las administraciones independientes, velando en todo caso por fortalecer su propia posición así como sus mecanismos de control sobre las mismas.

En conclusión, el Parlamento Europeo no ha tenido una posición tan paradójica como ha apuntado LORD. En términos generales, se ha alineado con la Comisión a favor de las administraciones independientes como un buen mecanismo de gobernanza. Ha entendido en todo momento que éstas servirían de ayuda a la Comisión y que las políticas de la Unión serían mejor implementadas. Esto explica el buen recibimiento del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea en 2001, pero sobre todo, del Proyecto de Acuerdo Interinstitucional de 2005. También explica la voluntad del Parlamento Europeo de fortalecer a nivel competencial las administraciones independientes de la Unión que se han creado

³⁸² Véase supra, nota 363.

en el periodo 2004-2009 que analiza LORD³⁸³. Parece correcto apuntar que el Parlamento Europeo se ha percatado del déficit institucional de la Unión en cuanto a su poder ejecutivo y concibe a las administraciones independientes como una buena solución institucional.

A pesar de esta buena predisposición, el Parlamento Europeo siempre ha expresado que las administraciones independientes deben utilizarse sin menoscabar el principio democrático. A través de su llamamiento a mantener la responsabilidad política de la Comisión y a estrechar los mecanismos de control sobre las administraciones independientes se ha plasmado su preocupación por mantener la legitimidad democrática de las políticas de la Unión. Este llamamiento fue muy claro en 2001 y se ha ido diluyendo, sin perderse del todo, en los debates y diálogos interinstitucionales que se sucedieron con posterioridad. Sobre todo a partir de 2008, el Parlamento Europeo se ha centrado más en su propio papel de control de las administraciones independientes y en el juego interinstitucional con la Comisión y el Consejo.

En todo caso, esta posición del Parlamento Europeo –visión positiva de las administraciones independientes pero siempre manteniendo a salvo el principio democrático- se ha puesto de manifiesto en su actuación en los debates de creación de seis nuevas agencias

³⁸³ LORD, C. “The European Parliament and the legitimation of agencification”... Págs. 915-917.

durante el mandato 2004-2009³⁸⁴. LORD señala en su estudio que la mayoría de enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo en estos debates hacían referencia a cuestiones de legitimidad³⁸⁵. Parece que el mensaje del Parlamento ha sido claro: aceptación de la creación de administraciones independientes pero preocupación por su control y responsabilidad.

d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La naturaleza, funciones y poderes, así como el encaje institucional de las administraciones independientes en el Derecho de la Unión, ha sido escasamente abordado por el Tribunal de Justicia. Existe una copiosa jurisprudencia en materia de control de las decisiones y actos de las administraciones independientes de la Unión, pero en ningún caso un tratamiento doctrinal, conceptual o sistemático de su encaje institucional. En este epígrafe únicamente nos interesa la conceptualización institucional de las administraciones independientes que ha expresado el Tribunal de Justicia.

En cuanto a esta cuestión, el casi único pronunciamiento directo del Tribunal de Justicia se produjo en una serie de casos en 1958 que

³⁸⁴ *Ibidem.* en págs. 910-911. LORD analiza la creación de cinco nuevas administraciones independientes de la Unión en ese periodo: Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía; Oficina Europea de Apoyo al Asilo; Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos; Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Instituto Europeo de la Igualdad de Género. Así como la transformación de la Oficina Europea de Policía en agencia de la Unión.

³⁸⁵ LORD, C. “The European Parliament and the legitimization of agencification”... Pág. 919.

dieron a conocer la que después sería denominada por los académicos europeos como la doctrina *Meroni*³⁸⁶. En estos casos, el Tribunal de Justicia analizó la conformidad con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de un caso de delegación de funciones de regulación en el mercado de la chatarra: la entonces Alta Autoridad delegó funciones regulatorias - determinación de los precios de importación y compensación, entre otras funciones- a favor de dos entidades autónomas sujetas a derecho privado, con personalidad jurídica propia³⁸⁷.

En su análisis de esta delegación, el Tribunal de Justicia declaró el equilibrio de facultades –en expresión inglesa, *balance of powers*- como un principio fundamental de la Comunidad y concluyó que la delegación de poderes discrecionales o con un amplio margen de apreciación a instituciones u órganos no previstos por los Tratados comportaba una alteración de este equilibrio y, por tanto, un incumplimiento de los mismos³⁸⁸. El Tribunal únicamente admitió la delegación de poderes de ejecución claramente determinados que

³⁸⁶ STJUE, de 13 de junio de 1958, caso *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contra la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (asunto nº 9/56), pág. 133 y *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contra la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (asunto nº 10/56), pág. 157.

³⁸⁷ Estas entidades autónomas eran la Oficina común de consumidores de chatarra y la Caja de compensación de chatarras importadas.

³⁸⁸ STJUE, de 13 de junio de 1958, caso *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contra la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, pág. 152. En la versión inglesa el Tribunal de Justicia de la Unión utiliza la denominación de “*balance of powers*”. Por su parte, la doctrina europea se refiere a este principio en inglés como “*institutional balance*”. En este trabajo se ha utilizado la expresión “equilibrio de facultades” que aparece en la versión en lengua castellana de la sentencia.

podiesen ser controlados por la autoridad delegante a través de criterios objetivos fijados por ella misma³⁸⁹. Además, únicamente podían delegarse facultades que el órgano delegante tuviese atribuidas en virtud de los Tratados y la delegación tenía que ser expresa o explícita³⁹⁰. En el caso *Meroni*, el Tribunal de Justicia concluyó que las facultades delegadas a las entidades de derecho privado por parte de la Alta Autoridad eran discrecionales – comportaban la toma de decisiones económicas complejas, sobre todo la determinación de los precios en el mercado de la chatarra- y por lo tanto atentaban al equilibrio de poderes entre las instituciones de la Comunidad³⁹¹.

La doctrina *Meroni* es considerada hoy en día por la mayoría de los autores como vigente³⁹². Seguramente, el caso post-*Meroni* más importante fue sustanciado por el Tribunal de Justicia en 1981³⁹³. En el caso *Romano*, el Tribunal de Justicia analizó un caso de delegación del Consejo a un órgano auxiliar de apoyo a la Comisión encargado de interpretar y aplicar la normativa de la Unión en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes³⁹⁴. Seguramente el fundamento jurídico más importante de la sentencia

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ *Ibidem*. en págs. 149-150.

³⁹² ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Pág. 13; CHAMON, M. “EU Agencies between Meroni and Romano... Pág. 1058.

³⁹³ STJUE, de 14 de mayo de 1981, caso *Giuseppe Romano contra Institut national d’assurance maladie-invalidité*, pág. 1241.

³⁹⁴ El ente que recibió los poderes de delegación era la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

es aquél que sostiene que “tanto del artículo 155 del Tratado como del sistema jurisdiccional creado por el Tratado y, en particular, por sus artículos 173 y 177, se desprende que un órgano como la Comisión Administrativa no puede ser habilitado por el Consejo para adoptar actos de carácter normativo”³⁹⁵. Tomando en consideración esta afirmación del Tribunal de Justicia, tal y como señala CHAMON, la mayoría de los académicos europeos ha considerado que *Romano* confirma la doctrina *Meroni* y, por tanto, no pueden delegarse facultades discrecionales y, sobre todo, poderes normativos de alcance general³⁹⁶. Únicamente TÜRK va más allá y afirma que *Romano* endurece la doctrina *Meroni* y prohíbe no ya la delegación de poderes normativos de alcance general, sino también la posibilidad de adoptar actos jurídicos individuales con carácter vinculante (poder de adjudicación)³⁹⁷. TÜRK hace esta deducción a partir de la expresión inglesa –no puede habilitarse a la Comisión Administrativa para adoptar “*acts having the force of law*”- que utiliza el Tribunal en el fundamento jurídico nº 20 parcialmente reproducido con anterioridad. Pero como bien señala CHAMON, las traducciones en francés, alemán, holandés y –añado yo como hemos visto- en castellano, hacen referencia a la prohibición de adoptar actos de carácter normativo, nada más. Con posterioridad a *Romano*, tanto el Tribunal de Justicia

³⁹⁵ STJUE, de 14 de mayo de 1981, caso *Giuseppe Romano contra Institut national d'assurance maladie-invalidité* (FJ. 20).

³⁹⁶ CHAMON, M. “EU Agencies between *Meroni* and *Romano*... Pág. 1064.

³⁹⁷ TÜRK, A. “Case Law in Area of the Implementation of EC Law”. En: PEDLER, R.; SCHAEFER, G. (eds.). *Shaping European Law and Policy: The Role of Committees and Comitology in the Political Process*. European Institute of Public Administration. 1996. Pág. 186.

como el Tribunal General se han referido y han mantenido la doctrina *Meroni*³⁹⁸.

La contribución del Tribunal de Justicia, por tanto, ha consistido en imponer estrictas limitaciones a la posibilidad de delegar amplios poderes a las administraciones independientes de la Unión. Su jurisprudencia, simbolizada por la doctrina *Meroni*, ha sido objeto de una crítica doctrinal generalizada por entorpecer la expansión de las administraciones independientes en la Unión. Los partidarios del Estado regulador y de las administraciones independientes no han cesado de pedir un cambio jurisprudencial del Tribunal de Justicia. MAJONE ha sostenido que la doctrina *Meroni* es una criatura de otro tiempo, basada en teorías económicas y políticas hoy en día desfasadas³⁹⁹. Incluso el propio autor ha considerado que de hecho la doctrina *Meroni* ha sido invalidada⁴⁰⁰. DEHOUSSE, por su parte, considera ya no aplicable la doctrina *Meroni* a la nueva situación de las administraciones independientes de la Unión⁴⁰¹. En la misma línea VOS argumenta que las necesidades del Estado regulador requieren superar las distinciones entre poderes normativos y de

³⁹⁸ GRILLER, S.; ORATOR, A. “*Meroni Revisited-Empowering European Agencies...* Págs. 6-8.

³⁹⁹ MAJONE, G. Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards... Págs. 26-27.

- “Institutional Balance Versus Institutional Innovation”. En: MAJONE, G. *Dilemmas of European Integration...* Págs. 88-89.

⁴⁰⁰ MAJONE, G. “The Credibility Crisis of Community Regulation... Págs. 289-290.

⁴⁰¹ DEHOUSSE, R. “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance... Págs. 12-14.

aplicación, discrecionales o reglados⁴⁰². Asimismo, VOS entiende como dinámico el principio de equilibrio institucional y, por tanto, en caso de delegación de poderes a las administraciones independientes se pueden atribuir a las distintas instituciones de la Unión nuevos mecanismos de control sobre las mismas que devuelvan el equilibrio institucional entre ellas⁴⁰³. Por su parte, SCHNEIDER pide reconsiderar en su totalidad la doctrina *Meroni* por pertenecer a otro momento histórico de integración europea ya superado y que ahora es un obstáculo para la descentralización administrativa⁴⁰⁴. En el mismo sentido, YATANAGAS considera que la doctrina *Meroni* introduce una injustificada rigidez en la evolución institucional de la Unión Europea⁴⁰⁵. GERADIN defiende la introducción de un marco mucho más flexible que permita delegar amplios poderes a las administraciones independientes de la Unión y, por tanto, invalidar la doctrina *Meroni*⁴⁰⁶. Finalmente CHAMON defiende también su invalidación al haber cambiado las coordenadas históricas y encontrarse la Unión de pleno en un Estado regulador y las consecuentes necesidades institucionales que éste acarrea⁴⁰⁷.

⁴⁰² VOS, E. “Reforming the European Commission... Pág. 1123.

⁴⁰³ *Ibidem.* en págs. 1123-1125.

⁴⁰⁴ SCHNEIDER, J.P. “A Common Framework for Decentralized EU Agencies... Págs. 30-31.

⁴⁰⁵ YATANAGAS, X. A. “Delegation of regulatory authority in the European Union... Pág. 30.

⁴⁰⁶ GERADIN, D. “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation through Agencies in the EU...* Págs. 221-222.

⁴⁰⁷ CHAMON, M. “EU Agencies between Meroni and Romano... Págs. 1072-1074.

En definitiva, el Tribunal de Justicia no ha favorecido la creación de administraciones independientes en la Unión. No lo ha hecho, sin embargo, por consideraciones de legitimidad democrática –como en algunos casos ha manifestado el Parlamento Europeo– sino únicamente alegando la posible vulneración del principio de equilibrio de poderes establecido en los Tratados entre las instituciones de la Unión. El único argumento que ha dado el Tribunal de Justicia en contra del uso de las administraciones independientes en la Unión ha sido la imposibilidad de delegar poderes discrecionales a éstas sin alterar el equilibrio institucional en el seno de la Unión. De conformidad con una lectura estricta de la doctrina *Meroni* y del caso *Romano*, las administraciones independientes únicamente pueden tener funciones de generación de información, asesoramiento a las instituciones de la Unión y, como mucho, funciones de adjudicación. En ningún caso poderes normativos.

Cabe destacar que a pesar de la crítica doctrinal de los partidarios del Estado regulador, considerando casi por unanimidad que la posición del Tribunal de Justicia está desfasada por el nuevo contexto histórico, la Comisión la ha respetado en líneas generales en su concepción de las administraciones independientes. Hemos visto que en su esquema conceptual el principio de equilibrio de poderes es muy importante y que siempre ha defendido administraciones independientes débiles desde el punto de vista de sus poderes, es decir, que como mucho puedan adoptar actos jurídicos vinculantes para terceros en aplicación de la normativa

general. El importante peso de la doctrina *Meroni* en las propuestas de la Comisión parece indiscutible y ha comportado un freno a una posición de la Comisión más osada en cuanto a la creación de administraciones independientes con amplios poderes⁴⁰⁸.

En contraposición a esta posición restrictiva en cuanto a la creación de administraciones independientes con plenos poderes en el seno de la Unión, el Tribunal de Justicia ha adoptado una posición clara y firme en relación con el respeto de las características y atribuciones de las administraciones independientes de los Estados Miembros cuando éstas vengan exigidas por el Derecho de la Unión. Entre otras cuestiones, el Tribunal de Justicia ha defendido una noción estricta de independencia, prohibiendo todo tipo de influencia, directa o indirecta, en la toma de decisiones de las administraciones independientes nacionales⁴⁰⁹. Asimismo, en materia de telecomunicaciones, ha defendido los amplios poderes de las autoridades nacionales de reglamentación a la hora de interpretar y ponderar los nuevos mercados que deben ser objeto de regulación conforme al Derecho derivado de la Unión en materia de telecomunicaciones⁴¹⁰. El Tribunal de Justicia, por tanto, ha

⁴⁰⁸ Véase supra, nota 325.

⁴⁰⁹ STJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010, caso *Comisión Europea contra República Federal de Alemania* (asunto C-518/07). FJ. 30; STJUE (Gran Sala), de 16 de octubre de 2012, caso *Comisión Europea contra República de Austria* (asunto C-614/10). FFJJ. 41-43 (las dos sentencias hacen referencia a la independencia de la agencia de protección de datos personales en Alemania y Austria, en las que el Tribunal de Justicia determinó que las normativas alemana y austríaca no respetaban la independencia exigida por la normativa europea en materia de protección de datos).

⁴¹⁰ STUJE, de 3 de diciembre de 2009, caso *Comisión Europea contra República Federal de Alemania* (asunto C-424/07). FFJJ. 91-92.

adoptado una posición de firmeza cuando el estatus o las facultades de las administraciones independientes nacionales exigidas por el Derecho de la Unión han sido cuestionadas a nivel nacional. En este sentido, en cuanto al impulso de la administración independiente y del Estado regulador a nivel de los Estados Miembros, el Tribunal de Justicia ha sido un agente en su favor.

Todo apunta que, al igual que la Comisión, el Consejo y el Parlamento, la doctrina *Meroni* refleja las preocupaciones, en este caso del Tribunal de Justicia, sobre el equilibrio de poderes en el seno de la Unión. El Tribunal de Justicia, de la misma manera que el debate interinstitucional entablado entre las tres instituciones de la Unión que antes se ha descrito, ha sido sensible a la lucha interinstitucional por el poder entre todas las instituciones de la Unión. La doctrina *Meroni* parece ser la solución planteada por el Tribunal de Justicia a esta lucha. En cambio, cuando se trata de impulsar la administración independiente en los ordenamientos de los Estados Miembros, sin que ya la lucha interinstitucional sea un factor relevante, el Tribunal de Justicia ha defendido sin ambages la noción de independencia y las funciones de las administraciones independientes nacionales exigidas por la Unión. Soltado el lastre de la lucha interinstitucional en el seno de la Unión, el Tribunal de Justicia parece acoger sin ningún problema la noción de administración independiente y asume su protección a nivel nacional.

3.2. La expansión de la administración independiente en el Derecho de la Unión Europea

a) Breve historia de las administraciones independientes de la Unión Europea: las oleadas de creación

Existe consenso entre la doctrina acerca de la descripción en términos históricos de la aparición y evolución de las administraciones independientes de la Unión Europea. Se coincide en describir tres oleadas o etapas históricas: (1) 1960-1989, (2) 1990-2000 y (3) 2001 hasta el día de hoy⁴¹¹. Algunos autores, sin negar la existencia de la primera etapa pero minimizándola por el escaso número de administraciones independientes que se crearon a lo largo de la misma, acentúan los dos periodos posteriores y conciben únicamente dos verdaderas oleadas históricas: (1) 1990-2000 y (2) 2001 hasta el día de hoy⁴¹². Toda la doctrina está de acuerdo, por tanto, en que el fenómeno de las administraciones independientes ha tenido su punto álgido a lo largo de las dos últimas décadas (1990-2010). Este fenómeno, como puede

⁴¹¹GERADIN, D.; PETIT, N. “The development of Agencies at EU and National Levels... Págs. 37-38; TRONDAL, J.; JEPPESEN, L. “Images of Agency Governance in the European Union”. *West European Politics*, 31:3. 2008. Pág. 419; ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU... Págs. 1-3.

⁴¹²GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies...* Págs. 96-100; WONKA, A.; RITTBERGER, B. “Credibility, Complexity and Uncertainty... Pág. 730; THATCHER, M. “The creation of European regulatory agencies and its limits... Pág. 796.

observarse, coincide también con el punto álgido del debate académico europeo sobre las administraciones independientes y la posterior interiorización de las mismas por parte de las instituciones de la Unión.

En efecto, dejando de lado a las entidades autónomas sujetas a derecho privado, hasta los años noventa únicamente se crearon dos administraciones independientes en el seno de la Unión Europea, ambas en 1975: el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional ("CEDEFOP")⁴¹³ y la Fundación Europea para las Mejoras de las Condiciones de Vida y de Trabajo ("EUROFOUND")⁴¹⁴. Puede advertirse, por tanto, que desde la creación de la Comunidad Económica Europea en el año 1957 hasta los años noventa, la administración independiente no se vislumbraba por las instituciones de la Unión y los Estados Miembros como una fórmula de organización administrativa útil para gestionar los asuntos propios de la Unión.

Será la década de los noventa la que verá la eclosión de las administraciones independientes. En una sola década se crearon en el seno de la Unión Europea un total de diez: Agencia Europea del

⁴¹³ Creado por el Reglamento (CEE) n° 337/75 del Consejo de 10 de febrero de 1975, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 2051/2004 del Consejo, de 25 de octubre de 2004.

⁴¹⁴ Creada por el Reglamento (CEE) n° 1365/75 del Consejo, de 26 de mayo de 1975, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 1111/2005 del Consejo, de 24 de junio de 2005.

Medio Ambiente ("AEMA")⁴¹⁵, Fundación Europea de Formación ("ETF")⁴¹⁶, Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías ("OEDT")⁴¹⁷, Agencia Europea de Medicamentos ("EMA")⁴¹⁸, Oficina de Armonización del Mercado Interior ("OAMI")⁴¹⁹, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo ("EU-OSHA")⁴²⁰, Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales ("OCVV")⁴²¹, Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea ("CDT")⁴²², Observatorio Europeo del Racismo y la

⁴¹⁵ Creada por el Reglamento (CEE) n° 1210/90 del Consejo, de 7 de mayo de 1990, actualmente regulada por el Reglamento (CE) n° 401/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009.

⁴¹⁶ Creada por el Reglamento (CEE) n° 1360/90 del Consejo, de 7 de mayo de 1990. Actualmente regulada por el Reglamento (CE) n° 1339/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (texto refundido).

⁴¹⁷ Creado por el Reglamento (CEE) n° 302/93 del Consejo, de 8 de febrero de 1993. Actualmente regulado por el Reglamento (CE) n° 1920/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

⁴¹⁸ Creada por el Reglamento (CEE) n° 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993. Hasta el año 2004 se denominaba Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (EMA). Su actual denominación se debe a la norma que actualmente la regula: el Reglamento (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 470/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009.

⁴¹⁹ Creada por el Reglamento (CEE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 422/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004.

⁴²⁰ Creada por el Reglamento (CEE) n° 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 1112/2005 del Consejo, de 24 de junio de 2005.

⁴²¹ Creada por el Reglamento (CEE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 15/2008 del Consejo, de 20 de diciembre de 2007.

⁴²² Creado por el Reglamento (CEE) n° 2965/94 del Consejo, de 28 de noviembre de 1994, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 1645/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003.

Xenofobia ("EUMC")⁴²³ y la Agencia Europea de Reconstrucción ("AER")⁴²⁴. Resulta revelador el cambio de actitud en Europa: mientras que en un periodo de más de treinta años únicamente se crearon dos administraciones independientes, en apenas diez años se incrementaron un quinientos por ciento.

La tercera oleada (año 2001 en adelante) ha comportado la consolidación de la administración independiente en la Unión Europea. Se han creado un total de veinticinco: Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea ("IESUE")⁴²⁵, Centro de Satélites de la Unión Europea ("CSUE")⁴²⁶, Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria ("EFSA")⁴²⁷, Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea ("EUROJUST")⁴²⁸, Agencia Europea de Seguridad Marítima ("EMSA")⁴²⁹, Agencia Europea de Seguridad Aérea

⁴²³ Creado por el Reglamento (CEE) n° 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997. En el año 2007 fue remplazado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴²⁴ Creada por el Reglamento (CEE) n° 2454/99 del Consejo, de 15 de noviembre de 1999. La Agencia finalizó su mandato en el año 2008 y, por tanto, fue disuelta.

⁴²⁵ Creado por la Acción Común 2001/554/PESC del Consejo, de 20 de julio de 2001, modificada por última vez por la Acción Común 2006/1002/PESC del Consejo, de 21 de diciembre de 2006.

⁴²⁶ Creado por la Acción Común 2001/555/PESC del Consejo, de 20 de julio de 2001, modificada por última vez por la Acción Común 2011/297/PESC del Consejo, de 23 de mayo de 2011.

⁴²⁷ Creada por el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, modificado por última vez por el Reglamento (CE) n° 596/2009, de 18 de junio de 2009.

⁴²⁸ Creada por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, modificada por última vez por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

⁴²⁹ Creada por el Reglamento (CE) n° 1406/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, modificada por última vez por el Reglamento

("AESA")⁴³⁰, Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información ("ENISA")⁴³¹, Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades ("ECDC")⁴³², Agencia Europea Ferroviaria ("AFE")⁴³³, Agencia Europea de Defensa ("AED")⁴³⁴, Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores ("FRONTEX")⁴³⁵, Agencia Europea del Control de la Pesca ("EFCA")⁴³⁶, Escuela Europea de Policía ("CEPOL")⁴³⁷, Agencia Europea de Sustancias y Preparados

(CE) nº 2038/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006.

⁴³⁰ Creada por el Reglamento (CE) nº 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002. Esta norma fue derogada y la actual regulación de la AESA se contiene en el Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, modificado por última vez por el Reglamento (CE) nº 1108/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009.

⁴³¹ Creada por el Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, modificado por última vez por el Reglamento (UE) nº 580/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011.

⁴³² Creado por el Reglamento (CE) nº 851/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004.

⁴³³ Creada por el Reglamento (CE) nº 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, modificado por última vez por el Reglamento (CE) nº 1335/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

⁴³⁴ Creada por la Acción Común 2004/551/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2004, modificada por última vez por la Acción Común 2008/299/PESC del Consejo, de 7 de abril de 2008.

⁴³⁵ Creada por el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, modificado por última vez por el Reglamento (UE) nº 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.

⁴³⁶ Creada por el Reglamento (CE) nº 768/2005 del Consejo, de 26 de abril de 2005, modificada por última vez por el Reglamento (CE) nº 1224/2009 del Consejo, de 20 de noviembre de 2009.

⁴³⁷ Creada por la Decisión 2005/681/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005.

Químicos ("ECHA")⁴³⁸, Instituto Europeo de la Igualdad de Género ("EIGE")⁴³⁹, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ("FRA")⁴⁴⁰, Oficina Europea de Policía ("EUROPOL")⁴⁴¹, Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía ("ACER")⁴⁴², Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas ("ORECE")⁴⁴³, Oficina Europea de Apoyo al Asilo ("EASO")⁴⁴⁴, Agencia del GNSS Europeo ("GSA")⁴⁴⁵, Autoridad Bancaria Europea ("ABE")⁴⁴⁶, Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación ("AESPJ")⁴⁴⁷, Autoridad Europea de Valores y Mercados ("AEVM")⁴⁴⁸ y la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas

⁴³⁸ Creada por el Reglamento (CE) n° 1907/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, modificada por última vez por el Reglamento (UE) n° 125/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de febrero de 2012.

⁴³⁹ Creado por el Reglamento (CE) n° 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

⁴⁴⁰ Creada por el Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007.

⁴⁴¹ Actualmente regulada por la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009.

⁴⁴² Creada por el Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

⁴⁴³ Creado por el Reglamento (CE) n° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

⁴⁴⁴ Creada por el Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010.

⁴⁴⁵ Creada por el Reglamento (UE) n° 912/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010.

⁴⁴⁶ Creada por el Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

⁴⁴⁷ Creada por el Reglamento (UE) n° 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

⁴⁴⁸ Creada por el Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ("Agencia TI")⁴⁴⁹.

Además, se han creado en este periodo un total de seis agencias ejecutivas (*executive agencies*) en terminología de la Comisión Europea: Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte ("Ten-T EA")⁴⁵⁰, Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación ("EACI")⁴⁵¹, Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación ("ERC")⁴⁵², Agencia Ejecutiva de Investigación ("REA")⁴⁵³, Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo ("EAHC")⁴⁵⁴ y la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural ("EACEA")⁴⁵⁵.

En resumen, tal y como muestran el Gráfico nº 1 y la Tabla nº 1, el peso de las tres oleadas es muy diferente. Durante la primera etapa (1960-1989), muy dilatada en el tiempo, únicamente se crearon dos administraciones independientes. Es un periodo de poca o casi

⁴⁴⁹ Creada por el Reglamento (UE) nº 1077/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.

⁴⁵⁰ Creada por la Decisión 2007/60/CE de la Comisión, de 26 de octubre de 2006, modificada por última vez por la Decisión 2008/593/CE de la Comisión de 11 de julio de 2008.

⁴⁵¹ Actualmente regulada por la Decisión 2007/372/CE de la Comisión, de 31 de mayo de 2007.

⁴⁵² Creada por la Decisión 2008/37/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 2007.

⁴⁵³ Creada por la Decisión 2008/46/CE de la Comisión de 14 de diciembre de 2007.

⁴⁵⁴ Creada por la Decisión 2008/544/CE de la Comisión de 20 de junio de 2008.

⁴⁵⁵ Actualmente regulada por la Decisión 2009/336/CE de la Comisión de 20 de abril de 2009.

irrelevancia de la administración independiente en la Unión. En la segunda etapa (1990-2000) el uso de esta organización administrativa aumenta de manera significativa, creándose un total de diez. La tercera etapa (2001 en adelante) significa la consolidación de la administración independiente: son constituidas un total de veinticinco, a las que se les tienen que sumar seis agencias ejecutivas.

Esta evolución histórica deja entrever el camino que ha seguido la Unión Europea hacia el Estado regulador. Hasta los años noventa, el debate académico en Europa sobre el Estado regulador y las administraciones independientes era casi inexistente. En consecuencia, el fenómeno de las administraciones independientes en el Derecho de la Unión también era casi irrelevante. El giro de la doctrina europea en los años noventa, liderada por MAJONE, preocupada por este cambio en la gobernanza europea, refleja ya el auge de las administraciones independientes en esa década. Finalmente, la explosión de la administración independiente en el Derecho de la Unión a partir del año 2001 se explica en gran parte por la interiorización de esta fórmula de ejercicio del poder público por parte de las instituciones de la Unión. La Comisión Europea, a partir del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 2001 –fruto de un proceso de reflexión donde los académicos europeos liderados por MAJONE tuvieron un peso decisivo- se convirtió en impulsora de las administraciones independientes en el Derecho de la Unión.

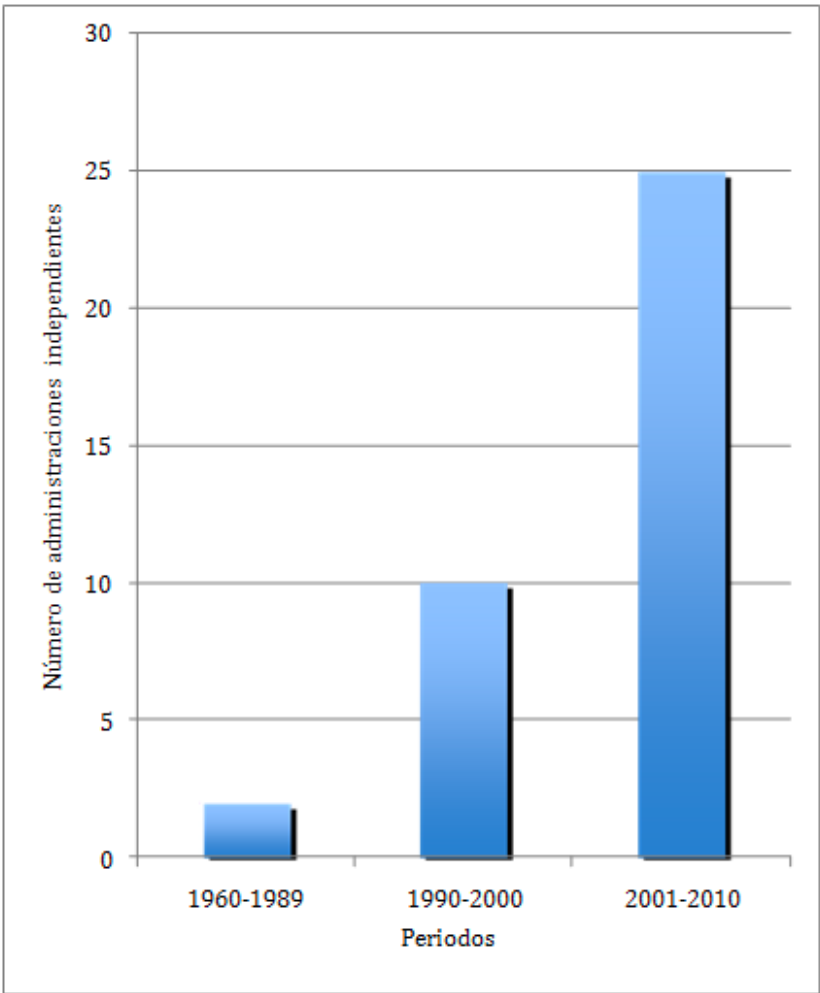


Gráfico nº 1. Número de administraciones independientes de la Unión Europea desde 1960 hasta 2010

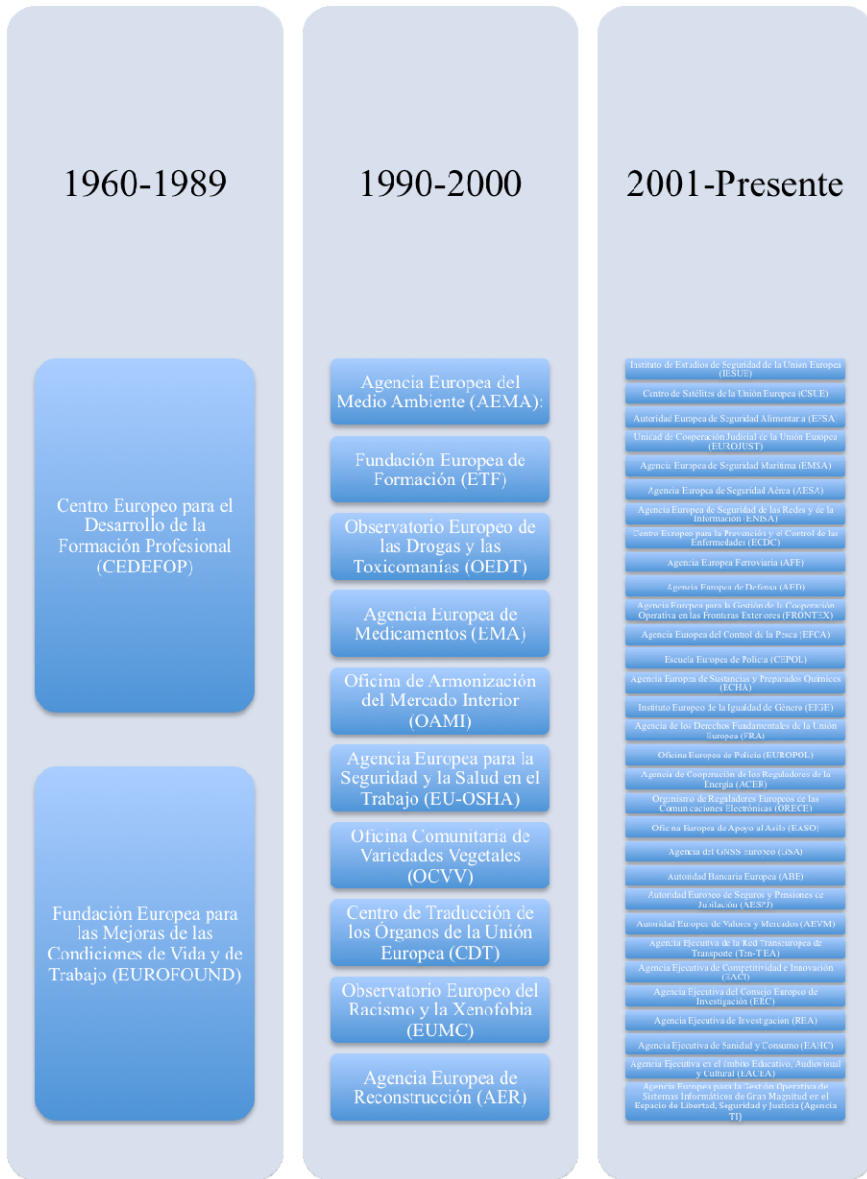


Tabla nº 1. Evolución histórica de las administraciones independientes de la Unión Europea

- b) Una imagen de las administraciones independientes de la Unión a través de su difícil clasificación: su relevancia como fórmula de ejercicio del poder público por parte de la Unión

La clasificación de las administraciones independientes es una tarea, como ya se ha avanzado, difícil de acometer⁴⁵⁶. Su elevado número, así como la heterogeneidad en cuanto a su estructura, composición y funciones, hacen que esta tarea esté condenada de antemano al fracaso. Pese a ello, este apartado opta por ofrecer una clasificación con el único objetivo de hacer patente la importancia de esta fórmula de organización administrativa. Con la clasificación que se presenta en las siguientes líneas se pretende revelar que se trata de organizaciones administrativas, algunas de ellas, que desempeñan potestades públicas y que, por tanto, deben ser objeto de atención y de estudio. Asimismo, el recorrido por los distintos intentos de clasificación revela que las actuales administraciones independientes se han ceñido, en gran medida, al encuadre y esquemas teóricos definidos por la Comisión: se trata de organismos con poderes de adjudicación y, como mucho, de carácter cuasi normativo en algunos casos.

Fruto de esta elevada heterogeneidad, la doctrina ha ofrecido diversos criterios de clasificación⁴⁵⁷. Sin duda alguna, el

⁴⁵⁶ Véase supra, nota 237.

⁴⁵⁷ EHNERT, T. *The European Chemicals Agency –Beyond the Scope of the Meroni Doctrine-?* Maastricht: Universidad de Maastricht, 2008. Pág. 12.

predominante es el criterio funcional, es decir, clasificar las administraciones independientes atendiendo a las tareas que llevan a cabo. Muy vinculado con éste, y seguramente más útil para el objetivo de mostrar la relevancia de las administraciones independientes en nuestro sistema de gobernanza, es el criterio de las prerrogativas o potestades públicas que desempeñan. Ahora bien, como de inmediato se comprobará, el mismo criterio funcional o sobre la base de las prerrogativas o potestades públicas ha desencadenado diferentes tipologías de administraciones independientes entre la doctrina. A continuación, se presentan algunos de los intentos de clasificación llevados a cabo hasta la fecha, empezando por el de la propia Comisión Europea y continuando por la doctrina.

La Comisión Europea, consciente del complejo y heterogéneo panorama institucional que creó la oleada de nuevas administraciones independientes de los años noventa, intentó clasificarlas en el año 2002⁴⁵⁸. Se trata del primer y último intento. Basándose tanto en el criterio funcional como el de las prerrogativas o potestades públicas, distingue entre dos tipos de administraciones independientes: las agencias ejecutivas (*executive agencies*) y las agencias reguladoras (*regulatory agencies*)⁴⁵⁹. Las primeras únicamente se encargan de ejecutar, en nombre y bajo la supervisión de la Comisión, programas de la Unión y su poder de

⁴⁵⁸ Véase la Comunicación COM (2002) 718 final de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas.

⁴⁵⁹ *Ibidem.* en págs. 3-4.

decisión -prerrogativas públicas- es inexistente. Se encargan de tareas de “pura gestión”. Las segundas, en cambio, participan “de manera activa en el ejercicio de la función ejecutiva, mediante actos que contribuyen a la regulación de un sector determinado”. La propia Comisión clasifica las agencias reguladoras en dos subcategorías⁴⁶⁰. En primer lugar, se otorga la denominación de agencia decisoria (*decision-making agency*) a aquélla que puede adoptar decisiones o actos jurídicos que vinculan a terceros y, en segundo lugar, se denomina agencia de asistencia (*executive agency*) a aquélla que no tiene este poder y que se limita, por tanto, a asesorar, asistir y dar apoyo a la Comisión. Véase la desafortunada utilización de los términos en la versión inglesa por parte de la Comisión al calificar del mismo modo -*executive agencies*- dos tipos de agencias distintas (una primera, como categoría propia y, la segunda, como subcategoría dentro de las agencias reguladoras). En la versión en lengua castellana esta confusión se mitiga al utilizarse el término “asistencia” en lugar de “ejecución” para la subcategoría de agencia reguladora. En todo caso, las diferencias entre esta categoría y subcategoría que propone la Comisión no están nada claras.

Poco tiempo después, las agencias ejecutivas fueron reconocidas como tipología por el Derecho de la Unión y se confirmaron sus funciones meramente de gestión⁴⁶¹. En efecto, este tipo de administraciones independientes se dedican, casi exclusivamente, a

⁴⁶⁰ *Ibidem.* en págs. 8-9.

⁴⁶¹ Véase el Reglamento (CE) nº 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002.

labores de ejecución presupuestaria, de información y control en el marco del programa de la Unión que se les asigna. En cambio, pese a los intentos de la Comisión, aún no se ha otorgado un estatus legal claro a la categoría de agencia reguladora⁴⁶². Es por este motivo que, más allá de la división en dos subcategorías que realizó la Comisión en el año 2002, los contornos de la categoría de agencia reguladora quedan aún por determinar.

La doctrina ha intentado definirlos a lo largo de la última década. En el año 2000, CHITI ofreció una clasificación bastante confusa que tomaba como punto de partida dos ejes: por un lado, el ámbito o sector de actuación y, por el otro, el tipo de función o conflicto a resolver⁴⁶³. De este modo, llegó a establecer cuatro tipos de administración independiente. En primer lugar, identificó aquellas que operaban en el mercado interior y que únicamente ejercían competencias de vigilancia en la aplicación del Derecho de la Unión, sin arbitrar, en ningún caso, conflictos entre el interés privado y el público. En esta categoría encontrábamos ejemplos como la OAMI o la OCVV. La entonces Agencia Europea para la

⁴⁶² Los dos esfuerzos más importantes por parte de la Comisión fueron en el año 2005, con el planteamiento del Proyecto de Acuerdo Interinstitucional COM (2005) 59 final, de 25 de febrero de 2005, sobre el marco operativo de las agencias reguladoras europeas, y en el año 2008 con la Comunicación COM (2008) 135 final de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las agencias europeas y sus orientaciones para el futuro. Véase supra, apartado 3.1 de este trabajo, donde se describen los intentos de la Comisión para dotar de un marco común a las agencias reguladoras que terminaron con la aprobación de la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo de la Unión y de la Comisión europea sobre agencias descentralizadas, de 19 de julio de 2012. Esta Declaración Conjunta no tiene valor jurídico vinculante al aprobarse al margen del proceso legislativo ordinario de la Unión.

⁴⁶³ CHITI, E. "The Emergence of a Community Administration... Págs. 315-317.

Evaluación de los Medicamentos -EMEA, actualmente la Agencia Europea de Medicamentos, EMA- configuraba, en solitario, el segundo tipo de administración independiente: operaba en un sector de regulación social, no en el mercado interior, y resolvía conflictos entre el interés privado y el público. La tercera categoría hacía referencia a administraciones independientes de recogida y generación de información en áreas sociales cuyos destinatarios eran las instituciones de la Unión, los Estados Miembros y los ciudadanos directamente. Aquí podíamos encontrar como ejemplo al EUROFOUND. Finalmente, aquellas administraciones independientes con una función de generación de información también en sectores sociales cuyos destinatarios eran el resto de instituciones de la Unión y los Estados Miembros, no los ciudadanos directamente, constituían la cuarta categoría. Dos ejemplos pertenecientes a ésta última serían el CEDEFOP y el ETF.

En el año 2005, GERADIN ofreció una mayor claridad y clasificó las administraciones independientes de la Unión en función del tipo de potestades públicas o prerrogativas otorgadas⁴⁶⁴. GERADIN no se apartó demasiado de la clasificación propuesta por la Comisión, que estaba bajo discusión desde el año 2002. De este modo, GERADIN prevé una clasificación tripartita: agencias ejecutivas (*executive agencies*), agencias decisorias (*decision-making agencies*) y agencias reguladoras (*regulatory agencies*). Siguiendo la concepción de la Comisión, las agencias ejecutivas no ejercen

⁴⁶⁴ GERADIN, D. “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. *Regulation through Agencies in the EU...* Pág. 228.

potestades públicas y se limitan a funciones de gestión, mientras que las agencias decisorias adoptan actos jurídicos vinculantes para terceros (algunos ejemplos serían la AESA, la OAMI o la OCVV). La diferencia respecto a la clasificación de la Comisión está en las agencias reguladoras. GERADIN entiende que en el ordenamiento jurídico de la Unión no existe ninguna agencia reguladora que, además de adoptar actos jurídicos vinculantes para terceros, también tenga poder normativo de carácter general. Por tanto, GERADIN defiende que la Unión carece de agencias reguladoras en sentido estricto, es decir, en el sentido norteamericano del término (una agencia que atesore tanto potestad normativa como de adjudicación).

Un intento de clasificación más próximo en el tiempo (año 2010), también basado en los poderes que ejercen las administraciones independientes, lo ofrecen GRILLER y ORATOR⁴⁶⁵. Estos dos autores de nuevo proponen una clasificación tripartita: agencias ordinarias (*ordinary agencies*), agencias pre-decisoria (*pre-decision agencies*) y agencias decisorias (*decision-making agencies*). Esta propuesta tiene la ventaja de ubicar (y visualizar) a las administraciones independientes en una escala que iría de menor a mayor poder de decisión. En el escalafón más bajo encontraríamos a las agencias ordinarias, encargadas de ejercer funciones de gestión, recogida y generación de información. En el segundo nivel de poder se situarían las agencias pre-decisoria, aquéllas cuya opinión debe ser

⁴⁶⁵ GRILLER, S.; ORATOR, A. "Everything under control? The 'way forward' for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine". *European Law Review*, nº 35, 1, 2010. Págs. 3-6.

escuchada antes de que las instituciones de la Unión que tengan asignada la competencia para decidir la puedan ejercer. La EMA o la EFSA serían dos ejemplos de esta categoría de agencias: si bien no tienen poder decisorio por ellas mismas, la Comisión debe consultarlas y pedir un informe no vinculante en algunas cuestiones. En el tercer y último nivel, las agencias decisorias serían aquellas que son capaces de decidir por ellas mismas, es decir, adoptan actos jurídicos vinculantes sin intervención previa de la Comisión. Aquí encontraríamos a la OAMI, OCVV, AESA y ECHA.

También en el año 2010, BUSUIOC ofrece la clasificación más exhaustiva de las administraciones independientes realizada hasta la fecha⁴⁶⁶. En su caso, esta autora apuesta por cinco categorías teniendo en cuenta las funciones desempeñadas. Algunas administraciones independientes pertenecen a varias categorías al mismo tiempo. Las agencias que proveen información (*information providing agencies*) se encargan únicamente de recoger, procesar y generar información en determinados sectores sociales y económicos para facilitar la toma de decisiones de las instituciones competentes. Serían ejemplos de este tipo de administración independiente el CEDEFOP, AEMA, EU-OSHA, ECDC, EUROFOUND, FRA, OEDT y ENISA. Las agencias de gestión (*management agencies*) están al cargo de un programa de la Unión y pertenecerían a esta categoría la AER, ETF, GSA y CDT. En tercer lugar, las agencias de cooperación (*operational-cooperation agencies*) tienen la misión de asegurar la cooperación entre los

⁴⁶⁶ BUSUIOC, M. *The Accountability of European Agencies...* Págs. 26-28.

Estados Miembros en determinados sectores y aquí se encuadrarían el FRONTEX, EFCA, EMSA y AESA. En cuarto lugar, las agencias decisorias (*decision-making agencies*) tienen la capacidad de adoptar decisiones que vinculan jurídicamente a terceros en casos concretos, pero no tienen poderes normativos de alcance general. Estarían dentro de esta categoría la OCVV, AESA, OAMI, EMA, ECHA. Finalmente, las agencias cuasi reguladoras (*quasi-regulatory agencies*) además de poderes de adjudicación en casos concretos, tienen cuasi poderes normativos generales a través de sus opiniones o dictámenes no vinculantes, fijación de estándares o elaboración de borradores y guías. Entre éstas, encontraríamos a AESA, EFSA, EMA, EMSA y AFE.

Dejando de lado todos estos intentos de clasificación, el Gráfico nº 2 y la Tabla nº 2, sin voluntad de ser exhaustivos ni establecer una tipología de administraciones independientes que cierre el debate existente, proponen ordenarlas en dos grupos en función de sus prerrogativas. En primer lugar, se muestran las administraciones independientes que no ejercen potestades públicas. Se trata de agencias que desempeñan tareas de gestión (presupuestaria y de organización de programas) o recogen y analizan información sectorial con la finalidad de asistir a las instituciones competentes para la toma de decisiones. La AEMA, por ejemplo, tiene como función principal proporcionar la información técnica y científica necesaria a las instituciones de la Unión y los Estados Miembros

cuando éstos tomen decisiones en materia medioambiental⁴⁶⁷. La EU-OSHA, en cambio, se encarga de recoger, analizar y distribuir información técnica y científica en relación con el entorno del trabajo y la protección y salud de los trabajadores⁴⁶⁸. Ninguna de los dos agencias tiene asignadas funciones de otorgamiento de licencias o de control, supervisión o verificación de carácter vinculante de las actividades de los particulares en materia medioambiental o de trabajo.

En segundo lugar, el Gráfico nº 2 y la Tabla nº 2 recogen un conjunto de administraciones independientes que sí ejercen potestades públicas. Estas prerrogativas pueden ser de dos tipos - poder de adjudicación y cuasi normativo- y nada excluye que una administración independiente tenga reconocidas ambos a la vez. En primer lugar, cuando se otorga poder de adjudicación a una administración independiente, ésta estaría capacitada para adoptar actos jurídicos vinculantes para terceros en casos concretos (actos administrativos en ejecución de normas jurídicas en terminología de Derecho Público español). Un ejemplo sería la OCVV, encargada de decidir con carácter vinculante el otorgamiento a particulares de la protección de variedades vegetales conforme a la normativa existente⁴⁶⁹. Otro ejemplo sería la EMA, competente para otorgar la

⁴⁶⁷ Artículo 2 del Reglamento (CE) nº 401/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009.

⁴⁶⁸ Artículos 2 y 3 del Reglamento (CE) nº 2062/1994 del Consejo, de 18 de julio de 1994.

⁴⁶⁹ Véase el Reglamento (CE) nº 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativa a la protección comunitaria de variedades vegetales.

autorización comunitaria centralizada para los medicamentos de uso humano y veterinario⁴⁷⁰.

En segundo lugar, más allá de estos poderes de adjudicación, algunas administraciones independientes tienen lo que algunos autores, como ya hemos visto, denominan poderes cuasi normativos (o cuasi regulatorios, en palabras de BUSUIOC). Con esta expresión se hace referencia a la influencia que determinadas agencias tienen - a través de sus dictámenes preceptivos no vinculantes, informes y redacción de borradores o fijación de estándares- sobre la institución que realmente tiene el poder de decisión último y que, normalmente, es la Comisión Europea. Si bien estas agencias no tienen poder normativo de alcance general (y, por tanto, como sostiene GERADIN, no pueden ser calificadas como agencias reguladoras en sentido estricto norteamericano), condicionan en gran medida a aquella autoridad que sí lo posee. El ejemplo más claro es la AESA: la Comisión Europea no puede adoptar medidas de ejecución de la normativa de la Unión en materia de seguridad aérea sin antes coordinarse con ella⁴⁷¹.

En todo caso, como se ha expuesto al comienzo de este apartado, este recorrido por los distintos intentos de clasificación, así como la propia propuesta, tiene como principal objetivo mostrar la

⁴⁷⁰ Véase el Reglamento (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se crean procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

⁴⁷¹ Artículo 17.2, apartado b, del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil.

relevancia de las administraciones independientes. Tal y como muestran el Gráfico nº 2 y la Tabla nº 2, en su mayoría se trata de organizaciones administrativas sin poderes públicos, es decir, sirven básicamente de apoyo o ejercen tareas de gestión. Pero algunas de ellas –un total de catorce, número nada desdeñable- ejercen verdaderos poderes públicos, ya sea de adjudicación o cuasi normativos. Tanto el elevado número de administraciones independientes existentes en el ordenamiento jurídico de la Unión como el dato que muchas de ellas tienen reconocidas potestades públicas aconsejan un estudio en profundidad del fenómeno.

Como se ha avanzado, las clasificaciones más recientes realizadas por la doctrina, así como la que se propone en este trabajo, no se alejan demasiado de la conceptualización de administraciones independientes débiles que ha propuesto en todo momento la Comisión. Bajo los límites de la doctrina *Meroni*, la Comisión ha defendido que, como mucho, las administraciones independientes pueden adoptar actos jurídicos vinculantes en aplicación de normativa general (poder de adjudicación). El estudio de las administraciones independientes de la Unión revela que la mayoría de ellas responden a la categoría de organismos sin potestades públicas –asumen tareas de gestión, asesoramiento, consulta y generación de información- y únicamente unas cuantas de ellas poseen auténticas potestades públicas. Como hemos visto, entre estas últimas, algunas atesoran poderes de adjudicación, pero también en algunos casos ejercen una gran influencia en las instituciones de la Unión que tienen asignada la potestad normativa.

Esta influencia se ejerce a través de la emisión previa de opiniones, dictámenes o fijación de estándares que deben obligatoriamente ser tenidos en cuenta por las instituciones de la Unión que aprueban las normas de carácter general.

Seguramente, la concepción de la Comisión, influenciada por la doctrina *Meroni*, ha impedido que la potestad normativa general recaiga directamente en las administraciones independientes. La apuesta decidida de la Comisión, sin embargo, por las administraciones independientes, así como la influencia del debate académico europeo que ha pedido con insistencia la creación de administraciones independientes con amplios poderes, ha culminado con una solución que ha tomado la forma de estas agencias que tienen un papel pre-decisorio decisivo. Esta solución –formalmente el poder normativo queda en manos de las instituciones de la Unión pero las administraciones independientes deben ser escuchadas antes de su ejercicio- ha sido sin duda alguna una salida a los estrechos límites a la delegación de poderes fijados por el Tribunal de Justicia en su doctrina *Meroni*.

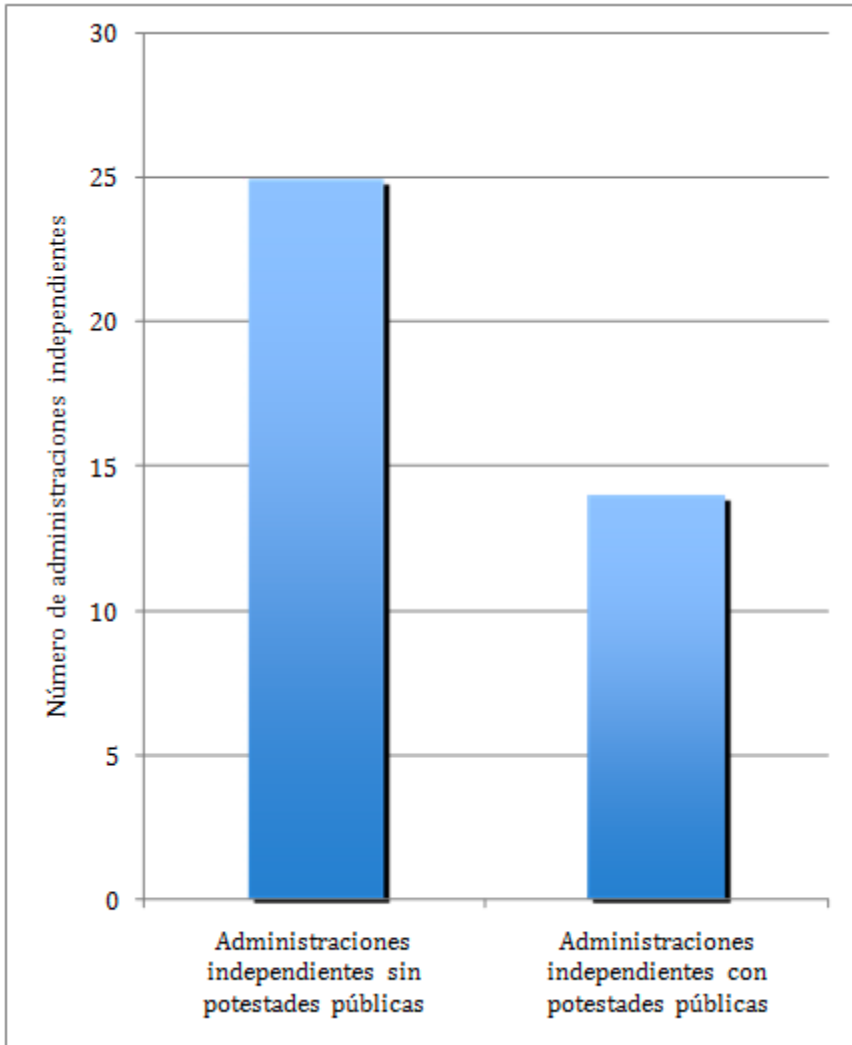


Gráfico nº 2. Administraciones independientes de la Unión Europea sin y con potestades públicas

Administraciones independientes sin potestades públicas: gestión y provisión de información

Agencia Europea de Defensa (AED)
 Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA)
 Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea (CDT)
 Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP)
 Escuela Europea de Policía (CEPOL)
 Centro de Satélites de la Unión Europea (CSUE)
 Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (EACEA)
 Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación (EACI)
 Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO)
 Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC)
 Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE)
 Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA)
 Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación (ERC)
 Fundación Europea de Formación (ETF)
 Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC)
 Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA)
 Fundación Europea para las Mejoras de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EUROFOUND)
 Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST)
 Oficina Europea de Policía (EUROPOL)
 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)
 Agencia del GNSS Europeo (GSA)
 Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea (IESUE)
 Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT)
 Agencia Ejecutiva de Investigación (REA)
 Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte (TEN-T EA)

Administraciones independientes con potestades públicas: poderes de adjudicación y cuasi normativos

Autoridad Bancaria Europea (ABE)
 Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER)
 Agencia Europea de Seguridad Área (AESA)
 Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ)
 Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM)
 Agencia Europea Ferroviaria (AFE)
 Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos (ECHA)
 Agencia Europea del Control de la Pesca (EFCA)
 Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA)
 Agencia Europea de Medicamentos (EMA)
 Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA)
 Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI)
 Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV)
 Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)

Tabla nº 2. Clasificación de las administraciones independientes de la Unión Europea según sus potestades públicas

3.3. La difusión de la administración independiente en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros: la iniciativa de la Unión

En los ordenamientos jurídicos nacionales, como por ejemplo el español, las administraciones independientes ya eran conocidas en los años ochenta⁴⁷². En el ámbito financiero y de defensa de la competencia se habían creado administraciones independientes robustas (Bancos Centrales, Comisiones o Tribunales de Defensa de la competencia, etc.) con poderes de adjudicación e incluso normativos⁴⁷³. Este modelo de organización administrativa, por tanto, no era desconocido por los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero se circunscribía, básicamente, a tareas de supervisión de los mercados financiero y bancario, así como de la competencia en los mercados.

No será hasta la década de los noventa, coincidiendo con el auge de la administración independiente en el seno de la Unión Europea, cuando se prevea en los ordenamientos jurídicos nacionales este tipo de modelo de organización administrativa para la regulación de sectores económicos y sociales diversos. No se trata de una simple coincidencia o de una mimetización o copia. La creación de administraciones independientes a nivel nacional vendrá impulsada, en muchas ocasiones, por el Derecho de la Unión. En efecto, la

⁴⁷² Véase supra, nota 6.

⁴⁷³ THATCHER, M. "The creation of European regulatory agencies and its limits... Pág. 798.

liberalización de muchos sectores económicos -y la consecuente privatización de antiguos monopolios estatales- impulsada por la Unión llevó aparejada la implantación de la administración independiente como modelo de organismo regulador de los nuevos sectores abiertos al mercado y a la competencia⁴⁷⁴. Su proliferación en los ordenamientos nacionales, por tanto, se debió principalmente a una decisión tomada por el legislador de la Unión.

En consecuencia, el debate académico europeo a favor de las administraciones independientes tiene implicaciones más allá del propio Derecho de la Unión. Las instituciones de la Unión Europea no únicamente adoptarán las administraciones independientes para el ejercicio de sus propias competencias, sino que también las introducirán en numerosos ámbitos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Como hemos visto en los documentos de las instituciones de la Unión, éstas acabaron, en un contexto académico favorable, por concebir a las administraciones independientes como un buen mecanismo de gobernanza para la Unión. Además de aplicarlo al propio nivel de la Unión, ésta actuará de correa de transmisión para su introducción también en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Debe resaltarse que el tipo de administración independiente que ha impulsado el Derecho de la Unión en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros se asemeja, sobre todo a partir del 2009 en

⁴⁷⁴ GERADIN, D.; PETIT, N. "The development of Agencies at EU and National Levels... Págs. 8-10.

los sectores energético y de las telecomunicaciones, mucho más al ideal del Estado regulador defendido por la doctrina europea que el modelo débil adoptado como mecanismo de gobernanza en el seno de la Unión Europea. Todo indica que la cautela en la creación de administraciones independientes fuertes desde el punto de vista de sus poderes y prerrogativas en el seno de la Unión –una cautela que se explica, entre otras causas, por la lucha interinstitucional de las instituciones europeas- no es un factor a tener en cuenta a la hora de impulsarlas en los Estados miembros. Debe enfatizarse, por tanto, esta doble aproximación de las instituciones europeas al fenómeno de las administraciones independientes: por un lado, en el ámbito de la Unión Europea, se ha apostado por crear administraciones independientes de carácter consultivo y, como mucho, con poderes de adjudicación y cuasi normativos, mientras que en el ámbito de los Estados miembros se ha impulsado un modelo de administración independiente con plenos poderes.

A continuación se presentan dos ejemplos de este proceso de difusión a nivel nacional de las administraciones independientes como consecuencia de una decisión de la Unión. En primer lugar, se muestra la evolución de este modelo de organización administrativa en el sector energético (electricidad y gas natural), para después ver patrones comunes en el sector de las telecomunicaciones. En los dos sectores se observará como la Unión Europea ha reducido el poder de los Estados Miembros para moldear sus organismos reguladores y adaptarlos a sus estructuras constitucionales y administrativas propias.

a) La administración independiente en el sector energético (electricidad y gas natural)

Con el objetivo de crear un verdadero mercado europeo de la electricidad y el gas natural, la Unión Europea impulsó la liberalización del sector energético y el consecuente desmantelamiento de los monopolios públicos estatales a partir de 1996 y 1998, años en los que se aprobaron las primeras medidas normativas de la Unión en esta materia⁴⁷⁵. En el año 2003 la Unión lanzó el segundo paquete o generación de medidas normativas⁴⁷⁶ y, finalmente, en el año 2009 se aprobó el tercer paquete⁴⁷⁷. Cada una de estas generaciones de normas de la Unión ha comportado un paso más en la implantación y consolidación de un organismo regulador en materia energética que adopta la forma de administración independiente.

⁴⁷⁵ Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (“Directiva sobre el mercado de la electricidad de 1996”) y Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (“Directiva sobre el mercado del gas natural de 1998”).

⁴⁷⁶ Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (“Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2003”) y Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (“Directiva sobre el mercado del gas natural de 2003”).

⁴⁷⁷ 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 (“Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009”); Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (“Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009”).

En efecto, el proceso de liberalización empezado en los años 1996 y 1998 vino acompañado de una concepción muy débil de la administración independiente que se convertiría, en años venideros, en la clave institucional de la regulación del sector. En esta primera fase, la Unión en todo momento se remitía al principio de subsidiariedad y autonomía institucional y, por tanto, dejaba en manos de los Estados Miembros la determinación de los mecanismos institucionales para aplicar las medidas previstas en las normas de la Unión⁴⁷⁸. Pese a ello, en el lenguaje utilizado por esta primera batería de medidas normativas se intuía ya que el legislador de la Unión estaba pensando en la posibilidad de establecer administraciones independientes como organismos reguladores en el sector energético⁴⁷⁹. Esta opción, sin embargo, era solamente una puerta abierta a los Estados Miembros que, en todo caso, podían dejar en manos del propio Gobierno, de una unidad dependiente del ministerio del ramo correspondiente o de una administración independiente, el procedimiento de concesión de autorizaciones de generación, transporte, distribución o suministro de la electricidad y del gas natural. Únicamente se preveían algunos condicionantes a este procedimiento, por ejemplo el sistema de autorizaciones que se estableciera no podía ser discriminatorio, debía publicitarse y ser transparente, resolverse con base en criterios objetivos y articularse

⁴⁷⁸ Véanse el considerando nº 11 y el artículo 3.1 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 1996, así como el considerando nº 9 y el artículo 3.1 de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 1998.

⁴⁷⁹ Véase, como ejemplo, el artículo 6 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 1996: “Cuando opten por el procedimiento de licitación, los Estados miembros o cualquier organismo competente designado por el Estado miembro de que se trate fijarán [...]”.

un recurso en caso de denegación de la autorización⁴⁸⁰. Nada se decía, sin embargo, sobre cuál debía ser y cómo debía organizarse el ente nacional encargado de estas funciones de autorización.

La segunda generación de medidas legislativas europeas (aprobadas en el año 2003), implicó un paso significativo en la implantación de una verdadera administración independiente en el sector energético. Si bien el respeto por la propia organización institucional de los Estados Miembros y el principio de subsidiariedad aún estaban presentes en la retórica de las Directivas⁴⁸¹, ya se hablaba abiertamente de la obligación de articular una “autoridad reguladora” por parte de los Estados Miembros⁴⁸². Ésta debía ser plenamente independiente de las empresas eléctricas y del gas natural, pero nada se decía aún sobre su estatus de autonomía o independencia respecto a los poderes públicos nacionales (en especial, del Gobierno)⁴⁸³. En todo caso, sus competencias y prerrogativas quedaban bien definidas y, por tanto, se pretendía dotarla de cierta robustez independientemente de la fórmula institucional por la que se inclinara el Estado Miembro⁴⁸⁴. En otras palabras, la Unión Europea empezó a moldear un organismo

⁴⁸⁰ Artículos 4 y 5 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 1996 y artículo 4 de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 1998.

⁴⁸¹ Artículos 3.1 de ambas Directivas sobre los mercados de la electricidad y del gas natural de 2003.

⁴⁸² Artículo 23 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2003 y artículo 25 de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2003.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

regulador a su gusto y a sustraer ciertas decisiones sobre su organización a los Estados Miembros.

Son las Directivas sobre los mercados de la electricidad y del gas natural aprobadas en el año 2009, la tercera generación de medidas legislativas de la Unión hoy vigentes, las que han acabado de establecer un auténtico modelo de administración independiente como organismo regulador para el sector energético⁴⁸⁵. Y en esta ocasión no se ha dejado ningún margen de maniobra para los Estados Miembros, de manera que el principio de respeto a la propia organización institucional se abandona por completo. El legislador de la Unión ve necesario para un correcto funcionamiento del mercado europeo de la energía que los reguladores sean independientes, ya no solamente de las empresas privadas, también de los demás poderes públicos del Estado Miembro⁴⁸⁶. El legislador de la Unión únicamente tiene en mente el control *ex post* jurisdiccional de la actividad de la autoridad reguladora y la función de supervisión del poder legislativo, nada más⁴⁸⁷. La Directiva en ningún caso prevé la posibilidad de la existencia de un control del poder ejecutivo nacional sobre el organismo regulador.

En efecto, los términos utilizados por el legislador de la Unión son claros y precisos. Los Estados Miembros deben nombrar a una

⁴⁸⁵ Capítulo IX de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y Capítulo VIII de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

⁴⁸⁶ Considerando nº 34 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y considerando nº 30 de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

“autoridad reguladora” y deben respetar su independencia⁴⁸⁸. Para garantizar esta última, la autoridad reguladora debe tener personalidad jurídica propia y separarse funcionalmente de cualquier otra entidad pública, debe tener autonomía presupuestaria y los recursos humanos y financieros necesarios para ejercer sus funciones y, asimismo, sus directivos deberán ser nombrados por un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez, durante el cual no podrán ser removidos salvo por causas excepcionales y tasadas⁴⁸⁹. Finalmente, se exige a los Estados Miembros que establezcan un régimen de rotación adecuado para el consejo y los altos cargos directivos, evitando, de este modo, un anquilosamiento de la autoridad reguladora⁴⁹⁰.

Seguramente, como ya se ha avanzado, lo que más preocupa al legislador de la Unión es la independencia de la autoridad reguladora respecto al Gobierno. Es por este motivo que la Directiva expresa con rotundidad que el organismo regulador debe decidir de manera autónoma y su personal no puede recibir instrucciones directas de ningún Gobierno⁴⁹¹. Únicamente se prevé su sujeción a las directrices de política general del Gobierno, pero

⁴⁸⁸ Artículo 35, apartados 1 y 4, de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y artículo 39, apartados 1 y 4, de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

⁴⁸⁹ Artículo 35, apartado 4, letras a) y b), de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y artículo 39, apartado 4, letras a) y b) de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ Artículo 35, apartado 4, letra b, subapartado ii, de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y artículo 39, apartado 4, letra b, subapartado ii, de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

en ningún caso éste último puede influir en las tareas reguladoras que tiene asignada la autoridad. Y éstas se encuentran determinadas en la propia Directiva con mucha precisión⁴⁹². En este sentido, la norma europea opta por establecer un largo listado de competencias que convierten a la autoridad reguladora en una administración independiente con los contornos funcionales muy bien definidos y, por tanto, blindada desde este punto de vista de un posible vaciamiento competencial por parte de los poderes legislativo y ejecutivo nacionales.

Este último paquete de medidas legislativas se complementa con la creación de un súper ente regulador de ámbito europeo: la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía ("ACER")⁴⁹³. La ACER sustituye al denominado Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas ("ERGEG"), mecanismo a través del cual las distintas autoridades reguladoras nacionales cooperaban e intercambiaban información y buenas prácticas de manera voluntaria. El legislador de la Unión ve necesario crear una estructura de nivel europeo con “competencias claras y con la facultad de aprobar decisiones reguladoras en una serie de casos concretos”⁴⁹⁴. En este sentido, la ACER cumple tres funciones respecto a las autoridades reguladoras nacionales: asegura que cumplen con sus funciones asignadas por el Derecho de la Unión,

⁴⁹² Artículos 26 y 37 de la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 2009 y artículos 40 y 41 de la Directiva sobre el mercado del gas natural de 2009.

⁴⁹³ Creada por el Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (“Reglamento ACER”).

⁴⁹⁴ *Ibidem*. en considerando n° 3.

coordina su actuación y las complementa cuando sea necesario tomar decisiones a nivel europeo⁴⁹⁵.

En consecuencia, se trata de una administración independiente europea que se sitúa por encima de todas las autoridades reguladoras nacionales del sector energético. La ACER toma sus decisiones a través de su Director y el Consejo de Administración, pero en su toma de decisiones estos dos órganos directivos deberán recabar la opinión previa del Consejo Regulador, integrado por altos representantes de las autoridades reguladoras nacionales⁴⁹⁶. Y, tal y como la hemos clasificado en el apartado precedente, se trata de una administración reguladora con potestades públicas, en este caso con poderes de adjudicación y cuasi normativos: transmite a la Comisión directrices marco no vinculantes, emite dictámenes y recomendaciones en el ámbito de sus competencias, aprueba decisiones individuales vinculantes en determinadas cuestiones – sobre todo en la esfera de las infraestructuras energéticas transfronterizas- y tiene asignadas funciones de control y supervisión sobre el acceso a las redes, las interconexiones y la competencia en el mercado energético⁴⁹⁷.

Como puede observarse, el sector energético ha visto nacer y consolidarse, en un periodo aproximado de diez años, a la administración independiente como organismo regulador. La Unión

⁴⁹⁵ *Ibidem.* en considerando nº 6.

⁴⁹⁶ Véase el Capítulo III del Reglamento ACER.

⁴⁹⁷ Véase el Capítulo II del Reglamento ACER.

Europea, primero tímidamente pero después con resolución, ha introducido en los Estados Miembros esta fórmula de organización administrativa, sin ningún margen de discrecionalidad en cuanto a su naturaleza y funciones. Además, este proceso se ha visto culminado con la creación de una administración independiente a nivel de la Unión con auténticas potestades públicas. El sector de la electricidad y el gas natural constituye, seguramente, el caso paradigmático de la aplicación de las teorías del Estado regulador en Europa y la apuesta más clara por el modelo de administración independiente en ambos ordenamientos jurídicos, el de la Unión y el de los Estados Miembros.

b) La administración independiente en el sector de las telecomunicaciones

Al igual que en el sector energético, en el ámbito de las telecomunicaciones existen tres grandes oleadas de medidas legislativas de la Unión Europea. La primera se produjo a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa⁴⁹⁸, la segunda

⁴⁹⁸ Esta oleada se inicia con el Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y aparatos de telecomunicaciones, aprobado por la Comisión Europea el 30 de junio de 1987 (“Libro Verde de 1987”), para después materializarse en la Directiva 88/301/CEE de la Comisión Europea, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones (“Directiva 88/301”), la Directiva 90/388/CEE de la Comisión Europea, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (“Directiva 90/388”) y la Directiva 92/44/CEE de la Comisión Europea, de 5 de junio, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas (“Directiva 92/44”).

en el año 2002⁴⁹⁹ y la tercera en el año 2009⁵⁰⁰. Puede afirmarse que la evolución de los organismos reguladores en materia de telecomunicaciones ha seguido un camino casi idéntico a sus homólogos del sector energético: primero se introdujo tímidamente la fórmula de la administración independiente para, más adelante, apostar por ella con decisión y no dejar ningún margen de discrecionalidad a los Estados Miembros.

A finales de la década de los ochenta y comienzos de los años noventa, la entonces Comunidad Económica Europea empezó a advertir la necesidad de separar las actividades de regulación de aquéllas destinadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones⁵⁰¹. En ese momento, en un sector en el que el Estado ejercía su poder de regulación y, al mismo tiempo, prestaba

⁴⁹⁹ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (“Directiva de acceso”); Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva de autorización”); Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva marco”); Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva de servicio universal”); Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (“Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”).

⁵⁰⁰ Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican las Directivas de acceso, de autorización y marco (“Directiva 2009/140/CE”); Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican las Directivas de servicio universal y sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁵⁰¹ Libro Verde de 1987, Pág. 4.

servicios como operador de telecomunicaciones a través de empresas públicas, el legislador europeo le preocupaba separar ambos niveles para empezar, poco a poco, a introducir la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. En esta primera oleada, tímidamente el legislador europeo empezó a concebir un organismo regulador –que pasó a denominarse “autoridad nacional de reglamentación” en la versión en lengua castellana de la Directiva 92/44- cuya independencia solamente se exigió de los operadores del sector, no del Gobierno⁵⁰². El objetivo era separar las actividades de regulación, en manos de las autoridades públicas –cualquiera que sea su organización- de las actividades de prestación, en manos de empresas públicas sin poder regulatorio o privadas. El respeto al principio de autonomía institucional de los Estados Miembros, alegado por las propias instituciones europeas, y la aún poco elaborada teoría del Estado regulador en Europa, no hacían posible la imposición de un modelo institucional como la administración independiente en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

En el segundo paquete legislativo, aprobado en el año 2002, la Unión Europea continuó dejando un amplio margen de discrecionalidad a los Estados Miembros para configurar las ya bautizadas autoridades nacionales de reglamentación⁵⁰³. El legislador de la Unión quería preservar el principio de “autonomía institucional” y las “obligaciones constitucionales” de los Estados

⁵⁰² Artículo 2.2 de la Directiva 92/44.

⁵⁰³ Capítulo II de la Directiva marco.

Miembros⁵⁰⁴. El lenguaje de este segundo paquete, por tanto, continuaba siendo muy cauto y tenía en mente en todo momento las singularidades del Derecho Público nacional. Únicamente se exigía que las autoridades nacionales de reglamentación fueran independientes de las entidades privadas que operaban en el mercado de las telecomunicaciones y, asimismo, en caso de que se mantuvieran empresas públicas en el mercado, el Estado Miembro debía separar nítidamente las funciones de regulación y supervisión de las actividades públicas de generación y suministro de servicios de telecomunicaciones⁵⁰⁵.

Como puede observarse, en el año 2002 el legislador de la Unión aún era consciente de que la liberalización completa del mercado de las telecomunicaciones tardaría en llegar y, por tanto, se tenía que afrontar un periodo de transición en el que empresas privadas y públicas operasen simultáneamente en el mercado. En consecuencia, el organismo regulador de las telecomunicaciones debía concebirse con una pátina de total neutralidad y evitar así conflictos de intereses entre el regulador y aquellos operadores del mercado que fueran empresas o sociedades públicas.

Poco más se añadía en este segundo paquete de medidas legislativas de la Unión en cuanto al diseño de las autoridades nacionales de reglamentación, salvo que éstas debían operar con “imparcialidad y

⁵⁰⁴*Ibidem.* en considerando nº 11.

⁵⁰⁵ *Ibidem.* en artículo 3.

transparencia”⁵⁰⁶. Asimismo, sus contornos competenciales quedaban muy desdibujados y su concreción correspondía a los Estados Miembros⁵⁰⁷. Únicamente se le atribuyeron directamente por decisión de la Unión funciones en materia de acceso e interconexión de redes⁵⁰⁸, responsabilidades en cuanto a la asignación y supervisión de los servicios universales⁵⁰⁹ y algunas tímidas tareas de control de las condiciones impuestas a los operadores de telecomunicaciones por las autorizaciones generales que debían solicitar para prestar sus servicios⁵¹⁰.

En el año 2009 el legislador de la Unión pierde esta timidez y configura en el sector de las telecomunicaciones una auténtica administración independiente como organismo regulador⁵¹¹. Así, con ello, se realza la importancia de su independencia desde el primer momento como factor para la efectividad del marco regulador del sector de las telecomunicaciones, es decir, se persigue articular un ente que esté libre de “intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan”⁵¹². Es más,

⁵⁰⁶ *Ibidem.* en apartado tercero del artículo 3.

⁵⁰⁷ *Ibidem.* en apartado cuarto del artículo 3.

⁵⁰⁸ Artículo 5 de la Directiva de acceso.

⁵⁰⁹ Véanse los artículos 4 a 6 de la Directiva de servicio universal, en cuanto a los servicios universales de suministro de acceso desde una ubicación fija, servicios de información sobre números de abonados y guías y teléfonos públicos de pago.

⁵¹⁰ Artículo 10 de la Directiva de autorización.

⁵¹¹ Nueva redacción del artículo 3 de la Directiva marco después de la modificación de la Directiva 2009/140/CE.

⁵¹² Considerando nº 13 de la Directiva 2009/140/CE.

explícitamente se llega a afirmar que, debido a la necesidad de evitar estas presiones externas, el legislador nacional resulta inadecuado para desempeñar las tareas de regulación del sector⁵¹³.

Se concibe, por tanto, un organismo regulador que no puede recibir ningún tipo de instrucción y cuyas decisiones únicamente pueden ser revocadas por un “organismo de recurso”⁵¹⁴. Existe una cierta ambigüedad en el momento de definir qué se entiende por “organismo de recurso”, pero parece que el legislador de la Unión ha pensado en un tribunal, ya sea de carácter judicial o administrativo⁵¹⁵. Todo ello, apunta la Directiva, respetando siempre la “supervisión de conformidad al derecho constitucional nacional” y, por tanto, aquellos mecanismos que el propio Derecho Público nacional pueda prever para controlar a la administración independiente⁵¹⁶. Pese a ello, como puede observarse, el grado de precisión del legislador de la Unión es tan elevado que poco margen queda para adaptar el organismo regulador a las estructuras constitucionales de los Estados Miembros.

La independencia de la autoridad nacional de reglamentación se acaba de garantizar con una serie de medidas habituales en la configuración de toda administración independiente. En primer

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Nuevo artículo 3 *bis* de la Directiva marco después de la modificación de la Directiva 2009/140/CE.

⁵¹⁵ Artículo 4.1 de la Directiva marco después de la modificación de la Directiva 2009/140/CE.

⁵¹⁶ Nuevo artículo 3 *bis* de la Directiva marco después de la modificación de la Directiva 2009/140/CE.

lugar, el responsable del organismo regulador o los miembros del órgano colegiado que asuman su dirección no podrán ser removidos del cargo salvo causa objetiva y motivada de cese⁵¹⁷. Se enfatiza el carácter público del cese y que en todo momento se expongan las causas que han llevado a tomar esta decisión. En segundo lugar, el organismo regulador goza de autonomía presupuestaria y debe tener los medios materiales y personales suficientes para desempeñar sus funciones⁵¹⁸. En tercer y último lugar, si bien con un elevado grado de complejidad, se definen con mayor precisión que en el paquete de medidas de 2002 las competencias de las autoridades nacionales de reglamentación, así como su relación con el resto de poderes públicos nacionales y la Comisión Europea⁵¹⁹.

Del mismo modo que en el sector energético, en el año 2009 el legislador de la Unión decidió crear un ente regulador de carácter europeo en el ámbito de las telecomunicaciones: el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas ("ORECE")⁵²⁰. También en este caso este nuevo ente sustituía a un sistema de cooperación voluntaria entre las autoridades nacionales de reglamentación en el sector de las telecomunicaciones: el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Su organización y composición se

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ Artículos 6, 7, 7 bis, 7 ter, 8, 8 bis, 9, 9 bis, 9 ter, 10, 11 y 12 de la Directiva marco después de la modificación de la Directiva 2009/140/CE.

⁵²⁰ Creado por el Reglamento (CE) nº 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009.

asemeja a la ACER, es decir, cuenta con un Director, un Comité de Gestión y un Consejo de Reguladores formado por los representantes de todos los organismos reguladores del sector de las telecomunicaciones de los Estados Miembros⁵²¹.

Pero a diferencia del sector energético, el legislador de la Unión no ha querido dotar al ORECE del carácter de regulador y lo ha mantenido en el ámbito del asesoramiento y la coordinación⁵²². En este sentido, el ORECE no ha sido calificado por el propio legislador de la Unión como una agencia. Es únicamente su Oficina, no el ORECE en su conjunto, la que goza de personalidad jurídica propia⁵²³. Si bien puede clasificarse como una administración independiente con potestades públicas, sus poderes son más limitados respecto a su homólogo del sector energético: no tiene ningún poder de adjudicación, únicamente tiene poderes cuasi normativos a través de sus dictámenes, recomendaciones, elaboración de borradores y establecimiento de guías y estándares⁵²⁴. Este poder cuasi normativo se visualiza, sobre todo, en la importante función de coordinación de las autoridades nacionales de reglamentación que se le otorga al ORECE⁵²⁵. En

⁵²¹ *Ibidem.* en capítulo II.

⁵²² *Ibidem.* en considerando nº 6.

⁵²³ *Ibidem.* en artículo 6.

⁵²⁴ *Ibidem.* en artículos 2 y 3.

⁵²⁵ *Ibidem.* en artículo 1.

muchas ocasiones, éstas deberán consultar y pedir apoyo para el ejercicio de sus funciones reguladoras⁵²⁶.

En conclusión, el sector de las telecomunicaciones ha evolucionado de una manera muy similar al energético. Al igual que éste, se ha optado por la administración independiente como fórmula de organización administrativa para articular su organismo regulador. Y se ha previsto en ambos niveles. Por un lado, la Unión Europea ha obligado a los Estados Miembros a adoptar la administración independiente en sus ordenamientos jurídicos y, por el otro, ha articulado bajo esta fórmula a su propio organismo regulador de alcance europeo en materia de telecomunicaciones.

c) Breve apunte sobre el principio de autonomía institucional y el respeto a la identidad constitucional en el debate europeo sobre la introducción de las administraciones independientes en los Estados Miembros

Tal y como muestran los ejemplos de los mercados de la energía y de las telecomunicaciones, el impulso de la Unión Europea de organismos reguladores bajo la fórmula de la administración independiente ha conllevado la reducción a la mínima expresión, sobre todo a partir del 2009, de los márgenes de libertad de autoconfiguración institucional de los Estados Miembros. Hasta el

⁵²⁶ Artículos 3 *ter* y 3 *quater* de la Directiva marco después de su modificación por la Directiva 2009/140/CE.

año 2009, éstos tenían libertad para configurar a sus organismos reguladores, incluso podían optar por mantener en manos del Gobierno las funciones de regulación en los mercados energético y de las telecomunicaciones. A partir de 2009, sin embargo, esta libertad se desvanece y la fórmula institucional de la administración independiente se impone por decisión del Derecho de la Unión.

Este camino seguido por el Derecho de la Unión no ha sido analizado por la doctrina europea desde el punto de vista del respeto al principio de autonomía institucional o, más recientemente desde el Tratado de Lisboa, desde la óptica del respeto a la identidad constitucional de los Estados Miembros. Antes de 2009 las distintas generaciones normativas europeas en materia energética y de las telecomunicaciones tuvieron en cuenta, y lo mencionaron expresamente, el principio de autonomía institucional. Sin embargo, a partir de 2009, este principio desaparece de la retórica de la normativa europea y se impone la administración independiente. En este sentido, este principio pareció ser un freno para las instituciones europeas a la hora de imponer la administración independiente como solución institucional a los Estados Miembros. A partir de 2009, este freno desaparece.

Cabe admitir que el principio de autonomía institucional -o autonomía procedimental- parece tener poco recorrido como límite al ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones de la Unión Europea. Se trata de un principio sin fundamento explícito en el Derecho originario de la Unión, si bien algún autor ha deducido

su existencia del artículo 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa⁵²⁷. A lo sumo, puede entenderse como un principio de creación jurisprudencial, aunque de nuevo con un contenido y un alcance muy matizados al referirse el Tribunal de Justicia de la Unión expresamente al mismo solamente desde el 2004⁵²⁸. Como han apuntado los críticos a este principio⁵²⁹, la falta de base legal y la poca utilización por parte del Tribunal de Justicia cuestiona su eficacia jurídica y su ámbito de aplicación solamente estaría circunscrito al respeto de la Unión a la autonomía procedimental e institucional en caso de que aquélla, en el ejercicio de sus competencias, no haya previsto normas de ejecución del Derecho de la Unión. En ningún caso el principio de autonomía institucional y procedimental se ha entendido como un parámetro de validez del Derecho derivado de la Unión, como un límite al ejercicio de las competencias de ésta o como un contralímite que module el principio de primacía del Derecho de la Unión.

⁵²⁷ SCHWARZE, J. "El Derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares". En: FUERTES LÓPEZ, M (coord.). *Un procedimiento administrativo para Europa*. Cizur Menor: Aranzadi. 2012. Pág. 48.

⁵²⁸ ARZOZ, X. "La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: Mito y realidad". *Revista de Administración Pública*, nº191. 2013. Págs. 163-165.

⁵²⁹ KAKOURIS, M. "Do the Member States possess judicial procedural 'autonomy'?" *Common Market Law Review*, nº 34. 1997. Pág. 1408; Delicostopoulos, J. "Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems". *European Law Journal*, vol. 9, nº 5. 2003. Págs. 599-600; ARZOZ, X. "La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros... Págs. 170-174.

Por el contrario, el respeto a la identidad nacional de los Estados Miembros, caracterizada en las “estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos” en palabras del artículo 4.2 del Tratado de la Unión ("TUE"), aparece a partir del Tratado de Lisboa como un principio a tener en cuenta y que debería abordarse en el debate europeo sobre la implantación de los organismos reguladores como única solución institucional posible para los Estados Miembros en los sectores de la energía y de las telecomunicaciones. En efecto, si bien el principio del respeto a la identidad nacional de los Estados Miembros se introdujo en el artículo F(1) del Tratado de Maastricht, el actual artículo 4.2 TUE le ha otorgado una nueva dimensión, enlazándose el concepto de identidad nacional con la noción de "identidad constitucional"⁵³⁰.

El alcance de este nuevo principio tal y como está formulado en el artículo 4.2 TUE tampoco está nada claro entre la doctrina. Por un lado, CLAES ha defendido que este artículo no encierra ninguna cláusula que deba ser entendida como un límite al ejercicio de las competencias de la Unión o, en el mismo sentido, no puede entenderse como un contralímite que limite al principio de primacía del Derecho de la Unión⁵³¹. Por otro lado, una posibilidad interpretativa, defendida recientemente por VON BOGDANY y SCHILL, y respecto al texto del fallido Tratado por el que se

⁵³⁰ MARTINICO, G. "What lies behind article 4(2) TEU?". En: Saiz Arnaiz, A; Alcobarro Llivina, C (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge, Anveres, Portland: Intersentia. 2013. Págs. 94-98.

⁵³¹ CLAES, M. "National Identity: Trump Card or Up for Negotiation"? En: Saiz Arnaiz, A; Alcobarro Llivina, C (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration...* Págs. 121-124.

establece una Constitución para Europa por parte de KUMM y FERRERES COMELLA, apostaría por entender este artículo como un claro límite a la Unión Europea y al ejercicio de sus competencias que, al mismo tiempo, serviría para canalizar las líneas rojas que algunos altos tribunales de los Estados Miembros han fijado al Derecho de la Unión desde el Derecho Constitucional interno⁵³².

En el caso de que la administración independiente se entienda como una simple alteración de los órganos administrativos de los Estados Miembros, sin que comportase una modificación de “estructuras fundamentales políticas o constitucionales”, su imposición como única fórmula institucional por el Derecho de la Unión no comportaría problemas en cuanto al respeto a la identidad constitucional de los Estados Miembros. Sin embargo, en el caso de que se defienda que la administración independiente es para un Estado Miembro mucho más que una alteración del aparato administrativo, puesto que comportaría una alteración del principio de separación de poderes y la pérdida de funciones del ejecutivo y del legislativo a favor de un nuevo poder o institución, podría vulnerarse el principio consagrado en el artículo 4.2 TUE. Una alteración de la distribución de poderes constitucionalmente reconocida entre los poderes e instituciones de un Estado Miembro y, por tanto, una modificación del equilibrio institucional interno

⁵³² KUMM, M.; FERRERES COMELLA, V. “The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union”. *I-CON, International Journal of Constitutional Law*, nº 2&3, Special issue. 2005. Págs. 478-480; VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S. “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”. *Common Market Law Review* 48. 2011. Págs. 1-4.

reconocido constitucionalmente, podría significar una afectación a la identidad constitucional en el sentido del artículo 4.2 TUE.

El desarrollo y determinación del alcance del artículo 4.2 TUE por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está también por desarrollar⁵³³. Algunas sentencias del Alto Tribunal apuntan en la dirección de entender este artículo como un verdadero límite a la actuación de la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias o, como mínimo, una base normativa que permite ciertas restricciones al alcance de principios o normas del Derecho de la Unión, como por ejemplo una de las libertades comunitarias como es la libre circulación. Así, el Tribunal de Justicia ha explicitado que el respeto a la identidad constitucional incluiría aspectos como la forma republicana del Estado o el principio de igualdad, permitiéndose la restricción del principio de libre circulación con base en su protección⁵³⁴ o, también, incluiría la protección de la lengua oficial del Estado, que de nuevo permitiría la restricción del principio de libre circulación⁵³⁵. Por otro lado, el Tribunal ha determinado que la aplicación del Derecho de la Unión a las

⁵³³ GUASTAFERRO, B. "Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts: the ordinary functions of the identity clause. *Yearbook of European Union Law*, nº 31(1). 2012. Págs. 263-318; CLAES, M. "National Identity: Trump Card or Up for Negotiation"? En: Saiz Arnaiz, A; Alcoberro Llivina, C (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration...* Págs. 130-134.

⁵³⁴ STJUE, de 22 de diciembre de 2010, caso *Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien* (asunto C-208/09). FFJJ. 92-93.

⁵³⁵ STJUE, de 12 de mayo de 2011, caso *Malgožata Runevič-Vardyn, Lukasz Pawel Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija, Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija, Valstybinė lietuvių kalbos komisija, Vilniaus miesto savivaldybės administracijos Teisės departamento Civilinės metrikacijos skyrius* (asunto C-391/09). FFJJ. 86-87.

condiciones salariales de los jueces –equiparando a los jueces con trabajadores con relación laboral- no afectaría a la independencia judicial y a la identidad constitucional de los Estados⁵³⁶. Esta sentencia quitaría hierro a la naturaleza del artículo 4.2 TUE como límite a la actuación de la Unión Europea.

En definitiva, la construcción doctrinal del principio de respeto a la identidad nacional -entendida como identidad constitucional- consagrado en el artículo 4.2 TUE está lejos de ser completa y los interrogantes sobre la operatividad de esta cláusula son demasiados para aventurar una respuesta conclusiva a esta cuestión. Dos breves apuntes pueden formularse. En primer lugar, si bien los interrogantes son muchos en esta cuestión, sí que debería integrarse el juego de este precepto en el debate doctrinal europeo y, en cualquier caso, las instituciones europeas deberían tenerlo en cuenta. La no presencia de este principio en el debate doctrinal e institucional europeo sobre la administración independiente no tiene justificación alguna, teniendo en cuenta que esta institución es, como mínimo, una importante alteración del aparato administrativo de muchos Estados Miembros y, en el peor de los escenarios para el respeto de la identidad constitucional, puede llegar a considerarse como una alteración de las estructuras constitucionales internas. En segundo lugar –aspecto que más adelante se apuntará- también debería tenerse en cuenta este principio en el debate doctrinal

⁵³⁶ STJUE, de 1 de marzo de 2012, caso *Dermod Patrick O'Brien contra Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs* (asunto C-393/10). FJ. 49.

español, sobre todo por parte de los defensores de la inconstitucionalidad de éstas en España.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE EN ESPAÑA: LA RESISTENCIA DEL LEGISLADOR

4.1. La regulación sistemática tardía del fenómeno de las administraciones independientes por parte del legislador español

Un análisis del comportamiento del legislador español desde los años noventa hasta el 2011 revela que éste ha afrontado el fenómeno de las administraciones independientes de manera asistemática y caso por caso. En efecto, hasta 2011 no se aprobó ninguna normativa general que crease y configurase un modelo uniforme de administración independiente. Durante todos esos años, la tarea del legislador se centró sector por sector, creando distintos organismos reguladores en cada uno de ellos que respondían a rasgos institucionales y niveles competenciales distintos. Es por este motivo que resulta inútil intentar una caracterización de un prototipo de administración independiente española.

Los ejemplos de este proceso caso a caso de asimilación de la administración independiente y del lenguaje regulador por parte del legislador español los encontramos en el sector energético y de las telecomunicaciones. A continuación se analizarán con detalle

ambos sectores y la articulación de sus organismos reguladores, pero puede avanzarse que en ambos casos el proceso de configuración ha sido lento. En el sector energético, la adopción de un auténtico organismo regulador –con un estatus sólido de independencia- no se ha producido hasta hace poco y, en todo caso, el legislador español no ha mostrado ninguna capacidad de iniciativa en su creación y potenciación. Ha sido la Unión Europea, mediante la aprobación de distintas oleadas normativas, la que ha impulsado la configuración de un auténtico organismo regulador energético en España. En cambio, en el sector de las telecomunicaciones, el legislador español ha mostrado una capacidad mayor de asimilación de la corriente reguladora, dotando al organismo regulador de una estructura institucional independiente casi desde el primer momento aunque con poderes, en algunos casos, muy débiles. En todo caso, ambos ejemplos muestran la dificultad y reticencias del legislador español a la hora de asimilar el fenómeno de la administración independiente.

En el contexto de esta regulación asistemática y casuística, los únicos puntos de apoyo en la normativa general para las distintas configuraciones de administraciones independientes fueron las sucesivas leyes generales presupuestarias y, en especial, la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado (“LOFAGE”), todavía vigente. En las primeras, se hacían vagas alusiones en el listado de entidades sometidas al régimen presupuestario a organismos públicos o entidades estatales

especiales⁵³⁷. En la segunda, también se hacía un listado de algunos de los organismos reguladores españoles para, simplemente, acabar previendo que su regulación vendría determinada por su normativa específica y, en su defecto y de manera supletoria, por la normativa general presupuestaria y la propia LOFAGE. En ambos casos, por tanto, las únicas previsiones generales en materia de organismos reguladores se dedicaron a hacer remisiones a la normativa específica y, como mucho, a establecer un régimen supletorio a aquélla.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (“LES”), fue por tanto la primera norma de alcance general que intentó disciplinar a los distintos organismos reguladores que habían ido apareciendo y desarrollándose en España. Se trata de la norma que, por primera vez, introdujo en el ordenamiento jurídico español toda la terminología y principios del Estado regulador. De este modo, se denominó “regulación” a la normativa aprobada por los poderes públicos⁵³⁸, se sometió la iniciativa normativa de éstos a una serie de principios entre los que destacaban la transparencia, la accesibilidad o la simplicidad⁵³⁹ o ya sin ningún tipo de reserva se etiquetó como “organismos reguladores” a la Comisión Nacional de la Energía (“CNE”) y a la Comisión del Mercado de las

⁵³⁷ Véanse los artículos 6 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general presupuestaria y 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

⁵³⁸ Artículo 4 LES.

⁵³⁹ *Ibidem*.

Telecomunicaciones (“CMT”), junto a la Comisión Nacional del Sector Postal⁵⁴⁰.

En cuanto al estatus de independencia de los organismos reguladores, la LES hizo suyas todas las exigencias del modelo de administración independiente. Los organismos reguladores españoles tenían personalidad jurídica propia, plena autonomía orgánica y funcional, así como plena independencia respecto a todas las administraciones públicas y los agentes de los mercados regulados⁵⁴¹. No solamente se anunciaba la separación del organismo regulador respecto al resto de poderes públicos, sino que también se prohibía expresamente dar cualquier orden o instrucción⁵⁴². Finalmente, sus miembros eran elegidos por el Gobierno mediante real decreto, previa comparecencia del mismo y de los miembros propuestos ante el Congreso de los Diputados, su cese era tasado y estaban sometidos a un régimen de incompatibilidades⁵⁴³.

En aquello que hacía referencia a las funciones, la LES dejaba mucho margen de maniobra a la normativa sectorial. Pese a ello, la declaración de intenciones del legislador español era muy clara: el organismo regulador poseía, en principio, amplios poderes de regulación del sector, incluyéndose el poder de adjudicación, la

⁵⁴⁰ *Ibidem.* en artículo 8.1.

⁵⁴¹ *Ibidem.* en artículo 8.3.

⁵⁴² *Ibidem.* en artículo 9.2.

⁵⁴³ *Ibidem.* en artículos 13, 15 y 16.

supervisión, inspección, sanción, arbitraje y resolución de conflictos⁵⁴⁴. Nada se decía, sin embargo, de la potestad normativa.

Por último, los mecanismos de control de las decisiones de los organismos reguladores tampoco divergían de los instrumentos típicos del Estado regulador. Por un lado, se potenció el control parlamentario mediante un sistema de comparecencias de los consejeros de los organismos reguladores de carácter anual y trianual⁵⁴⁵. Por el otro, se hacía hincapié en todo el redactado de la LES en la importancia de la publicidad y la transparencia de las decisiones y actuaciones de los organismos reguladores⁵⁴⁶. Cabe destacar, sobre todo, el énfasis del legislador en las consultas públicas en cuanto mecanismo principal de participación y control del ciudadano y los agentes del mercado respecto a los poderes públicos –incluidos los organismos reguladores– y sus actuaciones⁵⁴⁷.

En conclusión, el legislador español en 2011 apostó decididamente por incorporar explícitamente el lenguaje del Estado regulador, así como sus principales herramientas: administraciones independientes como organismos reguladores y controles de carácter procedimental –consulta pública, transparencia, accesibilidad, publicidad– y parlamentario. Del mismo modo que en el debate europeo y norteamericano en materia de Estado regulador, el poder judicial

⁵⁴⁴ *Ibidem.* en artículo 10.2.

⁵⁴⁵ *Ibidem.* en artículo 21.

⁵⁴⁶ *Ibidem.* en artículos 4, 5 y 20.

⁵⁴⁷ *Ibidem.* en artículos 4.6 y 5.2.

quedó relegado a un segundo plano también en la reforma legislativa española de 2011. Si bien se aludió a él en dos preceptos y se consagró la posibilidad de control judicial de las decisiones de los organismos reguladores, nada se dijo sobre el estándar de control o el alcance del mismo⁵⁴⁸.

La LES, sin embargo, tuvo una corta duración en el tiempo. Su intento de disciplinar e unificar el fenómeno hasta ese momento casuístico de los sectores regulados y sus organismos reguladores duró hasta que llegó un cambio radical de perspectiva del legislador español: la concentración de todos los organismos reguladores en uno, creando lo que se ha denominado un “súper regulador”, bajo la denominación de Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”)⁵⁴⁹. Esta etapa, aún abierta e incierta, presenta muchas luces y sombras y puede significar, en algunos aspectos, un retroceso en cuanto a las teorías del Estado regulador.

Esta iniciativa del legislador español merece mención aparte y se analiza al final de este capítulo. Cabe señalar, por el momento, que los pasos dados por el legislador español en materia de Estado regulador pueden resumirse en tres etapas. Todas ellas demuestran la lentitud y resistencia del legislador español a adaptarse a las nuevas teorías del Estado regulador. Una primera, comprendida entre los años 1990 y 2011, en la que el legislador español fue incorporando, sector por sector y sin una visión de conjunto,

⁵⁴⁸ Artículos 8.3 y 22 LES.

⁵⁴⁹ Creada mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio.

herramientas del Estado regulador, en especial, administraciones independientes como organismos reguladores sectoriales. Una segunda, protagonizada por la LES de 2011, donde el legislador español hizo suyos sin ambages la terminología e instrumentos del Estado regulador. Finalmente, una tercera, abierta e imprevisible a día de hoy y que empieza con la creación de la CNMC en 2013, en la que se apuesta por la concentración en una sola administración independiente de toda la actividad y supervisión reguladora. A continuación se profundiza en la primera etapa mediante la aportación de dos ejemplos casuísticos –sectores de la energía y de las telecomunicaciones- de esta labor de asimilación de las teorías del Estado regulador por parte del legislador español, para acabar analizando la tercera y última etapa, hasta el momento, de este proceso con la creación de la CNMC.

4.2. El sector energético

Sin duda, la evolución del organismo regulador energético español muestra con claridad la resistencia del legislador español a articular una auténtica administración independiente en el sector energético. A continuación se repasa esta evolución, desde sus primeros pasos hasta su más reciente regulación.

Cabe remarcar que toda la evolución se ha visto influenciada de manera decisiva por el Derecho de la Unión Europea. Bajo las dos primeras generaciones de normativa europea en el sector energético (1996-1998 y 2003), aún poco exigentes con los Estados Miembros

en cuanto a los requisitos institucionales de los organismos reguladores, el legislador español únicamente se atrevió a configurar un organismo regulador muy vinculado con los poderes políticos y con pocos poderes reales. El legislador español finalmente articuló un organismo regulador con un verdadero estatus de independencia y poderes significativos a partir de 2011, pero, como se podrá observar, esta decisión no se produjo hasta la aprobación de la tercera generación de normativa europea de 2009, ya mucho más exigente con el estatus de independencia del organismo regulador. Puede concluirse fácilmente que el Derecho de la Unión ha jugado un papel de impulsor de la creación de un auténtico organismo regulador en España en el sector energético, mientras que el legislador español ha ido un paso por detrás sin tomar el liderazgo del proceso en ningún momento.

a) La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional ("CSEN")

El primer paso del legislador español en la liberalización del mercado energético se dio mediante la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional ("LOSEN"). En esos años se empezaba a discutir la primera oleada de normativa europea en materia energética que acabaría aprobándose en 1996 y 1998⁵⁵⁰. En ausencia aún de textos normativos europeos de referencia sobre la materia, la LOSEN significó un tímido intento en el camino de romper con la tradición

⁵⁵⁰ Véase supra, nota 475.

centralizada y de intervención pública en el mercado eléctrico español y avanzar en la introducción de la competencia⁵⁵¹.

Sin lugar a dudas, y a pesar de las críticas relativas al seguidismo del modelo tradicional, una de sus grandes novedades fue la creación, por primera vez en España, de un embrión de administración independiente para el sector eléctrico español. La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (“CSEN”), tal y como establecía la exposición de motivos de la LOSEN, pretendía ser un “ente regulador del Sistema, con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, para lo que garantiza la independencia de sus miembros”. A pesar de esta declaración de intenciones, la CSEN se configuró como una administración independiente muy débil⁵⁵².

En efecto, si bien se le otorgó un estatuto de independencia similar a cualquier administración independiente –personalidad jurídica propia, nombramiento de sus miembros por el Gobierno previa comparecencia ante el Congreso de los Diputados, cese tasado, sujeción a un régimen de incompatibilidades y elección de su propio

⁵⁵¹ Algunos autores criticaron duramente las previsiones de la LOSEN al entender que mantenía intacto el modelo de intervención pública anterior y no asentaba el deseado nuevo modelo liberalizador. Véase a estos efectos ARIÑO ORTIZ, G.; LÓPEZ DE CASTRO, L. “Liberalización y competencia en el sector eléctrico. Balance 1998-2003”. En: ARIÑO ORTIZ, G. *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados 1996-2003. Tomo II*. Granada: Comares. 2004. Pág. 162.

⁵⁵² ARIÑO ORTIZ, G.; LÓPEZ DE CASTRO, L. *El sistema eléctrico español: regulación y competencia*. Montecorvo: Fundación ICO, Fundación de Estudios de Regulación. 1998. Pág. 335; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 84.

personal⁵⁵³ - dos cuestiones desvirtuaron su condición de auténtico organismo regulador. En primer lugar, no se le reconocieron verdaderas potestades regulatorias, la LOSEN se limitó a otorgarle funciones arbitrales, de consulta, asesoramiento y propuesta⁵⁵⁴. La CSEN nunca tuvo en sus manos potestades públicas de adjudicación –concesión de autorizaciones o fijación de tarifas- y gozó de facultades normativas y de inspección muy limitadas. Únicamente se le llegó a reconocer facultades de propuesta e informe respecto a la aprobación de disposiciones generales en materia de electricidad, funciones normativas plenas solamente en materia de transporte y explotación unificada, una función de propuesta tarifaria, la potestad de inspeccionar previa petición de las administraciones competentes y de proponer la incoación de expedientes sancionadores. La regulación del sector eléctrico, por tanto, quedaba en manos de los órganos políticos tradicionales, Gobierno y Parlamento.

En segundo lugar, y seguramente como características más relevantes de la naturaleza débil como organismo regulador de la CSEN, destacaban el no agotamiento de la vía administrativa de sus actos –con el correspondiente recurso de alzada ante el Ministerio de adscripción correspondiente- y la posibilidad de que el Gobierno suspendiese dichos actos⁵⁵⁵. En este sentido, aunque sus potestades ya eran de inicio muy limitadas, en aquellos casos en los que tuviera

⁵⁵³ Artículos 6.1, 6.3, 6.4 y 6.5 LOSEN.

⁵⁵⁴ Artículo 8.1 LOSEN.

⁵⁵⁵ *Ibidem.* en artículos 8.3 y 8.4.

poder decisorio, la resolución de la CSEN no era nunca definitiva y se enfrentaba a una posible suspensión por parte del Gobierno.

Esta regulación de la CSEN como administración independiente débil, sin apenas poderes regulatorios y cuyos actos eran susceptibles de revisión por los poderes políticos, era acorde con los primeros pasos del Derecho de la Unión. En efecto, la primera generación de normativa europea de 1996 y 1998 dejaba un amplio margen de discreción a los Estados Miembros para configurar los organismos reguladores en materia energética. Únicamente se exigió en ese momento la separación entre el ente regulador y los agentes del mercado. La LOSEN, una norma anterior a esta generación de normativa europea, ubicó el poder regulatorio en manos de los poderes políticos tradicionales (Gobierno y Parlamento) y creó un embrión de administración independiente de apoyo y consulta. En conclusión, la débil CSEN fue un paso tímido del legislador español en un contexto en el que la Unión Europea también apostó por ser cautelosa y no exigir la creación de entes reguladores independientes de los poderes políticos tradicionales y con auténtico poder de decisión.

b) La Comisión Nacional del Sector Eléctrico ("CNSE")

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico ("LSE") comportó un avance importante en la línea liberalizadora del mercado energético español. La nueva norma de referencia del sector recibió buenas críticas y se calificó por los defensores de la

vía liberalizadora como un paso más ambicioso que la LOSEN⁵⁵⁶. Sin embargo, desde el punto de vista institucional y dentro de la tibieza del Derecho de la Unión en cuanto a la exigencia a los Estados Miembros de la configuración de auténticos organismos reguladores en el sector energético, la Comisión Nacional del Sector Eléctrico (“CNSE”)⁵⁵⁷ –organismo regulador que sustituía a la CSEN- significó un retroceso en cuanto al objetivo de dotar al mercado energético español de un organismo regulador con poderes reales y un estatus auténtico de independencia.

En cuanto a sus funciones, la CNSE se configuró a imagen y semejanza de su antecesor y, por tanto, se limitaba básicamente a tareas de asesoramiento, propuesta, informe y consulta. Asumió algunas funciones explícitas en materia de defensa de la libre competencia⁵⁵⁸, la tarea de liquidar los costes de transporte y distribución⁵⁵⁹ o la función de resolver los conflictos que le fuesen planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema⁵⁶⁰. Pese a estas nuevas funciones, la CNSE no tenía poderes de autorización ni le correspondía fijar las tarifas. Asimismo, si bien se le reconocía un poder normativo general en forma de aprobación de circulares, éste era de tercer nivel – desarrollo de reales decretos

⁵⁵⁶ NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía...* Págs. 89-90.

⁵⁵⁷ Creada en virtud del artículo 6 y la disposición transitoria tercera de la LSE.

⁵⁵⁸ Entre estas facultades se encontraban la comunicación de prácticas anticompetitivas al antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (8.1.13 LSE) y la emisión de informes preceptivos en operaciones de concentración en el sector eléctrico (8.1.15 LSE).

⁵⁵⁹ Artículo 8.1.8 LSE.

⁵⁶⁰ *Ibidem.* en artículo 8.1.14.

y órdenes ministeriales- y requería habilitación previa reglamentaria o, lo que es lo mismo, del segundo nivel⁵⁶¹. Finalmente, en materia de inspección y sanción, la CNSE podía acordar directamente la incoación de expedientes sancionadores y, por tanto, su poder iba más allá de la simple facultad de propuesta de incoación que poseía su antecesora⁵⁶².

El retroceso respecto a su antecesora, sin embargo, se aprecia con claridad en su estatus de independencia. A diferencia de la CSEN, el nuevo organismo regulador contaba en su Consejo de Administración con la presencia con voz pero sin voto del Ministro de Industria y Energía, del Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales o del alto cargo del Ministerio en quien delegasen⁵⁶³. En otras palabras, el Gobierno si así lo estimaba oportuno podía acudir a las reuniones del Consejo de Administración de la CNSE. Para los partidarios de la introducción de la corriente liberalizadora en el sector energético y, por tanto, de la configuración de una administración independiente técnica y neutral, esta presencia del Gobierno en el órgano de decisión de la CNSE únicamente implicaba su indeseada politización⁵⁶⁴. Pese a ello, cabe destacar que la configuración final de la composición de la CNSE fue mucho más acorde con la deseada separación entre Gobierno y organismo regulador que las propuestas iniciales

⁵⁶¹ *Ibidem.* en artículo 8.1.7.

⁵⁶² *Ibidem.* en artículo 8.1.12.

⁵⁶³ *Ibidem.* en artículo 6.2.

⁵⁶⁴ NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía...* Págs. 93-95.

discutidas en sede parlamentaria. En efecto, el proyecto de ley inicial preveía no solamente al Ministro y Secretario de Estado como asistentes al Consejo, sino también al Director General de Energía como vocal nato⁵⁶⁵.

Asimismo y del mismo modo que la CSEN, los actos del nuevo organismo regulador se encontraban mayoritariamente sujetos a recurso ante su Ministerio de adscripción⁵⁶⁶. Únicamente las circulares de petición de información y los actos que resolvían conflictos en materia de gestión económica y técnica del sistema ponían fin a la vía administrativa. De nuevo la mayoría de las decisiones del organismo regulador eléctrico, ya de por sí muy limitadas, se sujetaban a revisión del Gobierno que, en todo caso, es quien tenía la última palabra.

Sin lugar a dudas la LSE y su regulación de la CNSE mostraron las reticencias del legislador español a adoptar un verdadero organismo regulador en materia energética. Los tímidos avances que comportó la LOSEN y la CSEN incluso fueron revertidos y se apostó por un nuevo organismo regulador mucho más conectado con los poderes políticos, especialmente del Gobierno que podía asistir a las reuniones del Consejo de Administración. Asimismo, las funciones de la CNSE no aumentaron significativamente y continuó configurándose como un ente público de naturaleza esencialmente consultiva. Todo ello, como se ha indicado, se produjo en el marco

⁵⁶⁵ *Ibidem.* en págs. 92-93.

⁵⁶⁶ Artículo 8.4 LSE.

de un Derecho de la Unión tibio en cuanto a las exigencias de independencia y neutralidad políticas de los organismos reguladores en materia energética. Cabe destacar que la primera Directiva de la Unión Europea en materia energética se aprobó en el año 1996, mucho antes de la entrada en vigor de la LSE. Sin embargo, la norma española no incorporó en su exposición de motivos ninguna referencia a la Directiva europea. La tibieza del Derecho de la Unión vino acompañada por una completa ignorancia de su existencia por parte del legislador español.

c) La Comisión Nacional de la Energía ("CNE")

La creación de la Comisión Nacional de la Energía ("CNE") en el año 1998 no comportó un cambio sustancial en el ámbito institucional respecto a la LOSEN y la LSE⁵⁶⁷. Las funciones del nuevo ente regulador continuaron en la línea de sus antecesores, es decir, se redujeron al ámbito de la consulta, asesoramiento, arbitraje, propuesta e informe⁵⁶⁸. En cuanto a la potestad normativa, únicamente se le reconoció la capacidad de participar mediante propuesta e informe en el proceso de elaboración de disposiciones generales, así como de nuevo la función normativa de tercer nivel que llevaba consigo la previa habilitación del segundo nivel, es

⁵⁶⁷ La CNE se creó a través de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos ("LH"). Después de un periodo de transición, sustituyó a la CNSE y asumió todas sus funciones el 7 de abril de 2000.

⁵⁶⁸ Véanse, en sus redacciones originales, la disposición adicional undécima, apartado tercero, de la LH y los artículos 3 a 18 del Reglamento de la CNE, aprobado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

decir, desarrollo de reales decretos y órdenes ministeriales mediante la aprobación de circulares. La función de adjudicación quedaba limitada a la información en la concesión de autorizaciones, así como elaborar propuestas e informes en la fijación de las tarifas. Respecto a la función de inspección y sanción, la primera únicamente podía ser ejercida a instancias de las autoridades competentes, nunca de oficio. La segunda alcanzaba la potestad de incoar e instruir expedientes sancionadores, pero no su resolución. Finalmente, se le reconocía a la CNE una limitada función de velar por la competencia en el sector energético, pero muy dependiente del entonces denominado Servicio de Defensa de la Competencia.

La configuración institucional de la CNE tampoco varió mucho respecto a la CNSE⁵⁶⁹. Gozaba de personalidad jurídica propia, el nombramiento de sus miembros se realizaba mediante real decreto previa comparecencia ante el Congreso de los Diputados, su mandato tenía carácter limitado en el tiempo, el cese era tasado, se preveía un régimen de incompatibilidades para sus miembros y podía elegir a su personal. Sobre todo, se mantuvieron dos características institucionales que, como se ha adelantado respecto a la CNSE, minaban también el estatus de independencia de la CNE. La asistencia del Ministro y Secretario de Estado provenientes del Ministerio de adscripción o sus representantes a las reuniones del Consejo de Administración con voz pero sin voto, así como el carácter recurrible ante el Gobierno de prácticamente todas las

⁵⁶⁹ Véase, en su redacción original, la disposición adicional undécima, apartado primero, de la LH.

resoluciones y actos de la CNE, no desaparecieron y se mantuvieron hasta el 2011.

Resulta de nuevo llamativo no encontrar ninguna referencia a la normativa europea en la LH. La creación de la CNE se produjo en un momento en el que la Directiva sobre el mercado de la electricidad de 1996 ya se encontraba operativa en el ámbito europeo. Sin embargo, las pocas exigencias institucionales de la normativa europea del momento facilitaron la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una CNE con pocos poderes y un estatus de independencia más que dudoso. En todo caso, la CNE se configuró por primera vez como un organismo regulador del sector energético, tanto de la electricidad como de los hidrocarburos –líquidos y gaseosos-, recogiendo la tendencia de la normativa europea hacia el tratamiento unitario de todo el sector energético.

Esta caracterización inicial de la CNE sufrió pocas variaciones hasta la gran reforma de los años 2011 y 2012. Desde su creación en 1998 hasta esos años, la CNE mantuvo una configuración institucional prácticamente idéntica a la inicial y vio aumentar, aunque solamente ligeramente, sus funciones. En efecto, su estatus de independencia conservó las mismas debilidades detectadas en su creación –asistencia de Ministros y sus representantes y actos que no ponen fin a la vía administrativa y por tanto recurribles en sede gubernamental- con incluso algún retroceso más para los partidarios de la neutralidad de toda administración independiente: en 1999 se otorgó la facultad al Gobierno de elegir al Vicepresidente de entre

los vocales⁵⁷⁰. Durante más de una década la independencia de la CNE más bien se debilitó en vez de fortalecerse según las tendencias europeas en materia del Estado regulador.

En aquello que hace referencia al aumento gradual de sus funciones, la CNE asumió primero en el año 2000 la competencia para proponer la liquidación de tarifas y peajes en el sector del gas, para ya en el año 2005 hacerse cargo de la resolución directa de estas liquidaciones⁵⁷¹. En el año 2001, se dotó a la CNE de la facultad de inspección sobre el sector energético de oficio⁵⁷². Hasta ese momento, únicamente podía ejercer funciones de inspección a petición de las administraciones competentes. En 2009, se le otorgó a la CNE la función, aunque de baja intensidad, de defensa de los consumidores en el sector energético: le correspondió a la CNE atender a los consumidores, mediar en los conflictos entre operadores y consumidores y, finalmente, proponer mejoras regulatorias⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Artículo 71.1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da una nueva redacción al número 4 del apartado primero de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷¹ Véanse los artículos 9 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios y 13 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, que dan nueva redacción sucesivamente al número 3 del apartado tercero de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷² Artículo 76.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da una nueva redacción al apartado octavo del número 1 del apartado tercero de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷³ Artículo 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, por el que se añade un nuevo apartado

Mención aparte requiere la nueva función decimocuarta de la CNE que tanta polémica ha suscitado desde su introducción en 2006⁵⁷⁴. Se trata de una de las pocas funciones de autorización que se le han otorgado a la CNE y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en parte contraria al Derecho de la Unión⁵⁷⁵. En todo caso, y teniendo en cuenta que fue modificada en 2011, esta función consistía en someter a autorización administrativa previa de la CNE la adquisición de participaciones en porcentajes superiores al 10% o cualquier otro que otorgase influencia decisiva en sociedades que fuesen titulares de determinados activos energéticos.

También sin la intención de entrar en detalle en la cuestión, cabe destacar el fortalecimiento de las funciones en materia de supervisión y control de la libre competencia en el sector energético de la CNE. Sobre todo, fueron las leyes españolas de 2007 de adaptación a las Directivas sobre los mercados de la electricidad y el gas de 2003 las que impulsaron este mayor protagonismo de la CNE, siempre, evidentemente, en coordinación con los órganos de defensa de la competencia⁵⁷⁶.

decimonoveno en el número 1 del apartado tercero de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷⁴ Artículo único del Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, de modificación de las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, por el que se da nueva redacción al apartado decimocuarto, del número 1 del apartado tercero, de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷⁵ STJUE, de 17 de julio de 2008, caso *Comisión Europea contra España* (asunto C-207/07).

⁵⁷⁶ Véanse el artículo único de la Ley 17/2007, de 4 de julio, de modificación de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para

Este fue el gran cambio a nivel de configuración institucional de la CNE que introdujo el legislador español para cumplir con la segunda generación de normativa europea del sector energético de 2003. De nuevo, esta segunda generación no exigía la estricta separación entre el organismo regulador y los poderes políticos. Del mismo modo que la primera oleada de normativa europea de 1996 y 1998, el legislador de la Unión fue prudente y no exigió a los Estados Miembros un auténtico, robusto e independiente organismo regulador en materia energética. Más allá de ampliar las competencias del organismo regulador, esta segunda generación de normativa europea dejaba margen de discrecionalidad a los Estados Miembros para articularlo. El legislador español únicamente se limitó a reforzar las funciones de supervisión y control de la libre competencia de la CNE, sin realizar ningún cambio en su naturaleza jurídica y, sobre todo, no modificó su debilitado estatus de independencia.

La gran transformación de la CNE trajo causa en la tercera generación de normativa europea, que vio la luz con las Directivas sobre el mercado de la electricidad y del gas natural de 2009. Como se ha señalado anteriormente, es en ese momento cuando la Unión Europea apostó por exigir la creación de auténticos entes reguladores independientes respecto a los poderes políticos. Se

el mercado interior de la electricidad, por el que se añade un nuevo apartado 5 al artículo de la LSE, y el artículo único de la Ley 12/2007, de 2 de julio, de modificación de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por el que se da nueva redacción al artículo 3.4 de la LH.

abandonó, por tanto, la simple separación entre ente regulador y agentes del mercado como único requisito exigible a la autoridad reguladora nacional y se impuso la desvinculación del ente regulador respecto a los poderes políticos, especialmente del Gobierno⁵⁷⁷. Frente a esta exigencia, en el año 2011 y mediante la reforma acometida por la LES, el legislador español eliminó las características institucionales que desde finales de los años noventa desvirtuaban la independencia de la CNE: sus actos y resoluciones pasaron a poner fin a la vía administrativa, se impidió la asistencia del Ministro, Secretario o sus representantes a las reuniones del Consejo de Administración y el Gobierno ya no pudo elegir al Vicepresidente de entre los vocales⁵⁷⁸.

Asimismo, también en 2011, la CNE quedaba sujeta a la regulación institucional unitaria de todos los organismos reguladores prevista en la LES⁵⁷⁹. Entre otras cosas, la CNE pasaba a compartir con el resto de organismos reguladores la misma naturaleza, objeto, personal, reglas de cooperación con otros organismos reguladores y órganos de defensa de la competencia, la sumisión al control parlamentario mediante comparecencias anuales y trianuales, así

⁵⁷⁷ Véase supra, apartado 3.3. a) de este trabajo.

⁵⁷⁸ Disposición final trigésima tercera, apartados primero, segundo y sexto, de la LES, por el que se da nueva redacción a los puntos 2 y 3 del apartado primero, se suprimen los puntos 4, 5 y 6, del apartado primero, así como se da nueva redacción al punto 5 del apartado tercero, de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁷⁹ Disposición final trigésima tercera, de la LES, por el que se da nueva redacción a la disposición adicional undécima de la LH. La nueva redacción de la disposición adicional undécima se remitía, casi en su totalidad, a la aplicación de todas las normas previstas en el Capítulo II de la LES.

como el goce de un estatus de independencia que explícitamente reconocía la prohibición de toda instrucción a los miembros de los organismos reguladores, incluso del Gobierno.

Si bien la reforma de 2011 acometida por la LES comportó cambios institucionales de calado, apenas se aumentaron las exiguas competencias de la CNE tal y como se exigía en la tercera generación de normativa europea de 2009. La LES simplemente cambió la controvertida función decimocuarta de la CNE en un intento de hacerla compatible con el Derecho de la Unión y le otorgó la facultad de emitir informe determinante –a tener en cuenta por los órganos de defensa de la competencia- en operaciones de control de concentración de empresas en el sector energético⁵⁸⁰.

El aumento de las funciones de la CNE y por consiguiente su adecuación a la tercera generación de normativa europea de 2009 vino de la mano del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (“Real Decreto-ley 13/2012”). Es en este momento cuando el fortalecimiento institucional del 2011 se acompañó de un aumento considerable de las funciones reguladoras de la CNE que significó el abandono de la naturaleza esencialmente

⁵⁸⁰ Disposición final trigésima tercera, apartado quinto, de la LES, por la que se da nueva redacción a los apartados decimocuarto y decimoquinto del punto 1 del apartado tercero de la disposición adicional undécima de la LH.

consultiva y de propuesta que atesoraba desde su creación en los años noventa.

En efecto, la CNE vio reforzadas sus funciones de supervisión en todos los ámbitos: defensa de la libre competencia, control de carácter técnico de las instalaciones, productos y servicios, defensa del consumidor, control del transporte y del almacenamiento, entre otros⁵⁸¹. Asimismo, este reforzamiento de su capacidad de supervisión vino acompañado de la atribución de plena potestad sancionadora. Por primera vez, tanto en el sector de la electricidad como en el del gas, más allá de la función de incoar e instruir expedientes sancionadores como hasta ese momento se le permitía, se le reconoció a la CNE la competencia para resolverlos⁵⁸².

También se vieron incrementados sus poderes de adjudicación. Si bien la potestad de autorización para nuevas instalaciones continuó en manos del Gobierno, la CNE obtuvo la competencia para conceder certificados de respeto a la separación de actividades por parte de los gestores de red de transporte⁵⁸³, así como la facultad mediante circulares de establecer la metodología de cálculo de

⁵⁸¹ Artículo 2.32 del Real Decreto-ley 13/2012, por el que se añaden varias funciones al listado contemplado en el punto 1, apartado tercero, de la disposición adicional undécima de la LH. Las nuevas funciones de supervisión son las comprendidas entre la función vigésima y trigésima primera.

⁵⁸² *Ibidem.* en artículos 1.16 y 2.31, por el que se añade un nuevo apartado 3 al artículo 66 LSE y se da nueva redacción al artículo 66 LH, respectivamente.

⁵⁸³ *Ibidem.* en artículos 1.7 y 2.11, por el que se añaden un nuevo artículo 34 bis y 34 ter a la LSE y un nuevo artículo 63 bis a la LH.

peajes, cánones y criterios de acceso a las infraestructuras⁵⁸⁴. Debe señalarse que las Directivas sobre el mercado de la electricidad y el gas de 2009 preveían la posibilidad de otorgar al organismo regulador bien la capacidad para fijar directamente los cánones o peajes o, en su defecto, la competencia de menos alcance de fijar la metodología de cálculo de los mismos. En este sentido, el legislador español optó por la segunda opción y diluyó la capacidad directa de decisión de la CNE.

Finalmente, pocos cambios se introdujeron en cuanto a la potestad normativa de la CNE⁵⁸⁵. Ésta se continuó concibiendo como de tercer nivel, es decir, la CNE únicamente poseía facultad normativa de desarrollo de los reales decretos y órdenes ministeriales que a su vez desplegasen la normativa con rango de ley en el sector energético. Además, se necesitaba habilitación expresa del segundo nivel para poder desplegar su potestad normativa. Incluso se dificultó más el ejercicio de esta facultad con la obligación de recabar informes previos de los consejos consultivos en materia de hidrocarburos y electricidad, así como informe determinante de los órganos de defensa de la competencia en caso de tratarse de normas que pudiesen afectar a la libre competencia.

En conclusión, la tercera generación de normativa europea de 2009 empujó al legislador español, primero en 2011 a nivel institucional

⁵⁸⁴ *Ibidem.* en artículo 32, por el que se añade el apartado decimonoveno al número 1, apartado tercero, de la disposición adicional undécima de la LH.

⁵⁸⁵ *Ibidem.* en artículo 33, por el que se modifica el apartado 5 y se añaden los apartados 6 y 7, en el apartado tercero, de la disposición adicional undécima de la LH.

y después en 2012 en cuanto al nivel competencial, a configurar finalmente a la CNE como casi un auténtico organismo regulador. Se desvinculó definitivamente a la CNE de los poderes políticos, se reforzó su facultad de supervisión y adjudicación, se le dotó de potestad sancionadora y se le mantuvo la facultad normativa de baja intensidad. Asimismo y por primera vez, se introdujeron normas de relación de la CNE con el resto de organismos reguladores de los Estados Miembros y la ACER⁵⁸⁶. Sin lugar a dudas, la generación de medidas normativas de 2009 provocó, entre 2011 y 2012, un cambio importante en la naturaleza y funciones de la CNE.

4.3. El sector de las telecomunicaciones

A diferencia del sector energético, el legislador español ha mostrado una mayor predisposición a aceptar un organismo regulador con los atributos institucionales de una administración independiente en materia de telecomunicaciones. A continuación se repasa esta evolución, desde sus primeros pasos hasta su más reciente regulación.

En este caso, la evolución demuestra que el legislador español no ha ido por detrás del legislador de la Unión, todo lo contrario, ha ido por delante hasta la generación de normativa europea de 2009. En efecto, mientras que tanto la primera generación de normativa europea en materia de telecomunicaciones de finales de los años ochenta y comienzos de los noventa como la segunda generación de

⁵⁸⁶ *Ibidem.* en artículo 34, por el que se añade un nuevo apartado sexto a la disposición adicional undécima de la LH.

2002 no impusieron a los Estados Miembros la obligación de adoptar un organismo regulador separado de los poderes políticos, el legislador español desde 1996 articuló la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones prácticamente como una auténtica administración independiente en cuanto a su estatus institucional. Cabe resaltar, sin embargo, que a pesar de esta innovación institucional del legislador español, este estatus de independencia no vino acompañado de poderes reales regulatorios en el momento de su creación. Si bien poco a poco la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones vio como éstos aumentaban, especialmente en materia de adjudicación y defensa de la libre competencia, sus funciones normativas, de inspección y sanción siempre fueron muy reducidas.

a) La creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT"): el Real Decreto Ley 6/1996, los Reglamentos de 1996 y la Ley 12/1997

Los primeros pasos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT") vinieron determinados por sus escasas funciones y relevancia como organismo regulador. El número 2, apartado dos, del artículo 1 del Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio ("Real Decreto-ley 6/1996"), de liberalización de las telecomunicaciones, así como los Reglamentos de 1996⁵⁸⁷,

⁵⁸⁷ Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre ("Reglamento de la CMT"), y el Real Decreto 2276/1996, de 25 de octubre, en relación con el segundo operador

otorgaron a la CMT esencialmente funciones de arbitraje y asesoramiento. Destacaba como única función relevante de carácter regulador la defensa de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, en cuyo ejercicio podía aprobar instrucciones vinculantes para los operadores del sector⁵⁸⁸. En su primera configuración, la CMT no poseía potestades normativas reguladoras más allá de esta limitada capacidad normativa mediante la aprobación de instrucciones en materia de libre competencia. Únicamente en tareas de adjudicación podía informar sobre las tarifas y fijar directamente las tarifas de interconexión y acceso y, finalmente, tampoco se le atribuyeron potestades de inspección. En materia sancionadora, solamente estaba capacitada para denunciar a las autoridades competentes las posibles irregularidades de los operadores del sector.

En pocas palabras, el legislador creó un ente público de apoyo y consulta en materia de telecomunicaciones, pero en ningún caso con auténticos poderes reguladores. Eso sí, en cuanto a su configuración institucional la CMT nació con un estatus de independencia superior a la CNE. Además de reunir todos los componentes habituales de una administración independiente –personalidad jurídica propia, mandato limitado en el tiempo, cese tasado, sujeción a régimen de incompatibilidades de sus miembros y elección de su personal- no se preveía la presencia en calidad de

de telecomunicaciones y el ente público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN).

⁵⁸⁸ Estas “instrucciones” fueron denominadas “circulares” por el artículo 20 del Reglamento de la CMT.

asistentes de miembros del Gobierno en su Consejo de Administración y sus actos ponían fin a la vía administrativa⁵⁸⁹.

La única sombra de duda fue la regulación del nombramiento de sus miembros: el Gobierno elegía al Presidente y al Vicepresidente, a propuesta del Ministro de Fomento, mientras que el propio Ministro de Fomento elegía a los cinco vocales⁵⁹⁰. Los miembros designados no tenían que comparecer ante el Congreso de los Diputados, en su lugar, el Ministro de Fomento comparecía previamente para informar de los nombramientos. Sin lugar a dudas, esta configuración del nombramiento de los miembros de la CMT dejaba entrever el carácter dependiente y de entera adscripción de la CMT al Gobierno. Si bien se proclamaba la autonomía de la CMT⁵⁹¹, sus miembros quedaban muy próximos al Gobierno y difícilmente se podían abstraer de su influencia e, incluso, de recibir instrucciones.

La conversión en ley del Real Decreto-ley 6/1996, trámite realizado mediante la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de telecomunicaciones (“Ley 12/1997”), no aportó apenas novedades en cuanto a la configuración institucional de la CMT. Los elementos configuradores de su estatus de independencia anteriormente mencionados -personalidad jurídica propia, mandato limitado en el tiempo, cese tasado, régimen de incompatibilidades y

⁵⁸⁹ Artículos 1.3 del Real Decreto-ley 6/1996 y 3.2 del Reglamento de la CMT.

⁵⁹⁰ Artículo 33 del Reglamento de la CMT.

⁵⁹¹ Artículo 3 del Reglamento de la CMT.

elección de su personal- no sufrieron ninguna modificación⁵⁹². En todo caso, se produjo una mejora sustancial en el procedimiento de nombramiento de sus miembros que pasaron a ser designados en su totalidad mediante real decreto por el Gobierno, desapareciendo, por tanto, la diferenciación en el nombramiento entre el Presidente y el Vicepresidente y el resto de los vocales⁵⁹³. La novedad radicó, sin lugar a dudas, en el aumento de competencias de la CMT. Más allá de sus funciones de arbitraje, asesoramiento, informe e información de tarifas, la CMT vio como sus funciones de adjudicación aumentaron sustancialmente con la atribución del otorgamiento de los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones⁵⁹⁴. La CMT obtuvo, en la gran mayoría de los casos, la potestad de autorización del sector.

Asimismo, se le otorgaron a la CMT unas tímidas funciones de inspección mediante las cuales podía denunciar a las autoridades competentes posibles irregularidades cometidas por los operadores del sector⁵⁹⁵. Éstas, antes de resolver el expediente, debían pedir informe a la CMT y únicamente podían apartarse de él mediante motivación. Un avance similar se produjo en materia sancionadora. En ese momento se otorgó a la CMT potestad sancionadora propia en los casos en los que se incumplieran sus instrucciones adoptadas en materia de defensa de la libre competencia, sus actos y

⁵⁹² Artículo 1, apartado tres, de la Ley 12/1997.

⁵⁹³ *Ibidem.* en artículo 1, apartado tres, número 2.

⁵⁹⁴ *Ibidem.* en artículo 1, apartado dos, número 2, letra b.

⁵⁹⁵ *Ibidem.* en letra m.

resoluciones y no se atendieran sus reclamaciones de información a los agentes del sector de las telecomunicaciones⁵⁹⁶.

Estas mejoras competenciales no alcanzaron la potestad normativa de la CMT. Si bien se le reconoció una función de participación y asesoramiento en la aprobación por parte de las autoridades competentes de las disposiciones normativas de alcance general en materia de telecomunicaciones⁵⁹⁷, no se le atribuyó en ningún momento una potestad normativa general. Únicamente se mantuvo intacta la función normativa de aprobar instrucciones –o circulares en el lenguaje del Reglamento de la CMT- en materia de defensa de la libre competencia⁵⁹⁸. Como en el momento de su nacimiento, la CMT poseía una potestad normativa acotada materialmente.

Esta configuración de la CMT restaría casi invariable hasta la reforma de 2003. El cambio más significativo hasta ese año fue el fortalecimiento de las funciones de la CMT en materia de defensa de la libre competencia⁵⁹⁹. Cabe destacar también la introducción del informe previo del Ministerio en caso de ejercerse la potestad

⁵⁹⁶ *Ibidem.* en letra l.

⁵⁹⁷ *Ibidem.* en letra j.

⁵⁹⁸ *Ibidem.* en letra f.

⁵⁹⁹ Artículo 17.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, por el que se otorga a la CMT una función de informe en los procesos de concentración de empresas y disposición adicional séptima de la misma ley, por la que se establecen normas de relación entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia. Asimismo, en la misma línea en cuanto al control de concentración de empresas y relación con los órganos de defensa de la competencia, véanse las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley de defensa de la competencia, por la que se dan nuevas redacciones al artículo 1, apartado dos, número 2, letras f y g, de la Ley 12/1997.

sancionadora a instancias del mismo⁶⁰⁰. En el caso de que la CMT se separase del criterio del Ministerio, debía motivarlo. Se trató, en este último caso, de un retroceso en la progresiva asunción de nuevos poderes por parte de la CMT.

Estos primeros pasos de la CMT, encuadrados entre el Real Decreto-ley 6/1996 como punto de partida y la reforma del sector de las telecomunicaciones de 2003, tienen como telón de fondo, de nuevo, una normativa europea tímida y prudente en cuanto a la exigencia de organismos reguladores con auténticos poderes e independientes de los poderes políticos. Como se ha destacado anteriormente, desde finales de los años ochenta hasta la generación de normativa europea de 2002, la Unión Europea aprobó un conjunto de normas que empezó a considerar la necesidad de configurar organismos reguladores en el sector de las telecomunicaciones que estuvieran separados de los agentes del sector⁶⁰¹. Aún en ese momento no se hablaba de separar al organismo regulador del Gobierno o del Parlamento. Del mismo modo que en el caso del sector energético, en este contexto europeo le costó al legislador español configurar un auténtico organismo regulador. Si bien dotó a la CMT de un estatus de independencia más robusto que en el caso de la CNE, nació casi desposeída de poderes reales y solamente a partir de 1997 empezó a asumir verdaderas funciones reguladoras, especialmente de adjudicación.

⁶⁰⁰ Artículo 107 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da nueva redacción al artículo 1, apartado dos, número 2, letra l, de la Ley 12/1997.

⁶⁰¹ Véase supra, apartado 3.3. b) de este trabajo.

b) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a partir de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (“LGT”)

La normativa europea de finales de los años ochenta y noventa cristalizó, finalmente, en la generación de directivas europeas en materia de telecomunicaciones de 2002⁶⁰². Como se ha comentado anteriormente, este paquete de directivas no comportó un gran cambio en materia institucional. En efecto, el legislador de la Unión únicamente perfiló mejor el conjunto de funciones de las denominadas autoridades nacionales de reglamentación pero no exigió ningún requisito respecto a su configuración institucional más allá de la obligación de mantenerlas separadas de los agentes del sector. En este contexto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (“LGT”) apostó por mantener el esqueleto de la antigua CMT e introdujo pocos cambios.

En cuanto a su estatus de independencia, no se realizó ninguna modificación de calado. Se mantuvieron, por tanto, los rasgos típicos de una administración independiente ya previstos en la Ley 12/1997: personalidad jurídica propia, autonomía financiera, mandato de sus miembros limitado en el tiempo, cese tasado, régimen de incompatibilidades y elección de su personal⁶⁰³. El proceso de nombramiento tampoco sufrió ningún cambio: todos los miembros de la CMT eran elegidos por el Gobierno mediante real

⁶⁰² *Ibidem.*

⁶⁰³ Artículo 48 LGT, apartados 1, 2 y 4 a 8, en su redacción original.

decreto, previa comparecencia para informar de los nombramientos al Congreso de los Diputados⁶⁰⁴. Asimismo, no se preveía la asistencia de miembros del Gobierno a las reuniones del Consejo de la CMT y sus actos ponían fin a la vía administrativa⁶⁰⁵.

Respecto a sus funciones, la CMT conservó prácticamente el mismo nivel competencial que poseía hasta ese momento. Los únicos avances competenciales para la CMT fueron la asunción de funciones en materia de asignación de numeración y del servicio universal⁶⁰⁶, así como un papel más relevante en materia de defensa de la libre competencia y del control de operaciones de concentración del sector⁶⁰⁷. Estos pequeños cambios fueron consecuencia de la adaptación de la normativa española al paquete de normativa europea de 2002.

El resto de funciones prácticamente no fueron modificadas. La CMT mantuvo sus funciones de arbitraje, asesoramiento y propuesta⁶⁰⁸. Sus funciones normativas continuaron limitadas al ámbito de protección de la libre competencia, cuestiones de interconexión y política de precios y comercialización de los agentes del sector, sin reconocérsele, por tanto, una potestad normativa general en materia de telecomunicaciones⁶⁰⁹. Por otro

⁶⁰⁴ *Ibidem.* en artículo 48.5, en su redacción original.

⁶⁰⁵ *Ibidem.* en artículo 48.17, en su redacción original.

⁶⁰⁶ *Ibidem.* en artículo 48.3, letras b y c, en su redacción original.

⁶⁰⁷ *Ibidem.* en artículo 48.3, letras e, f y g, en su redacción original.

⁶⁰⁸ *Ibidem.* en artículo 48.3, letras a y h, en su redacción original.

⁶⁰⁹ *Ibidem.* en artículo 48.3, letra e, punto primero, en su redacción original.

lado, sus funciones de inspección y sanción tampoco eran de alcance general y se limitaban a supuestos concretos, como, por ejemplo, casos en los que se incumplieran sus instrucciones o requerimientos de información⁶¹⁰.

Finalmente, en esta línea continuista, fruto del nuevo sistema de notificación previa que sustituía a los anteriores títulos habilitantes requeridos para los explotadores de redes y prestadores de servicios de telecomunicaciones, la CMT ahora ya no tenía en sus manos la concesión de los desaparecidos títulos habilitantes, sino que únicamente era la encargada de recibir la notificación previa y de llevar el registro de operadores⁶¹¹. Se produjo, por tanto, un cambio en el poder de adjudicación de la CMT que, en sintonía con los nuevos aires liberalizadores en el sector, veía reducido su papel regulador con la consecuente pérdida de protagonismo de la autorización administrativa previa.

Esta configuración institucional y competencial de la CMT se mantuvo sin apenas cambios hasta las reformas de 2011 y 2012. Cabe destacar la polémica que atravesó la institución con la decisión de trasladar su sede a Barcelona⁶¹². Sin embargo, estos

⁶¹⁰ *Ibidem.* en artículo 48.3, letras i, j y k, en su redacción original.

⁶¹¹ *Ibidem.* en artículo 48.3, letra l, en su redacción original.

⁶¹² La decisión fue tomada mediante la disposición adicional única del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre. Tras el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid y un grupo de trabajadores de la CMT, el Tribunal Supremo, mediante STS 7504/2006, de 27 de noviembre, declaró nula dicha disposición. Finalmente el traslado se produjo y la sede en Barcelona quedó fijada en una norma con rango de ley (disposición adicional octava de la Ley 56/2007,

momentos convulsos poco tuvieron que ver con el papel regulador de la CMT y respondían más a disputas territoriales y de intereses laborales. Las tensiones entre algunas fuerzas políticas y medios de comunicación de ámbito nacional y las fuerzas políticas de Cataluña, por un lado, y los derechos e intereses de los propios trabajadores de la CMT, por el otro, centraron el debate sobre la decisión del traslado. En todo caso, cabe destacar que hasta la fecha la CMT ha sido la única administración independiente con sede fuera de Madrid. Sin duda sería interesante disponer de estudios sobre el impacto del traslado en sus funciones y, a la postre, en su rol como organismo regulador.

Dejando de lado esta polémica, la generación de normativa europea de 2009 no comportó cambios tan significativos como en el caso de la CNE. Tal y como se ha explicado anteriormente y de manera muy similar a cuanto sucedió en el sector de la energía, esta generación comportó un giro sustancial del Derecho de la Unión respecto a la naturaleza institucional de las autoridades nacionales de reglamentación⁶¹³. Además de incrementar sus funciones, se apostó decididamente por una verdadera administración independiente como organismo regulador, con una separación estricta de los poderes políticos. En este sentido, el lenguaje del legislador de la Unión fue contundente en cuanto a esta exigencia y se excluyó toda referencia al principio de autonomía institucional de los Estados Miembros.

de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, por la que se modifica el apartado 13 del artículo 48 de la LGT).

⁶¹³ Véase supra, apartado 3.3. b) de este trabajo.

A diferencia de la CNE, sin embargo, la CMT no tenía tantas asperezas que limar en cuanto a su estatus de administración independiente. Su evolución desde su creación en 1996 le confirió sobre el papel todos los atributos de una administración independiente tal y como exigía la generación de normativa europea de 2009. En este sentido, si bien la CMT se sujetó a las nuevas previsiones de la LES en 2011, pocas cosas cambiaron respecto a su situación anterior. Puede afirmarse, sin embargo, que la LES reforzó con sus previsiones un estatus de independencia que ya ostentaba, con bastante solidez, el organismo regulador español en materia de telecomunicaciones.

En cuanto al aspecto competencial, el Real Decreto-ley 13/2012 comportó un ligero aumento de funciones para la CMT que se materializó, principalmente y de manera similar a la CNE, en materia de defensa de la libre competencia. En efecto, su función en este ámbito se reforzó con nuevos cometidos en cuanto a la fijación de los mercados de referencia, a los operadores con poder significativo y sus obligaciones, así como en materia de acceso e interconexión⁶¹⁴. En el contexto de conflictos transfronterizos, se hizo por primera vez referencia a la necesidad de la CMT de coordinarse con otros organismos reguladores de los Estados Miembros y con el ORECE⁶¹⁵. Esta necesidad de cooperación se

⁶¹⁴ Artículo 3, apartados cuatro a ocho, del Real Decreto-ley 13/2012, por el que modifican los apartados 2 y 3 del artículo 10, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 11, las letras a, d y e del apartado 1 del artículo 13, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 13 y se añade un nuevo artículo 13 bis a la LGT.

⁶¹⁵ *Ibidem.* en artículo 3, apartado noveno, por el que se modifica el apartado 2 del artículo 14 de la LGT.

reforzó con una previsión genérica en el cuerpo de la LGT⁶¹⁶. Al lado de este reforzamiento en el ámbito de la defensa de la libre competencia, cabe destacar un fortalecimiento de la función de supervisión del sector por parte de la CMT. El Real Decreto-ley 13/2012 aumentó considerablemente las obligaciones de suministro de información de los operadores del sector en favor de la CMT⁶¹⁷.

Dejando de lado estos dos aspectos, no se puede destacar ninguna atribución más a la CMT. Si bien el Real Decreto-ley 13/2012 introdujo plenamente el lenguaje de la regulación en el sector de las telecomunicaciones⁶¹⁸, debe reconocerse que se atribuyó al Gobierno muchas de las decisiones regulatorias en materia de telecomunicaciones. Una lectura atenta de los preceptos del Real Decreto-ley 13/2012 nos muestra como el Gobierno o bien el Ministro del ramo continuaron dirigiendo el sector mediante la aprobación de reales decretos y órdenes ministeriales⁶¹⁹. No sé dotó de mayor función normativa sobre el sector a la CMT, más allá de

⁶¹⁶ *Ibidem.* en artículo 3, apartado cuarenta y tres, por el que se añaden dos nuevos apartados 3 y 4 al artículo 46 de la LGT.

⁶¹⁷ *Ibidem.* en artículo 3, apartado tres, por el que se modifica la letra a y se añaden cinco nuevas letras h, i, j, k, l al apartado 1 del artículo 9 de la LGT.

⁶¹⁸ Véase especialmente el lenguaje utilizado en el artículo 3, apartado cuarenta y tres, del Real Decreto-ley 13/2012.

⁶¹⁹ La Comisión Europea, en el marco de la elaboración de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, ha advertido a España que deberían haberse otorgado en exclusiva a la CMT las competencias en materia de imposición de obligaciones de acceso e interconexión, de imposición de la separación funcional y las obligaciones simétricas de ubicación y uso compartido de recursos o propiedades. El Real Decreto-ley 13/2012 otorgó estas funciones a la CMT pero preveyó también la participación del Ministerio de adscripción mediante emisión de informe previo. Véase en cuanto a estas críticas de la Comisión, la carta de NEELIE KROES, Vicepresidenta de la Comisión Europea, enviada a JOSÉ MANUEL SORIA, Ministro de Industria, Energía y Turismo, el 11 de febrero de 2013.

su exigua capacidad de aprobar instrucciones en el ámbito de la protección de la libre competencia. Tampoco se mejoraron sus funciones de inspección y sanción, más allá de su mayor capacidad de supervisión gracias a un incremento de las obligaciones de suministro de información de los operadores del sector.

4.4. La reciente culminación del proceso: la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”)

Después de un breve periodo de tiempo protagonizado por la normativa homogeneizadora de la LES pero respetuosa con la multiplicidad de organismos reguladores creados a lo largo del tiempo sector por sector, el legislador español ha cambiado su estrategia y ha decidido agrupar todos los organismos reguladores y de defensa de la competencia en un único regulador en la Ley 3/2013, de 4 de junio (“Ley 3/2013”): la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”). Después de la culminación del proceso transitorio en noviembre de 2013, todos los organismos reguladores sectoriales no financieros, incluyéndose la CNE y la CMT, fueron suprimidos y sus funciones, tanto de defensa de la competencia como de regulación sectorial, quedaron en manos de la nueva CNMC y de los correspondientes Ministerios⁶²⁰. Nótese que los organismos reguladores sectoriales quedaron fusionados con la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”), el organismo

⁶²⁰ Véase, en cuanto al periodo de transición, la disposición adicional primera de la Ley 3/2013.

especializado en defensa de la libre competencia de carácter multisectorial existente hasta la fecha.

Las razones esgrimidas en la exposición de motivos de la Ley 3/2013 para tal concentración de funciones –defensa de la competencia y tarea regulatoria multisectorial- son básicamente tres: seguridad jurídica y confianza institucional al evitar posibles incoherencias en la toma de decisiones por múltiples organismos reguladores, ahorro en personal y medios por el aprovechamiento de economías de escala y la obtención de una visión integrada y global en el ejercicio de las funciones regulatorias y de defensa de la libre competencia. El legislador español se apoya en la exposición de motivos en la existencia de una tendencia internacional a fusionar los organismos reguladores.

Este cambio de estrategia del legislador español ha sido ampliamente criticado desde muchos sectores, especialmente desde los propios organismos reguladores existentes hasta ese momento y la Comisión Europea. Desde los primeros, entre otras críticas, se han puesto en duda las ventajas de la concentración de funciones, especialmente la fusión de dos funciones distintas como son la defensa de la libre competencia y la tarea de regulación sectorial⁶²¹.

⁶²¹ Véase especialmente el informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 15 de marzo de 2012. Págs. 5-8. Asimismo, el informe de la misma naturaleza de la Comisión Nacional de la Energía, también de 15 de marzo de 2012, deja entrever la misma crítica. Página 2. Críticas a la complejidad de funciones y a la dificultad en cuanto al diseño institucional del organismo regulador pueden encontrarse también en los informes al Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y

El Gobierno y legislador españoles aceptaron en parte este argumento y decidieron crear dos Salas, una sobre temas de competencia y la otra sobre supervisión regulatoria⁶²². Se mantuvo, por tanto, la decisión de crear un único organismo regulador, pero se dividió internamente en dos Salas que reflejan los dos tipos de funciones que debe desempeñar la CNMC.

Por parte de la Comisión Europea, destacan sus críticas al proceso de transición diseñado por la Ley 3/2013 que pone en cuestión el estatus de independencia de los organismos reguladores a extinguir debido al cese prematuro de sus consejeros, a la devolución de funciones de los organismos reguladores a los Ministerios correspondientes y, por tanto, el debilitamiento competencial de aquéllos, así como las dificultades en la futura capacidad de cooperación de la CNMC con los organismos reguladores de otros Estados Miembros, la ACER y el ORECE⁶²³. El Gobierno y legislador españoles han atendido en parte estas críticas de la Comisión Europea, como más adelante se verá, disminuyendo el número de competencias que se trasladan de los organismos reguladores sectoriales, especialmente en telecomunicaciones, a los Ministerios correspondientes.

de la Competencia de la Comisión Nacional del Sector Postal, de 13 de marzo de 2012. Págs. 1-2, y de la Comisión Nacional de la Competencia, de 15 de marzo de 2012. Págs. 2-5.

⁶²² Artículo 18 Ley 3/2013.

⁶²³ Véanse la carta conjunta de las Direcciones Generales de Competencia, Energía, Telecomunicaciones y Economía y Finanzas de la Comisión Europea, enviada al Gobierno español el 29 de noviembre de 2012, así como la carta de NEELIE KROES, Vicepresidenta de la Comisión Europea, enviada a JOSÉ MANUEL SORIA, Ministro de Industria, Energía y Turismo, el 11 de febrero de 2013.

Dejando de lado estas críticas, en cuanto al lenguaje la Ley 3/2013 se encuentra en plena sintonía con las teorías del Estado regulador, en especial su exposición de motivos. En efecto, la doble justificación esgrimida por el legislador español para la existencia de organismos reguladores bajo la configuración institucional de una administración independiente coincide con los defensores del Estado regulador a nivel europeo. Por un lado, se menciona la “complejidad” –se entiende que técnica- de la supervisión y regulación de determinados sectores en los cuales pueden sucederse fallos del mercado. Por el otro, se alude a la necesidad de contar con un ente cuyas decisiones se basen en “criterios eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación”. La complejidad técnica de determinados sectores y la necesidad de resolver fallos del mercado a través de decisiones técnicas justifican, para el legislador español, la existencia de organismos reguladores bajo la estructura institucional de una administración independiente.

Esta sintonía con las teorías del Estado regulador se refuerza con una referencia larga aunque poco detallada a la historia de los organismos reguladores en Estados Unidos y Europa. En líneas generales, el legislador español repasa en primer lugar el desarrollo de las administraciones independientes en Estados Unidos, aludiendo a su contexto jurídico y económico distinto al europeo. En cuanto a Europa, destaca el cambio de una primera etapa basada en el sector público a otra basada en la liberalización de los mercados y liderada por el Derecho de la Unión Europea. En

definitiva, tanto la justificación de las administraciones independientes como la mención de un pequeño recorrido histórico de sus andaduras en Estados Unidos y Europa que encontramos en la exposición de motivos de la Ley 3/2013 constituyen un paso más allá de la LES y significan la asunción explícita del lenguaje del Estado regulador por parte del legislador español.

Pese a esta sintonía en el lenguaje, la configuración institucional de la CNMC arroja luces y sombras en cuanto a su estatus de independencia. Sobre el papel, posee todos los rasgos típicos de las administraciones independientes, ya existentes sectorialmente y reforzados desde la LES. De este modo, la CNMC goza de personalidad jurídica propia, de autonomía orgánica y funcional, sus actos ponen fin a la vía administrativa, sus miembros no pueden recibir órdenes de otras administraciones públicas, su mandato es limitado en el tiempo, su cese es tasado y se someten a un régimen de incompatibilidades⁶²⁴.

Además y como novedad respecto a la LES, el nombramiento de los miembros del Consejo se realiza mediante real decreto previa comparecencia de los nombrados ante el Congreso de los Diputados cuya comisión competente podrá vetar a cualquier candidato por mayoría absoluta en el plazo de un mes⁶²⁵. Se refuerza, por tanto, el papel del Congreso en el nombramiento de los miembros del organismo regulador y es que, por primera vez, tiene derecho a veto

⁶²⁴ Véanse los artículos 2.1, 3, 15.2, 22.3 y 23 Ley 3/2013.

⁶²⁵ *Ibidem.* en artículo 15.1.

sobre los nombramientos aunque sea por mayoría absoluta. Esta novedad es significativa porque hace entrever que, por primera vez, el legislador español entiende la función de regulación como un todo único, superando la distinción entre función legislativa y de ejecución en la tarea de la regulación. Es por este motivo que, como gran novedad y siguiendo el ejemplo de los organismos reguladores norteamericanos, el legislador español quiere participar, a través de los nombramientos, en un organismo regulador que se concibe tanto como un ente administrativo o ejecutor como creativo o legislativo. Se reconoce, por primera vez, la naturaleza híbrida legislativa-ejecutiva de los organismos reguladores y por tanto los nombramientos son compartidos, en algún grado, por el legislativo y el ejecutivo.

Encontramos un retroceso en cuanto a la historia de la configuración sectorial de los organismos reguladores españoles y de la regulación de la LES, sin embargo, en dos importantes características de toda administración independiente. En primer lugar, se disminuye el poder de autorganización de la CNMC debido a la intervención del Gobierno en la elección tanto del personal directivo como no directivo del organismo regulador⁶²⁶. Hasta ese momento, el personal de la CNE y de la CMT se sometía al régimen laboral y los organismos reguladores sectoriales tenían amplia discrecionalidad en su selección y determinación de la carrera profesional. Sin embargo, ahora el personal de la CNMC puede ser tanto de índole funcionarial como laboral y el Gobierno

⁶²⁶ *Ibidem.* en artículo 31.

tiene facultades de intervención en cuanto a la determinación de la oferta pública, el diseño de la carrera profesional y el sistema de remuneración. Téngase en cuenta que un elemento esencial de las teorías del Estado regulador es asegurar la naturaleza técnica de los organismos reguladores no solamente respecto a sus dirigentes, sino también en relación con su personal de base.

En segundo lugar, cabe destacar el debilitamiento de la autonomía financiera de la nueva CNMC al depender básicamente de transferencias anuales de los presupuestos generales del Estado⁶²⁷. La CNE y la CMT, en su evolución en el tiempo y finalmente con la LES, se nutrían de sus propias tasas además de transferencias del Estado. La Ley 3/2013 no contempla las tasas –mecanismo por excelencia de autofinanciación- como una fuente de ingresos y únicamente prevé la gestión y posterior ingreso al tesoro de alguna de ellas por parte de la CNMC⁶²⁸.

Esta imagen institucional de la CNMC se ensombrece aún más en aquello que atañe a su nivel competencial. Puede concluirse, en la línea de una tendencia histórica, el refuerzo de la función de protección de la libre competencia de la CNMC, ahora en todos los sectores materiales⁶²⁹. La función de regulación de los sectores, sin embargo, especialmente en materia energética, parece haber sufrido una reversión importante en comparación con las anteriores

⁶²⁷ *Ibidem.* en artículo 33.

⁶²⁸ *Ibidem.* en disposición adicional decimocuarta.

⁶²⁹ *Ibidem.* en artículo 5.1.

previsiones sectoriales en materia de energía y telecomunicaciones. En líneas generales puede afirmarse que se ha producido un debilitamiento del organismo regulador –ahora la CNMC en comparación con CNE y CMT- con la devolución de ciertas funciones al Gobierno.

En el sector energético, el antiguo listado de funciones de la CNE establecido en la disposición adicional undécima de la LH queda suprimido y se sustituye por uno nuevo que no aporta muchas diferencias⁶³⁰. Donde encontramos realmente una disminución de funciones de la CNE y su correspondiente traspaso al Ministerio de adscripción es en la disposición adicional octava, que comporta la pérdida de funciones en materia de inspección, sanción y protección del consumidor, y novena, que traslada el control de la toma de participaciones en empresas del sector energético de la antigua CNE al Ministerio⁶³¹. Asimismo, la normativa de reforma en materia eléctrica más reciente también apuesta por otorgar más competencias –en este caso en materia de determinación del método de cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica- al Ministerio en lugar de a la CNMC⁶³². La reciente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, ha consolidado esta tendencia hacia la disminución de funciones del

⁶³⁰ *Ibidem.* en artículo 7.

⁶³¹ En virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, sobre medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (“Real Decreto-ley 9/2013”), esta función será ejercida por la CNMC hasta que el Ministerio de adscripción tenga los medios necesarios para ejercerla.

⁶³² Artículo 4 Real Decreto-ley 9/2013.

organismo regulador energético –ahora la CNMC- y el traspaso de éstas al Gobierno. En su artículo 3, reserva al Gobierno las funciones más importantes en materia de regulación del sector eléctrico, entre ellas la autorización de instalaciones eléctricas, la planificación eléctrica, fijar la estructura de los costes y los peajes de redes de transporte y retribución, el establecimiento del régimen retributivo de las actividades reguladas, o la fijación de las reglas técnicas y de mercado para determinar la gestión económica y técnica del sistema.

En el sector de las telecomunicaciones, sin embargo, las presiones de la Comisión Europea hicieron efecto y el Gobierno y el legislador españoles hicieron un paso atrás en la devolución de funciones al Ministerio de adscripción⁶³³. En efecto, el proyecto de ley que desembocó finalmente en la Ley 3/2013 preveía una disposición adicional octava que trasladaba funciones de la antigua CMT al Ministerio de adscripción. Durante el procedimiento legislativo, sin embargo, decayó esta disposición y se evitó este debilitamiento competencial del organismo regulador en materia de telecomunicaciones que sí que se produjo, a través de las mencionadas disposiciones adicionales octava y novena, en materia energética. Así, la CNMC reforzó su función de defensa de la libre competencia en materia de telecomunicaciones y mantuvo la función regulatoria sectorial en los términos que venía ejerciéndola la antigua CMT.

⁶³³ Véase supra, nota 623.

Sin embargo, se ha producido un retroceso a nivel competencial similar al acontecido en el sector energético con la reciente aprobación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones ("LT"). Sin bien en su prólogo la LT destaca el papel esencial de la CNMC como órgano de control de la competencia, un análisis detallado de su redactado desvela un reforzamiento del Gobierno en las tareas de regulación del sector de las telecomunicaciones. El listado general de funciones de la CNMC en materia de telecomunicaciones, establecido en el artículo 70.2 LT, debe leerse conjuntamente con todo el cuerpo de la ley. Esta lectura conjunta permite concluir un claro debilitamiento de la CNMC como organismo regulador sectorial en materia de telecomunicaciones.

Así, las medidas de simplificación administrativa han reducido al máximo la capacidad de autorización de la CNMC. El único mecanismo de control ex ante previsto por la LT -la llevanza de un registro de operadores- corresponde al Gobierno⁶³⁴. El establecimiento y modificación de las condiciones de la prestación del servicio y explotación de las redes es una competencia del Gobierno, la CNMC únicamente puede emitir informe⁶³⁵. Asimismo, es este último, con la mera participación mediante informe de la CNMC, el encargado de otorgar las autorizaciones de instalación y explotación de redes por parte de los operadores controlados directa o indirectamente por una administración

⁶³⁴ Artículo 7 LT.

⁶³⁵ *Ibidem*. en artículo 8.

pública⁶³⁶. El Gobierno también establece las normas técnicas del sector, cuestión esencial que normalmente corresponde a un organismo regulador especializado⁶³⁷. En materia de numeración, las facultades más importantes -entre ellas la asignación de la numeración- son competencia del Gobierno, mientras que la CNMC únicamente tiene asignada la función de conservación de numeración⁶³⁸. En aquello que hace referencia a la gestión del servicio universal, únicamente se reserva a la CNMC las funciones de determinar el coste y financiación del servicio y la gestión del Fondo Nacional⁶³⁹.

Finalmente, incluso en materia de supervisión de la competencia, la CNMC ve como el Gobierno ha ganado terreno en algunas cuestiones. Por ejemplo, corresponde a la CNMC el establecimiento de los mercados de referencia, pero el Gobierno debe emitir informe previo⁶⁴⁰. Asimismo, la CNMC tiene asignada la función de determinar las obligaciones específicas de los operadores dominantes, pero es el Gobierno el que previamente identifica el haz de posibles obligaciones a imponer y, asimismo, fija el contenido previo de las ofertas de referencia⁶⁴¹. Es competencia de la CNMC imponer la obligación de separación funcional a un operador o aceptar la separación voluntaria, pero el Gobierno debe,

⁶³⁶ *Ibidem.* en artículo 9.

⁶³⁷ *Ibidem.* en artículo 11.

⁶³⁸ *Ibidem.* en artículo 19.

⁶³⁹ *Ibidem.* en artículos 23 a 28.

⁶⁴⁰ *Ibidem.* en artículo 13.

⁶⁴¹ *Ibidem.* en artículo 14.

de nuevo, emitir informe previo en ambos casos⁶⁴². En definitiva, si bien la Ley 3/2013 no supuso un retroceso en el aspecto competencial como sí que sucedió en el sector de la energía, la LT sí que ha implicado un reforzamiento del Gobierno y un vaciamiento competencial de la CNMC en materia de telecomunicaciones.

Cabe destacar, sin embargo, dos avances para los defensores del Estado regulador en cuanto a las prerrogativas de la CNMC. En primer lugar, sus facultades de inspección se potencian al generalizarse el poder de inspección de la antigua Comisión Nacional de la Competencia a todos los sectores⁶⁴³. Ahora el personal funcionario y debidamente autorizado de la CNMC, en todos los sectores incluyéndose el energético y de las telecomunicaciones, tiene la calidad de agente de la autoridad y puede acceder a las instalaciones, verificar documentos o requerir información. En segundo lugar, la función normativa de la CNMC pasa, también en todos los sectores regulados, a ser de segundo o tercer nivel, aunque siempre con habilitación expresa del primer o del segundo nivel, respectivamente⁶⁴⁴. De este modo, la CNMC puede desarrollar mediante circulares directamente preceptos con rango de ley, además de rango reglamentario, cuando se la habilite para ello. Como puede observarse, es un avance respecto a la función normativa exclusivamente de tercer nivel de la antigua

⁶⁴² *Ibidem.* en artículo 16.

⁶⁴³ Artículo 27 Ley 3/2013.

⁶⁴⁴ *Ibidem.* en artículo 30.

CNE y la función normativa acotada materialmente de la antigua CMT.

Finalmente, en cuanto al control de la CNMC, apenas se vislumbran diferencias en comparación con el régimen previsto en la LES. El lenguaje del Estado regulador está de nuevo en esta materia muy presente: la Ley 3/2013 recoge de nuevo la publicidad, transparencia, informe y control parlamentario como mecanismos principales para exigir la responsabilidad de la CNMC⁶⁴⁵. Asimismo, en el ejercicio de la función normativa propia, se articula un trámite de audiencia a los interesados⁶⁴⁶. De nuevo, por tanto, los mecanismos de control centran su atención en las relaciones del organismo regulador con los órganos políticos, especialmente el legislativo, y el procedimiento de toma de decisiones, tanto respecto a los actos administrativos como a las normas de carácter general. El control judicial queda, de nuevo, postergado a un segundo plano.

En conclusión, el legislador español ha puesto fin con la creación de la CNMC a un largo periodo caracterizado por la creación y evolución de organismos reguladores en diversos sectores que, con el tiempo, han visto reforzados tanto su estatus de independencia como su nivel competencial. Con toda claridad, el legislador español ha asimilado en la Ley 3/2013 el lenguaje del Estado regulador, pero la CNMC ofrece algunas dudas acerca de la configuración institucional como administración independiente. La

⁶⁴⁵ *Ibidem.* en artículos 37 a 39.

⁶⁴⁶ *Ibidem.* en 30.1.

limitación de su potestad de autorganización en materia de personal y su autonomía financiera no van en la línea que requiere un verdadero organismo regulador para los defensores del Estado regulador. Asimismo, en materia de regulación energética, se aprecia un paso atrás a nivel competencial, traspasándose poder de decisión al Gobierno. En materia de telecomunicaciones, únicamente la presión de la Comisión Europea ha evitado un vaciamiento de competencias y la vuelta de muchas de ellas al Gobierno. Pese a la asimilación del lenguaje del Estado regulador, el legislador ha dado claramente algún paso atrás y solamente la presión europea ha evitado una mayor regresión.

5. LA ACOGIDA DE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE Y LAS TEORÍAS DEL ESTADO REGULADOR POR PARTE DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

5.1. El reconocimiento del fenómeno de la administración independiente por parte de los iuspublicistas españoles: entre su impulso, su aceptación tácita y minimización y el rechazo frontal

- a) Los pro-Estado regulador en España: defensores de la administración independiente sin apertura al debate doctrinal europeo

Desde los años noventa los defensores del Estado regulador en España empezaron a esbozar dentro del Derecho Público español una nueva disciplina, que empezó a calificarse primero como Derecho Administrativo Económico por S. MARTÍN RETORTILLO⁶⁴⁷ para denominarse posteriormente Derecho Público Económico en

⁶⁴⁷ Véase MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho administrativo económico. Vol. I y II*. Madrid: La ley. 1991.

manos de COSCULLUELA MONTANER y ARIÑO ORTIZ⁶⁴⁸ y, finalmente, Derecho de la regulación pública económica en su acepción más moderna acuñada por MUÑOZ MACHADO⁶⁴⁹. Todas estas denominaciones son formulaciones de la recepción de las teorías del Estado regulador en España entre la doctrina iuspublicista. Todos estos autores, en mayor o menor medida, han acogido la terminología, argumentación y aparato institucional de la teoría del Estado regulador.

S. MARTIN RETORTILLO fue uno de los primeros, al inicio de la década de los noventa, en empezar a hablar de un nuevo lenguaje y modelo de Derecho Administrativo en España, centrado en la ordenación de la actividad económica de los ciudadanos⁶⁵⁰. En este nuevo modelo, el autor no mencionaba a la administración independiente como referente institucional, pero sí que alegó las características que para él debía poseer la nueva administración pública: flexible y rápidamente cambiante a las nuevas situaciones, negociada y que utilizase diversas herramientas de intervención, entre ellas, de carácter jurídico-privado⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Véanse COSCULLUELA MONTANER, L. “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas. 2003. Págs. 109-138; ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. 3ª ed. Granada: editorial Comares. 2004.

⁶⁴⁹ Véase MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I*. Madrid: Iustel. 2006. Págs. 1193-1197.

⁶⁵⁰ MARTIN RETORTILLO, S. *Derecho administrativo económico. Vol I...* Pág. 53.

⁶⁵¹ *Ibidem*. en págs. 56-63.

Fue ARIÑO ORTIZ, sin embargo, el que adoptó con mayor profundidad el lenguaje regulador en España al apostar con decisión por el cambio de modelo institucional –de un Estado productor a uno de regulador-⁶⁵², estudiar y analizar los sectores regulados en España⁶⁵³ y defender a la administración independiente como solución institucional⁶⁵⁴. También como constructores de una teoría global sobre el Estado regulador destacaron MUÑOZ MACHADO y ESTEVE PARDO, con su importante aportación en 2009 sobre el fenómeno de la regulación económica, las administraciones independientes y su control⁶⁵⁵. Finalmente, RIVERO ORTEGA puede situarse junto a este grupo de autores que ha estudiado y defendido en todas sus dimensiones la teoría del Estado regulador, así como las administraciones independientes y sus implicaciones en cuanto a control y responsabilidad⁶⁵⁶.

Sin la ambiciosa tarea de construir una teoría completa sobre el Estado regulador como han llevado a cabo los anteriores autores, un conjunto de la doctrina iuspublicista española se ha centrado en el objeto de estudio más modesto de la administración independiente como configuración institucional del Estado regulador. Todos ellos han alegado las mismas razones doctrinales esgrimidas en el debate

⁶⁵² ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de derecho público económico...* Págs. 307-341.

⁶⁵³ *Ibidem.* en Capítulos XIX y XX, sectores de la energía y las telecomunicaciones respectivamente.

⁶⁵⁴ *Ibidem.* en págs. 83-86.

⁶⁵⁵ Véase MUÑOZ MACHADO, S.; ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la regulación económica.* Madrid: Iustel. 2009.

⁶⁵⁶ Véase RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico.* 5ª ed. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons. 2009.

europeo para justificar y apoyar a la administración independiente como la mejor solución institucional posible en el nuevo modelo del Estado regulador⁶⁵⁷. Así, se ha defendido la necesidad de crear entes públicos neutrales que basen sus decisiones en criterios técnicos y científicos, alejados de la política⁶⁵⁸, y la concentración de potestades públicas en sus manos para hacer frente a las nuevas necesidades de sectores cambiantes, dinámicos y complejos⁶⁵⁹.

Finalmente, han proliferado en España estudios sectoriales sobre las distintas administraciones independientes que ha ido creando el legislador con el paso del tiempo en los cuales sus autores han defendido su necesidad y la conveniencia de aumentar su estatus de independencia y sus potestades para convertirse en auténticos organismos reguladores en cada uno de sus sectores. A efectos del presente trabajo, en el sector energético los estudios son abundantes

⁶⁵⁷ Véase supra, apartado 2.2. a) de este trabajo.

⁶⁵⁸ SALA ARQUER, J. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes.” *Revista española de derecho administrativo*, nº 42. 1984. Págs. 405-409; CISNEROS CID, J. *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). 1987. Págs. 309-312; POMED SÁNCHEZ, L. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”. *Revista de administración pública*, nº 132. 1993. Págs. 155-162; LÓPEZ RAMÓN, F. “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994. Pág. 576; TRONCOSO REIGADA, A. “Las agencias de protección de datos como administración independiente”. En: PAUNER CHULVI, C.; TOMÁS MALLÉN, B. *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías. 2009. Págs. 48-68.

⁶⁵⁹ PAREJO ALFONSO, L. “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994. Pág. 636.

y en todos ellos se ha criticado constantemente la faceta mayoritariamente consultiva de su pretendido organismo regulador que lo alejaba del papel de un auténtico ente de estas características⁶⁶⁰. En el sector de las telecomunicaciones se ha observado la misma tendencia de apostar por una administración independiente como organismo regulador y de reclamar más potestades y funciones para la misma⁶⁶¹.

Sorprende, sin embargo, la poca presencia del debate doctrinal europeo entre los defensores del Estado regulador en España. Si bien muchos de los postulados de este conjunto de autores españoles coinciden con los defensores del Estado regulador a nivel europeo, en muy pocas ocasiones incluyen en sus trabajos no ya estudios en profundidad sobre la Unión Europea, sus agencias o los argumentos aportados por la doctrina a nivel de la Unión, sino tampoco referencias, apoyo o soporte en ellos. Seguramente es MUÑOZ MACHADO el autor más abierto al estudio de la influencia

⁶⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, G.; LÓPEZ DE CASTRO, L. “Liberalización y competencia en el sector eléctrico... Pág. 162.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía...* Pág. 98.; ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de derecho público económico...* Pág. 749; SERRANO GONZÁLEZ, M. Y BACIGALUPO, M. (dirs.). *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial. Madrid: Iustel y Comisión Nacional de la Energía. 2010* (obra colectiva que discute en general la verdadera naturaleza de la CNE como organismo regulador).

⁶⁶¹ SALA ARQUER, J. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Cuadernos Civitas. 2000. Págs. 16-18; TEROL GÓMEZ, R. *El control público de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. Pág. 68; CHILLÓN MEDINA, J.; ESCOBAR ROCA, G. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson. 2001. Págs. 39-51; SÁNCHEZ BLANCO, M.; SOLER MATUTES, P. “Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones: las organizaciones públicas y su regulación”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; QUADRA SALCEDO, T. (dirs.). *Derecho de la regulación económica. IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel. 2009. Págs. 187-231.

del debate europeo y al Derecho de la Unión en el desarrollo del Estado regulador y de la administración independiente en España. Este autor ha descrito el modelo europeo de administración independiente, así como la relevancia del Derecho de la Unión en la implantación y desarrollo de éste en España⁶⁶².

Someras referencias al Derecho de la Unión encontramos también en las obras de RIVERO ORTEGA, autor que destaca sin aportar un estudio detallado la transformación del Derecho Administrativo español como consecuencia del Derecho de la Unión⁶⁶³, o PAREJO ALFONSO en su caracterización del Derecho Público de la economía y las influencias sobre el mismo del Derecho de la Unión⁶⁶⁴. Asimismo, algunos autores como CHILLÓN MEDINA, ESCOBAR ROCA y NAVARRO RODRÍGUEZ han realizado referencias históricas a la normativa europea en sus estudios sobre las administraciones independientes españolas en los sectores de la energía y las telecomunicaciones⁶⁶⁵.

La poca referencia al Derecho de la Unión tampoco viene acompañada por numerosos estudios de derecho comparado para sustentar las ideas, argumentos y aparato institucional del Estado

⁶⁶² MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Vol III*. Págs. 596-612.

⁶⁶³ RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico...* Págs. 78-80.

⁶⁶⁴ PAREJO ALFONSO, L. “La ordenación de la economía”. En: PAREJO ALFONSO, L. (dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. Págs. 17-57.

⁶⁶⁵ CHILLÓN MEDINA, J.; ESCOBAR ROCA, G. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...* Pág. 26; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía...* Págs. 53-63.

regulador en España. La mayoría de los autores que se han adentrado en la realización de estudios de derecho comparado se han limitado a la descripción de la situación de las administraciones independientes en ordenamientos jurídicos como el norteamericano, el británico, el francés o el alemán, sin extraer conclusiones de dicha descripción para el ordenamiento jurídico español⁶⁶⁶. La mayoría de estos estudios se limitan a hacer un repaso histórico de la formación y desarrollo de estas administraciones independientes en sus respectivos ordenamientos. Solamente MORENO MOLINA y SALVADOR MARTÍNEZ realizan verdaderos estudios de derecho comparado en cuanto a la naturaleza y funciones de los organismos reguladores en varios ordenamientos jurídicos –especialmente el norteamericano- y el español y extraen algunas conclusiones de su análisis que invitan a la cautela como consecuencia de las diferencias existentes entre los presupuestos de cada ordenamiento jurídico⁶⁶⁷.

En conclusión, los autores pro-Estado regulador en España han intentado, los menos, configurar una teoría global sobre el Estado regulador y, la mayoría, han estudiado a la administración

⁶⁶⁶ POMED SÁNCHEZ, L. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes... Págs. 121-141; TEROL GÓMEZ, R. *El control público de las telecomunicaciones...* Págs. 47-66; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía...* Págs. 36-44; RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico...* Págs. 101-106.

⁶⁶⁷ MORENO MOLINA, A. *La Administración por agencias en los Estados Unidos de América*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE). 1995. Capítulo V, especialmente págs. 303-308; SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel Derecho. 2002. Capítulo VI.

independiente en general o sectorialmente para defender su necesidad en el marco de un nuevo modelo de Estado. Todos sus argumentos y soluciones institucionales se encuentran plenamente en sintonía con el debate europeo. Sin embargo, muy pocos de ellos aluden a este debate y no se han apoyado explícitamente en las fuentes del Derecho de la Unión ni en los autores que han defendido las teorías del Estado regulador en el seno de la Unión. Asimismo, los autores españoles pro-Estado regulador no han tenido presencia con contribuciones doctrinales en inglés o francés al debate sobre el Estado regulador y las administraciones independientes de la Unión. En este sentido, puede observarse una importante falta de apertura al debate europeo, por lo menos explícita, tanto relativa a su utilización en el ámbito nacional como a la propia contribución al mismo de los autores pro-Estado regulador españoles.

b) La minimización de las administraciones independientes como problemática y su rechazo frontal

Lejos de impulsar a la administración independiente, una parte de la doctrina española ha sido, como mínimo, reticente a aceptar esta innovación institucional en el ordenamiento jurídico español. Se trata de un grupo de autores que perciben al Estado regulador y a la administración independiente como fenómenos extraños, foráneos e incluso perturbadores a la tradición jurídica española. A nuestros efectos, clasificaremos a estos autores en dos grupos. En primer lugar, una parte de ellos han optado por aceptar, como una realidad fáctica, la existencia de las administraciones independientes y, en

todo caso, han minimizado su problemática negando su auténtica naturaleza de entes independientes, relegándolas, como mucho, a organismos con autonomía reforzada. En segundo lugar encontramos a una parte de la doctrina que expresa un rechazo frontal a la administración independiente y que, sin minimizarla, la encuentra incompatible con nuestro sistema institucional.

El primer grupo de autores, entre los que se encuentran BETANCOR RODRÍGUEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, PARADA VÁZQUEZ y SÁNCHEZ MORÓN, ha considerado que las administraciones independientes en España nunca se han calificado como tales y, como mucho, el legislador español ha configurado organismos públicos con autonomía reforzada⁶⁶⁸. Estos autores no han negado las bondades del Estado regulador, sus justificaciones y necesidades especialmente en cuanto a las exigencias de neutralidad y especialidad técnica, pero han considerado que basta con la existencia de estos entes con autonomía reforzada –nunca independencia- para satisfacer su aparato institucional. Su análisis de las administraciones independientes españolas conduce a estos

⁶⁶⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos. 1994. Págs. 270-276.

- “Las administraciones independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de derechos”. En: RODRÍGUEZ ARANA, J. (dir.); CALVO CHARRO, M. (coord.). *La administración pública española*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). 2002. Págs. 602-604.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. 15ª ed. Madrid: Civitas. 2011. Págs. 448-452; PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo II*. 22ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2012. Pág. 256; SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. 8ª ed. Madrid: Tecnos. 2012. Págs. 417-420.

autores a minimizar su problemática ya que consideran que no gozan de un verdadero estatus de independencia. Asimismo, la minusvaloración de la problemática viene también por el lado de las pocas funciones y competencias de las administraciones independientes españolas⁶⁶⁹. El no verdadero estatus de independencia –a lo sumo, una autonomía reforzada- conjuntamente con sus pocas funciones y competencias, hacen que el fenómeno de las administraciones independientes en España no sea un gran problema.

El segundo grupo de autores, dando un paso más allá respecto a la minimización de la problemática, rechaza frontalmente la introducción de administraciones independientes en España. Aquí encontramos de nuevo a PARADA VÁZQUEZ, que se suma a este segundo grupo de autores a pesar de minimizar el problema, y sobresalen sobre todo BILBAO UBILLOS, DESDENTADO DAROCA, RALLO LOMBARTE, y, sin un rechazo frontal pero muy cauteloso y crítico, SANTAMARÍA PASTOR. Por diversos motivos que se analizarán en el siguiente apartado, todos estos autores consideran a las administraciones independientes un grave problema para el

⁶⁶⁹ GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho”. *Revista de administración pública*, nº 131. 1993. Págs. 88-92; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho...* Págs. 214-220. MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2001. Págs. 348-354.

sistema institucional español al no encontrarse en sintonía con nuestra tradición jurídica y, por tanto, deben rechazarse⁶⁷⁰.

Analizaremos en el siguiente apartado los argumentos principales de rechazo o resistencia de esta parte de la doctrina a la administración independiente. Como se explicará más adelante, se defenderá que el Derecho Constitucional o, mejor dicho, el lenguaje y argumentación constitucional, son las herramientas principales para oponerse a la administración independiente. En el caso del primer grupo de autores, el lenguaje constitucional no está tan presente, pero se intuye en su argumentación que en caso de abandonarse la naturaleza jurídica de entes con autonomía reforzada y constituirse auténticas administraciones independientes, éstas no cabrían en nuestro ordenamiento jurídico y serían inconstitucionales. Respecto al segundo grupo de autores, el lenguaje del Derecho Constitucional se utiliza abiertamente para oponerse a la administración independiente.

⁶⁷⁰ PARADA VÁZQUEZ, R. “Administración independiente. Introducción”. En: A.A.V.V. *Enciclopedia jurídica básica. Vol I*. Madrid: Civitas. 1995. Págs. 284-292.

- *Derecho Administrativo II...* Págs. 281-284.

DESDENTADO DAROCA, E. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. Págs. 133-155; BILBAO UBILLOS, J. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1999. Págs. 163-164; SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general. Tomo I*. 2ª ed. Madrid: Iustel. 2009. Págs. 631-638; RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid: Tecnos. 2012. Págs. 19-25.

Los dos grupos de autores comparten, sin embargo, una nota característica: su casi nula apertura al debate europeo sobre el Estado regulador y sus soluciones institucionales. Únicamente tres autores se remiten al Derecho de la Unión europea como parte importante en su construcción doctrinal de las administraciones independientes. Sobre todo, RALLO LOMBARTE integra en su argumentación el papel del Derecho de la Unión y, en especial, la relevancia que para el Derecho Constitucional español tiene que la creación de algunas de las administraciones independientes –como es el caso de los sectores de la energía y de las telecomunicaciones– venga exigida por el Derecho de la Unión⁶⁷¹. De un modo similar, destacando la importancia del Derecho de la Unión en el impulso de las administraciones independientes especialmente en los sectores energéticos y de las telecomunicaciones, cabe citar a BETANCOR RODRÍGUEZ⁶⁷². Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN tampoco obvia el hecho de que en muchos casos las administraciones independientes españolas traigan causa en normativa europea⁶⁷³. Fuera de estos tres casos, no existe ninguna referencia al rol del Derecho de la Unión y

⁶⁷¹ RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 232-235.

⁶⁷² BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Cizur Menor: Civitas. 2012. Págs. 318-326. Conjuntamente con SALAS HERNÁNDEZ, BETANCOR RODRÍGUEZ destacó las transformaciones de la administración pública española como consecuencia del Derecho de la Unión. Véase SALAS HERNÁNDEZ, J; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. "La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración española". *Revista de Administración Pública*, nº 125, 1991. Págs. 495-538.

⁶⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General...* Págs. 417-420.

su importancia en sectores, como se ha argumentado, cuyo organismo regulador viene exigido y determinado por aquél.

En contraste con esta casi inexistente presencia del Derecho de la Unión en el repertorio argumentativo de estos autores, sí que se aprecia un cierto grado de apertura a los estudios de derecho comparado, especialmente relativos a Estados Unidos. En este sentido, existe un grado mayor de apertura que en el caso de los autores pro-Estado regulador o, en todo caso, de un mayor detalle y precisión en los mencionados estudios. Tres estudios de derecho comparado sobre las administraciones independientes destacan por encima de todos, por su detalle y exhaustividad: el de BETANCOR RODRÍGUEZ realizado en la década de los noventa, el de MAGIDE HERRERO ya en 2001 y, finalmente, el de RALLO LOMBARTE acometido en 2012⁶⁷⁴. También resulta de interés la aportación de LÓPEZ RAMÓN sobre la influencia norteamericana en el debate parlamentario de creación del Consejo de Seguridad Nuclear⁶⁷⁵. En estos estudios se puede apreciar la familiaridad y el uso abundante de normas, categorías y doctrinas foráneas –especialmente norteamericanas- sobre las administraciones independientes. En el resto de supuestos, se hacen escuetas menciones descriptivas, sin

⁶⁷⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho...* Págs. 31-60; MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes...* Págs. 161-180; RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 29-64.

⁶⁷⁵ LÓPEZ RAMÓN, F. “El Consejo de Seguridad Nuclear...” Págs. 580-581.

apenas análisis crítico, de las experiencias en otros ordenamientos jurídicos con las administraciones independientes⁶⁷⁶.

A continuación se analizará la argumentación utilizada por estos autores para resistir la entrada de la administración independiente en el ordenamiento jurídico español. Basta resaltar por ahora que este grupo de opositores a la administración independiente adolece a imagen y semejanza de los autores pro-Estado regulador de una falta de incorporación del análisis del Derecho de la Unión a sus construcciones doctrinales. Seguramente, su apertura a nivel de derecho comparado es mayor al grupo de autores pro-Estado regulador o, al menos, sus estudios han sido más detallados y exhaustivos. Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto a su estudio del Derecho de la Unión y su relevancia, en cuanto a creación, diseño y consecuencias, para las administraciones independientes en España.

⁶⁷⁶ GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho... Pág. 63; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. “Reflexiones sobre las llamadas administraciones independientes”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994. Págs. 436-438; DESDENTADO DAROCA, E. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo...* Págs. 133-155; PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo II...* Págs. 257-269.

5.2. El papel del Derecho Constitucional en el debate sobre las administraciones independientes en España: lenguaje de resistencia

- a) Dos presupuestos previos al debate constitucional sobre las administraciones independientes: el silencio de la Constitución y la base doctrinal constitucionalista a favor de la versión dinámica del principio de separación de poderes

El debate constitucional sobre las administraciones independientes viene precedido por dos presupuestos que, a priori, pueden verse como ventajas para una lectura constitucional positiva de esta nueva realidad institucional. En primer lugar, la Constitución guarda silencio sobre cualquier cuestión relativa a las administraciones independientes reguladoras. Simplemente, no se prevén en su redacción. En segundo lugar, entre aquellos estudiosos del principio de separación de poderes en la Constitución de 1978, la tesis principal ha sido siempre la defensa de una versión dinámica de esta doctrina. Parece, por tanto, que la ausencia textual de toda referencia en la Constitución acerca de las administraciones independientes de carácter regulador pueda solventarse con facilidad gracias a esta base doctrinal favorable al dinamismo en cuanto al principio de separación de poderes. En pocas palabras, si bien la administración independiente no tendría un anclaje textual

en la Constitución española de 1978, sí que hallaría acomodo en el tratamiento dinámico y flexible del principio de separación de poderes que lleva a cabo la Constitución. Como veremos, sin embargo, este a priori terreno fértil para la implantación de la administración independiente no se ha revelado tan productivo y, al final, el lenguaje constitucional se ha utilizado como un mecanismo de rechazo o resistencia.

El silencio de la Constitución española de 1978 sobre las administraciones independientes resulta evidente. Es cierto que sus preceptos prevén instituciones u organismos –fuera de los tres poderes clásicos- que gozan de cierta autonomía e independencia. PARADA VÁZQUEZ nos recuerda que el texto constitucional recoge a organismos con estatus de independencia como el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo⁶⁷⁷. Todos ellos, sin embargo, no son administraciones independientes de carácter regulador y, en todo caso, tienen su autonomía reconocida y garantizada por la propia Constitución. Cabe destacar que el texto constitucional no reconoce en su articulado, ni tan siquiera, a los organismos reguladores de carácter financiero como, por ejemplo, el Banco de España. Bajo la redacción del artículo 97 que más adelante se analizará en detalle, la administración pública se vislumbra en la Constitución española de 1978 como un único ente, monolítico, bajo la dirección del Gobierno, sin más adjetivos en cuanto a su estructura organizativa.

⁶⁷⁷ PARADA VÁZQUEZ, R. “Administración independiente. Introducción... Págs. 286-289.

El lenguaje textual constitucional, por tanto, es ajeno al lenguaje del Estado regulador y a su solución institucional como son los organismos reguladores organizados bajo la fisonomía de administraciones independientes.

Respecto al segundo de los presupuestos anunciados, la mayoría de constitucionalistas españoles que han estudiado el principio de separación de poderes en la Constitución española de 1978 han llegado a la conclusión de que nos encontramos delante de su versión dinámica. El estudio de la regulación del Gobierno que lleva a cabo la Constitución revela, para un grupo importante de autores, que éste lleva a cabo funciones distintas a la mera ejecución que le reservaba la estricta separación formal de los tres poderes clásicos. La función de dirección va mucho más allá de la mera ejecución y se convierte en una función política, creativa e innovadora que, por tanto, como mínimo, el poder ejecutivo comparte con el legislativo⁶⁷⁸. Asimismo, el Gobierno posee, bajo los auspicios de la Constitución, una función normativa que va mucho más allá de la potestad reglamentaria: aprueba él mismo normas con rango de ley y participa en su elaboración por parte del poder legislativo⁶⁷⁹. En definitiva, la estructura de poderes de la

⁶⁷⁸ DE OTTO PARDO, I. “La posición constitucional del Gobierno”. *Documentación administrativa*, nº 188. 1980. Págs. 174-180; SÁNCHEZ AGESTA, L. “Poder ejecutivo y división de poderes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol I. nº 3. 1981. Pág. 41; LÓPEZ GUERRA, L. “Funciones del gobierno y dirección política”. *Documentación administrativa*, nº 215. 1988. Págs. 26-29.

⁶⁷⁹ ESPÍN TEMPLADO, E. “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 6. 1985. Págs. 227-230.

Constitución ha abandonado la estricta separación de las tres funciones clásicas, ha evolucionado hacia una realidad distinta y más compleja⁶⁸⁰, donde las funciones clásicas legislativas y ejecutivas son intercambiables por razón de sujeto y, por tanto, se pueden compartir sin ningún tipo de problema⁶⁸¹.

Asimismo, si bien la finalidad última de la doctrina es evitar el abuso del poder, los autores españoles han destacado que lo importante es el equilibrio entre los poderes, los pesos y contrapesos, la colaboración e interconexión entre ellos y que, en todo caso, este equilibrio y las relaciones entre los poderes son cambiantes y flexibles⁶⁸². GARCÍA ROCA, en uno de los trabajos más influyentes de la última década sobre el principio de separación de poderes en la Constitución española de 1978, resume esta posición doctrinal a favor de la versión dinámica. La función del principio, evitar el abuso y concentración del poder, continua siendo la misma, pero aparecen nuevas realidades, instituciones y funciones, que

⁶⁸⁰ IMBID IRUJO, A. “La relación entre poderes en la reciente dogmática alemana”. *Revista de Administración Pública*, nº 115. 1988. Págs. 403-407.

⁶⁸¹ PAREJO ALFONSO, L. “¿Existe una reserva constitucional de ejecución? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales. *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1. 1997. Págs. 17-19.

⁶⁸² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. “Sobre el principio de separación de poderes”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 24. 1981. Págs. 233-234; MARTIN RETORTILLO, L. “De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español”. *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989. Pág. 53; GÁMEZ MEJÍAS, M. *El significado jurídico actual del principio de separación de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Dykinson. 2004. Pág. 322; MOLAS, I. *Derecho Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Tecnos. 2008. Págs. 109-110; PENDÁS GARCÍA, B. “División de poderes y forma de gobierno. Una perspectiva contemporánea”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teorías del Estado, derecho público e historia constitucional*, nº 5. 2009. Págs. 214-227.

hacen el principio mutable a tenor de los acontecimientos históricos y sociales⁶⁸³.

Esta base doctrinal favorable a la versión dinámica del principio de separación de poderes en la Constitución española de 1978 ha sido refrendada por el propio Tribunal Constitucional. Si bien el Alto Tribunal no ha sido nada proclive a utilizar en sus decisiones el principio de separación de poderes ni tampoco ha elaborado una teoría sobre el mismo detallada y rica⁶⁸⁴, ya en 1983 asentó la existencia de la versión dinámica de la doctrina al entender que el reparto de funciones que realiza la Constitución española de 1978 es flexible⁶⁸⁵. Posteriormente, en una importante decisión en 1986, el Tribunal Constitucional declaró que las funciones legislativa y ejecutiva eran intercambiables, reafirmando de nuevo la versión dinámica del principio de separación de poderes⁶⁸⁶. Si bien el Tribunal Constitucional no ha aceptado la absoluta intercambiabilidad de las funciones, se ha inclinado claramente a favor de una interpretación flexible, cambiante del principio de separación de poderes y ha aceptado la intersección, colaboración e interrelación entre los distintos poderes⁶⁸⁷.

⁶⁸³ GARCÍA ROCA, J. “Del principio de la división de poderes”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 108. 2000. Págs. 41-47.

⁶⁸⁴ GÁMEZ MEJÍAS, M. *El significado jurídico actual del principio de separación de poderes en las constituciones parlamentarias...* Pág. 45.

⁶⁸⁵ STC 6/1983, de 4 de febrero.

⁶⁸⁶ STC 166/1986, de 19 de diciembre.

⁶⁸⁷ GÁMEZ MEJÍAS, M. *El significado jurídico actual del principio de separación de poderes en las constituciones parlamentarias...* Págs. 53-54.

Cabe destacar, sin embargo, que la aceptación de la versión dinámica del principio de separación de poderes no viene acompañada de una concepción antiformalista del derecho entre los constitucionalistas españoles. La gran mayoría de ellos acepta esta flexibilidad y dinamismo respecto a los poderes ejecutivo y legislativo, pero no el judicial. En efecto, entre los constitucionalistas españoles predomina la separación entre los poderes políticos, cuyos dos integrantes pueden mezclarse e intercambiar funciones, y el poder judicial, nítidamente conceptualizado, delimitado y ceñido a su función basada en la ciencia jurídica⁶⁸⁸. La función jurisdiccional se encuentra otorgada en exclusiva por parte de la Constitución al poder judicial y no puede ser asumida por los otros dos poderes políticos⁶⁸⁹. Asimismo, la función jurisdiccional se fundamenta en la objetividad en la aplicación del derecho y, por tanto, debe separarse de la elaboración y aplicación de la política⁶⁹⁰. Es, en este sentido, una función neutral basada en el derecho a diferencia de la actividad vicarial de

⁶⁸⁸ GARCÍA PELAYO, M. “La división de poderes y su control jurisdiccional”. *Revista de Derecho Político*, nº 18-19. 1983. Págs. 12-13; ARAGÓN REYES, M. “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”. En: PAU VALL, F. (coord.). *Parlamento y control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamentos*. Pamplona: Aranzadi. 1998. Págs. 41-45.

⁶⁸⁹ OTERO PARGA, M. “División de poderes. Antes y hoy”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional a Distancia (UNED)*, nº 12. 1997. Págs. 132-137; GARCÍA ROCA, J. “Del principio de la división de poderes... Págs. 64-65.

⁶⁹⁰ AGAPITO SERRANO, R. *Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de separación de división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos. 1989. Págs. 160-166.

la administración pública⁶⁹¹. En todo caso, se destaca por algunos autores que, en el contexto del reparto de funciones en la Constitución española de 1978, el poder judicial es, posiblemente, el poder que sale más fortalecido⁶⁹².

Este pensamiento jurídico formalista acerca del poder judicial y su rol en el seno del principio de separación de poderes defendido por los constitucionalistas españoles se materializa en las posiciones doctrinales a favor de un control judicial fuerte sobre la actividad de la administración pública que han defendido la mayoría de los administrativistas españoles. Como se verá, en materia de control de las administraciones públicas se mantiene la hegemonía del pensamiento jurídico formalista y el control judicial fuerte en contra de posiciones antiformalistas que defienden controles judiciales débiles. Existe un claro correlato entre estas posiciones de los administrativistas y la concepción del poder judicial en el seno del principio de separación de poderes que han defendido mayoritariamente los constitucionalistas españoles.

Debe resaltarse, sin duda, la posición singular de MUÑOZ MACHADO. En su análisis del principio de separación de poderes, este autor ha defendido una versión dinámica de la doctrina conjuntamente con un pensamiento jurídico antiformalista. Así, MUÑOZ MACHADO ha acepado sin ambages que el juez lleva a cabo

⁶⁹¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. “Sobre el principio de separación de poderes... Pág. 231.

⁶⁹² GARCÍA MACHO, R. “Problemas de la división de poderes en la actualidad”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 53. 1986. Págs. 187-189; MARTIN RETORTILLO, L. “De la separación y control de los poderes... Págs. 67-71.

una actividad de creación del derecho y que, por tanto, sus decisiones son, por lo menos, copartícipes con el legislador en la generación del derecho⁶⁹³. La separación entre la función legislativa y la jurisdiccional queda diluida, por tanto, para este autor. Pese a la importancia de su trabajo, la posición de MUÑOZ MACHADO es claramente minoritaria entre los constitucionalistas españoles. Únicamente GARCÍA ROCA, de manera tangencial y sin elaboración, defendió anteriormente esta tesis creativa de los jueces entre los constitucionalistas españoles⁶⁹⁴. De este modo, la mayoría de ellos anclan su pensamiento jurídico en posiciones que separan con nitidez la política del derecho, el poder judicial de los poderes políticos. La posición del juez y del derecho, por tanto, son centrales y tienen un papel autónomo respecto de la política. La versión dinámica de la separación de poderes y, sobre todo, la intercambiabilidad de funciones, queda relegada a los poderes legislativo y ejecutivo.

b) El lenguaje constitucional utilizado contra las administraciones independientes: la argumentación acerca de su inconstitucionalidad

Estos dos presupuestos –silencio constitucional y base doctrinal favorable a una versión dinámica del principio de separación de poderes- no han conllevado, sin embargo, una acogida tan favorable

⁶⁹³ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 491-499.

⁶⁹⁴ GARCÍA ROCA, J. “Del principio de la división de poderes...” Pág. 65.

de la administración independiente por parte de los iuspublicistas españoles como cabría esperar. Entre ellos, se ha utilizado el lenguaje constitucional, mayoritariamente, en contra de ellas. Lejos de aprovechar las tesis favorables a la dimensión dinámica de la doctrina de separación de poderes, el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes se ha decantado, mayoritariamente, por entender la estructura y división de poderes de la Constitución española como algo cerrado, fijo y estático. Asimismo, el apego al texto constitucional y a su literalidad, también ha derivado en críticas a la administración independiente en nuestro entramado constitucional. Todo ello se ha argumentado, básicamente, sobre la base del artículo 97 CE, que ha presentado una triple dimensión como precepto en contra de la constitucionalidad de las administraciones independientes.

La primera dimensión del artículo 97 CE, la más sencilla en su construcción, alude al uso literal de su redactado para defender la inconstitucionalidad de las administraciones independientes. La correcta interpretación, significado y alcance, del concepto “dirección” de la administración pública que corresponde al Gobierno según el precepto cierra las puertas a un tipo de entes que escapen al control de éste por dos razones. En primer lugar, el estatus de independencia de las administraciones independientes se vislumbra como claramente incompatible con esta facultad de

dirección del Gobierno que debe incluir, en todo caso, la facultad de nombrar y cesar libremente a sus miembros⁶⁹⁵.

En segundo lugar, las facultades de planificación y, sobre todo, la de dictar directrices vinculantes por parte del Gobierno, quedarían en entredicho en el caso de articular entes administrativos con un estatus de independencia reconocido⁶⁹⁶. Este último argumento se asienta sobre una consolidada doctrina sobre el alcance del significado de la facultad de “dirección” del Gobierno en los términos del artículo 97 CE que, si bien entiende que esta facultad ya no incluye las órdenes como mecanismo derivado del principio de jerarquía, sí que contemplaría la capacidad de planificación o definición de objetivos y de emitir directrices vinculantes a la administración pública⁶⁹⁷.

Así, el cese tasado de los miembros de las administraciones independientes como elemento característico de su estatus de independencia y la imposibilidad de definir objetivos y dirigir

⁶⁹⁵ GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho... Págs. 117-118; PARADA VÁZQUEZ, R. “Administración independiente. Introducción... Págs. 290-292; RALLO LOMBARTE, A. “Las administraciones independientes: una aproximación constitucional”. En: PAUNER CHULVI, C.; TOMÁS MALLÉN, B. *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías. 2009. Págs. 16-19.

⁶⁹⁶ BILBAO UBILLOS, J. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional...* Págs. 172-180.

⁶⁹⁷ Véanse, principalmente, SANTAMARÍA PASTOR, J. *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1988. Págs. 239-240; JIMÉNEZ ASENSIO, R. “La dirección de la Administración Pública como función de gobierno”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 34. 1992. Págs. 67-95; SAIZ ARNAIZ, A. “El Gobierno y la dirección de la política”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 34. 1992. Págs. 185-199.

directrices vinculantes a las mismas, no casan bien con la capacidad de dirección del Gobierno sobre la administración pública que le otorga el artículo 97 CE. Estos serían elementos indisociables de la facultad de dirección que textualmente la Constitución reconoce al Gobierno. Se trata de un argumento textual que intenta anclar la inconstitucionalidad de las administraciones independientes en su incompatibilidad con el alcance y significado del concepto “dirección” de la administración pública que aparece en el artículo 97 CE.

La segunda dimensión del artículo 97 CE establece un cuadro estático, fijo y no evolutivo de la estructura y división de poderes que establece la Constitución y en el que la administración independiente no tiene cabida. Esta imagen fija, no dinámica, pivota entorno a la idea central de la unidad de la función ejecutiva que le corresponde en exclusiva al Gobierno. En efecto, la función de administrar no puede separarse del Gobierno, estableciéndose, incluso, lo que algún autor denomina una reserva constitucional de la mencionada función a favor del poder ejecutivo⁶⁹⁸. Tampoco puede atribuirse la función de administrar o ejecutiva a otros órganos constitucionales, como pueden ser el legislativo o el

⁶⁹⁸ BILBAO UBILLOS, J. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional...* Pág. 174; RALLO LOMBARTE, A. “Las administraciones independientes: una aproximación constitucional...” Págs. 16-19.

judicial⁶⁹⁹. El trasvase de funciones entre poderes no sería de libre configuración para el legislador.

Finalmente, como parte integrante de la función ejecutiva, la potestad reglamentaria –entendida como función normativa de segundo nivel y caracterizada como ejecución de la normativa con rango de ley, sin entidad propia fuera de su ámbito de cobertura– tampoco puede deslindarse a la ligera del Gobierno. Únicamente con muchas cautelas y limitaciones puede otorgarse a entes distintos a su titular originario⁷⁰⁰. El hecho de que el propio Tribunal Constitucional haya dado visto bueno de manera explícita a la potestad normativa de segundo nivel de las administraciones independientes ha hecho que estos autores sí que hayan aceptado el quebrantamiento del monopolio de la potestad reglamentaria del Gobierno y el reparto de la misma con otros entes⁷⁰¹.

En todo caso, esta visión del principio de separación de poderes está claramente alejada de la base doctrinal constitucional que ha defendido versiones dinámicas del mismo. Las posiciones doctrinales contrarias a la administración independiente han intentado defender que, con base en el artículo 97 CE, la función

⁶⁹⁹ GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho... Págs. 117-118; PARADA VÁZQUEZ, R. “Administración independiente. Introducción... Págs. 290-292.

⁷⁰⁰ GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho... Págs. 113-118; RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 195-199.

⁷⁰¹ En cuanto al reconocimiento de la validez de la potestad reglamentaria de las administraciones independientes por parte del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios, véase infra, apartado 6.1. a) de este trabajo.

ejecutiva es unitaria, indisoluble, en manos del Gobierno, y no puede compartirse con los otros dos poderes clásicos y, menos aún, con una suerte de entes como las administraciones independientes que asumirían funciones ejecutivas al margen del Gobierno y del resto de la estructura administrativa. El trasvase de funciones entre poderes, en este caso la ejecutiva, estaría vedado por imperativo constitucional y el legislador no podría traspasarla a las administraciones independientes. En este sentido, la división de poderes de la Constitución no admitiría cambios ni flexibilidad alguna, incluso si así lo decidiera el legislador. En pocas palabras, el reparto de funciones entre los distintos poderes compete al constituyente, que ha optado por un reparto específico que no ha incluido a las administraciones independientes y el legislador no puede alterar este reparto sustrayendo funciones –especialmente la ejecutiva- del Gobierno y otorgándolas a otros poderes o entes de nuevo cuño como serían las administraciones independientes.

La tercera y última dimensión del artículo 97 CE plantea el sometimiento de la administración pública al Gobierno como la clave de bóveda de su legitimidad democrática. El argumento consistiría en mantener intacta la correa de transmisión de la legitimidad democrática que establece la Constitución. La administración pública puede desempeñar sus especiales funciones, muchas de ellas con un importante impacto para el ciudadano, gracias a que un órgano con legitimidad democrática –aunque sea

indirecta- como el Gobierno la dirige⁷⁰². La facultad de dirección del Gobierno sobre la administración pública que establece el artículo 97 CE, por tanto, tiene la finalidad de garantizar la legitimidad democrática de ésta última. Las administraciones independientes, con su estatus de independencia del Gobierno, rompen esta cadena de transmisión y por tanto se produce una pérdida de legitimidad democrática que las hace irresponsables e incontrolables⁷⁰³.

Este tercer argumento gira alrededor de concepciones de legitimidad democrática de carácter electoral, es decir, basadas en el voto de los ciudadanos y se alejan de las nuevas fórmulas de legitimación que sostiene el Estado regulador. Además de la legitimidad sustantiva basada en la ciencia y la técnica, cabe recordar que el Estado regulador pone énfasis en la legitimidad procedimental sustentada en la participación ciudadana, en la transparencia o en el diseño del procedimiento administrativo. Precisamente, todas ellas son formas de legitimación alejadas de la democrática clásica basada en las elecciones o el voto. Ésta última, como intentan demostrar las teorías del Estado regulador, es la causante de los fallos regulatorios al inmiscuir la política en decisiones que no le atañen. Esta tercera dimensión del artículo 97 CE que encapsula una teoría de la legitimidad democrática de

⁷⁰² BILBAO UBILLOS, J. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional...* Págs. 172-173; RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 161-167.

⁷⁰³ DESDENTADO DAROCA, E. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo...* Págs. 133-155; SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general. Tomo I...* Págs. 637-638.

carácter electoral, por tanto, es la que más aleja el lenguaje constitucional utilizado por los detractores de la administración independiente en España de las teorías del Estado regulador y de la administración independiente como su solución institucional.

Esta combinación de argumentos textuales, un entendimiento no dinámico del principio de separación de poderes y el énfasis en fórmulas de legitimación democrática electoral, convierten al lenguaje constitucional mayoritariamente en un lenguaje de resistencia y rechazo a las administraciones independientes. Se ha analizado la retórica utilizada por los autores españoles que han tratado a las administraciones independientes y no han rehuído su debate constitucional. Cabe recordar, sin embargo, que importantes administrativistas como BETANCOR RODRÍGUEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, o SÁNCHEZ MORÓN, han evitado el debate constitucional por entender que las administraciones independientes en España no son un auténtico problema al ser, más bien, entes que gozan de autonomía reforzada en lugar de una verdadera independencia⁷⁰⁴. En todo caso, del análisis cauteloso de estos autores sobre las administraciones independientes y, sobre todo, de su posición que desvirtúa su auténtica naturaleza, cabe deducir que suscribirían gran parte del lenguaje constitucional de resistencia descrito.

⁷⁰⁴ Véase supra, apartado 5.1. b) de este trabajo.

c) Los precursores de la administración independiente en España y del Estado regulador y su parca argumentación constitucional

El debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes está mucho menos presente entre los autores pro-Estado regulador. La mayoría de ellos no utilizan el Derecho Constitucional en el seno de su argumentación, simplemente ignoran la problemática existente. En pocas palabras, se desprende de su silencio que no existe ningún problema de encaje constitucional de las administraciones independientes en España. En general, por tanto, no encontramos en la mayoría de autores pro-Estado regulador una réplica a los argumentos que alegan la inconstitucionalidad de las administraciones independientes. En este sentido, el uso del lenguaje constitucional entre estos autores es prácticamente inexistente.

Pese a ello, algunos de estos autores no han rehuído el debate constitucional y han rebatido los tres argumentos principales en contra de la constitucionalidad de las administraciones independientes que giran al entorno del artículo 97 CE. El argumento textual acerca de la interpretación del concepto de “dirección” del Gobierno sobre la administración pública, la versión formalista y estática del principio de separación de poderes, así como la legitimidad democrática dimanante del Gobierno, son rebatidos pero sin una elaboración en detalle. Analizaremos a continuación los tres contrargumentos, pero sobre todo destacan los

dos últimos como claros exponentes de la penetración de las teorías del Estado regulador entre los autores españoles.

El primero apuesta por modular la potestad de “dirección” del Gobierno sobre la administración que establece el artículo 97 CE. Esta potestad debe interpretarse no ya bajo la clásica fórmula del principio de jerarquía, sino más bien como una potestad de tutela más inclinada hacia la inspección y control externo de las administraciones independientes que en la emisión de órdenes y directrices⁷⁰⁵. Asimismo, se alude a que toda facultad de dirección se puede graduar y, por tanto, el artículo 97 CE no reconoce todo tipo de injerencia –capacidad de dirección absoluta- del Gobierno sobre la administración pública⁷⁰⁶. Esta potestad de dirección del Gobierno, por tanto, puede modularse por parte del legislador que, a través de una norma con rango de ley, puede atenuar la relación entre el Gobierno y la administración pública⁷⁰⁷.

El segundo contrargumento apela a la versión dinámica del principio de separación de poderes para dar cobijo a una nueva realidad institucional como es la administración independiente. Efectivamente, si bien no se recurre a la base doctrinal constitucional existente favorable a una interpretación dinámica del principio de separación de poderes en la Constitución, sí que se

⁷⁰⁵ CISNEROS CID, J. *Los organismos autónomos en el derecho público español...* Págs. 309-315.

⁷⁰⁶ CHILLÓN MEDINA, J.; ESCOBAR ROCA, G. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...* Págs. 314-319.

⁷⁰⁷ POMED SÁNCHEZ, L. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes...” Págs.165-168.

desprende un discurso constitucional que claramente apuesta por la versión dinámica de la doctrina. MUÑOZ MACHADO y PAREJO ALFONSO son los dos autores que han dedicado una mayor atención a esta cuestión. Su construcción doctrinal caracterizada por el nuevo “derecho programador”, en el que el legislador ya no es tan detallado en su regulación y por tanto deja en manos –limitándose a programar o guiar- de los poderes ejecutivos y judicial mucha más discrecionalidad, lleva implícita esta versión dinámica del principio de separación de poderes⁷⁰⁸. La función legislativa en el marco de la regulación económica es mucho más flexible, porosa y deja en manos del poder ejecutivo muchas más decisiones políticas y de oportunidad y, por tanto, se llevan a cabo importantes delegaciones de decisiones que antes estaban en manos del legislador⁷⁰⁹. La contribución a la creación del derecho por parte del juez, de nuevo, visualiza esta visión de la separación de poderes cambiante, dinámica, en la que las funciones son intercambiables y compartidas entre los distintos poderes⁷¹⁰. Es por todo ello que no existe ningún problema en que las administraciones independientes asuman potestades normativas, es el legislador, en el contexto de este

⁷⁰⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 518-522; PAREJO ALFONSO, L. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2012. Págs. 46-47.

⁷⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 329-337.

⁷¹⁰ *Ibidem*. en págs. 480-482.

derecho programador, el que las asigna y distribuye entre los distintos poderes⁷¹¹.

En definitiva, lo que importa en palabras de estos autores es el núcleo del principio de separación de poderes, su finalidad, evitar el abuso del poder, el concreto reparto de poderes no es tan importante y, por tanto, las administraciones independientes encajan sin dificultades como forma de dividir aún más el poder⁷¹². Tanto MUÑOZ MACHADO como PAREJO ALFONSO han recalcado que no estamos ya delante del viejo principio de separación de poderes heredado de la Revolución francesa, sino más bien de un principio que ha mutado y que se basa más en el equilibrio y balance entre los poderes y no tanto en la especialización y separación de funciones entre ellos⁷¹³.

Estos dos autores, en consecuencia, aceptan la constitucionalidad de las administraciones independientes combinando una versión dinámica del principio de separación de poderes y una concepción antiformalista del derecho. En pocas palabras, el reparto de poderes está sujeto al cambio de circunstancias históricas y la función judicial se vislumbra como no estrictamente jurídica, sino

⁷¹¹ PAREJO ALFONSO, L. “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno... Págs. 639-642; MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la regulación económica*. Madrid: Iustel. 2009. Págs. 151-155.

⁷¹² MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Vol. I... Pág. 1201.

⁷¹³ PAREJO ALFONSO, L. “¿Existe una reserva constitucional de ejecución? Apuntes para... Págs. 15-17; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Vol. I... Págs. 90-98.

copartícipe de la función legislativa y ejecutiva y abierta, por tanto, a la política y a criterios extrajurídicos o de oportunidad. MUÑOZ MACHADO y PAREJO ALFONSO son los dos autores que se han aproximado más en España al binomio separación de poderes dinámica/antiformalismo jurídico y por ese motivo son los dos autores que han desarrollado una teoría del Estado regulador más articulada y proclive a la administración independiente en España. Sobre todo es MUÑOZ MACHADO, con su estudio de la denominada por él mismo jurisprudencia creativa y la contribución a la legalidad de los jueces, el que ha expresado mejor en el debate contemporáneo en España las teorías antiformalistas del derecho⁷¹⁴.

Esta combinación entre versión dinámica del principio de separación de poderes/antiformalismo jurídico viene normalmente de la mano y el Derecho Público norteamericano, como hemos visto, es un ejemplo de ello. No siempre es así, sin embargo. Aquí en España, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es un ejemplo de que es posible defender la constitucionalidad de las administraciones independientes como consecuencia de sostener una versión dinámica del principio de separación de poderes y, en cambio, mantener una aproximación formalista del derecho que se expresa, como a continuación se verá, en la posición del autor en el debate sobre el control de la administración pública⁷¹⁵. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se encuentra en sintonía con la base doctrinal

⁷¹⁴ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 491-499.

⁷¹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. "Reflexiones sobre las llamadas administraciones independientes..." Págs. 434-435.

constitucionalista española que acepta una versión dinámica del principio de separación de poderes en cuanto al legislador y ejecutivo pero que mantiene sus posiciones formalistas relativas al poder judicial y a situar el derecho, separado de la política, en el epicentro del sistema. En todo caso, pese a reconocer la constitucionalidad de las administraciones independientes, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es muy cauteloso y solamente las acepta con importantes límites y condiciones⁷¹⁶. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se encuentra cercano a los autores que han utilizado el lenguaje constitucional como resistencia a las administraciones independientes. Si bien no lo utiliza como argumento de rechazo, sí que lo maneja como un claro freno a las administraciones independientes exigiendo, por ejemplo, la persecución de un valor constitucional relevante para poder crearlas⁷¹⁷.

Finalmente, en su tercer y último contraargumento, los autores pro-Estado regulador han rechazado la alegada quiebra de la legitimidad democrática que implica el estatus de independencia frente a los poderes políticos –especialmente del Gobierno– de la administración independiente. Para ello han presentado tres argumentos. En primer lugar, se ha sostenido que la cadena de legitimidad democrática no se rompería porque, al fin y al cabo, las administraciones independientes son creadas por el propio

⁷¹⁶ *Ibidem.* en págs. 438-439.

⁷¹⁷ *Ibidem.*

legislador⁷¹⁸. Éste les otorga una legitimidad democrática de origen que es suficiente para los estándares de las teorías democráticas. En definitiva, este argumento deja en manos del legislador la decisión sobre el diseño institucional de la administración pública, así como el grado de sus potestades. Se estaría muy próximo a posiciones doctrinales norteamericanas a favor de disminuir al máximo la doctrina de la prohibición de delegación de facultades del legislador al resto de poderes (*non delegation doctrine*).

En segundo lugar, la legitimidad democrática de la administración independiente se mantiene gracias a fórmulas de participación de la ciudadanía, a la transparencia en la toma de sus decisiones y a las garantías del procedimiento administrativo⁷¹⁹. Estamos, aquí, de nuevo, delante de fórmulas de legitimidad democrática de carácter procedimental. Si bien la administración independiente no goza de legitimidad democrática electoral, este déficit se compensa mediante la mejora de los controles procedimentales y el fomento de la participación ciudadana en su toma de decisiones. En esta ocasión, este argumento se aproxima mucho a las fórmulas de control de las administraciones independientes propuestas por los defensores del Estado regulador en Estados Unidos y Europa.

En tercer y último lugar, la legitimidad democrática de la administración pública, garantizada por su vinculación al Gobierno

⁷¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. III...* Págs. 609-612.

⁷¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica...” Págs. 149-151.

según establece el artículo 97 CE, puede matizarse en ciertas ocasiones en aras de conseguir una mayor objetividad y garantizar mejor las tomas de decisiones basadas en el conocimiento técnico y la ciencia⁷²⁰. Básicamente, en ciertos sectores donde sea beneficioso potenciar este tipo de decisiones técnicas, el artículo 103 CE serviría como una especie de cláusula de escape de la dependencia del Gobierno que el artículo 97 CE exige a la administración pública. Se trata de uno de los argumentos más importantes del Estado regulador en su versión defendida por la doctrina europea: ciertas decisiones deben apartarse del juego democrático y de la política y deben dejarse en manos de los técnicos. El artículo 103 CE sería el precepto constitucional que daría entrada a este argumento y permitiría salvar los obstáculos del artículo 97 CE.

En conclusión, los autores pro-Estado regulador han recurrido poco al lenguaje constitucional para defender la introducción en España de las administraciones independientes. La mayoría de ellos han ignorado el debate sobre su constitucionalidad. Pese a ello, aquellos que han afrontado este debate, han recurrido a un lenguaje constitucional muy distinto a los detractores de la administración independiente. Se trata de un lenguaje no apegado a la literalidad del texto constitucional, que persigue rescribir su redactado, abierto a los cambios y a diferentes contextos y que, sobre todo, asume un principio de separación de poderes dinámico. Este lenguaje

⁷²⁰ POMED SÁNCHEZ, L. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes... Págs. 165-168; LÓPEZ RAMÓN, F. “El Consejo de Seguridad Nuclear... Pág. 578; RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico*... Págs. 101-106.

constitucional, que tiene en la figura de MUÑOZ MACHADO a su mayor defensor, se aproxima en muchos casos a un pensamiento jurídico antiformalista, que concibe al derecho como intrínsecamente unido a la política y se manifiesta en la aceptación de que los distintos poderes compartan funciones, que se produzcan trasvases de potestades entre ellos y, sobre todo, que el juez cree abiertamente derecho y por tanto participe en mayor o menor medida en la función legislativa.

d) La poca apertura del constitucionalismo español al debate europeo sobre las administraciones independientes

En los apartados precedentes se ha analizado la importancia del Derecho de la Unión Europea en la creación e impulso de las administraciones independientes –*agencies* en la terminología europea- tanto a nivel de la propia Unión como de los Estados Miembros. En el Derecho de la Unión Europea las teorías del Estado regulador, las agencias y organismos reguladores se han ido introduciendo a lo largo de la década de los noventa y dos mil. En el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes en España, sin embargo, este papel del Derecho de la Unión prácticamente ni se destaca. No se alude a la ya institucionalizada agencia en el Derecho de la Unión, tanto a nivel de Derecho originario como derivado, ni a la doctrina europea que la ha moldeado e impulsado. Sobre todo, no se estudia el impacto que las administraciones independientes creadas en el seno de la

Unión pueden tener en el Derecho Público español y, en especial, en el debate sobre la constitucionalidad de aquéllas. Parece realmente extraño que en el lenguaje constitucional no se incorporen los argumentos o el papel del Derecho de la Unión.

Esta no incorporación del rol del Derecho de la Unión al debate constitucional sobre las administraciones independientes tiene sentido, en cierto modo, hasta la generación de medidas normativas de la Unión en el sector energético y de las telecomunicaciones en el año 2009. Hasta ese momento, tal y como se ha analizado, el Derecho de la Unión dejaba margen a los Estados Miembros para diseñar sus organismos reguladores energéticos y de telecomunicaciones y se apelaba explícitamente, por las propias instituciones europeas, al respeto del principio de autonomía institucional. No se producía, hasta ese momento, un posible conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho Constitucional español y, en todo caso, el conflicto era de naturaleza interna. En otras palabras, hasta 2009 la posible inconstitucionalidad de las administraciones independientes únicamente afectaba al legislador español porque éste era el que voluntariamente, sin imposiciones por parte del Derecho de la Unión, adoptaba administraciones independientes en España.

La situación ha cambiado radicalmente a partir de 2009, momento en el que el legislador de la Unión ha impuesto a la administración independiente en los sectores de la energía y las telecomunicaciones como el modelo necesario para articular los organismos reguladores

nacionales. A partir de ese momento, la decisión de crear administraciones independientes en estos dos sectores dejó de estar en manos del legislador nacional y pasó a nivel del Derecho de la Unión. El debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes, a partir de 2009, cobra un cariz distinto, sin que pueda soslayarse las implicaciones del Derecho de la Unión para el mismo.

Pese a este cambio en las coordenadas del debate, únicamente dos autores lo han incorporado a sus análisis. RALLO LOMBARTE, autor crítico con el modelo de administración independiente, ha considerado que únicamente cuando el Derecho de la Unión exija su creación estaremos delante de entes plenamente constitucionales⁷²¹. En caso contrario, la Constitución española no aceptaría a la administración independiente. MARTÍ DEL MORAL, por su parte, es el único entre los autores pro-Estado regulador que fundamentó en su momento, en el año 2000, la constitucionalidad de las administraciones independientes sobre la base de su exigencia por parte del Derecho de la Unión⁷²². Pese a ello, el autor reconoció en ese momento que el Derecho de la Unión únicamente exigía la separación entre el regulador y los operadores del sector, no del Gobierno⁷²³. Fuera de estos dos autores, nadie ha recogido la importancia del Derecho de la Unión en el debate sobre la

⁷²¹ RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 232-235.

⁷²² MARTÍ DEL MORAL, A. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2000. Págs. 261-262.

⁷²³ *Ibidem*.

constitucionalidad de las administraciones independientes en España.

De estos dos autores se desprende un importante argumento que debería tenerse en cuenta, como mínimo, en el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes en España: el principio de primacía del Derecho de la Unión. Fruto de su elaborada creación y desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su anclaje en el artículo 93 CE, es bien sabido que, en principio y salvo las cautelas que adelante se comentarán, el Derecho de la Unión se impone sobre cualquier fuente del Derecho español, incluso de rango constitucional⁷²⁴. Si esto es así, los partidarios de las administraciones independientes en España tienen un poderoso argumento para superar el lenguaje constitucional de resistencia utilizado contra ellas. Así, en el caso de venir impuestas por el Derecho de la Unión –como es el caso en el sector de la energía y de las telecomunicaciones desde el 2009- y haciendo efectivo el principio de primacía de aquél, podría superarse la posible inconstitucionalidad de las administraciones independientes en España.

La poca participación de los autores españoles en el debate doctrinal en el seno del Derecho de la Unión sobre las administraciones

⁷²⁴ Véase, respecto al reconocimiento implícito del principio de primacía del Derecho de la Unión a través del artículo 93 CE, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (“Declaración 1/2004”).

independientes se traslada, también, al debate nacional. Tal y como se ha analizado, las contribuciones doctrinales españolas al debate de creación e impulso de las teorías del Estado regulador y de la administración independiente en el seno de la Unión son prácticamente inexistentes. Esta indiferencia o no participación en el debate a escala europea se ha traducido, también, en una práctica ignorancia del impacto del Derecho de la Unión en el debate a escala nacional sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes. A excepción de los dos autores mencionados, ni tan siquiera se alega el principio de primacía del Derecho de la Unión para solventar posibles problemas de constitucionalidad cuando las administraciones independientes vengan impuestas por aquél.

Sin lugar a dudas, el lenguaje constitucional utilizado por los autores defensores de las administraciones independientes –abierto, fundamentado en una versión dinámica del principio de separación de poderes y cercano, en algunos casos, al antiformalismo jurídico– hacen innecesaria la apelación al principio de primacía del Derecho de la Unión porque, simplemente, se defiende la plena constitucionalidad de la administración independiente a nivel nacional. En todo caso, el Derecho de la Unión y su primacía, en aquellos sectores donde éste ha impuesto a la administración independiente, supondría un importante y decisivo apoyo argumental. Pese a esta posible ayuda, la mayoría de los defensores de las administraciones independientes en España no ha jugado esta carta en el debate constitucional.

En estos casos, cuando el Derecho de la Unión imponga a la administración independiente como solución institucional necesaria para articular un organismo regulador sectorial, los defensores de la inconstitucionalidad de las administraciones independientes deben ofrecer una sólida argumentación para mantener sus posiciones. El lenguaje constitucional de resistencia –apegado a la textualidad, a una versión estática del principio de separación de poderes y a una concepción formalista del derecho- debe responder al reto que supone el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Una posibilidad, tal y como apunta RALLO LOMBARTE, es aceptar la constitucionalidad de las administraciones independientes solamente cuando el Derecho de la Unión las establezca. Si así es, la arquitectura institucional que establece el artículo 97 CE cedería gracias a la primacía del Derecho de la Unión derivada del artículo 93 CE. En cambio, en el resto de los casos, cuando la creación de la administración independiente sea ajena a una decisión del legislador de la Unión, la administración independiente no cabría en la arquitectura institucional de la Constitución. El legislador español, por tanto, no podría alterar el reparto de poderes establecido por la Constitución –en una visión no dinámica de la doctrina de separación de poderes- creando administraciones independientes con poderes propios provenientes del propio legislador o del Gobierno. En otras palabras, solamente el legislador de la Unión, en el ámbito de sus propias competencias –más allá, evidentemente, del constituyente a través de los pertinentes mecanismos de reforma constitucional- tendría la llave para alterar el diseño institucional

establecido por la Constitución. Esta capacidad, claro está, estaría validada por la propia Constitución que da cabida al principio de primacía del Derecho de la Unión a través del artículo 93 CE.

Otra posibilidad, mucho más restrictiva y seguramente más acorde con la argumentación que sostiene la inconstitucionalidad de las administraciones independientes, es reconocer un conflicto explícito entre la Constitución española y el Derecho de la Unión y no aplicar el principio de primacía de este último al traspasarse las líneas rojas que el Tribunal Constitucional fijó en su Declaración 1/2004. Las posiciones doctrinales que han defendido la inconstitucionalidad de las administraciones independientes han encontrado una incompatibilidad de este modelo institucional con el propio texto de la Constitución al entender que se cercena la capacidad de “dirección” del Gobierno sobre la administración pública que le atribuye el artículo 97 CE. En el caso que se impongan vía Derecho de la Unión e incluso asumiendo que el artículo 93 CE da luz verde a esta operación, el conflicto explícito con la letra de la Constitución continuaría existiendo. Este conflicto frontal entre el texto constitucional y el Derecho de la Unión es difícil de mantener y requeriría, para superar la antinomia, una reforma constitucional o el rechazo de la aplicación del Derecho de la Unión.

Asimismo, también en la línea de estas posiciones doctrinales más restrictivas, podría alegarse una vulneración de las estructuras básicas del Estado y de los valores o principios fundamentales alegados como líneas rojas por el Tribunal Constitucional en su

Declaración 1/2004. Existiría una vulneración de la estructura básica del Estado al alterarse por el Derecho de la Unión el reparto de poderes que efectúa la Constitución española. Estas posiciones doctrinales, cabe recordar, entienden que existe un reparto estático de funciones y poderes en la Constitución y, por tanto, su alteración le corresponde solamente al constituyente y a nadie más. Existiría también una vulneración del principio democrático, como valor fundamental del Estado, porque la administración independiente rompe la cadena de legitimidad democrática que ampara la actuación de la administración pública. No simplemente se estaría alterando el reparto de poderes que efectúa la Constitución, sino que también se otorgarían potestades a entes que carecerían de legitimidad democrática al separarse de la capacidad de dirección y control del Gobierno.

Esta argumentación que defiende la inconstitucionalidad de las administraciones independientes con base en la Declaración 1/2004 y que, por tanto, conllevaría inaplicar el Derecho de la Unión a nivel nacional, debería también defender la propia invalidez de éste a nivel del Derecho de la Unión en cuanto impone a los Estados Miembros la administración independiente como única posible fórmula administrativa para la regulación de los sectores energético y de las telecomunicaciones. Como se ha apuntado con anterioridad, el artículo 4.2 TUE y el principio de respeto a la identidad constitucional de los Estados Miembros que éste prevé, podría operar como cláusula de invalidez del Derecho derivado de la Unión que imponga a la administración independiente, entendiendo

a ésta como una institución que altera significativamente las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados Miembros. El argumento, por tanto, sería en doble sentido: por un lado, debe defenderse la invalidez del Derecho de la Unión por vulneración del artículo 4.2 TUE y, por el otro, considerar la introducción de la administración independiente como un cambio en la estructura constitucional interna que vulneraría las estructuras básicas del Estado y el principio democrático y que, por tanto, permitiría inaplicar el Derecho de la Unión por traspasar las líneas rojas establecidas en la Declaración 1/2004.

Existe, por tanto, una posible línea argumental coherente con los defensores de la inconstitucionalidad de las administraciones independientes en contra del principio de primacía del Derecho de la Unión en el caso de que éste imponga a la administración independiente. Debe, en todo caso, argumentarse con solidez porque, como bien es sabido, el principio de primacía del Derecho de la Unión es aplicable en caso, incluso, de conflictos con las normas de rango constitucional internas. El problema principal es que el lenguaje constitucional no ha tenido en cuenta el papel del Derecho de la Unión en el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes. Los defensores de ésta no han integrado en su acervo el principio de primacía del Derecho de la Unión cuando éste impone a la administración independiente en un sector determinado que, como se ha analizado, ha ocurrido en la energía y las telecomunicaciones a partir de 2009. Por otro lado, los críticos con las administraciones independientes no han adaptado su

lenguaje a estos casos, es decir, cuando el Derecho de la Unión está en juego. El entero debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes ha vivido al margen del papel del Derecho de la Unión.

e) Las dudas sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes desde la asunción doctrinal de la versión dinámica del principio de separación de poderes

Más allá del papel del Derecho de la Unión Europea en el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes en España, los dos presupuestos previos al debate –el silencio de la Constitución respecto a esta fórmula administrativa y la aceptación mayoritaria de la versión dinámica del principio de separación de poderes- han conllevado una recepción en España más bien pacífica, sin mucha oposición doctrinal, de los organismos reguladores bajo la configuración de administraciones independientes. Estos dos requisitos dejarían sin razón de ser la necesidad de plantearse el papel del Derecho de la Unión Europea en el conjunto del debate, puesto que simplemente las administraciones independientes se considerarían constitucionales. En otras palabras, el dato que señala que la innovación institucional tiene su origen en el Derecho de la Unión Europea no añadiría ningún elemento nuevo al debate sobre el acomodo constitucional – permitido y sin mayores dificultades gracias sobre todo a la versión dinámica del principio de separación de poderes mayoritariamente

aceptada entre los constitucionalistas españoles- de las administraciones independientes.

Sin embargo, hay motivos para dejar abierto el debate interno sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes. A pesar de asumir una versión dinámica del principio de separación de poderes, existen razones para cuestionar la constitucionalidad del proceso de incorporación y asimilación de esta nueva institución en el entramado de poderes españoles. El problema radicaría, no tanto en la procedencia de la institución, es decir, en su origen doctrinal y normativo por parte del Derecho de la Unión, sino más bien en la manera en que el propio ordenamiento jurídico español ha acomodado el cambio institucional.

La introducción del Estado regulador y de la administración independiente en Estados Unidos fue posible gracias a la existencia de la versión dinámica del principio de separación de poderes. Su introducción comportó, como se ha argumentado, una reasignación de las funciones entre los poderes y también una reformulación o reconfiguración de sus relaciones y mecanismos de control. Ya desde el mismo *New Deal*, pero sobre todo en la era post-*New Deal*, la aparición de la administración independiente comportó el fortalecimiento de los mecanismos de control del Congreso y del Presidente. Asimismo, el poder judicial reconoció el papel limitado del derecho y asumió una posición deferencial, pero afinó los mecanismos de control con el desarrollo de nuevos estándares para acotar la deferencia y el fortalecimiento de todas las fases del

procedimiento administrativo. La nueva reformulación de poderes concluyó con una pérdida de funciones de los poderes tradicionales a favor de las administraciones independientes pero se compensó con un fortalecimiento de los mecanismos de control.

Se alumbró, en resumen, un nuevo equilibrio institucional en el que los poderes tradicionales cedieron funciones a cambio de la creación de nuevos contrapoderes que permitieran su influencia sobre la administración independiente. Sin lugar a dudas, el poder judicial es el que perdió más en este nuevo reparto de poderes, la posición hegemónica antiformalista en Estados Unidos no le permitió asumir más protagonismo. Sin embargo, los mecanismos extrajudiciales de control, representados por las herramientas en manos de los poderes legislativo y ejecutivo, sí que evolucionaron y permitieron mantener el control político de las administraciones independientes. Los problemas de captura del regulador y sus problemas de legitimidad democrática se subsanaron con el desarrollo de nuevas técnicas de control en manos de los poderes políticos.

La doctrina europea defensora del Estado regulador ha tenido en cuenta este reequilibrio institucional acontecido en Estados Unidos. La mayoría de los autores han abogado por la existencia y desarrollo de nuevos mecanismos de control, en este caso en el seno de la Unión Europea, que pasan por apostar por la transparencia, mejorar y tomarse en serio el procedimiento administrativo con la consecuente participación ciudadana en el mismo, o fortalecer a las

instituciones europeas de control. El principio de equilibrio de facultades –la versión dinámica de la separación de poderes a nivel de la Unión- permitía la irrupción de la administración independiente pero, al mismo tiempo, requería abordar un nuevo equilibrio para mantenerla bajo control.

La concepción contramayoritaria, apolítica y neutral de la administración independiente entre la doctrina europea ha conllevado que este reequilibrio no comporte un fortalecimiento de los mecanismos de control de las instituciones políticas europeas. Esta concepción del Estado regulador y de su aparato institucional no ha defendido contrapesos a favor de las instituciones políticas porque ha defendido que las funciones de las administraciones independientes no tienen naturaleza política, son estrictamente funciones técnicas que no implican decisiones redistributivas. Bajo esta concepción neutral del Estado regulador, el reequilibrio institucional pasa por desarrollar mecanismos procedimentales – procedimiento administrativo, transparencia, participación ciudadana en la toma de decisiones- como mecanismos de control de la administración independiente. Asimismo, el derecho y papel del poder judicial quedan relegados a aceptar una posición deferencial que se limita a controlar los aspectos procedimentales de la toma de decisiones y, en este sentido, garantizar que la neutralidad técnica no se desvíe hacia el clientelismo, la política o los intereses particulares de algún actor del mercado objeto de regulación.

En resumen, la versión dinámica del principio de separación de poderes –o si se prefiere la expresión anglosajona de esta doctrina que es más esclarecedora: *checks and balances*- requiere preservar el equilibrio institucional para evitar el abuso de poder o la concentración de poder sin control en manos de alguno de los poderes, agentes o instituciones del Estado. La finalidad de controlar el poder, independientemente de los arreglos institucionales o de la distribución concreta de funciones, es el objetivo a alcanzar. Bajo una concepción política de la administración independiente, el reequilibrio necesario que muestra la experiencia norteamericana lleva a la necesidad de fortalecer a los poderes legislativo y ejecutivo frente a aquélla. El trasvase de funciones políticas de las instituciones previstas constitucionalmente a otras de nuevo cuño debe ser compensado con nuevos mecanismos de control que permitan a las primeras mantener su capacidad de acción en el sistema y desarrollar las funciones que constitucionalmente les han sido asignadas.

En España, sin embargo, no se ha producido esta reestructuración del equilibrio institucional. La irrupción de las administraciones independientes como organismos reguladores sectoriales ha comportado una reasignación de funciones –con pérdidas significativas de funciones por parte de los poderes legislativo y ejecutivo- que no ha ido acompañada del desarrollo de nuevos mecanismos de control en manos de éstos. Como se ha argumentado, el legislador español ha introducido algunos elementos nuevos de control a partir de la LES y de la creación de

la CNMC, sobre todo, ha potenciado su participación en el nombramiento de los miembros de los organismos reguladores y ha impuesto obligaciones de remitirle informes periódicos, así como trámites de comparecencia obligatorios. Sin embargo, se trata de mecanismos muy débiles que no vienen acompañados de un fortalecimiento de su capacidad de control permanente y exhaustivo a través del sistema de comités y subcomités al estilo norteamericano o del derecho de veto sobre las decisiones de los organismos reguladores.

Asimismo, no se ha dotado al poder ejecutivo de ningún mecanismo de supervisión y control sobre los organismos reguladores. El único equilibrio para fortalecer al poder ejecutivo que se ha ensayado con la creación reciente de la CNMC ha sido devolver funciones regulatorias a aquél en detrimento de la administración independiente. El debilitamiento funcional de la administración independiente es un elemento no deseable para el Estado regulador que, en cambio, sí que ve con buenos ojos que se articulen mecanismos de control que encaucen y supervisen las decisiones de un organismo regulador funcionalmente fuerte.

En el caso de que se adopte una concepción apolítica y neutral de la administración independiente –tal y como así lo han hecho la doctrina europea, el legislador y la doctrina españoles- el equilibrio institucional también es necesario. Sin embargo, este equilibrio tiene que ver más con mecanismos de carácter procedimental – transparencia, publicidad, trámite de audiencia, control judicial

deferencial no sustantivo o de carácter procedimental- que en el control directo de los poderes políticos para, precisamente, evitar la politización de la administración independiente. En los siguientes apartados de este trabajo se exponen, principalmente, la falta de desarrollo doctrinal de nuevas técnicas de control de la administración independiente y la posición deferencial adoptada en la práctica por los tribunales españoles sin la elaboración de estándares claros y precisos de control.

En definitiva, el Derecho de la Unión Europea solamente impone la administración independiente, pero guarda silencio, mientras se mantenga el esqueleto institucional básico de ésta, sobre el reequilibrio de poderes y contrapoderes que pueda producirse en el ordenamiento jurídico interno. El acomodo interno depende del Estado Miembro y, sobre todo, le compete a éste el desarrollo de los mecanismos de control que se crean pertinentes. Tal y como demuestra el ordenamiento jurídico norteamericano, el respeto de la personalidad jurídica propia de la administración independiente, su autonomía financiera o la prohibición de recibir órdenes del Presidente, no quedan alterados por la creación de una oficina gubernamental que coordine y alinee a los organismos reguladores con la política general del poder ejecutivo. Asimismo, estos atributos no son incompatibles con un control exhaustivo de las actividades de la administración independiente por parte de comités legislativos.

Es muy dudoso que esta falta de reequilibrio institucional en España, con la aparición de una nueva institución que apenas se mantiene bajo control, tenga acomodo constitucional y no implique una alteración del principio de separación de poderes de dudosa constitucionalidad. La pérdida de funciones de los poderes políticos en manos de la administración independiente comporta un desajuste que debe buscar un nuevo equilibrio. Estaríamos delante, en terminología anglosajona, de un *encroachment* en las funciones previstas constitucionalmente de los poderes legislativo y ejecutivo que no tiene compensación con nuevos mecanismos de control en manos de éstos.

En definitiva, parece acertado resaltar que el acomodo institucional de la administración independiente en España no se ha hecho adecuadamente. Bajo la hipótesis de una concepción contramayoritaria y apolítica de la administración independiente – defendida por la doctrina europea y asumida por el legislador y doctrina españoles- es necesario el desarrollo de mecanismos de control de carácter procedimental y, asimismo, de técnicas de control judicial antiformalistas que aseguren los valores procedimentales y de participación ciudadanas en la toma de decisiones técnicas de los organismos reguladores. Bajo la hipótesis de una administración independiente política y no neutral, las instituciones políticas deben asumir un mayor papel de control sobre la administración independiente. En un sentido u otro debe producirse un reequilibrio institucional. Lo que parece que el principio de separación de poderes español no permitiría, a pesar de

asumirse una versión dinámica de éste, es la creación de una nueva institución que, ya sea de carácter técnico o político, escape a todo tipo de control. En palabras de MAJONE, la fórmula de responsabilidad y control múltiple -“nadie las controla pero, aún así, están bajo control”- no se cumpliría en el caso español porque nadie, ni el poder legislativo, ejecutivo o judicial, estarían en condiciones de ejercer ese necesario control.

5.3. La doctrina y el control de las administraciones independientes en España: la hegemonía del formalismo jurídico y la falta de alusión a su problemática específica

El debate contemporáneo en España acerca del control de la actividad administrativa arranca en los años sesenta con la importante e influyente aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA⁷²⁵. Este autor, por primera vez, sugirió la introducción en España de un conjunto de técnicas importadas del Derecho alemán que defendían la adopción de un control judicial intenso de la actividad administrativa. La idea de fondo, expresada en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA, era acabar con cualquier “inmunidad” del poder público. Sin duda, el contexto histórico del momento, ya en la recta final de una dictadura, favoreció la difusión de las ideas favorables a un control judicial fuerte de la administración pública que carecía

⁷²⁵ Véase, como primer trabajo y más influyente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. *Revista de Administración Pública*, nº 38. 1962.

de ningún tipo de control ni legitimidad democrática. La influencia del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA ha sido realmente destacable y se prolonga hasta nuestros días. DELGADO BARRIO ha señalado que la doctrina defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA en la década de los sesenta “ha pasado a ser jurisprudencial”, “un ejemplo arquetípico de pre-jurisprudencia”⁷²⁶.

La situación de partida era radicalmente distinta. Como ha señalado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, nuestra tradición de separación de poderes heredada por la Revolución francesa había conducido a generar un espacio de libre decisión de la administración, irreductible, ajeno al control judicial⁷²⁷. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el Derecho Administrativo español se ha ido construyendo con el objetivo de reducir el ámbito discrecional de la actuación administrativa y fortalecer, poco a poco, la jurisdicción contenciosa-administrativa⁷²⁸. Las técnicas de control judicial introducidas por GARCÍA DE ENTERRÍA en la década de los sesenta y que perduran en su esencia hasta nuestros días serían una clara evolución de esta tendencia del Derecho Administrativo español a ir edificando un control judicial fuerte de la actividad administrativa.

Ahora bien, la Constitución española de 1978 comportó, en principio, un hito que afectó al Derecho Administrativo. Un

⁷²⁶ DELGADO BARRIO, J. *El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico*. Madrid: Civitas. 1993. Págs. 25-26.

⁷²⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *De la Arbitrariedad de la Administración*. 3ª ed. Madrid: Civitas. 1999. Págs. 109-130.

⁷²⁸ *Ibidem*.

presupuesto de hecho que hasta ese momento había permanecido invariable, salvo momentos puntuales en nuestra historia, experimentó un cambio copernicano: la administración española pasó a estar legitimada democráticamente. A partir de este momento el debate doctrinal se reanimó en España y llegó a su punto álgido en la década de los noventa con una viva polémica entre las posiciones doctrinales favorables a un control judicial fuerte y otras que, sin olvidar las primeras, defendieron la potenciación de otras formas de control y un paso atrás del poder judicial. Las nuevas posiciones doctrinales abogaron por reducir el control judicial de la administración pública basándose principalmente en su nueva legitimidad democrática y en una nueva formulación del principio de separación de poderes en la Constitución española de 1978. Asimismo, estas nuevas corrientes doctrinales llevaron consigo una posición mucho más antiformalista del derecho y mucho más abierta al realismo jurídico. Sin embargo, y a pesar de su importancia, estas nuevas corrientes apenas comportaron una fisura en la tradición del formalismo jurídico y el control judicial intenso en el Derecho Administrativo español.

A continuación se examinarán las dos concepciones doctrinales que han marcado el debate en España acerca del control de la administración pública. En todas ellas, la administración independiente es una desconocida. Tanto para la primera concepción doctrinal, formalista y defensora del control judicial fuerte como técnica esencial del control de la administración pública, como para la segunda, antiformalista e introductora de

nuevas fórmulas de control ajenas al poder judicial, la administración independiente no ha significado ningún elemento añadido o diferenciador en sus construcciones doctrinales sobre el control de la actividad administrativa. Como se analizará, incluso entre los estudiosos de la administración independiente la cuestión de su control ha pasado desapercibida y únicamente algún autor se ha dedicado a su análisis.

a) El control judicial fuerte de la administración pública española desde mediados del S.XX: el formalismo jurídico y el desarrollo de las técnicas hegemónicas del control judicial

Los esfuerzos doctrinales contemporáneos para intensificar el control judicial de la actividad de la administración pública comienzan en los años sesenta y transcurren hasta la actualidad dominados por un fuerte componente de confianza en el derecho y los jueces como principales mecanismos de control. El derecho como ciencia o sistema y, por tanto, la determinación del derecho y el papel estelar del juez, son las características que han imperado en la mayoría de los iuspublicistas españoles, descartando la mayoría – excepto los autores que irrumpieron en la década de los noventa – posiciones más próximas al realismo jurídico o a la indeterminación del derecho que abren las puertas a otros mecanismos de control distintos al judicial.

Esta construcción doctrinal se ha fundamentado en dos pilares. En primer lugar, se reducen al máximo los ámbitos discrecionales de la administración mediante la dicotomía conceptos jurídicos indeterminados/potestades discrecionales, una concepción doctrinal importada del Derecho alemán. En segundo lugar, una vez delimitado el “real y verdadero” ámbito discrecional de la administración -muy reducido, por la constatación casi siempre de conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación corresponde al juez- se articulan una serie de técnicas jurídicas para disciplinarlo, entre ellas y principalmente, el control de los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. De este modo, se otorga un papel estelar al derecho y al juez en el control de la administración pública.

A través de la dicotomía conceptos jurídicos indeterminados/potestades discrecionales los iuspublicistas españoles han intentado reducir al máximo el ámbito considerado como genuinamente discrecional de la administración pública. GARCÍA DE ENTERRÍA fue el primer autor español que defendió la introducción de esta distinción en España⁷²⁹. Posteriormente, autores como SAINZ MORENO han profundizado en su aplicación, desarrollo y refinamiento⁷³⁰, y como se verá más adelante, GARCÍA DE ENTERRÍA ha modificado y matizado su posición original para

⁷²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La lucha contra las inmunidades del poder... Págs. 171-176.

⁷³⁰ Véase la totalidad de la obra SAINZ MORENO, M. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. 1ª ed. Madrid: Civitas. 1976.

introducir algún elemento de indeterminación o realismo jurídico en la técnica. Interesa, en estos momentos, describir el funcionamiento original de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados que, como se verá, atesora un fuerte componente de formalismo jurídico. Utilizaremos para ello la primera formulación en los años sesenta de GARCÍA DE ENTERRÍA.

La norma con rango de ley en muchos casos define la potestad de la administración mediante un concepto o un lenguaje que, a primera vista, parece indeterminado o que no puede conducir en su proceso de determinación a una sola solución correcta. Encontramos muchos ejemplos en los cuales el legislador se expresa de este modo: la administración podrá expropiar en caso de “utilidad pública”, los precios del sector eléctrico deberán ser fijados por la administración en función del “interés general” o la administración debe actuar en un caso concreto para salvaguardar el “orden público”. En este tipo de conceptos existe una “única unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”, o en otras palabras, “o se da o no se da el concepto”, o “hay utilidad pública o no la hay”⁷³¹.

La tarea de concreción o determinación del concepto para llegar a la “solución justa” corresponde al juez a través de criterios estrictamente jurídicos. No hay lugar, en esta primera versión de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, para criterios de

⁷³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La lucha contra las inmunidades del poder... Pág. 172.

oportunidad o valorativos. A la única solución posible se llega a través de la interpretación jurídica, que se trata de una “actividad de cognición, objetivable y no de volición”⁷³². En otras palabras, la concreción en el caso concreto del concepto empleado por la ley “es un proceso reglado, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado”⁷³³.

Sin duda alguna, la formulación original de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es una manifestación de un pensamiento jurídico anclado en el determinismo del derecho que considera a éste una ciencia separada, sistemática, con su propia argumentación y lógica. En la tarea controladora de la administración mediante esta técnica, el juez únicamente aplica criterios jurídicos, en ningún caso se considera que añade elementos de valor, subjetivos o criterios de oportunidad. En pocas palabras, el juez se limita a discernir –mediante argumentación jurídica- aquello que previamente el legislador ha determinado, sin añadir juicios de valor. Todo queda dentro de la ciencia del derecho, que se concibe como algo claramente separado de la política. El legislador sería el único que decide políticamente en un momento inicial –aunque lo haga mediante conceptos jurídicos que parecen, a simple vista, abiertos a diferentes soluciones- mientras que la administración tiene que aplicar esta voluntad política sin desviarse de la misma. El juez, capaz con sus instrumentos jurídicos de entender y desentrañar

⁷³² *Ibidem.* en págs. 172-173.

⁷³³ *Ibidem.* en pág. 173.

el significado de los conceptos que ha asentado el legislador, fiscalizará la actividad de la administración pública y la censurará en caso de desviarse del significado que el legislador ha atribuido al concepto aparentemente abierto pero que, en la práctica y gracias a la interpretación jurídica, solamente admite una solución posible.

Ahora bien, que el legislador recurra en muchos casos a este tipo de lenguaje denominado “conceptos jurídicos indeterminados” no significa que no existan espacios de discrecionalidad de la administración para esta primera concepción doctrinal. En efecto, caben perfectamente potestades de carácter discrecional, es decir, que permiten varias soluciones correctas o adecuadas. Simplemente, hay que distinguir claramente cuando nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado, donde no se admiten una pluralidad de soluciones posibles, y los auténticos o verdaderos ámbitos discrecionales de la administración. La tendencia, no obstante, de quienes abogan por un control judicial fuerte es encontrar siempre conceptos jurídicos indeterminados que guían la acción de la administración, quedando por tanto las potestades verdaderamente discrecionales reducidas a la mínima expresión.

Dejando de lado la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y dentro ya de la reducida genuina discrecionalidad de la administración pública, el papel del juez y del derecho en su control tampoco son desdeñables. De nuevo y, en este caso para controlar las genuinas potestades discrecionales, los iuspublicistas españoles ya desde su primera formulación en la década de los

sesenta, han desarrollado un conjunto de mecanismos que también demuestran la apuesta clara por el derecho como ciencia, sistema y orden autónomo, separado de la política. De nuevo utilizaremos la primera caracterización de estas técnicas formulada por GARCÍA DE ENTERRÍA.

Como primera técnica de fiscalización de las potestades discrecionales de la administración pública destaca el control de los elementos reglados⁷³⁴. Una vez reconocida una auténtica potestad discrecional, es decir, un ámbito en el que el legislador ha decidido otorgar un juicio de valor a la administración y donde caben diversas soluciones, siempre se podrán controlar aquellos aspectos cotidianos para el derecho, adjetivos y adyacentes a toda decisión discrecional. Entre estos elementos reglados destacan la propia atribución de la potestad discrecional o competencia otorgada, su concreto alcance, la forma o procedimientos para ejercerla o la adecuación a la finalidad prevista por el legislador. Respecto a este último elemento reglado, se ha desarrollado la importante técnica de control jurídico de la desviación de poder. A pesar de que la decisión discrecional recaiga en manos de la administración pública, el juez mediante el derecho siempre podrá controlar todos estos elementos reglados.

La segunda técnica recibe la denominación de control de los hechos determinantes⁷³⁵. Ésta otorga al juez el control sobre los supuestos

⁷³⁴ *Ibidem.* en págs. 167-169.

⁷³⁵ *Ibidem.* en págs. 170-171.

de hechos en los que se apoya la decisión discrecional de la administración pública. En este sentido, la decisión discrecional consistirá en una valoración subjetiva o política de los hechos, pero, éstos, son los que son, existen o no existen y por tanto son fiscalizables por el juez. Nos encontramos con una técnica similar a la norteamericana relativa al control de los hechos (*substantial evidence review*). Si bien el estándar de control no se encuentra formulado con la misma claridad que en el Derecho norteamericano, todo apunta que los iuspublicistas españoles defienden el control pleno del juez respecto a la existencia de los supuestos de hecho determinantes, esenciales o necesarios, en los que la decisión discrecional de la administración debe apoyarse.

Finalmente, la tercera técnica consiste en controlar la discrecionalidad de la administración pública mediante los principios generales del derecho⁷³⁶. Ésta es la técnica de control de la discrecionalidad en la que el derecho como ciencia se reserva el papel más importante. Aunque el legislador haya otorgado una potestad discrecional a la administración pública, ésta siempre deberá ejercerla respetando los principios generales del derecho. Entre ellos, destacan la buena fe, la inequidad manifiesta, la interdicción de la discriminación y la arbitrariedad, la seguridad jurídica y, sobre todos ellos, el principio de proporcionalidad. Seguramente, éste último es el principio general del derecho que se ha desarrollado más como técnica de control de la administración pública. En todo caso, el juez extrae estos principios jurídicos del

⁷³⁶ *Ibidem*. en págs. 176-180.

conjunto del ordenamiento jurídico, de los valores de la comunidad jurídica, mediante un proceso de deducción sin añadir ninguna valoración subjetiva o política. Asimismo, su aplicación al caso concreto también se presenta como desposeída de todo valor subjetivo: la decisión discrecional y subjetiva de la administración pública se encuentra ceñida a unos parámetros o paredes –los principios generales del derecho- que son seleccionados, determinados y aplicados por el juez sin añadir valoraciones subjetivas.

En conclusión, desde la década de los sesenta con GARCÍA DE ENTERRÍA como principal exponente, los iuspublicistas españoles erigieron al derecho y al juez como los principales mecanismos de control de la administración pública. Primero redujeron a la mínima expresión el ámbito discrecional de ésta mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. En segundo lugar, desarrollaron mecanismos de control –donde destacan sobre todo los principios generales del derecho- para los ámbitos genuinos de discrecionalidad administrativa. El derecho y la figura del juez aparecen, en su acepción más formalista, como elementos no volitivos que aplican argumentos y criterios autónomos, completamente separados de la política.

Asimismo, en todas estas concepciones doctrinales no se plantean mecanismos de control alternativos como podrían ser la mejora del procedimiento administrativo, medidas de transparencia, publicidad y acceso a las resoluciones y expedientes. Los mecanismos de

control estrella del Estado regulador, basados en la legitimidad procedimental, no se plantean. En este sentido, preocupadas todas estas concepciones por acentuar el control de la administración pública y siendo el juez y el derecho los protagonistas de éste, la palabra deferencia no aparece en su lenguaje. El juez posee en sus manos un amplio abanico de técnicas de control que lo sitúan lejos de adoptar una posición de deferencia ante la administración pública.

b) La fisura de los años noventa en el control judicial fuerte: la irrupción del indeterminismo jurídico en el iuspublicismo español

Durante la década de los noventa en España, coincidiendo con el auge del Estado regulador en Europa, aconteció una viva polémica doctrinal entre los postulados formalistas del control fuerte de la administración pública hegemónicos hasta ese momento y unos nuevos que abogaron por reducir el control judicial y potenciar nuevas formas de control de la administración pública. Dos fueron los pilares principales de la nueva corriente doctrinal: una nueva concepción del derecho mucho menos formalista que la imperante y el fundamento democrático de la administración pública. Si bien estas nuevas corrientes no incorporaron de manera explícita el lenguaje del Estado regulador que ya estaba plenamente instalado en el debate europeo, sus posiciones parecieron recogerlo implícitamente, especialmente en aquello que hacía referencia a sus fundamentos sobre la concepción antiformalista del derecho. Estos

dos pilares condujeron a estas nuevas corrientes doctrinales a la conclusión de que debía reducirse el protagonismo del control judicial y apostar por nuevas fórmulas de control de la administración pública.

Dentro de estas nuevas corrientes doctrinales, TORNOS MAS fue el autor español que se aproximó más al lenguaje del Estado regulador y a las concepciones antiformalistas del derecho que lo acompañaban. En efecto, consideró que el derecho se enfrentaba en esos momentos a nuevos fundamentos en los cuales el legislador utilizaba un tipo de lenguaje más abierto, menos detallado, más poroso o indeterminado⁷³⁷. Éste era el lenguaje de lo que él denominó el nuevo Derecho Administrativo Económico, muy cambiante, flexible, donde imperaban las normas finalistas no detalladas⁷³⁸. También SÁNCHEZ MORÓN o PAREJO ALFONSO asumieron en la década de los noventa esta posición más indeterminada del derecho caracterizado por muchas más cláusulas generales, ambiguas, vacías, que antaño⁷³⁹ y con muchos más ámbitos discrecionales para la administración pública como consecuencia de la indeterminación del lenguaje del legislador⁷⁴⁰.

⁷³⁷ TORNOS MAS, J. “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”. En: A.A.V.V. *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas. 1996. Págs. 391-398.

⁷³⁸ *Ibidem*. en pág. 395.

⁷³⁹ PAREJO ALFONSO, L. *Perspectivas del derecho administrativo para el nuevo milenio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1998. Págs. 77-140.

⁷⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”. En A.A.V.V.: *Eficacia, discrecionalidad y*

Esta concepción del derecho, antiformalista y cercana a las teorías sobre la indeterminación del derecho, se vislumbró especialmente en la crítica a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. No podía sostenerse, se argumentó, que la determinación de estos conceptos condujera a una única solución justa⁷⁴¹. La tarea interpretativa de dichos conceptos encerraba juicios de valor, no meramente cognitivos, criterios en muchos casos extrajurídicos, y que podían conducir a una pluralidad de soluciones distintas. El concepto jurídico indeterminado, por tanto, no se podía distinguir de la potestad discrecional. Sin lugar a dudas, estas críticas se asentaron en una concepción del derecho que acentuaba las situaciones de indeterminación de la ley, las ambigüedades, la confusión entre derecho y política y, en definitiva, se aproximaba a teorías jurídicas realistas o postrealistas.

Esta nueva concepción del derecho vino acompañada, para estos autores, de un cambio importante en la naturaleza de la administración pública como consecuencia del nuevo Derecho Constitucional: su legitimidad democrática⁷⁴². El razonamiento, ya esbozado con anterioridad, era bastante simple y se asentaba en una cadena o correa de transmisión de la legitimidad: la legitimidad democrática vendría garantizada por la dirección que sobre ella ejerce el Gobierno -artículo 97 CE- que, a su vez, en el sistema

control judicial en el ámbito administrativo. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, nº 32, Consejo General del Poder Judicial. 1994. Págs. 143-162.

⁷⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos 1994. Págs. 116-120.

⁷⁴² *Ibidem*. en págs. 112-116.

parlamentario que articula la Constitución, derivaría su legitimidad democrática indirecta de su responsabilidad política ante el Parlamento, el único órgano con legitimidad democrática directa en nuestro ordenamiento. Si el legislador apostaba en la década de los noventa por un lenguaje abierto, indeterminado, le correspondía a la administración pública, también con legitimidad democrática – aunque indirecta- concretar y determinar lo que el legislador había dejado abierto y sin resolver⁷⁴³.

Estos dos pilares –derecho indeterminado y legitimidad democrática de la administración pública- entrañaban, aunque los autores no lo defendieran abiertamente, una nueva formulación del principio de separación de poderes que disminuía notablemente el papel del derecho y del juez en el control de la administración pública⁷⁴⁴. La concreción del derecho poroso, indeterminado y que dejaba margen para varias soluciones en el caso concreto, debía estar en manos de la administración pública, con legitimidad democrática⁷⁴⁵. La discrecionalidad administrativa, deseada por el legislador al utilizar el lenguaje indeterminado y, por tanto, vista como un elemento

⁷⁴³ PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Tecnos. 1993. Págs. 96-104.

⁷⁴⁴ Insinuando la reformulación del principio de separación de poderes, pero sin entrar en un análisis detallado, SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Págs. 156-157.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

positivo, no podía controlarse por el juez, carente de legitimidad democrática⁷⁴⁶.

Es por este motivo que esta nueva corriente doctrinal defendió mecanismos alternativos al control judicial. Éstos se aproximaron mucho a aquellos defendidos por el Estado regulador aunque no se apeló al mismo por parte de este grupo de autores. Entre ellos, se apostó por enfatizar los aspectos institucionales o de carácter organizativo de las administraciones públicas, para, por ejemplo, reforzar su estatus de independencia en el caso de que se deseasen resoluciones basadas en la especialidad técnica⁷⁴⁷. Si bien no se realizó un análisis específico y singular de las administraciones independientes, se intuía su necesidad como mecanismo de control, en este caso, se trataban de una suerte de garantía institucional para salvaguardar la discrecionalidad técnica⁷⁴⁸.

También se centró el análisis en el procedimiento administrativo y se ofrecieron propuestas de mejora en cuanto a su transparencia y participación de los ciudadanos en el mismo a través, por ejemplo, de prever trámites de audiencia⁷⁴⁹. La discrecionalidad administrativa, deseada y necesaria, debía controlarse mediante técnicas de participación democrática. Finalmente, se apostó por

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Págs. 143-146.

⁷⁴⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa-Calve. 1991. Pág. 146.

⁷⁴⁹ *Ibidem*. en págs. 147-149; PAREJO ALFONSO, L. *Perspectivas del derecho administrativo para el nuevo milenio...* Págs. 77-140.

controles extrajurídicos como los políticos basados en las relaciones de control mutuo entre los distintos poderes, especialmente la capacidad de control y supervisión de la administración pública mediante el control parlamentario⁷⁵⁰.

En definitiva, esta corriente doctrinal de la década de los noventa aportó una nueva concepción del derecho, una implícita reformulación del principio de separación de poderes y todo ello acarreó consecuencias para el control de la administración pública: la reducción del control judicial y la apuesta por otras formas de control. Cabe destacar, sin embargo, que estos autores no incluyeron en su repertorio de medidas de control una teoría sobre la deferencia judicial. En este sentido, si bien se consideró adecuada una retirada en general del poder judicial en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, no se mencionó ni defendió una actitud deferencial del poder judicial ante la administración pública.

Estos nuevos postulados han sido defendidos y desarrollados, hasta la actualidad, por una parte minoritaria de la doctrina iuspublicista española. Cabe destacar, como los autores más influyentes de los últimos años que han asumido y defendido estas tesis antiformalistas, a MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO y GONZÁLEZ TREVIJANO. El primero, ha caracterizado al nuevo Derecho Administrativo como un derecho básicamente modulado por el legislador que, en función de su mayor o menor concreción

⁷⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. *El control de las administraciones públicas y sus problemas...* Pág. 83.

en el lenguaje, otorga diferentes grados de discrecionalidad a la administración pública y, por consiguiente, también el control judicial variará en su intensidad⁷⁵¹. La decisión, por tanto, está en manos del legislador. El segundo, miembro destacado en el debate de los años noventa, ha defendido recientemente que el Derecho Administrativo español aún debe reformularse sobre la base de la noción de regulación y, sobre todo, de una nueva concepción del derecho que PAREJO ALFONSO denomina “derecho de programación”⁷⁵². Básicamente, este autor continúa defendiendo en 2012 que el nuevo Derecho Administrativo se caracteriza por una mayor indeterminación, flexibilidad y porosidad y que, por tanto, se limita a asentar solamente principios y a programar la actuación de la administración pública. Finalmente, GONZÁLEZ TREVIJANO, si bien no ha abandonado la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ha defendido que éstos están muy presentes en la regulación económica y que existe una gran indeterminación en el lenguaje utilizado por el legislador, con la consecuente discrecionalidad a favor de la administración pública, en este ámbito⁷⁵³.

⁷⁵¹ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 518-522.

⁷⁵² PAREJO ALFONSO, L. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España...* Págs. 46-47.

⁷⁵³ GONZÁLEZ TREVIJANO, P. “Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la Constitución española de 1978”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas. 2003. Págs. 205-218.

Este seguimiento de las posiciones antiformalistas de la década de los noventa, sin embargo, ha sido minoritaria. En general, la reacción de la doctrina hegemónica anclada en una concepción formalista del derecho y defensora de un control judicial fuerte fue dura e, incluso, utilizó términos insultantes⁷⁵⁴. Se acusó a la nueva corriente doctrinal de no hacer ciencia jurídica, de acudir a áreas del conocimiento no propias del derecho y, por tanto, inválidas para el análisis estrictamente jurídico⁷⁵⁵. Sin lugar a dudas, la reacción de los formalistas fue reivindicar el derecho, entendiéndolo como un compartimento estanco que no podía verse mezclado con, principalmente, disciplinas como las ciencias políticas, la economía o la sociología. Para la corriente hegemónica formalista, los nuevos postulados doctrinales significaban un paso atrás en el camino que el Derecho Público español había andado en el fortalecimiento del control judicial de la administración pública⁷⁵⁶.

En esta reacción, como más adelante analizaremos, GARCÍA DE ENTERRÍA reivindicó el modelo de Derecho Administrativo español y desechó importaciones doctrinales foráneas como la teoría de la deferencia judicial norteamericana⁷⁵⁷. Sin embargo, fue FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ el que reivindicó con más fuerza la necesidad de continuar recurriendo a un control judicial fuerte de la

⁷⁵⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *De la Arbitrariedad de la Administración...* Págs. 141-143.

⁷⁵⁵ *Ibidem.*

⁷⁵⁶ *Ibidem.* en págs. 109-120.

⁷⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración.* Madrid: Civitas. 1995. Pág. 204.

administración pública. Además de continuar defendiendo las técnicas tradicionales de control –conceptos jurídicos indeterminados, control de los elementos reglados y los hechos determinantes y uso de los principios generales del derecho-⁷⁵⁸, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ utilizó el Derecho Constitucional como argumento para reforzar el papel del derecho, en especial, apelando a la nueva técnica de la interdicción de la arbitrariedad derivada del artículo 9.3 CE, así como al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 CE⁷⁵⁹. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cualquier decisión discrecional de la administración pública debía estar fundamentada o motivada y obedecer a un criterio de racionalidad⁷⁶⁰. Él mismo, reconocía, a pesar de todo, que la cuestión radicaba hasta qué punto se debía exigir motivación y, sobre todo, racionalidad en la actuación de la administración pública⁷⁶¹.

Esta airada reacción, en definitiva, cerró filas entorno al valor del derecho en general, y del juez en particular, como principales baluartes del control de la administración pública. Continuó, por tanto, concibiéndose al juez como un aplicador de unos criterios estrictamente jurídicos, ajenos a cualquier valoración subjetiva, a través de un variado haz de técnicas. La fisura que la nueva corriente doctrinal antiformalista del derecho había causado en la

⁷⁵⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *De la Arbitrariedad de la Administración...* Págs. 129-130.

⁷⁵⁹ *Ibidem.* en págs. 79-81.

⁷⁶⁰ *Ibidem.* en págs. 161-166.

⁷⁶¹ *Ibidem.* en págs. 243-248.

década de los noventa solamente se dejó ver en dos matizaciones que aceptaron GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En primer lugar, matizaron la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados añadiendo algún elemento de indeterminación y, en segundo lugar, aceptaron un ámbito de discrecionalidad técnica muy reducido en la actividad de la administración pública.

Respecto a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, GARCÍA DE ENTERRÍA reivindicó su vigencia y defendió que en su aplicación los jueces únicamente ejercían valoraciones jurídicas, no subjetivas⁷⁶². Incluso defendió vehementemente que uno de los conceptos jurídicos más imprecisos de nuestro ordenamiento, la actuación de la administración pública en aras del “interés general”, lo era sin discusión y, por tanto, fiscalizable por el juez⁷⁶³. A pesar de esta reafirmación de sus tesis originales, introdujo conjuntamente con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en sus sucesivos manuales de Derecho Administrativo –aún presentes en sus últimas ediciones- elementos de discrecionalidad dentro de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados: el llamado margen de apreciación en la determinación del concepto⁷⁶⁴. Recogiendo parte del pensamiento jurídico de HART, mucho más próximo ya a postulados anglosajones con ciertas dosis de indeterminación del derecho, en su segunda versión de la técnica de los conceptos jurídicos

⁷⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración...* Pág. 142.

⁷⁶³ *Ibidem.* en págs. 224-225.

⁷⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.* 15ª ed... Págs. 481-488.

indeterminados, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han caracterizado a todo concepto jurídico indeterminado como poseedor de una “zona de certeza” y una “zona de incertidumbre”⁷⁶⁵. Cuando estamos en la zona de incertidumbre debe reconocerse que aproximarse a la solución justa presenta una cierta “dificultad” y debe otorgarse el beneficio de la duda a la administración pública⁷⁶⁶.

Los dos autores, en su reconfiguración de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, incluso van más allá y reconocen dificultades en el control judicial como consecuencia de la existencia de la zona de incertidumbre. Además introducen una nueva categorización de los conceptos jurídicos indeterminados. Ahora de estos conceptos hay de dos tipos: conceptos jurídicos que incorporan nociones de experiencia y conceptos que incorporan nociones de valor, que entrañan juicios de valor⁷⁶⁷. Los primeros no plantean problemas para el control judicial, que debe ser lo más intenso posible, puesto que su determinación depende de la apreciación de los hechos, si el edificio está en “ruina” o no, por ejemplo. Los segundos, en cambio, son los que plantean mayores dificultades y en los cuales se le debe dar prioridad a la interpretación de la administración pública.

⁷⁶⁵ *Ibidem.*

⁷⁶⁶ *Ibidem.*

⁷⁶⁷ *Ibidem.*

Esta reconfiguración de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados a través del margen de apreciación hubiera podido abrir la puerta a teorías de deferencia judicial en favor de la administración. Puede sostenerse, incluso, que el propio término margen de apreciación ya constituye un reconocimiento de deferencia judicial. Sin embargo, los autores, que provienen de un pensamiento jurídico anclado en valores del formalismo jurídico, son muy cautos en equiparar discrecionalidad y margen de apreciación, incluso, en los “conceptos jurídicos que incorporan nociones de valor”. No puede olvidarse que incluso situándonos en la zona de incertidumbre del concepto, éste no deja de ser jurídico, apreciándose una fuerte presencia del derecho como mecanismo de control y negándose, en todo caso, que se esté delante de una auténtica potestad discrecional. Los autores continúan manteniendo la dicotomía conceptos jurídicos indeterminados/potestades discrecionales y, por tanto, por mucho que se reconozca un margen de apreciación dentro de las zonas de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados, no estamos, para estos autores, delante de genuinas potestades discrecionales y el derecho y los criterios jurídicos, no subjetivos ni valorativos, continúan teniendo un papel central. Únicamente MUÑOZ MACHADO ha criticado recientemente el mantenimiento de esta dicotomía y ha defendido superarla y considerar que estamos delante de una potestad discrecional, sin más⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol I...* Págs. 546-552.

Fuera de las auténticas potestades discrecionales, reducidas al máximo todavía a día de hoy al mantenerse la vigencia de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el único ámbito donde la corriente hegemónica formalista reconoce y califica abiertamente que nos encontramos delante de un ámbito discrecional y deferencial es en el ámbito de los conocimientos técnicos. En efecto, la denominada “discrecionalidad técnica”, reducida a los ámbitos del urbanismo, la contratación pública y la función pública, es la única concesión actual a las teorías sobre la deferencia judicial entre la doctrina mayoritaria española⁷⁶⁹. Como a continuación se verá, la doctrina, salvo contadas excepciones, no defiende extender este concepto de discrecionalidad técnica y, por tanto, apostar por la deferencia judicial, a la actividad de las administraciones independientes. A pesar de ello, como también se verá, los jueces españoles parece que cada vez más se apoyan en ésta para sostener una posición deferencial ante las administraciones independientes españolas.

En todo caso, lo que interesa resaltar en estos momentos, es que la corriente hegemónica formalista que defendió un control judicial fuerte de la administración pública en España desde los años sesenta sufrió una importante crítica en la década de los noventa encabezada por un grupo de autores más proclives a defender concepciones antiformalistas del derecho. A pesar de la reacción virulenta en algunos casos de los autores formalistas, éstos

⁷⁶⁹ Por todos ellos, MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol I...* Págs. 609-616.

matizaron sus posiciones y aceptaron incorporar algunos elementos de indeterminación en su concepción del derecho. Sin embargo, el núcleo de sus tesis ha continuado intacto y ha sido hegemónico hasta nuestros días. Las técnicas de control defendidas desde la década de los sesenta –los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los elementos reglados y de los hechos determinantes y el uso de los principios generales del derecho-, así como la interdicción de la arbitrariedad como técnica añadida con base en el lenguaje constitucional, han mantenido al derecho y al juez como protagonistas y un pensamiento jurídico mayoritariamente formalista en sus fundamentos y con poco margen para introducir teorías sobre la deferencia judicial.

Como a continuación se analizará, el debate doctrinal sobre el control de las administraciones públicas en España no ha tenido prácticamente en cuenta la singularidad del Estado regulador y de las administraciones independientes. Como se ha mostrado en capítulos precedentes, el Estado regulador y su aparato institucional vienen acompañados por un Derecho Público basado en posiciones antiformalistas del derecho que sustentan posiciones deferenciales en materia de control judicial. El papel del juez y del derecho se ven claramente reducidos y se apuesta por otras formas de control que tienen más que ver con las relaciones entre los poderes -controles parlamentarios y gubernativos- y con el diseño del procedimiento administrativo. La posición deferencial del poder judicial se expresa en la asunción del control del procedimiento administrativo o, en otras palabras, del marco en el que se toma la decisión. El juez, bajo

una visión antiformalista que lo convierte en un agente político, no neutral y que toma decisiones valorativas o de oportunidad, no está capacitado ni técnica ni democráticamente para controlar plenamente a la administración pública. La doctrina iuspublicista española, en cambio, bajo una tendencia mayoritariamente formalista, no tiene en cuenta estas variables y continua apostando por un control pleno de la administración pública. Se continúa concibiendo al derecho como un conjunto de argumentos y técnicas autónomos de la política y al juez, a su vez, como el aplicador neutral de aquél. Todo ello, por tanto, desemboca en la creencia en el derecho y el juez como herramientas válidas y sólidas para controlar, bajo parámetros neutrales, autónomos y fuera de la política, a la administración pública.

Sin duda, se han introducido matices desde la fisura de los años noventa en el pensamiento jurídico mayoritariamente formalista del iuspublicismo español, pero sus fundamentos han permanecido prácticamente invariables. Es por este motivo que el concepto de deferencia judicial es prácticamente un desconocido para la doctrina iuspublicista española. Como a continuación se verá, ni la introducción en España de una nueva fórmula de ejercer el poder – los organismos reguladores como administraciones independientes – ni el debate europeo fuertemente influenciado por la corriente del Estado regulador norteamericana, han permeado en la doctrina iuspublicista española. Ésta a su vez no ha participado en el debate a nivel europeo sobre las administraciones independientes y su control. En este sentido, existe una clara falta de conexión y

comunicación entre la corriente actual del pensamiento jurídico europeo y el pensamiento jurídico iuspublicista español.

c) Una tímida apertura al derecho comparado y la práctica inexistencia de referencias al debate europeo en materia de control de las administraciones públicas

El debate doctrinal español sobre el control de las administraciones públicas no se ha caracterizado por un elevado grado de apertura al derecho comparado y, sobre todo, al debate europeo. Tanto los partidarios de un control judicial fuerte como de un debilitamiento de éste –formalistas y antiformalistas- no han realizado, salvo excepciones, análisis exhaustivos de derecho comparado para sustentar sus tesis. Sorprende, por ejemplo, que los antiformalistas no se hayan apoyado con decisión y mayoritariamente en las referencias del derecho anglosajón para sustentar teorías más próximas al realismo jurídico. En cambio, los autores más representativos del formalismo jurídico español sí que han recurrido al derecho anglosajón para, precisamente, rechazarlo explícitamente y mantener las tesis del Derecho Público español.

GARCÍA DE ENTERRÍA ha sido el autor más contundente, entre los partidarios de un control judicial fuerte de la administración pública, en rechazar las teorías norteamericanas más deferenciales del control judicial. Después de tratar con exhaustividad doctrinas como *Chevron*, importantes en sus referencias al derecho anglosajón, las ha descartado de plano al entender que no son

aplicables en España⁷⁷⁰. GARCÍA DE ENTERRÍA ha rechazado cualquier reducción del control judicial basada en la legitimidad democrática de la administración pública y en su estudio de derecho comparado con amplias referencias al derecho anglosajón ha reivindicado el papel del juez y del derecho en el control de la misma⁷⁷¹. De manera similar, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha considerado que a los dos lados del Atlántico existen culturas jurídicas y concepciones del Estado y la sociedad muy distintas y, por tanto, las fórmulas de control de la administración pública no son intercambiables⁷⁷².

Ambos autores, claros exponentes del control judicial fuerte sobre la base de una concepción formalista del derecho, han analizado con detalle el derecho anglosajón, en especial el norteamericano, y han llegado a la conclusión de que no es extrapolable a España porque sus fundamentos son distintos. Asimismo, BETANCOR RODRÍGUEZ, uno de los autores que ha tratado el fenómeno de las administraciones independientes con un mayor grado de apertura al derecho comparado, también ha estudiado en detalle las teorías norteamericanas de control de la administración pública, pero su principal tesis siempre ha sido que las administraciones independientes deben controlarse judicialmente al mismo nivel que

⁷⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración...* Pág. 204.

⁷⁷¹ *Ibidem.* en págs. 33-39.

⁷⁷² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *De la Arbitrariedad de la Administración...* Págs. 109-125.

cualquier otra administración pública⁷⁷³. BETANCOR RODRÍGUEZ ha sido especialmente crítico con las posturas que defienden una actitud de deferencia judicial ante las administraciones independientes con base en su especialidad técnica defendida en los años treinta por las primeras formulaciones del Derecho Administrativo norteamericano⁷⁷⁴.

Se aprecia la actitud contraria, aunque no de manera abierta, de los antiformalistas partidarios de un control débil de la administración pública: el derecho comparado aparece como un arma, aunque no muy utilizada, para sustentar sus tesis. Los autores que participaron en el debate de la década de los noventa han hecho uso del derecho comparado de manera muy tangencial y residual. Aún y así, SÁNCHEZ MORÓN tuvo en cuenta algunas de las teorías norteamericanas de control de la administración pública como, por ejemplo, la *hard look doctrine*⁷⁷⁵. Nada comentó, sin embargo, sobre *Chevron* y sus consecuencias. PAREJO ALFONSO, aunque no en los años noventa, sino mucho después, también ha aludido al Derecho norteamericano como característica del nuevo concepto de Derecho Administrativo –incluyéndose todo lo relativo al control de la administración pública– que debería introducirse en España⁷⁷⁶.

⁷⁷³ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho...* Págs. 270-275.

⁷⁷⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho...* Págs. 67-68.

⁷⁷⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Págs. 73-80.

⁷⁷⁶ PAREJO ALFONSO, L. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España...* Págs. 397-400.

Estos autores, aunque cercanos a tesis antiformalistas que defienden un control judicial débil de la administración pública y, en definitiva, al Derecho Público norteamericano y sus postulados, no han enmarcado sus nuevas técnicas de control de las administraciones públicas en el contexto general de un nuevo Derecho Público para España basado en unos nuevos fundamentos, mucho más indeterminados en su concepción, próximos al Derecho Público norteamericano. Pese a esta falta de mayores referencias y de estudios más detallados respecto al Derecho norteamericano, su lenguaje y argumentación se han aproximado mucho a sus elementos nucleares que, como hemos visto, se anclan a día de hoy en concepciones del derecho alejadas del formalismo.

Algunos autores, sin embargo, han recurrido con mayor claridad y de manera más explícita al Derecho norteamericano extrayendo unas conclusiones muy acordes con él para el debate español sobre el control de las administraciones públicas. SALVADOR MARTÍNEZ, en su estudio de derecho comparado sobre las administraciones independientes, se basó principalmente en el Derecho norteamericano para recalcar que si bien el control judicial de las administraciones independiente está fuera de toda duda su grado, nivel o alcance, ya no ha generado tanto consenso⁷⁷⁷. Asimismo, BARNES VÁZQUEZ realizó un lúcido análisis del Derecho norteamericano y llegó a la conclusión de que éste ha apostado por reducir el control judicial de las administraciones públicas y

⁷⁷⁷ SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Autoridades independientes. Un análisis comparado...* Pág. 369.

recorrer al diseño y mejora del procedimiento administrativo como principal técnica de control⁷⁷⁸.

Finalmente, MUÑOZ MACHADO ha sido el autor que probablemente mejor ha manejado el Derecho norteamericano, en especial la doctrina *Chevron*, y ha abogado por soluciones doctrinales similares en el Derecho español. Tanto su acento en la decisión del legislador y el uso de su lenguaje –más o menos detallado, por tanto más o menos discrecionalidad otorgada a la administración pública y su correspondiente modulación del control judicial- como el énfasis en mejorar la transparencia y el procedimiento administrativo de toma de decisiones, son posiciones doctrinales provenientes de un detallado análisis del Derecho norteamericano⁷⁷⁹. Finalmente, la exigencia al legislador de establecer un principio inteligible cuando delega facultades a la administración pública, presenta, de nuevo, una clara similitud con el Derecho norteamericano que el propio MUÑOZ MACHADO reconoce⁷⁸⁰.

En consecuencia, si bien no con exhaustividad, los dos grupos doctrinales –formalistas y antiformalistas- han recurrido al derecho comparado para sustentar sus tesis. MUÑOZ MACHADO ha sido el autor español más claro en su uso. Como se ha adelantado, sin

⁷⁷⁸ BARNES VÁZQUEZ, J. “Una nota sobre el análisis comparado”. En: A.A.V.V. *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas. 1996. Págs. 238-239.

⁷⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica... Págs. 155-160.

⁷⁸⁰ *Ibidem*. en págs. 160-170.

embargo, el debate específicamente europeo sobre el control de la administración pública es inexistente en ambos grupos. No existe en el debate español sobre el control judicial de la administración pública ninguna referencia al Derecho Administrativo europeo, a autores que han participado a nivel del Derecho de la Unión Europea en este debate o, por ejemplo, a las técnicas de control de las instituciones europeas y sus agencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es por este motivo que puede concluirse que el grado de apertura del iuspublicismo español en este punto es prácticamente inexistente.

d) La falta de tratamiento especial del control de las administraciones independientes: la aplicación del marco general de control de la administración pública

En el seno del debate doctrinal en España sobre el control de la administración pública que acabamos de referirnos, simplemente, la administración independiente ha estado prácticamente ausente. Tanto en la construcción doctrinal del control judicial fuerte basada en el formalismo jurídico desde los años sesenta como en la crítica de los años noventa liderada por los antiformalistas, la administración independiente no fue una variable a tener en cuenta. Ninguno de los dos grupos doctrinales ha considerado la necesidad de realizar un análisis específico de la nueva realidad institucional que ha implicado la administración independiente y sus posibles consecuencias respecto a su control. El debate en España sobre el control de las administraciones públicas ha sido, como regla

general, un debate que no ha singularizado sus posiciones en función de distintas soluciones institucionales. En otras palabras, los mismos postulados doctrinales sobre el control de la administración pública tradicional rigen para la administración independiente aunque, a todas luces, ambas realidades sean organizativa e institucionalmente muy diferentes.

Entre aquellos autores que han tratado con singularidad el fenómeno de las administraciones independientes, la problemática sobre su control tampoco parece una cuestión relevante a tratar. Los autores pro-Estado regulador, a pesar de defender las teorías del Estado regulador y a la administración independiente como solución óptima institucional, no han tratado prácticamente la problemática de su control. Únicamente RIVERO ORTEGA, como veremos a continuación, ha lidiado con la cuestión. En cambio, los autores con posiciones doctrinales contrarias a las administraciones independientes sí que han resaltado la problemática de su control pero no han aportado ninguna novedad respecto al debate general en España sobre el control de la administración pública.

Básicamente, este grupo doctrinal de autores contrarios a las administraciones independientes han defendido que no puede soslayarse el control judicial de éstas, sin especificar qué tipo, grado o nivel de control es el adecuado. Su falta de tratamiento de esta última cuestión parece indicar que se inclinan por las técnicas formalistas de control judicial fuerte hegemónicas desde los años sesenta. Así, RALLO LOMBARTE se ha limitado a sostener que es

necesario el control judicial de las administraciones independientes y que, en todo caso, los jueces tienen la última palabra⁷⁸¹. Por su parte, GARCÍA LLOVET sostuvo que el estatus de independencia de las administraciones independientes no podía extrapolarse al poder judicial y, por tanto, éste debía mantener su capacidad de control intacta⁷⁸².

BETANCOR RODRÍGUEZ, sin embargo, ha sido el único autor crítico con las administraciones independientes que ha tratado con mayor detalle la problemática de su control. Si bien en sus primeros estudios sobre las administraciones independientes en los años noventa y principios del dos mil se limitó a afirmar, sin mayor precisión, que era necesario el control judicial⁷⁸³, en su último trabajo en 2012 ha defendido con claridad el control judicial fuerte de las administraciones independientes y ha desechado cualquier posibilidad de matiz en términos de deferencia judicial hacia ellas⁷⁸⁴. Para BETANCOR RODRÍGUEZ, los organismos reguladores no pueden ampararse en una supuesta discrecionalidad técnica para gozar de mayor deferencia judicial y, por tanto, les son de

⁷⁸¹ RALLO LOMBARTE, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes...* Págs. 203-210.

⁷⁸² GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho...” Págs. 115-116.

⁷⁸³ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho...* Págs. 270-276.

- “Las administraciones independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de derechos...” Págs. 617-618.

⁷⁸⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho...* Págs. 619-620.

aplicación los mismos mecanismos de control generales existentes para la administración pública⁷⁸⁵.

Dejando de lado la mayoritaria indiferencia hacia las administraciones independientes del debate general sobre el control de las administraciones públicas y estos autores partidarios de un control judicial fuerte de las mismas, solamente un pequeño grupo de autores han defendido algún tipo de matiz, en el sentido de cierta deferencia, en el control de las administraciones independientes. Tres de ellos no han sido nada precisos al establecer el concreto grado de deferencia o estándar de control pero, en sus escritos, parecen defender su existencia. Así, CHILLÓN MEDINA y ESCOBAR ROCA, aluden a la especial “naturaleza y características” de las administraciones independientes que los jueces deben tener en cuenta⁷⁸⁶. Ningún comentario, sin embargo, sobre las consecuencias concretas para el control judicial de este especial estatus de las administraciones independientes salvo que cuando ejerzan potestades discrecionales debe reducirse el control judicial⁷⁸⁷. SALVADOR MARTÍNEZ, en su análisis de derecho comparado, alude a la necesidad de control judicial de las administraciones independientes pero concluye que, aunque difícil de llegar a un

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

⁷⁸⁶ CHILLÓN MEDINA, J.; ESCOBAR ROCA, G. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...* Págs. 53-54.

⁷⁸⁷ *Ibidem*. en págs. 335-340.

consenso, algún tipo de deferencia judicial parece aceptarse para este tipo de modelo institucional⁷⁸⁸.

Mucho más precisos y centrándose en su especialidad técnica, TORNOS MAS y RIVERO ORTEGA han defendido la necesidad de deferencia judicial ante las administraciones independientes. Son los dos únicos autores españoles que con claridad utilizan este argumento –el de la especialidad técnica- para defender un control judicial débil o deferencia judicial para las administraciones independientes. Para TORNOS MAS, el Derecho Administrativo Económico encierra muchas decisiones de carácter técnico que muchas veces implican una sola decisión posible o una pluralidad de decisiones de índole técnica que están en manos de la administración pública⁷⁸⁹. El juez debe aceptar esta decisión y no puede sustituirla por la suya. Para TORNOS MAS es mucho mejor centrarse en los controles *ex ante* y, sobre todo, en el procedimiento administrativo, que no en el control judicial⁷⁹⁰. Asimismo, RIVERO ORTEGA abunda en este argumento: los jueces no son técnicos y por tanto difícilmente pueden controlar la discrecionalidad técnica propia de las administraciones independientes⁷⁹¹. En todo caso,

⁷⁸⁸ SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Autoridades independientes. Un análisis comparado...* Págs. 376-379.

⁷⁸⁹ TORNOS MAS, J. “Discrecionalidad e intervención administrativa económica...” Pág. 403.

⁷⁹⁰ *Ibidem.* en págs. 405-415.

⁷⁹¹ RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico...* Págs. 104-106.

podrán controlar las arbitrariedades manifiestas y la vulneración de algún elemento normativo⁷⁹².

También parece deducirse una línea argumental a favor de la deferencia judicial de las administraciones independientes con base en su especialidad técnica en el trabajo de ESTEVE PARDO. En efecto, de su análisis jurisprudencial sobre el control de los organismos reguladores en España, el autor parece indicar que el conocimiento técnico de las administraciones independientes – especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia- es un elemento relevante para determinar una actitud deferencial de los jueces⁷⁹³. Aún y así, el autor no es concluyente y no se atreve aún a determinar qué grado concreto de deferencia judicial es el deseado⁷⁹⁴.

MAGIDE HERRERO, por su parte, es el único autor que defiende con claridad una cierta deferencia judicial a favor de las administraciones independientes desde las reformulaciones del principio de separación de poderes que utilizaron los críticos antiformalistas de la década de los noventa para fundamentar un control judicial más débil de la administración pública: la legitimidad democrática de la administración pública, incluidas las administraciones independientes. En efecto, en todas aquellas

⁷⁹² *Ibidem*.

⁷⁹³ ESTEVE PARDO, J. “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la regulación económica*. Madrid: Iustel. 2009. Págs. 899-902.

⁷⁹⁴ *Ibidem*. en págs. 920-921.

potestades discrecionales, así como en las zonas de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados, debe dejarse un amplio margen de actuación a las administraciones independientes y reducir el control judicial, no porque éstas atesoren una cierta especialidad técnica, sino porque tienen una legitimidad democrática que los jueces no poseen⁷⁹⁵.

MUÑOZ MACHADO parece llegar a una conclusión similar al introducir un argumento importante en materia de control judicial de las administraciones independientes. Para este autor, la decisión sobre el nivel de control judicial, la mayor o menor deferencia judicial, la debe tomar el legislador democrático en función del nivel de densidad de regulación o, en otras palabras, en función del nivel de detalle normativo que aquél decida⁷⁹⁶. El lenguaje del legislador, más o menos detallado, determinará el grado de control judicial. En este sentido, a menor concreción, menos control judicial ya que la discrecionalidad de la administración será mayor al designarse a ésta, por su legitimidad democrática, la concreción del lenguaje del legislador. En todo caso, MUÑOZ MACHADO desecha la especialidad técnica como argumento principal en favor de la deferencia judicial y pone énfasis en el legislador y en su poder

⁷⁹⁵ MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes...* Págs. 303-308.

⁷⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I...* Págs. 598-599.

modulador de la deferencia en función del lenguaje –más o menos detallado- que éste utilice⁷⁹⁷.

En conclusión, el control de las administraciones independientes ha sido una cuestión muy poco tratada por la doctrina iuspublicista española. Por un lado, el debate genérico sobre el control de la administración pública en España ha ignorado las singulares características de las administraciones independientes. Simplemente, no se han incluido como variable en el mismo. Por otro lado, los autores que han estudiado las administraciones independientes se han centrado más en la naturaleza y encaje de las mismas, mientras que su control ha sido menos relevante en su análisis. Los autores contrarios a las administraciones independientes han defendido un control judicial fuerte, sin matices, mientras que algunos autores pro-Estado regulador o favorables a la administración independiente se han decantado por algún tipo de deferencia judicial basada en su especialidad técnica o en su legitimidad democrática como elementos de ventaja ante el juez.

⁷⁹⁷ MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica... Págs. 160-170.

6. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE: LA ACEPTACIÓN TÁCITA Y LA FALTA DE UNA POSTURA DEFINIDA SOBRE SU CONTROL

6.1. El Tribunal Constitucional y el debate sobre la constitucionalidad de las administraciones independientes

- a) El reconocimiento tácito de las administraciones independientes y la no discusión sobre su problemática constitucional

La doctrina iuspublicista española, tal y como se ha descrito, ha reconocido la existencia de una cierta problemática constitucional sobre las administraciones independientes. Si bien ésta no se ha abordado de manera exhaustiva e incluso, en algunos casos, se ha ignorado, sí que se han detectado en la doctrina ciertas disonancias entre el Estado regulador y el ordenamiento constitucional español. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha rehuído el debate sobre la constitucionalidad del Estado regulador, sus postulados y la administración independiente como su fórmula institucional. En cuanto a esta última, el Tribunal Constitucional no ha examinado su

compatibilidad con la Constitución, ni en términos generales, como nueva manera de ejercer el poder público en el panorama institucional español, ni caso por caso, es decir, no ha abordado el estudio específico, sector por sector, sobre la constitucionalidad de cada una de las administraciones independientes.

Pese a no abordar esta problemática, tanto la inexistencia de declaraciones de inconstitucionalidad como algunos anclajes aislados que se pueden encontrar en su jurisprudencia, apuntan a un reconocimiento tácito de la constitucionalidad de las administraciones independientes por parte del Tribunal Constitucional. Estos anclajes constitucionales del Estado regulador y de la administración independiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son cuatro: (1) el reconocimiento, aunque poco argumentado, de la singularidad de las normas de intervención económica; (2) un cierto reconocimiento de la especialización técnica de los organismos reguladores; (3) la asunción en la línea de los constitucionalistas españoles de la versión dinámica del principio de separación de poderes y; (4) la aceptación de la potestad reglamentaria propia de las administraciones independientes.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha reconocido una cierta laxitud en el uso de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la normativa de carácter comercial y urbanístico, en el que la administración pública cobra un mayor protagonismo en la aplicación de los criterios, poco detallados, establecidos por el

legislador⁷⁹⁸. En estos ámbitos de intervención administrativa, considerados más dinámicos y cambiantes, el Tribunal Constitucional ha apreciado que el legislador, de manera muy cercana al derecho que acompaña al Estado regulador, utiliza un tipo de normas menos detalladas, más porosas y abiertas. Este reconocimiento no significa en ningún caso la asunción y la utilización del lenguaje del Estado regulador por parte del Tribunal Constitucional, pero sí que indica una cierta aceptación de un derecho que se expresa de manera distinta en el ámbito económico y que, sobre todo, se caracteriza por dejar más libertad de acción a la administración pública a través de la mayor indefinición de la norma con rango de ley. En todo caso, este reconocimiento únicamente se encuentra presente en un solo pronunciamiento del Tribunal Constitucional y, por tanto, es un indicador muy débil y poco representativo en el debate sobre la constitucionalidad del Estado regulador y de las administraciones independientes.

En segundo lugar, también como un indicador débil por poco utilizado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la especialización técnica de las administraciones independientes como uno de sus rasgos característicos y que explican que se le otorguen competencias en ámbitos sectoriales determinados. Por

⁷⁹⁸ STC 227/1993, de 9 de julio (FJ. 5): “la Constitución no veda el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados ni podría hacerlo, conforme a la naturaleza de las cosas, puesto que no es sencillo resolver cómo podría el legislador autonómico, de forma general y apriorística, concretar estos criterios de manera más detallada. La misma naturaleza cambiante y dinámica, por otra parte, del comercio y del urbanismo, así como la pluralidad de supuestos de hecho imaginables aconsejan dejar a las Comisiones un razonable margen en la interpretación de estos criterios y en su aplicación al caso”.

ejemplo, en palabras del Tribunal Constitucional “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” en el ámbito de la ordenación de la banca y el crédito⁷⁹⁹. Algunos pronunciamientos también insinúan, aunque sea indirectamente, la especialización técnica de la administración independiente como razón para encomendarle competencias en un sector determinado⁸⁰⁰. No existe ninguna sentencia en este sentido relativa al reconocimiento de la especialización técnica de la CNE y la CMT.

Un indicador mucho más fiable, sin embargo, es la asunción de la versión dinámica del principio de separación de poderes en la Constitución española de 1978. Al igual que los constitucionalistas españoles, el Tribunal Constitucional ha defendido desde el primer momento que la Constitución española no establece unos poderes públicos separados en compartimentos estancos y que, por tanto, pueden intercambiarse funciones⁸⁰¹. Esta asunción, de nuevo, no significa un respaldo explícito a la administración independiente como nueva fórmula de ejercicio del poder. Pese a ello, como se ha defendido en este trabajo, una versión dinámica del principio de separación de poderes es imprescindible para acoger a la administración independiente en un sistema constitucional que no la preveía en sus orígenes. La necesaria reformulación de la

⁷⁹⁹ STC 135/1992, de 5 de octubre (FJ. 3).

⁸⁰⁰ Véanse, también en cuanto al BE, la STC 235/1999, de 16 de diciembre, y en relación con la CNMV, la STC 133/1997, de 16 de julio (FJ. 7).

⁸⁰¹ Véase supra, apartado 5.2. a) de este trabajo.

distribución de competencias y potestades entre los poderes existentes que su introducción conlleva, es decir, su claro impacto en el sistema institucional existente, que debe cambiar, hacen necesaria la existencia previa en el sistema constitucional de la versión dinámica del principio de separación de poderes. Si bien el Tribunal Constitucional se ha referido exclusivamente a esta versión dinámica en cuanto al intercambio de funciones entre los tres poderes existentes, sobre todo a la intercambiabilidad de la función legislativa entre los poderes legislativo y ejecutivo, se trata de un indicador que facilita el camino para no solamente la redistribución de funciones entre los poderes existentes, sino también para la aparición de uno nuevo –como sería la administración independiente- que asuma potestades y competencias provenientes de aquellos previamente existentes en el sistema.

El cuarto y último anclaje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muy relacionado con la asunción de la versión dinámica del principio de separación de poderes, es la aceptación de la atribución de potestad normativa –de segundo nivel, es decir, reglamentaria- a las administraciones independientes. Los pronunciamientos en este sentido del Tribunal Constitucional se han producido en relación con la potestad normativa del BE y de la CNMV⁸⁰². Asimismo, también ha aceptado la potestad normativa de

⁸⁰² En cuanto al BE, véase la STC 135/1992, de 5 de octubre (FJ. 3) y en relación con la CNMV, véase la STC 133/1997, de 16 de julio (FJ. 7). Ésta última establece: “no hay razón para interpretar la referencia a la potestad reglamentaria contenida en el art. 97 CE, como si se pretendiera atribuir al Gobierno su monopolio indelegable. La potestad de regulación concedida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores está prevista en la Ley, pero el art. 15 exige

los organismos autónomos⁸⁰³. El Tribunal Constitucional, por tanto, ha entendido que de acuerdo con la flexibilidad que permite la versión dinámica del principio de separación de poderes, la potestad reglamentaria no es exclusiva del Gobierno y puede ser ejercida por otros órganos, superándose así la posible inconstitucionalidad derivada del artículo 97 CE. En todo caso, ha sido un reconocimiento con todas las cautelas: se trata de una potestad prevista expresamente por la ley, jerárquicamente subordinada a la potestad reglamentaria del Gobierno y dentro del ámbito de sus competencias. Cabe destacar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional únicamente se ha referido expresamente a la posibilidad de atribuir potestades normativas a las administraciones independientes, pero en ningún momento a potestades judiciales o cuasi judiciales. Esta posibilidad, en línea con la posición mayoritaria de los constitucionalistas españoles que entiende que la función jurisdiccional corresponde en exclusiva al poder judicial, ni se ha planteado ante el Tribunal Constitucional⁸⁰⁴.

siempre la interpositio del Gobierno o del Ministerio de Economía y Hacienda. Además, la potestad normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores no sólo está jerárquicamente subordinada a las disposiciones reglamentarias dictadas por el Gobierno o el Ministro del ramo y sujeta a la existencia de previa habilitación expresa, sino que está circunscrita teleológicamente, en cuanto que está prevista «para el adecuado ejercicio de las competencias que le (a la Comisión Nacional del Mercado de Valores) atribuye la presente Ley». No puede, pues, entenderse que con todas estas cautelas y restricciones se viola el art. 97 CE, pues, en definitiva, la potestad reglamentaria secundaria y derivada que es conferida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores depende de la libre voluntad del Gobierno».

⁸⁰³ STC 185/1995, de 14 de diciembre (FJ. 6).

⁸⁰⁴ Por todos, consúltese a MUÑOZ MACHADO, S. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley. 1989. Págs. 129-134. En esta obra clásica MUÑOZ MACHADO defiende la existencia de una reserva constitucional de la función jurisdiccional al

Estos cuatro elementos constituyen algunos puntos de apoyo o indicadores de la constitucionalidad tácita de las administraciones independientes. Se echa de menos, sin embargo, una aproximación más sistemática del fenómeno de las administraciones independientes por parte del Tribunal Constitucional y, sobre todo, el análisis de todas las cuestiones que éstas plantean para el ordenamiento constitucional español. El Tribunal Constitucional únicamente ha abordado y solucionado la problemática de la atribución de potestad reglamentaria a las administraciones independientes, pero nada ha dicho sobre otros aspectos problemáticos derivados del artículo 97 CE, como por ejemplo, la afectación a la función de dirección del Gobierno. Tampoco ha abordado las dificultades, derivadas del artículo 97 CE en conexión con el principio democrático, que entraña romper la correa de transmisión de la legitimidad democrática –del legislador al Gobierno y de éste a la administración pública- al crear entes independientes de los órganos políticos.

b) El control de las administraciones independientes tampoco constituye un problema constitucional: el reconocimiento de la discrecionalidad técnica como anclaje del control judicial débil y un trato deferencial

El silencio del Tribunal Constitucional sobre el encaje constitucional de las administraciones independientes se extiende a

poder judicial y, por tanto, la imposibilidad de intromisiones a dicha función por parte de los poderes legislativo y ejecutivo.

su control. No se puede encontrar ninguna referencia concluyente en esta cuestión en su jurisprudencia. Al igual que el control de la administración pública en general, parece que los mecanismos de control de las administraciones independientes, especialmente el de carácter judicial, es una cuestión reservada a la legalidad ordinaria y no es una cuestión de índole constitucional. No se encuentra, por tanto, ninguna referencia ni al control judicial de las administraciones independientes ni, en un sentido más genérico, a otros mecanismos de control extrajudiciales, como por ejemplo el control parlamentario o gubernamental.

La única excepción a este silencio la encontramos en una sentencia ya antigua, que data de 1983, en la que el Tribunal Constitucional estableció que todos los actos del entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia estaban sujetos al control judicial⁸⁰⁵. Esta decisión parece extrapolable a toda administración independiente y, posiblemente, cierra el debate en cuanto al control judicial de sus actos. Actualmente, no se vislumbra ninguna duda sobre la sujeción al control judicial de los actos de las administraciones independientes. Este concreto pronunciamiento se enmarca dentro de una corriente jurisprudencial ya bien asentada sobre el control judicial pleno de toda actuación administrativa sobre la base de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución. Ya sea en el ámbito del control judicial de la administración electoral, en las relaciones especiales de sujeción con la administración disciplinaria militar o respecto a la ejecutividad de los actos y la

⁸⁰⁵ STC 80/1983, de 10 de octubre (FJ. 1).

posibilidad de solicitar medidas cautelares⁸⁰⁶, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que no existe actuación administrativa que escape al control judicial.

Sin embargo, una cosa es garantizar la existencia del control judicial, y otra muy distinta determinar el grado, intensidad o estándar que utilizará el poder judicial cuando lo ejerza. En este sentido, no se puede encontrar ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional que pueda ofrecer una guía sobre qué estándar de control, ni siquiera el mínimo, es exigible desde un punto de vista constitucional. El tipo de control judicial, más intenso o más débil, se deja en manos enteramente del poder judicial ordinario y no se ofrece ninguna guía, orientación o criterio de índole constitucional para su determinación. El único elemento claro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la necesaria existencia del control judicial, es decir, la posibilidad de acceder a un proceso judicial dónde pueda enjuiciarse la legalidad del acto administrativo en cuestión, pero cómo o de qué manera se va a llevar a cabo, es decir, el estándar de control que se utilizará, se deja en manos del poder judicial ordinario.

Pese a todo lo que se ha expuesto, debe destacarse una importante puerta de entrada para las teorías de control judicial débil o

⁸⁰⁶ En cuanto a la administración electoral, véanse las SSTC 197/1988, de 24 de octubre (FJ. 4), 103/1996, de 11 de julio (FJ. 7) y 149/2000, de 1 de junio (FJ. 3), en relación con el ámbito de la administración militar, véanse las SSTC 18/1994, de 20 de enero (FJ. 5) y 31/2000, de 3 de febrero (FJ. 5) y en cuanto a la ejecutividad de los actos administrativos y la solicitud de medidas cautelares, véanse las SSTC 66/1984, de 6 de junio (FJ. 3) y 78/1996, de 20 de mayo (FJ.3).

deferenciales de los actos de las administraciones independientes. Ésta hace referencia al reconocimiento de la discrecionalidad técnica y su control judicial matizado o de intensidad más débil. En efecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en determinadas áreas de la actuación de la administración pública, que ésta goza de cierta discrecionalidad técnica y que no es fiscalizable de la misma manera que el resto de la actividad administrativa. Como se verá a continuación, el poder judicial ordinario ejerce en la práctica un control judicial débil, sobre la base de la discrecionalidad técnica, de los actos de la CNE y la CMT. Esta posición del poder judicial ordinario, por tanto, encontraría apoyo en esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional hilvanada en otros ámbitos de actuación administrativa. Por su relevancia, se realiza un somero análisis a esta jurisprudencia que, a mi juicio, puede dividirse en dos etapas.

En una primera etapa, que se extendió entre los años ochenta y principios de los noventa, el Tribunal Constitucional entendió la existencia de la discrecionalidad técnica como inevitable, necesaria y difícilmente controlable. Así lo expresó en varias sentencias relativas a la selección de la función pública (valoración en las oposiciones) y a la carrera militar (decisión sobre ascensos y promociones)⁸⁰⁷. El órgano administrativo en cuestión realizaba un juicio técnico, inevitablemente discrecional, sin que el poder judicial pudiera entrar a valorarlo con el peligro, si lo hacía, de

⁸⁰⁷ En cuanto a la selección de la función pública (valoración de oposiciones), véanse los AATC 274/1983, de 8 de junio (FJ. único) y 681/1986, de 30 de julio (FJ. único), en relación con la carrera militar (decisiones sobre ascensos y promociones), véanse las SSTC 39/1983, de 17 de mayo (FJ. 3) y 97/1993, de 22 de marzo (FJ. 2).

suplantar la decisión del órgano administrativo. El Tribunal Constitucional no hizo más que reconocer la discrecionalidad técnica sin introducir ningún criterio que facilitara su control. Los jueces ordinarios, por tanto, debían ceñirse a realizar un control de carácter jurídico que nada tenía que ver con el juicio técnico de la administración.

En una segunda etapa, comprendida entre la mitad de los años noventa hasta nuestros días, el Tribunal Constitucional ha matizado su anterior jurisprudencia en los mismos ámbitos materiales con la introducción de dos elementos de control de la discrecionalidad técnica. En primer lugar, el resultado del ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de la administración pública únicamente constituye una presunción *iuris tantum* de validez que, por tanto, puede ser desvirtuada⁸⁰⁸. Sin lugar a dudas, la discrecionalidad técnica continúa considerándose difícil de controlar y, por ese motivo, cuando la administración la ejerce debe entenderse que actúa, como presunción, de manera correcta. Sin embargo, es posible argumentar en su contra y, con los suficientes elementos de prueba, refutar el juicio técnico de la administración. El Tribunal Constitucional apunta algunos criterios limitadores de la discrecionalidad técnica y que permitirían desvirtuar su presunción de validez como son incurrir en patente error, caer en la

⁸⁰⁸ Véase, por todas, la STC 86/2004, de 10 de mayo (FJ. 3).

arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación⁸⁰⁹.

En segundo lugar, en una sentencia relevante en materia de decisión de ascensos en el cuerpo de policía, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de una “serie de elementos plenamente fiscalizables” en toda discrecionalidad técnica, permitiendo, por tanto, un mayor control sobre la misma⁸¹⁰. Pocos más detalles, o cuáles son estos elementos fiscalizables, ha aportado el Tribunal Constitucional. En el pronunciamiento en cuestión el juez ordinario debía haber controlado la aplicación de una fórmula matemática, considerada un elemento fáctico controlable por los jueces.

Finalmente, fuera de estos ámbitos materiales, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la discrecionalidad técnica de la administración tributaria y de aquellos organismos o administraciones que evalúan la actividad investigadora⁸¹¹. En el primer caso, el Tribunal se aproximó mucho a los postulados del Estado regulador y afirmó que la discrecionalidad técnica de la administración tributaria debía ser entendida como una “labor cognoscitiva, que no electiva” e “instrumental (como elección del medio, no del resultado)”. En pocas palabras, el Tribunal Constitucional concibió a la discrecionalidad técnica como un

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ STC 219/2004, de 29 de noviembre (FFJJ. 6 y 7).

⁸¹¹ En cuanto a la administración tributaria, véase la STC 57/2010, de 4 de octubre (FJ. 4), en relación con la evaluación de la actividad investigadora, véase la STC 17/2009, de 26 de enero (FJ. 5).

supuesto no verdadero de discrecionalidad, puesto que el resultado estaba predeterminado de antemano y realmente no se estaba realizando un juicio de valor. Únicamente existiría discreción en la labor intelectual que implica la discrecionalidad técnica –conjunto de conocimientos técnicos que son de aplicación- y el método –de nuevo justificado técnicamente- para llegar al resultado.

El reconocimiento de la discrecionalidad técnica en todos estos ámbitos de la actuación administrativa permitiría, sin demasiados problemas, extrapolarla a las administraciones independientes. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional, aunque de manera limitada y únicamente respecto al BE y a la CNMV, ha calificado como órganos especializados a las administraciones independientes. En consecuencia, a pesar de que el Tribunal Constitucional no ha reconocido explícitamente que los organismos reguladores españoles cuando ejercen sus funciones lo hacen amparados en su discrecionalidad técnica, vincular la discrecionalidad técnica con las administraciones independientes españolas no sería difícil sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Como ya se ha avanzado, pese al silencio generalizado del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza, funciones, problemas y control de las administraciones independientes, podemos encontrar algunos anclajes en su jurisprudencia que avalarían al Estado regulador y sus soluciones institucionales. En primer lugar, algunos aspectos jurisprudenciales apoyan la constitucionalidad de las administraciones independientes, entre ellos la asunción de la

versión dinámica del principio de separación de poderes y el visto bueno al otorgamiento de potestades normativas. En segundo lugar, el reconocimiento de la discrecionalidad técnica en distintos ámbitos de actuación administrativa permite dar entrada a un control judicial débil o deferencial que es aquél que, en la práctica, está ejerciendo el poder judicial ordinario respecto a los actos de la CNE y la CMT.

6.2. El Poder Judicial y el problema del control judicial de las administraciones independientes

a) Las conclusiones de los pocos estudios doctrinales sobre la jurisprudencia española en materia de administraciones independientes: reconocimiento tácito y deferencia

La posición de los tribunales ordinarios sobre el reconocimiento de las administraciones independientes y su control han sido cuestiones poco estudiadas por la doctrina iuspublicista española. Por decisión del legislador, los recursos planteados contra los actos de los organismos reguladores españoles, incluyendo a la CNE y la CMT (ahora la CNMC), corresponden en única instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁸¹². En casación, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo

⁸¹² Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”).

del Tribunal Supremo conocer los recursos contra las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional⁸¹³. Si bien la decisión del legislador español de dejar en manos únicamente de dos altos tribunales el control de los organismos reguladores españoles facilita la tarea del estudio de su jurisprudencia, la doctrina iuspublicista, con pocas excepciones, no lo ha abordado. Seguramente, la tradición dogmática iuspublicista española, más centrada en estudios doctrinales en abstracto y no tanto en las decisiones concretas de los tribunales como en el derecho anglosajón, explicarían esta falta de estudios jurisprudenciales.

El análisis doctrinal más exhaustivo y reciente realizado sobre esta cuestión es el que llevó a cabo BETANCOR RODRÍGUEZ en el año 2012⁸¹⁴. Su análisis de las sentencias en casación del Tribunal Supremo sobre los actos de la CNE y la CMT entre los años 1998 y 2009 le llevaron a concluir que, estadísticamente, el Tribunal Supremo había adoptado una posición de deferencia hacia los organismos reguladores españoles al rechazar mayoritariamente las tesis de los recurrentes alegadas contra las resoluciones de aquéllos⁸¹⁵. La razón de esta posición deferencial se basó, para

⁸¹³ Artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

⁸¹⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho...*

⁸¹⁵ *Ibidem.* en págs. 611-619. Las cifras esgrimidas por BETANCOR RODRÍGUEZ, sin tener en cuenta las sentencias recaídas en materia sancionadora, son las siguientes: 100% de recursos desestimados en favor de la CNE y un 72,3% de recursos desestimados en favor de la CMT. Véase, BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho...* Págs. 611-614. Acertadamente, el análisis jurisprudencial de BETANCOR RODRÍGUEZ deja de lado las decisiones en materia de potestad sancionadora de la CNE y la CMT. Se trata de un ámbito en el que el principio de legalidad y de tipicidad están muy presentes y, por tanto, los

BETANCOR RODRÍGUEZ, en el argumento de la complejidad técnica de los asuntos y, por tanto, en la discrecionalidad técnica de los organismos reguladores⁸¹⁶. Sin embargo, el estudio jurisprudencial de este autor no incluyó a la Audiencia Nacional y, por tanto, dejó de lado todo el cuerpo de decisiones del tribunal que en única instancia resuelve los recursos planteados contra las resoluciones de los organismos reguladores españoles.

Dejando de lado este análisis, con anterioridad otros autores también llevaron a cabo estudios menos detallados de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en materia de control de los organismos reguladores españoles. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en un análisis sobre el control de la discrecionalidad en todos los ámbitos de la actuación administrativa por parte de los tribunales españoles, concluyó que cuando se trataba de controlar la intervención económica de las administraciones públicas los tribunales españoles ejercían un control que oscilaba entre pleno y débil⁸¹⁷. Sin embargo, no aportó razón alguna por la que se producía esta oscilación y, sobre todo, los criterios de los tribunales para optar, en algunos casos, por un control débil o deferencial.

Por su lado, MUÑOZ MACHADO concluyó que la discrecionalidad técnica era la base en la que se apoyaba la posición deferencial de

tribunales se sienten más cómodos y pueden ejercer un control judicial más intenso.

⁸¹⁶ *Ibidem.* en págs. 554-557.

⁸¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *De la Arbitrariedad de la Administración...* Págs. 61-65.

los tribunales ordinarios hacia los actos de los organismos reguladores españoles⁸¹⁸. Sin embargo, de nuevo, este estudio únicamente incluía las sentencias en casación del Tribunal Supremo, dejando de lado a la Audiencia Nacional. Finalmente, ESTEVE PARDO también resaltó la posición generalizada de los tribunales ordinarios a favor de un control débil de la discrecionalidad técnica en un estudio mucho más detallado y que se aproximó al realizado por BETANCOR RODRÍGUEZ en 2012⁸¹⁹. La virtud de este último estudio consistió en incluir a la Audiencia Nacional, pero la única conclusión del autor fue que se apreciaban algunas modulaciones del Derecho Administrativo clásico español en cuanto al control de los organismos reguladores se trataba, pero que aún era temprano para saber la verdadera dirección de los tribunales españoles en esta materia⁸²⁰.

De estos pocos estudios doctrinales se pueden extraer tres conclusiones que se confirman en los siguientes apartados de este trabajo. En primer lugar, el hecho de que dos importantes cuestiones como son el reconocimiento de las administraciones independientes y su control por parte de los tribunales españoles hayan merecido tanta poca atención por parte de la doctrina iuspublicista española confirma la poca predisposición de ésta al estudio analítico de los problemas derivados del Estado regulador y sus soluciones

⁸¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica... Págs. 160-170.

⁸¹⁹ ESTEVE PARDO, J. “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras... Págs. 899-902.

⁸²⁰ *Ibidem.* en págs. 920-921.

institucionales. Como se ha destacado en anteriores apartados, la doctrina iuspublicista española, en su mayoría, ha apoyado a la administración independiente o, como mucho, ha minimizado los problemas que conlleva. Una minoría de la doctrina ha destacado su difícil encaje en el sistema institucional español. El escaso estudio de la posición de los tribunales españoles frente a este nuevo fenómeno es una muestra más del análisis acríptico del modelo institucional de las administraciones independientes y sus consecuencias.

En segundo lugar, todos ellos apuntan a que los tribunales españoles no han reconocido –ni utilizado– explícitamente el lenguaje del Estado regulador, sus técnicas y soluciones institucionales. Los tribunales españoles parecen distantes al uso de conceptos como regulación, organismo regulador o al mismo concepto de administración independiente. Como se expondrá en el próximo apartado, los tribunales españoles han elaborado unas bases doctrinales muy pobres para reconocer a los organismos reguladores que el legislador ha querido introducir en el ordenamiento jurídico español. Su base teórica, por tanto, continúa nutriéndose de las fórmulas del Derecho Administrativo clásico español y apenas se reconoce a la administración independiente como un elemento novedoso en el seno del mismo.

En tercer lugar, a pesar de esta falta de elaboración doctrinal, los estudios jurisprudenciales apuntan al desarrollo, casi me atrevería a decir que espontáneo, de una teoría deferencial de los tribunales

españoles hacia las decisiones de los organismos reguladores que se sustenta en el reconocimiento de su discrecionalidad técnica. Esta teoría deferencial, que encaja bien con las exigencias del Estado regulador en su versión doctrinal europea –éste exige fórmulas de control judicial débil o deferencial que respeten el juicio técnico del organismo regulador- no viene acompañada, sin embargo, de guías, criterios o estándares, que permitan entrever el control efectivo de los organismos reguladores españoles. Se trata de una posición deferencial poco elaborada, surgida de manera espontánea, que si bien va en línea con los postulados de un control judicial débil del Estado regulador, no viene acompañada de los otros elementos de control que incorpora éste último. En todo caso, la falta de elaboración doctrinal sobre esta posición deferencial del poder judicial español es consecuencia directa de su casi nulo reconocimiento de las premisas del Estado regulador. Los siguientes dos apartados intentan demostrar esta falta de sofisticación de los tribunales españoles.

b) Las pocas bases teóricas en la jurisprudencia de los tribunales españoles que sustentan a la administración independiente

Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional han asumido la introducción de las administraciones independientes sin ningún tipo de contestación. La apuesta del legislador español por este tipo de modelo administrativo impulsado por la Unión Europea, así como el silencio sobre sus posibles problemas de

constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, han llevado a un aterrizaje plácido de los organismos reguladores en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios. El único momento de vacilación del Tribunal Supremo fue en el año 2007, momento en el que planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que expresaba sus dudas acerca de la posibilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones, de dividir competencias en la materia entre varias autoridades de reglamentación nacional⁸²¹. El Tribunal Supremo no se planteó ningún tipo de incompatibilidad del organismo regulador sectorial en el sistema español, simplemente no veía claro si debían concentrarse en la CMT –en calidad de administración independiente separada del Gobierno- todas las funciones de regulación que el Derecho de la Unión Europea preveía o si, por el contrario, se podían compartir estas funciones entre un organismo regulador independiente y otros órganos dependientes del Gobierno.

Esta cuestión prejudicial denota alguna duda de los tribunales españoles acerca del proceso de desarrollo de los organismos reguladores españoles, sobre todo, acerca de la delimitación de funciones y competencias de éstos con el Gobierno y la posible capacidad de éste último de asumir competencias reguladoras en detrimento del organismo regulador independiente. Ahora bien, esta cuestión prejudicial fue planteada en un momento en el que el Derecho de la Unión Europea –expresado en la segunda generación

⁸²¹ Véase el ATS 1016/2007, de 23 de enero.

de normativa en materia de telecomunicaciones de 2002- aún no planteaba la obligación de establecer administraciones independientes separadas de los poderes políticos. Esta obligación no se impondría hasta la generación de normativa europea de 2009. En este contexto, las dudas del Tribunal Supremo tenían cabida. A partir de la transposición de la normativa europea de 2009, sin embargo, esta posibilidad estaría vedada y, en este sentido, parece que la creación de la CNMC con la consecuente devolución de ciertas funciones reguladoras al Gobierno –sin olvidar las críticas recibidas por parte de la Comisión Europea a esta decisión del Gobierno español- no estaría permitida.

Dejando de lado este momento de duda, los tribunales españoles, como se ha avanzado, no han cuestionado en líneas generales las administraciones independientes como modelo institucional válido para el ordenamiento jurídico español. Pese a esta aceptación, no han elaborado unas bases doctrinales sofisticadas para su recepción, sino que más bien han recibido a las administraciones independientes como una realidad institucional fáctica. A continuación se exponen algunas de estas pocas bases doctrinales que han avalado a la administración independiente en el seno de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios.

El punto de partida ha sido el reconocimiento, aunque tímidamente, del concepto de regulación económica que conlleva el Estado regulador. El Tribunal Supremo ha destacado que la regulación económica es una tarea de una naturaleza eminentemente técnica y

que posee un marcado carácter generalista que deja mucho margen de libertad interpretativa al organismo regulador⁸²². Asimismo, la ha caracterizado como una actividad de los poderes públicos de carácter supervisor y de control de sectores económicos determinados⁸²³. Por su parte, la Audiencia Nacional ha asimilado con facilidad la relación entre regulación económica y liberalización de determinados sectores, entre ellos el energético, así como el cambio del Estado prestacional al Estado regulador y ha sintonizado, por tanto, con la línea de fondo del Estado regulador⁸²⁴. Ambos tribunales han reconocido el contexto europeo y español en el que se inscriben los organismos reguladores que adoptan la forma de administraciones independientes que no es otro que el nuevo paradigma del Estado regulador y sus soluciones institucionales.

Además de reconocer el concepto de regulación económica, también en el ámbito de las dos administraciones independientes españolas supervisoras de los mercados financieros –el BE y la CNMV–, los tribunales ordinarios han señalado que los organismos reguladores españoles gozan de independencia, o como mínimo autonomía, respecto al Gobierno, Ministerio de adscripción y agentes del sector. Se trata de un reconocimiento de una de las características más importantes del modelo administrativo del Estado regulador, es decir, la garantía de que estamos ante una administración pública cuyo elemento central es su autonomía tanto

⁸²² STS 5371/2007, de 10 de julio (FJ. 5).

⁸²³ STS 321/2006, de 1 de febrero (FJ. 4).

⁸²⁴ SAN 133/2012, de 18 de enero (FFJJ. 1-5).

respecto de los poderes políticos como de los operadores del sector. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo respecto al BE: se trata de un “ente independiente e imparcial” respecto a los particulares y las entidades de crédito⁸²⁵. Respecto a la CNMV, el Tribunal Supremo no ha dudado en clasificar a ésta como una administración independiente y ha señalado que esta independencia se materializa en la no sujeción a la jerarquía del poder ejecutivo⁸²⁶. La Audiencia Nacional también ha destacado el carácter de órgano independiente de la CMT que le otorga su normativa de creación⁸²⁷. Asimismo, ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un organismo regulador independiente de acuerdo con las exigencias del Derecho de la Unión Europea⁸²⁸.

Conjuntamente con el reconocimiento de su independencia, los tribunales españoles también han destacado como elemento característico de los organismos reguladores su naturaleza técnica. Se trata, conjuntamente con su estatus de independencia, del segundo elemento nuclear de todo organismo regulador en el seno de las teorías del Estado regulador. El Tribunal Supremo ha determinado que la CMT es necesaria en un sector como “las telecomunicaciones, proclive a la especialización técnica, al detalle de la normativa y a la necesaria flexibilidad y rapidez que ciertas actuaciones requieren”⁸²⁹. Respecto a la CNE, el Tribunal Supremo

⁸²⁵ STS 3042/2007, de 7 de mayo (FJ. 1).

⁸²⁶ STS 3275/2005, de 23 de mayo (FJ. 5).

⁸²⁷ SAN 2685/2000, de 18 de abril (FJ. 2).

⁸²⁸ SAN 7717/2004, de 3 de diciembre (FJ. 9).

⁸²⁹ STS 8257/2004, de 20 de diciembre (FJ. 2).

ha destacado su “especialización” en materia energética, característica que le otorga un peso cualitativo a sus dictámenes⁸³⁰. En el mismo sentido, la Audiencia Nacional ha reconocido la especialización de la CNE en materia de resolución de conflictos de acceso a la red de transporte⁸³¹.

Asimismo, únicamente de manera muy sutil y sin aparentemente ninguna consecuencia práctica, el Tribunal Supremo ha apuntado la importancia del procedimiento administrativo como mecanismo de control de las tomas de decisiones de los organismos reguladores⁸³². Tal y como se ha destacado en este trabajo, una de las características del Derecho Público que acompaña al Estado regulador es poner énfasis en el procedimiento administrativo, apostando por solventar los problemas de legitimidad democrática mediante el fortalecimiento, entre otras cosas, de la transparencia, el acceso al proceso, los trámites de audiencia pública y, sobre todo, el deber de motivación de toda decisión. Se analizará en el siguiente apartado la posición adoptada por los tribunales españoles en cuanto al control de las administraciones independientes, basta señalar en este momento el mero reconocimiento del Tribunal Supremo de la relevancia de las garantías procedimentales en la toma de decisiones de los organismos reguladores.

⁸³⁰ STS 3711/2013, de 8 de julio (FJ. 2).

⁸³¹ SAN 2773/2013, de 29 de mayo (FJ. 14).

⁸³² STS 3275/2005, de 23 de mayo (FJ. 5).

Finalmente, si bien el Tribunal Constitucional ha zanjado la discusión sobre la constitucionalidad de la atribución de potestades normativas a las administraciones independientes, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional también han dado su visto bueno. En cuanto a la CMT, el Tribunal Supremo ha reconocido su potestad reglamentaria, tanto aquella acotada materialmente en el ámbito de la protección de la libre competencia como las delegadas por parte del Gobierno o del Ministro correspondiente si éstos lo consideran oportuno⁸³³. En el mismo sentido y también en relación con la CMT, la Audiencia Nacional ha reconocido sus potestades normativas de segundo nivel⁸³⁴. Asimismo, este reconocimiento de la Audiencia Nacional también se ha hecho extensivo en relación con las potestades normativas de la CNMV⁸³⁵.

Estas son las bases doctrinales elaboradas por los tribunales españoles que sustentan a los organismos reguladores españoles: asunción del concepto de regulación en el que operan, su independencia y naturaleza técnica, la relevancia del procedimiento administrativo en su toma de decisiones y la aceptación de su potestad normativa de segundo nivel. Todas ellas apuntan al reconocimiento por parte de los tribunales españoles de unos entes singulares, distintos a los modelos administrativos existentes hasta ese momento. También apuntan a la necesaria modulación del

⁸³³ SSTS 8257/2004, de 20 de diciembre (FFJJ. 1 y 2); 321/2006, de 1 de febrero de 2006 (FJ. 4); 5371/2007, de 10 de julio (FJ. 5).

⁸³⁴ SSAN 6124/2001, de 23 de octubre (FJ. 2); 5273/2003, de 11 de abril (FJ. 1); 3081/2012, de 31 de mayo (FFJJ. 4 y 5).

⁸³⁵ SAN 5331/2005, de 16 de noviembre (FJ. 3).

estándar –intensidad o grado- del control judicial de sus actos. En el siguiente apartado se confirma esta modulación en el control judicial, en sintonía con el Estado regulador y las bases doctrinales expuestas y asumidas, pero también que se lleva a cabo sin ningún tipo de criterio, guía o elaboración doctrinal. El resultado de esta modulación es un control judicial débil o deferente en la práctica hacia los organismos reguladores españoles basado en su discrecionalidad técnica, pero con pocos criterios que permitan dilucidar el papel exacto que debe desempeñar el poder judicial.

- c) El control de la CNE y la CMT: control judicial débil, deferencia en la práctica y casi espontánea sobre la base de la discrecionalidad técnica

El análisis jurisprudencial que se ha llevado a cabo en este trabajo parte de unos parámetros estadísticos similares al de BETANCOR RODRÍGUEZ. El objetivo del mismo es analizar de qué manera y a través de qué criterios han controlado los tribunales españoles a la CNE y la CMT. De la misma manera que BETANCOR RODRÍGUEZ, se ha estimado oportuno excluir las sentencias de los tribunales españoles recaídas en materia sancionadora, la importancia del principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad en este ámbito permiten a los tribunales un control intenso de las decisiones de la administración pública. Sí que se han incluido, sin embargo, las sentencias recaídas en materia inspectora siempre que no estén relacionadas con la materia sancionadora. Se incluyen, por tanto, las sentencias recaídas en materia de inspección cuando esta facultad es

ejercida en conexión con potestades de regulación de los organismos reguladores.

En consecuencia, aquello relevante para este trabajo es analizar el control de los tribunales sobre las decisiones de naturaleza reguladora, es decir, aquél que recaer en aquellas cuestiones en las que los organismos reguladores ejercen su potestad de regulación sobre el sector energético y de las telecomunicaciones. En el caso del sector energético, las sentencias analizadas versan sobre la resolución de conflictos de acceso e interconexión a las redes, conflictos de gestión económica y del sistema, la liquidación provisional y definitiva de las actividades reguladas, el requerimiento de información a los agentes del sector mediante circulares, control de calidad del suministro y de los servicios prestados, así como medidas de defensa de la libre competencia, especialmente, declaraciones de operadores principales y dominantes.

En cuanto al sector de las telecomunicaciones, las sentencias objeto de estudio hacen referencia a la función de concesión de autorizaciones, recepción de comunicaciones y llevanza del registro de operadores (en los casos en que las primeras normativas en materia de telecomunicaciones asignaban estas funciones a la CMT), la resolución de conflictos de interconexión y de acceso al bucle de abonados, asignación y reserva de recursos públicos de numeración, determinación de los costes y cargas del servicio universal, requerimiento de información a los operadores del sector

mediante circulares, así como medidas de defensa de la libre competencia, especialmente, declaraciones de operadores principales y dominantes y análisis de los mercados relevantes. Se han excluido de este análisis jurisprudencial las sentencias en materia audiovisual y se ha optado, por tanto, por incluir solamente aquellas relacionadas con el sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas en sentido estricto.

Este análisis jurisprudencial, sin embargo, presenta dos variaciones respecto al realizado por BETANCOR RODRÍGUEZ. En primer lugar, el periodo de estudio abarca desde el 1 de enero de 1998 hasta el 1 de enero de 2014. En segundo lugar, se incluye en el estudio a la Audiencia Nacional, además del Tribunal Supremo. En este sentido, el ámbito temporal de estudio se ha ampliado, así como el número de sentencias a analizar con la inclusión de la Audiencia Nacional. Es relevante a efectos de conocer la posición de los tribunales españoles incluir al órgano de primera instancia, en este caso a la Audiencia Nacional, en el estudio. La posición de los tribunales españoles vendrá dada por la actitud de los dos tribunales que tienen asignado el control de la CNE y la CMT.

En el caso de la CNE, debe tenerse en cuenta que hasta el 2011 sus actos no ponían fin a la vía administrativa y por tanto eran recurribles en alzada ante el Gobierno. Respecto a este periodo temporal, por tanto, se han tenido en consideración a efectos de este análisis jurisprudencial solamente aquellas sentencias que resuelven recursos contencioso-administrativos contra resoluciones de la CNE

que han sido posteriormente confirmadas en alzada -ya sea mediante resolución o por silencio administrativo- por el Gobierno sin que éste introdujera modificaciones. En caso de cambios introducidos por el Gobierno, ya no estaríamos hablando estrictamente de una decisión regulatoria de la CNE. También se han tenido en cuenta las sentencias recaídas en recursos contra la circulares de la CNE. Evidentemente, todas aquellas sentencias recaídas en materia energética que resuelven recursos contra actos y disposiciones generales -resoluciones, reales decretos y órdenes ministeriales- que son competencia del Gobierno tampoco se tienen en cuenta en este análisis jurisprudencial circunscrito solamente a los actos regulatorios de la CNE.

Por todas estas razones, el total de sentencias relevantes para este análisis jurisprudencial es reducido en el caso de la CNE: 26 resueltas por el Tribunal Supremo y 111 por la Audiencia Nacional. De entre ellas, el Tribunal Supremo solamente ha fallado a favor del particular -bien estimando el recurso en su favor y casando la sentencia previa de la Audiencia Nacional contraria a éste o desestimando el recurso presentado por el Estado y confirmando la sentencia previa de la Audiencia Nacional favorable al particular- en ocho ocasiones (30,8% del total o, visto al revés, un índice de fallos a favor de la CNE del 69,2%). La Audiencia Nacional ha fallado a favor del particular y en contra de las decisiones de la CNE en 18 ocasiones (16,4% del total o, visto al revés, un índice de fallos a favor de la CNE del 83,8%).

El caso de la CMT es más relevante a efectos de este análisis jurisprudencial porque desde su creación sus actos han agotado la vía administrativa. Es por este motivo que el número de sentencias a considerar para este análisis jurisprudencial es más elevado: 105 resueltas por el Tribunal Supremo y 262 por la Audiencia Nacional. El número de recursos estimados por el Tribunal Supremo a favor de los particulares -bien estimando el recurso en su favor y casando la sentencia previa de la Audiencia Nacional contraria a éste o desestimando el recurso presentado por el Estado y confirmando la sentencia previa de la Audiencia Nacional favorable al particular- asciende a 29 (27,6% del total o, visto al revés, un índice de fallos a favor de la CMT del 72,4%). La Audiencia Nacional ha fallado a favor del particular y en contra de las decisiones de la CMT en 47 ocasiones (18% del total o, visto al revés, un índice de fallos a favor de la CMT del 82%).

Estas cifras muestran un elevado índice de casos desestimados en contra del particular y que ratifican las decisiones regulatorias de la CNE y la CMT: son un indicador de que los tribunales españoles han adoptado una clara posición deferencial. Este indicador se ratifica en el estudio del razonamiento judicial que se ha llevado a cabo y que señala que el problema radica en la falta de criterios y de una doctrina clara que explique esta posición deferencial. Tal y como se ha avanzado, la discrecionalidad técnica aparece como la única razón que justifica esta deferencia, pero ésta no se delimita con precisión. Únicamente podemos encontrar tres pronunciamientos del Tribunal Supremo que pretenden discernir su

aproximación en materia de control de los actos de los organismos reguladores y una serie de pronunciamientos de la Audiencia Nacional que introducen matices a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados cuando ésta se aplica a los organismos reguladores.

En efecto, la STS 5371/2007, de 10 de julio, es el único pronunciamiento del Tribunal Supremo que pretendió establecer, con carácter general, el estándar del control judicial de los actos de un organismo regulador, en este caso de la CMT⁸³⁶. En éste el Tribunal Supremo recogió todo los postulados del Estado regulador y justificó una posición deferencial basada en la discrecionalidad técnica del organismo regulador. En primer lugar, destacó el carácter marcadamente general de la normativa en materia de

⁸³⁶ Esta posición se recoge en el fundamento jurídico nº 5, cuyo fragmento relevante establece lo siguiente: “Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la cuestión planteada en el mismo -la determinación del concepto de zona no rentable- posee un carácter marcadamente técnico sobre la que forzosamente es preciso reconocer una considerable capacidad decisoria al órgano regulador a partir, claro está, de los parámetros y criterios presentes en la regulación sobre la materia. Asimismo es forzoso tener presente que esta regulación -en concreto, el artículo 24 del Reglamento del servicio universal- tiene una gran generalidad, por lo que requiere una inexcusable y amplia tarea interpretativa que corresponde en primer lugar al regulador, y no a los tribunales de lo contencioso. Esto no quita, naturalmente, que en el curso de la revisión jurisdiccional de esa tarea interpretativa los tribunales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa han de confrontarla con los preceptos legales o reglamentarios correspondientes, pero dentro del respeto a los criterios técnicos del regulador. De esta manera, salvo que la interpretación de los criterios sobre determinación de las zonas no rentables por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resulte contraria a dicha regulación, o se revele como manifiestamente irrazonable o carente de sentido, no puede un Tribunal de esta jurisdicción sustituir el criterio técnico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los criterios propuestos por un operador dominante o por otros hipotéticos criterios formulados por la propia Sala juzgadora, que debe atemperar su juicio a la comprobación de si los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la Ley y, dentro de la amplitud de esta, razonables y no arbitrarios ni discriminatorios”.

telecomunicaciones que dejaba un amplio margen de discrecionalidad a la CMT para determinar las zonas no rentables en la prestación del servicio universal. Esta discrecionalidad –decidir en concreto cuáles son las zonas no rentables- es de carácter técnico y, en general, el tribunal no puede sustituir el razonamiento técnico del órgano regulador. El único parámetro de control apuntado por el Tribunal Supremo a esta discrecionalidad técnica es que los tribunales deben garantizar que los criterios utilizados sean “razonables y no arbitrarios ni discriminatorios”.

El segundo pronunciamiento, la STS 4292/2006, de 19 de julio, hizo hincapié en el deber de motivación de los actos de la CMT, en este caso relativos a los criterios utilizados por ésta para contabilizar los costes de las operadoras de telefonía. El Tribunal Supremo determinó en relación con el acto recurrido de la CMT que éste “podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto”⁸³⁷. De nuevo el Tribunal Supremo estableció como parámetros de control los principios de arbitrariedad e irracionalidad, destacando en primer lugar que operan respecto a un acto marcadamente técnico.

El tercer pronunciamiento, la STS 241/2011, de 18 de enero, circunscrito a la función decimocuarta de la CNE, aplicó el

⁸³⁷ STS 4292/2006, de 19 de julio (FJ. 2).

principio de proporcionalidad por primera y única vez como mecanismo de control de un organismo regulador. En aplicación de este principio, así como recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo acabó concluyendo que las condiciones impuestas por la CNE en la autorización administrativa previa en ejercicio de la función decimocuarta no eran proporcionadas. Parece que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia que había cuestionado seriamente la función decimocuarta de la CNE abonó el camino al Tribunal Supremo para aplicar con decisión el principio de proporcionalidad como mecanismo de control. En este caso este mecanismo sirvió para ejercer un control judicial fuerte de la decisión de la CNE. Se trata de uno de los pocos casos en el que el Tribunal Supremo ha fallado a favor del particular y, por tanto, en contra de la CNE⁸³⁸. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo no ha utilizado este mecanismo en ningún otro caso en que se ha cuestionado un acto de un organismo regulador.

Se introducen, por tanto, los principios de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad y la discriminación como estándares de control de la reconocida discrecionalidad técnica de los organismos reguladores. También se utiliza, únicamente en un caso, el principio de proporcionalidad como mecanismo de control. Estos

⁸³⁸ El resto de casos hacen referencia a un único supuesto: el TS determina que la CNE está sujeta al instituto de la caducidad en aquello que hace referencia a sus procedimientos administrativos de inspección. Véanse SSTTS, 3617/2010, de 8 de julio; 4775/2010, de 24 de septiembre; 6274/2010, de 26 de noviembre de 2010; 16/2011, de 13 de enero; 341/2011, de 9 de febrero; 2982/2009, de 10 de mayo de 2012; 5335/2009, de 17 de julio.

parámetros de control, sin embargo, no se han desarrollado en posteriores pronunciamientos y, por tanto, han quedado completamente desdibujados y sin un contenido concreto que permita dilucidar el verdadero estándar de control del Tribunal Supremo. Como apunta BETANCOR RODRÍGUEZ, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de determinación de costes y cargas del servicio universal en materia de telecomunicaciones o en casos de fijación de tarifas y contabilización de costes en relación con los precios de interconexión en el sector eléctrico, son claros ejemplos de la invocación sin más de la discrecionalidad técnica, sin hacer uso de los parámetros de control antes expuestos, que deriva en una posición claramente deferencial del Tribunal Supremo⁸³⁹.

En los pocos casos en los que el Tribunal Supremo ha fallado en contra de las decisiones de los organismos reguladores –tómese como ejemplo el conjunto de fallos estimados contra la CMT- lo ha hecho en general en asuntos en los que el problema era de fácil solución y de menor entidad. Se trata de cuestiones en las que el organismo regulador se ha extralimitado en sus funciones⁸⁴⁰, el

⁸³⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Regulación: mito y derecho...* Págs. 560-579.

⁸⁴⁰ SSTS 321/2006, de 1 de febrero (no se incluye en la potestad normativa de la CMT la posibilidad de regular con carácter general las conductas anticompetitivas); 3389/2010, de 29 de junio, 4918/2010, de 6 de octubre (no le corresponde a la CMT declarar formalmente la existencia de conductas anticompetitivas); 4140/2011, de 28 de junio, 4943/2011, de 6 de julio, 7154/2011, 14 de noviembre, 54/2012, de 18 de enero, 2733/2012, de 24 de abril, 2736/2012, de 24 de abril, 5432/2013, de 6 de noviembre, 5436/2013, de 15 de noviembre (todas ellas establecen que la competencia de la CMT para resolver conflictos de interconexión no incluye la exigencia del pago de la cláusulas penales por incumplimiento de contrato entre los operadores, al considerarse las

reparto de competencias interno entre los órganos del regulador no se ha respetado⁸⁴¹, errores fácilmente subsanables sin perjuicios económicos⁸⁴² o algún elemento procedimental menor, por ejemplo fijar plazos mediante circular, no se podía alterar⁸⁴³. Únicamente se han encontrado cinco pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo fue más allá del control de elementos competenciales o procedimentales menores y rechazó la tarea interpretativa o el criterio técnico o valorativo utilizado por el organismo regulador⁸⁴⁴.

cláusulas penales como una cuestión de naturaleza contractual y privada entre las partes).

⁸⁴¹ SSTS 2809/2004, de 28 de abril, 2865/2004 de 29 de abril, 5446/2004, de 21 de julio, 6160/2004, de 4 de octubre, 3167/2005, de 18 de mayo (todas ellas establecen que el presidente de la CMT no era competente para requerir información a los operadores del sector, potestad que corresponde ejercer al consejo); 6855/2008, de 19 de diciembre (falta de competencia del secretario de la CMT para declarar la confidencialidad de documentación en un procedimiento administrativo ante la CMT).

⁸⁴² STS 6278/2010, de 24 de noviembre (divergencia en las fechas de realización de determinados pagos obligatorios como compensación en materia de terminales de uso público).

⁸⁴³ STS 8257/2004, de 20 de diciembre (la CMT mediante circular no puede reducir el plazo establecido normativamente para realizar el cambio de operadora por preselección, al hacerlo la CMT violó el principio de jerarquía normativa); 5614/2011, de 20 de septiembre (ante el silencio de la norma sobre el plazo para recuperar las cantidades devueltas a los usuarios de servicios telefónicos de tarificación adicional, la CMT determinó un plazo de 6 meses, mientras que lo deja abierto siempre que no se generen perjuicios económicos).

⁸⁴⁴ SSTS 5371/2007, de 10 de julio (la desventaja competitiva sólo puede establecerse una vez calculado el coste neto del servicio universal, no antes como pretendía la CMT); 949/2008, de 29 de enero (se rechaza en el caso concreto la interpretación que llevó a cabo la CMT sobre la calificación de un operador dominante en el sector de la telefonía fija y móvil: la interpretación literal de la norma no permite declarar a un "grupo empresarial" como operador dominante, tal y como había resuelto la CMT); 802/2009, de 24 de febrero, 998/2009, de 25 de febrero (se da la razón a los recurrentes en contra de la CMT en cuanto a cómo ha de determinarse la existencia de una desventaja competitiva en el cálculo del coste neto del servicio universal: la CMT únicamente tenía en cuenta el mercado de la telefonía fija, el Tribunal Supremo determina que debe tenerse en cuenta también el mercado de la telefonía móvil).

En el conjunto de sentencias desestimatorias y que dan la razón al organismo regulador, estos cuatro pronunciamientos no son decisivos para alterar la balanza y la conclusión relativa a la adopción de una posición claramente deferencial del Tribunal Supremo hacia la discrecionalidad técnica de los organismos reguladores españoles.

La Audiencia Nacional, en cambio, ha dado algún paso más en la clarificación del control de los actos de los organismos reguladores. Sobre todo, destaca su intento de dilucidar la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. La Audiencia Nacional parte de la base de la necesaria distinción, también en un sector regulado como el de las telecomunicaciones, entre los casos de discrecionalidad técnica y aquéllos otros en los que son de aplicación los conceptos jurídicos indeterminados⁸⁴⁵. Cuando éstos últimos son utilizados por el legislador no estaríamos delante de una verdadera potestad discrecional, incluso en el campo de las tareas reguladoras de las administraciones independientes. Ahora bien, sin abandonar esta dicotomía, la Audiencia Nacional ha precisado que en el caso de la regulación económica se pueden equiparar los “poderes reguladores con la discrecionalidad técnica”⁸⁴⁶ y, lo más

⁸⁴⁵ SAN 847/2011, de 14 de enero (FJ. 1): “Este planteamiento fáctico se inserta en un marco regulador en el cual la Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 24.1 obliga a la Comisión a determinar si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación. Tal determinación comporta definir y concretar el concepto jurídico indeterminado de "carga injustificada" que, como tal, admite una única solución válida, que se da o no, a diferencia de la discrecionalidad técnica que supone una opción entre soluciones alternativas, todas ellas aceptables”.

⁸⁴⁶ SAN 88/2013, de 14 de enero (FJ. 4).

importante, estos poderes reguladores equiparables a la discrecionalidad técnica muchas veces acompañan a los conceptos jurídicos indeterminados⁸⁴⁷. Sin lugar a dudas, esta posición de la Audiencia Nacional se aproxima mucho a la segunda versión de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en la que el concepto jurídico indeterminado incorporaría ciertos elementos valorativos de carácter técnico. En estos casos, el papel del control judicial estaría mucho más reducido puesto que se limitaría, según la Audiencia Nacional, a un mero contraste entre “las potestades ejercidas y los fines previstos por el ordenamiento”, es decir, a la aplicación de la tradicional doctrina de la desviación de poder.

⁸⁴⁷ SAN 3944/2010, de 8 de septiembre (FJ. 4): “[...] En ocasiones la ley atribuye al regulador, dentro de las potestades previa y taxativamente conferidas, márgenes de apreciación de las premisas fácticas concurrentes o también facultades de decisión que pueden ser reconducidas a la categoría de la discrecionalidad. En estos casos adquiere especial protagonismo aquel contraste de ajuste entre las potestades ejercidas y los fines previstos por el ordenamiento para las potestades de regulación. Además, en no pocos casos son empleados por la Ley conceptos jurídicos indeterminados, que están precisados de integración y en los que, sin mengua de la "unidad de solución justa" inherente a esta categoría, el órgano administrativo cuenta también con márgenes de apreciación de mayor o menor amplitud [...]”.

Véase también en el mismo sentido, la SAN 2399/2011, de 9 de mayo (FJ. 4): “sobre aquellos márgenes de apreciación en la integración del concepto jurídico indeterminado, esto es, sobre la constatación de la concurrencia de los presupuestos normativos, en algunos supuestos como el actual pueden sobreañadirse potestades discrecionales decisorias de naturaleza regulatoria. Y en aplicación de éstas la Autoridad Nacional de Reglamentación puede concluir que la situación del mercado, en un momento preciso, aconseja afrontar aquella distribución del coste neto entre las operadoras; de modo que, por esa misma situación sobrevenida del mercado, no hacerlo puede comportar una injusticia de la carga. En ese punto, como se ve, las potestades discrecionales -verdadera discrecionalidad técnica- de regulación se solapan con el concepto jurídico indeterminado”.

Dejando de lado estos intentos de clarificación, la Audiencia Nacional ha aludido, al igual que el Tribunal Supremo, sin más a la discrecionalidad técnica para adoptar un control judicial débil o deferente en casos muy diversos planteados ante actos de la CMT: en la determinación de los criterios para cerrar bucles de telecomunicaciones en su función de garante de la competencia⁸⁴⁸, en la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal⁸⁴⁹, así como en la exoneración de la obligación de contribuir al mencionado Fondo⁸⁵⁰, en la imputación de costes de interconexión en servicios de banda ancha⁸⁵¹ o en la determinación de la existencia de cargas justificadas en el cálculo del coste neto de prestación del servicio universal⁸⁵². Incluso, a modo de argumento de cierre o de soporte al resto de su argumentación (argumento a mayor abundamiento), la Audiencia Nacional ha aludido a la discrecionalidad técnica para dar la razón a la CMT⁸⁵³.

⁸⁴⁸ SAN 4691/2011, de 15 de octubre (FJ. 4).

⁸⁴⁹ SAN 5382/2010, de 22 de noviembre (FJ. 5).

⁸⁵⁰ SAN 547/2013, de 11 de febrero (FJ. 7).

⁸⁵¹ SAN 4857/2010, de 27 de octubre (FJ. 4).

⁸⁵² SAN 5007/2012, de 19 de noviembre (FJ. 2).

⁸⁵³ SAN 408/2012, de 23 de enero (FJ.4): “Tampoco está de más, en línea con la primera matización que expone la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, significar que la CMT ha ejercido sus potestades de regulación dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica, sin que, como luego se verá, puede inferirse haya incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna, al no existir conculcación alguna del ordenamiento o decisión ayuna de toda lógica (Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 10 de marzo de 1995, 17 de marzo de 1999 y 19 de julio de 2006), fundándose en justificaciones objetivas y razonables, no desvirtuadas de contrario”.

En cuanto a los pocos pronunciamientos en los que la Audiencia Nacional ha estimado el recurso y no ha dado la razón a la CMT, se encuentran, de nuevo, mayoritariamente asuntos sencillos y de poca entidad. Entre ellos, cuestiones de carácter competencial⁸⁵⁴, alteraciones del reparto de funciones entre los órganos de la CMT⁸⁵⁵, formales o relativos a trámites procedimentales menores⁸⁵⁶, o de diferente apreciación sobre las voluntades de las

⁸⁵⁴ SSAN 7292/2002, de 19 de noviembre (la CMT no es competente para imponer obligaciones a las cajas de ahorro al no ser consideradas entes públicos, criterio con posterioridad revocado por el Tribunal Supremo, considerando que las cajas de ahorro sí que tienen naturaleza de ente público, véase la STS 924/2006, de 17 de enero); 5225/2003, de 11 de marzo (conflicto de atribuciones entre el Ministerio de adscripción y la CMT en cuanto al otorgamiento y revocación de autorizaciones generales habilitantes); 3718/2004, de 25 de mayo (la CMT no es competente para requerir información a empresas no sujetas a las denominadas anteriormente autorizaciones generales o licencias individuales que se otorgaban en el sector de las telecomunicaciones, criterio revocado por la STS 4067/2007, de 6 de junio); 7717/2004, de 3 de diciembre (no es competencia de la CMT imponer cláusulas de suspensión en acuerdos de interconexión con la función de ayudar a operadores en crisis o en riesgo de insolvencia); 6007/2005, de 27 de diciembre (en el contexto de su función de determinar los precios de interconexión, la CMT sólo puede intervenir si concurre el interés público trascendente, no en una mera relación interpartes como son los acuerdos de interconexión entre operadores); 734/2006, de 1 de marzo, 3161/2007, de 22 de junio, 3798/2007, de 17 de julio (en la misma línea que el Tribunal Supremo, la CMT no es competente para determinar las conductas prohibidas de acuerdo con el Derecho de la Competencia, ésta función le corresponde al denominado en ese momento Tribunal de Defensa de la Competencia); 4427/2011, de 19 de septiembre (en la misma línea que el Tribunal Supremo, determina que la CMT no es competente para fijar el pago de las cláusulas penales entre operadores recogidas en la oferta de acceso al bucle).

⁸⁵⁵ SSAN 6563/2005, de 11 de mayo (en la misma línea que el Tribunal Supremo, el presidente de la CMT no puede requerir mediante circular información a los operadores, esta potestad corresponde al consejo); 1623/2006, de 19 de abril (en la misma línea del Tribunal Supremo, el secretario de la CMT no puede declarar confidencial la documentación aportada en un procedimiento administrativo ante la CMT).

⁸⁵⁶ SSAN 278/2005, de 24 de enero (caducidad del procedimiento administrativo); 4017/2008, de 21 de octubre, 5310/2008, de 30 de octubre, 2985/2009, de 1 de junio, 2983/2009, de 3 de junio, 727/2009, de 21 de enero, (todas ellas estimando la falta de motivación del requerimiento de información de

partes sobre el decaimiento del conflicto de interconexión⁸⁵⁷. Únicamente destacan cinco pronunciamientos sobre asuntos en los que estaba en juego la interpretación del ordenamiento jurídico y en los que la Audiencia Nacional no avaló la decisión interpretativa de la CMT⁸⁵⁸. Al igual que se ha afirmado en relación con el Tribunal Supremo, no son una muestra significativa que desvirtúe la posición genérica de deferencia de la Audiencia Nacional ante los actos regulatorios de la CMT. Asimismo, solamente en un conjunto de casos reconducibles al mismo supuesto de hecho la Audiencia Nacional ha utilizado el criterio de falta de motivación para anular

la CMT a los operadores del sector); 2878/2009, 29 de mayo (incertidumbre causada por el redactado de una resolución de la CMT que después ella misma aclara).

⁸⁵⁷ SAN 5564/2008, de 12 de diciembre (la CMT consideró que de la documentación y conversaciones por e-mail, se deducía que las partes habían llegado a un acuerdo tácito sobre los precios de interconexión y, por tanto, el conflicto había decaído. La Audiencia Nacional valoró de manera distinta la documentación y las conservaciones y estimó que no había decaído el conflicto y que se debían retrotraer las actuaciones que permitieran resolver el caso de nuevo a la CMT. Por el contrario, el Tribunal Supremo dio la razón a la Audiencia Nacional -no había decaído el conflicto- pero casó la decisión de retrotraer las actuaciones, debía mantenerse en vigor una anterior resolución de la CMT que fijaba los precios, véase la STS 5684/2012, de 24 de julio).

⁸⁵⁸ SSAN 1624/2001, de 13 de marzo (la CMT no puede otorgar “reservas” de numeración a un operador con título habilitante, cuando literalmente la norma establece que solamente pueden otorgarse “reservas” de numeración a quienes no lo tengan, criterio confirmado posteriormente por el Tribunal Supremo, véase por todas la STS 7853/2004, de 2 de diciembre); 1306/2005, de 4 de marzo (según la Audiencia Nacional, la CMT aplicó incorrectamente el criterio de retroactividad en relación con los efectos del cambio de una oferta y de los precios contenidas en las mimas); 466/2006, de 27 de enero (la oferta de interconexión por referencia tiene naturaleza de oferta, meramente vinculante para el ofertante, no naturaleza normativa directamente aplicable tal y como sostenía la CMT); 5477/2006, de 28 de noviembre (la CMT debe incluir la telefonía fija, móvil y redes públicas en las zonas no rentables a efectos de determinar la carga injustificada de un operador); 456/2011, de 24 de enero, 88/2013, de 14 de enero (cálculo erróneo de la CMT del coste neto del servicio universal, la CMT no debió incluir en el cálculo los beneficios monetarios de todo el grupo telefónico, solamente los relativos a la prestación del servicio universal).

circulares de la CMT que requerían información a los operadores del sector⁸⁵⁹. La mayoría aplastante de recursos contra las circulares que han requerido información han sido desestimados en contra del particular. El criterio de falta de motivación, por tanto, ha tenido muy poco recorrido en el conjunto de sentencias de la Audiencia Nacional.

El mismo patrón se puede observar en relación con los recursos estimados y que no dan la razón a la CNE por parte de la Audiencia Nacional. A diferencia del Tribunal Supremo, podemos encontrar algunos más, aunque pocos, recursos estimatorios en el sector energético. Éstos hacen referencia a cuestiones menores procedimentales, concretamente se estiman los recursos por no respetar el plazo de subsanación de entrega de documentación previsto en la normativa sobre procedimiento administrativo general⁸⁶⁰ y por haber caducado el procedimiento administrativo en cuestión⁸⁶¹. Asimismo, también se estima un recurso por cuestiones competenciales⁸⁶².

⁸⁵⁹ SSAN 3216/2008, de 15 de julio; 4017/2008, de 21 de octubre; 728/2006, de 11 de febrero; 2983/2009, de 3 de junio.

⁸⁶⁰ SAN 2813/2012, de 13 de junio (se anula la resolución de la CNE por no otorgar el plazo de diez días de subsanación previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

⁸⁶¹ SSAN 2190/2007, de 25 de abril; 2229/2007, de 25 de abril; 2818/2007, de 8 de junio; 3263/2007, de 22 de junio; 3743/2007, de 20 de julio; 5796/2007, de 29 de noviembre; 1268/2008, de 8 de abril; 5320/2008, de 7 de noviembre; 380/2009, de 23 de enero; 4719/2010, de 5 de octubre.

⁸⁶² SAN 5161/2013, de 4 de diciembre (la CNE no puede aprobar circulares que aclaren los principios de su actuación o, en otras palabras, no tiene competencia para aprobar normas interpretativas o aclarativas).

Deben señalarse únicamente seis pronunciamientos donde estaba en juego algún elemento interpretativo o de valoración del ordenamiento jurídico. En el primero, la Audiencia Nacional rechazó la decisión de la CNE de entender que el momento esencial para determinar el régimen económico aplicable especial previsto para determinadas instalaciones de generación eléctrica era la inscripción definitiva de la instalación en el registro especial y estableció que el momento esencial a tener en cuenta no era solamente la inscripción definitiva, sino también el acta de puesta en marcha de la instalación⁸⁶³. En los cinco restantes, que hacen referencia al mismo supuesto de hecho y conflicto jurídico en materia de liquidaciones definitivas de actividades del sector del gas natural, la CNE había determinado que el transporte del gas natural de una planta regasificadora a una central térmica de la misma empresa estaba sujeto al pago del peaje de transporte. La Audiencia Nacional consideró a las dos instalaciones una misma unidad y por tanto determinó que no debían sufragar cantidad alguna en ese concepto⁸⁶⁴.

Asimismo, cabe destacar un recurso en el que, si bien fue desestimado y por tanto se avaló la decisión de la CNE, se llevó a cabo un control judicial fuerte mediante la aplicación del principio de interdicción de la discriminación. Se trata del recurso planteado por los operadores del sector eléctrico contra el denominado déficit

⁸⁶³ SAN 3509/2007, de 12 de abril.

⁸⁶⁴ SSAN 5835/2010, de 29 de diciembre; 2313/2011, de 4 de mayo; 96/2012, de 25 de enero; 1421/2012, de 4 de abril; 1816/2013, de 17 de abril de 2013.

tarifario⁸⁶⁵. La cuestión que se planteó la Audiencia Nacional fue si era discriminatorio para las empresas eléctricas soportar el déficit tarifario, todo ello de conformidad con el artículo 14 de la Constitución. La Audiencia Nacional aplicó de manera exhaustiva la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prohibición de discriminación y llegó a la conclusión de que el déficit tarifario no era discriminatorio. Cabe destacar que se trataba de una materia polémica y de gran repercusión social y económica. Parece, por tanto, que la Audiencia Nacional desplegó un control judicial fuerte debido a estas connotaciones del caso. Pese a ello, desestimó las pretensiones de los recurrentes y confirmó las decisiones del organismo regulador energético. Posteriormente, el Tribunal Supremo avaló el razonamiento de la Audiencia Nacional y desestimó en casación, reproduciendo los mismos argumentos que ésta, las pretensiones de los operadores del sector eléctrico⁸⁶⁶.

Se han encontrado dos pronunciamientos más en los que los tribunales españoles han ejercido un control judicial fuerte cuando las partes han alegado la vulneración de un derecho fundamental. La Audiencia Nacional examinó con detalle si la publicación en la página web de la CNE de un documento que acusaba de prácticas monopolísticas a ciertos agentes del sector era conforme o no al derecho al honor (artículo 18.1 CE)⁸⁶⁷. La Audiencia Nacional concluyó que no se había producido tal vulneración, pero no

⁸⁶⁵ SSAN 225/2013, de 30 de enero y 3404/2013, de 24 de julio.

⁸⁶⁶ Véase la STS 6066/2013, de 18 de noviembre.

⁸⁶⁷ Véase la SAN 2340/2011, de 4 de mayo.

descartó que el derecho al honor pudiera ser un criterio limitador de la actuación de la CNE. Por su parte, el Tribunal Supremo sí que estimó un recurso de casación por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) al considerar que la declaración de confidencialidad de determinados documentos resuelta por la CMT había impedido la adecuada redacción de la demanda en sede judicial de la parte afectada⁸⁶⁸. Si bien con resultados dispares -dos sentencias contrarias a los intereses de los particulares y una a favor- los tribunales españoles han traído a colación los derechos fundamentales como criterios limitadores de la actuación de los organismos reguladores.

Sin embargo, a pesar de estos intentos muy reducidos en número de ejercer un control judicial más intenso, este análisis jurisprudencial confirma las tesis de la escasa doctrina que ha estudiado el control judicial de las administraciones independientes. Los tribunales españoles –el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional- han adoptado una posición deferencial en cuanto al control de los actos regulatorios de la CNE y la CMT. Esta posición se encuentra alineada con las exigencias del Estado regulador y del pensamiento jurídico antiformalista que lo acompaña. El problema radica en que los tribunales españoles no han esbozado criterios, tests o doctrinas que permitan determinar el grado concreto de deferencia judicial o, en otras palabras, no han determinado el estándar concreto del control judicial. Parece sostenerse la deferencia en la discrecionalidad técnica de las administraciones independientes y

⁸⁶⁸ Véase la STS 8005/2007, de 12 de diciembre.

únicamente se realiza un mayor control que desemboca en la estimación de unos pocos recursos contencioso-administrativos en materias competenciales o procedimentales de índole menor. Esta referencia a la discrecionalidad técnica ampara cualquier tipo de decisión de la CNE y la CMT y el resultado de todo ello es la inexistencia del control judicial en las cuestiones de fondo de los organismos reguladores españoles. Se trata, como se ha apuntado con anterioridad, de una deferencia espontánea. En palabras de MORELL OCAÑA, parece que cuando aparecen elementos relativos a la ciencia o a la técnica el “derecho se aísla” de los otros saberes y el juez se limita a sí mismo al control de las cuestiones jurídicas mientras que el resto de elementos quedan fuera de su alcance al quedar amparados en la desdibujada discrecionalidad técnica del organismo regulador⁸⁶⁹.

En este contexto, las posiciones formalistas mayoritarias de la doctrina iuspublicista española brillan por su ausencia. Únicamente la técnica del control de los elementos reglados parece utilizable y es la que ha desembocado en la estimación de algunos de los recursos contencioso-administrativos planteados contra los actos regulatorios de la CNE y la CMT. Parece que los tribunales españoles –a diferencia de la doctrina iuspublicista- sí que han tenido en cuenta las particularidades del Estado regulador y su aparato institucional y han reajustado sus posiciones, reconociendo

⁸⁶⁹ MORELL OCAÑA, L. “El juez y la administración, frente a los hechos y el derecho aplicable”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas. 2003. Págs. 1414-1422.

sobre todo la discrecionalidad técnica de los organismos reguladores, hacia la deferencia judicial.

d) La necesidad de desarrollar técnicas de control judicial para disciplinar la deferencia técnica

La posición de los tribunales españoles que reconoce la especialización técnica de los organismos reguladores y la consecuente discrecionalidad también de carácter técnico cuando ejercen sus funciones es perfectamente coherente con el Estado regulador, sobre todo con la concepción apolítica, neutra y técnica de la versión europea del mismo y que el legislador español ha aceptado. Los tribunales españoles, a pesar de la poca elaboración de bases doctrinales que acomoden a la administración independiente, se encuentran en sintonía con las bases fundamentales del Estado regulador.

El abandono de las técnicas de control de las administraciones independientes de naturaleza formalista por parte de los tribunales españoles es, de nuevo, perfectamente coherente con los postulados del Estado regulador. En capítulos anteriores de este trabajo se ha argumentado que la administración independiente, tanto en Estados Unidos como en la doctrina europea, viene acompañada de posiciones antiformalistas, es decir, el papel del derecho queda en segundo plano. Se reconocen amplios márgenes de discrecionalidad a la administración pública, el derecho ya no es percibido como una ciencia determinada que pueda, bajo parámetros de neutralidad y

autosuficiencia, desligarse de la política y, por tanto, no puede inmiscuirse en decisiones que, ya sea por su carácter técnico o político, corresponden a los poderes políticos. Los tribunales españoles han asumido esta posición antiformalista y en el control de la CNE y la CMT han abandonado por desuso –o, en el caso de la Audiencia Nacional, la han reconfigurado hasta equipararla con la simple discrecionalidad- la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Ésta era y continúa siendo para la doctrina iuspublicista española la principal técnica de control de la administración pública, cuyo objetivo es, precisamente, reducir al máximo los ámbitos discrecionales de la administración pública y resaltar al juez y al derecho como mecanismos de control.

Los tribunales españoles han asumido, en sus bases doctrinales y en su función de control de la CNE y la CMT, que los organismos reguladores toman decisiones en ámbitos de alta especialización técnica, que se trata de instituciones de carácter técnico y por tanto gozan de un amplio margen de discrecionalidad en su toma de decisiones. Todo ello, perfectamente coherente con el Estado regulador, especialmente con la versión de la doctrina europea. El énfasis en la naturaleza técnica y en la discrecionalidad también de carácter técnico de los tribunales españoles muestra esta asimilación del Estado regulador caracterizado por su apoliticidad y neutralidad. Sin embargo, el reconocimiento de estos postulados del Estado regulador ha venido acompañado, tanto en Estados Unidos como por la doctrina europea, de una reformulación bajo

postulados antiformalistas de las técnicas de control judicial de la administración pública.

Los tribunales españoles no han acometido este reajuste de su papel de control de los organismos reguladores. El Derecho Administrativo norteamericano, así como el Derecho Administrativo europeo, han desarrollado técnicas de control judicial que se han adaptado a los nuevos postulados del Estado regulador. Si bien el punto de partida es siempre la discrecionalidad de la administración pública, éstas técnicas han acotado esta discrecionalidad y han permitido a los tribunales desplegar un control procedimental de las decisiones de los organismos reguladores acorde con el Estado regulador y sus postulados. En este sentido, los tribunales han exigido mayor rigor a la administración pública en los requisitos procedimentales que llevan a la toma de sus decisiones –mayor información disponible al público, seriedad del trámite de audiencia pública, coherencia con el debate público y el resultado final de la decisión- y han reforzado y garantizado las exigencias de motivación, consideración de alternativas políticas y técnicas, así como la presencia de todos los intereses y actores relevantes para la toma de decisiones. En definitiva, si bien los tribunales no pueden ni deben bajo postulados antiformalistas realizar un control sustantivo que se entrometa en la discrecionalidad de la administración pública, sí que pueden supervisar que se ha producido un adecuado debate público y se han tenido en cuenta todos los intereses y actores relevantes en la toma de la decisión. El papel del juez y del derecho se limita, por tanto, al

aseguramiento de la transparencia, a garantizar el acceso a la información y la participación en el debate de todos los intereses en juego y que la administración pública decida en coherencia con el debate público entablado.

En el análisis jurisprudencial que se ha realizado en este trabajo se ha puesto de manifiesto que en los pocos casos en los que se ha dado la razón al particular y se ha fallado en contra de una decisión del organismo regulador, los tribunales españoles mayoritariamente se han centrado en cuestiones menores de carácter procedimental y competencial. Las técnicas de control antiformalistas, sin embargo, permiten un control procedimental en sentido fuerte, es decir, posibilitan entrar en el control de las cuestiones técnicas complejas y se alejan del mero control de la existencia de un trámite administrativo o de la posesión de un título competencial (y, por tanto, de los elementos reglados como técnica formalista de control de la administración). Este control judicial de carácter procedimental en sentido fuerte le da instrumentos al juez para entrar en el debate técnico del organismo regulador, supervisando que se hayan escuchado y valorado todas las alternativas técnicas, los intereses en juego y se haya desplegado un adecuado razonamiento técnico motivado y abierto al debate público.

Nada impide a los tribunales españoles adoptar estas técnicas de control de carácter procedimental en sentido fuerte para controlar a los organismos reguladores. Si bien el Tribunal Constitucional ha amparado la discrecionalidad técnica, ha dejado en manos de los

tribunales ordinarios la determinación del estándar concreto o la intensidad del control de las decisiones de las administraciones públicas. Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional han apuntado dos criterios que permitirían desarrollar con intensidad este control de carácter procedimental: la interdicción de la arbitrariedad y la razonabilidad de las decisiones. Además, debería recuperarse -se utiliza poco por parte de los tribunales españoles- un criterio ya antiguo del Derecho Administrativo español como es la obligación de motivar las decisiones. Estos tres criterios permitirían desarrollar una especie de test similar a la *hard look doctrine* norteamericana. Los tribunales españoles solamente han esbozado estos criterios, pero el alto índice estadístico de recursos desestimados en contra de los particulares y a favor de los organismos reguladores es un claro indicador que no se están utilizando correctamente.

Asimismo, en Europa existe otro criterio que permitiría dar un cauce adecuado al control procedimental que permite el Estado regulador. El principio de proporcionalidad, utilizado por los tribunales nacionales con base en sus ordenamientos constitucionales y por los tribunales europeos -tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, es un mecanismo adecuado para modular la deferencia de los poderes públicos. El Derecho Administrativo europeo ha señalado con acierto, como se ha argumentado en otros capítulos de este trabajo, que el principio de proporcionalidad ha sido utilizado asiduamente por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea como un factor modulador de la deferencia hacia las decisiones de las instituciones de la Unión y de los Estados Miembros. De nuevo, del análisis jurisprudencial realizado, solamente se ha encontrado una decisión de los tribunales españoles que utilice el principio de proporcionalidad como mecanismo de control. Este mecanismo, por tanto, se encuentra ausente en el control judicial de los organismos reguladores españoles.

Finalmente, los tribunales españoles han esbozado, de nuevo, la posibilidad de utilizar los derechos fundamentales como mecanismos de control judicial sobre las decisiones de los organismos reguladores. En algunas ocasiones se ha recurrido al principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y al derecho al honor (artículo 18.1 CE) como parámetros de control. Tal y como se ha apuntado, el Derecho Constitucional norteamericano ha permitido un control judicial intenso en materia de derechos fundamentales. Asimismo, en el derecho continental europeo los derechos fundamentales siempre han comportado una modulación de las técnicas de control judicial en el sentido, precisamente, de fortalecerlas. Los tribunales españoles tienen, en este ámbito, unas buenas herramientas que avalan el fortalecimiento de los mecanismos de control. En el caso de que estén afectados derechos fundamentales, las decisiones de los organismos reguladores estarían sujetas a un estándar de control judicial más intenso.

La necesidad de reforzar el control judicial es más necesaria en España por la imposibilidad práctica de fortalecer los mecanismos de control extrajudiciales. El sistema parlamentario español, con un poder legislativo con pocos recursos y con un sistema de comités y subcomités para nada equiparable al norteamericano, imposibilita que éste despliegue un control permanente y exhaustivo de los organismos reguladores españoles. La LES en primer lugar y posteriormente la ley de creación de la CNMC, han querido resaltar el papel de control del poder legislativo mejorando su posición en el nombramiento de los vocales de la CNMC, estableciendo la obligación de presentación de informes y articulando un régimen de comparecencias obligatorias. Se trata de algún avance positivo, pero muy tímido si tenemos en cuenta el papel fuerte de control del poder legislativo norteamericano.

Por otro lado, tampoco parece plausible la creación de órganos de coordinación bajo las órdenes del Gobierno que aglutinen a los distintos organismos reguladores y, por tanto, permitan su alineación con la política general del Gobierno. La vía de fortalecer al Gobierno quitando funciones a los organismos reguladores y devolviéndolas a aquél, iniciada por la Ley de creación de la CNMC, no parece acorde con el Estado regulador y ya ha suscitado críticas por parte de la Comisión Europea. El debilitamiento de los organismos reguladores, incluso si no se vacían de las funciones que el propio Derecho de la Unión Europea les reserva en materia energética y de las telecomunicaciones, no debería ser una vía practicable por el ordenamiento español.

En todo caso, el fortalecimiento de los controles extrajudiciales –de los poderes legislativo y ejecutivo- cobra mucho más sentido en una concepción política y no neutral del Estado regulador y de las administraciones independientes. La concepción norteamericana, en la etapa sobre todo post-*New Deal*, nunca ha negado el carácter político de las administraciones independientes y, por tanto, ha allanado la posibilidad de fortalecer los mecanismos de control del legislativo y del ejecutivo. En pocas palabras, si las decisiones de las administraciones independientes son de carácter político, es necesario también un control de carácter político. En cambio, el énfasis de la doctrina europea en la apoliticidad y neutralidad del Estado regulador y de los organismos reguladores dificulta en gran medida que se pueda dotar de más facultades de control al legislativo y ejecutivo, cuyo control es de naturaleza política. La doctrina europea, en cambio, se ha centrado en la mejora del procedimiento administrativo, en la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de los organismos reguladores o en la transparencia y acceso a la información regulatoria. Es aquí donde cobra importancia el control judicial que, bajo postulados antiformalistas que reconozcan una gran discrecionalidad a la administración pública, pueda controlar los aspectos procedimentales que encauzan, acotan y legitiman, la toma de decisiones discrecionales de los organismos reguladores.

Sin duda alguna, los fundamentos del pensamiento jurídico antiformalista que acompañan al Estado regulador y su aparato institucional requieren el reajuste del pensamiento jurídico español,

anclado en posiciones mayoritariamente formalistas. La doctrina iuspublicista española no ha hecho bien su ajuste, pero tampoco los tribunales españoles. El advenimiento del Estado regulador no supone pasar de un control judicial fuerte basado en técnicas jurídicas de carácter formalista a un cheque en blanco sobre la base de una deferencia judicial sin límites ante las decisiones de su aparato institucional. Es necesario desarrollar técnicas que disciplinen el nuevo papel del juez y del derecho ante una nueva manera de concebir y ejercer el poder público como es el Estado regulador y su aparato institucional.

CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico norteamericano es, con toda seguridad, el que atesora una mayor experiencia en materia de Estado regulador y administraciones independientes. Especialmente desde el *New Deal*, la doctrina jurídico-política, así como la ciencia económica, han cimentado y desarrollado sus bases doctrinales. Asimismo, el arraigo del Estado regulador y de la administración independiente en el Derecho de la Unión Europea parece incontestable a la luz de los datos de las últimas dos décadas. Desde los años noventa, la Unión Europea ha creado una gran cantidad de administraciones independientes -más de una treintena- que apoyan a las instituciones de la Unión en el ejercicio de sus competencias y que, en algunos casos, ejercen el poder público directamente. Estas *agencias* se han convertido a día de hoy en una realidad institucional relevante en el seno del Derecho de la Unión y se trata, por tanto, de un fenómeno que ha cambiado el modelo de gobernanza de la Unión Europea. Lo mismo puede concluirse respecto a España. También en las dos últimas décadas, la administración independiente se ha convertido en una nueva realidad institucional que ha cambiado la fisonomía de la administración pública española.

Este trabajo ha estudiado el recorrido del Estado regulador y de la administración independiente en estos tres ordenamientos desde una perspectiva doctrinal e institucional. La interacción entre ellos se ha

revelado de manera manifiesta. La influencia de los postulados y la experiencia norteamericana en el debate europeo son patentes en los autores que han estudiado el Estado regulador y la administración independiente. Asimismo, el Derecho de la Unión Europea ha impulsado la transformación del Derecho Público español que ha tenido que adaptarse a una nueva realidad institucional. Sin embargo, esta interacción revela dificultades, en algunas ocasiones una patente falta de diálogo entre los distintos niveles que ha puesto en entredicho el acomodo del Estado regulador y de la administración independiente. Este trabajo se ha centrado en el estudio de cómo se ha producido esta interacción o comunicación y ha puesto de relieve que el trasplante de nuevas ideas o teorías, en este caso del Estado regulador y de la administración independiente, debe ir acompañado de un intercambio más fluido y sincero entre los distintos ordenamientos. El incorrecto planteamiento del debate o, incluso, la ausencia del mismo, ha comportado en el caso de España un acomodo más que dudoso de la administración independiente y que ésta se encuentre en una situación de evidente precariedad institucional. En definitiva, las conclusiones que a continuación se expondrán, revelan una clara indefinición en España respecto a la verdadera naturaleza de la administración independiente y, por tanto, las dificultades que existen para determinar sus mecanismos de control. Todo ello es consecuencia de la inexistencia en la práctica de un debate a nivel doctrinal e institucional entre el Derecho de la Unión, que ha querido impulsar la administración independiente en España, y el Derecho Público español.

La concepción doctrinal del Estado regulador y de las administraciones independientes: política o neutralidad

La transformación institucional de la Unión Europea ha sido impulsada por un conjunto de autores provenientes de la ciencia política y en menor medida del derecho que desde los años noventa defendieron los postulados del Estado regulador y de su aparato institucional en el debate sobre las nuevas formas de gobernanza de la Unión Europea y de sus Estados Miembros. Estos autores están fuertemente influenciados por la experiencia norteamericana sobre el Estado regulador y las administraciones independientes. La mayoría de ellos tienen vínculos de formación, docencia o investigación con el pensamiento jurídico-político anglosajón, especialmente el norteamericano. Asimismo, sus trabajos apelan constantemente a la experiencia norteamericana, a sus postulados y a sus soluciones. Esta doctrina, fuertemente influenciada por la manera de pensar de los ordenamientos de corte anglosajón, ha liderado el debate sobre el Estado regulador en Europa desde los años noventa.

A pesar de esta influencia norteamericana, se aprecia una importante diferencia en la concepción del Estado regulador y su aparato institucional a ambos lados del Atlántico. Los autores europeos han defendido un Estado regulador sobre las premisas de una fuerte creencia en las bondades del mercado, la crisis de la política, de la democracia y del Estado redistribuidor de la riqueza e interventor en la economía. El ensalzamiento de la técnica y el

alejamiento de la política ha llevado a los autores europeos a defender la creación de administraciones independientes neutras y apolíticas, enfatizándose su naturaleza contramayoritaria. Esta característica no se encuentra presente en la experiencia norteamericana. En Estados Unidos, ni en la etapa del *New Deal* - momento de mayor prestigio de la tecnocracia- ni con posterioridad, el Estado regulador y la administración independiente se han concebido como instituciones apolíticas y neutras. La administración independiente nace como una institución que quiere evitar el bipartidismo, el clientelismo político y asegurar que en el debate la técnica y la ciencia estén presentes, pero en ningún momento se concibe como un ente neutral apartado de la política. Esta caracterización de la administración independiente como un sujeto de naturaleza política se acentúa, sobre todo, en la era post-*New Deal* que centra las críticas en la captura o captación del regulador por parte de los agentes del sector y en su falta de legitimidad democrática.

Obsérvense, en todo caso, las diferencias contextuales históricas en las que se desarrolla el Estado regulador en Estados Unidos y Europa. El *New Deal*, momento de creación de la mayoría de las administraciones independientes norteamericanas, es una etapa en la que la confianza en el libre mercado entra en crisis, caracterizada por la voluntad de robustecer al Estado y de fomentar su intervención en la economía, así como basada en la creencia en la política y la democracia como mecanismos de cambio social y redistribución de la riqueza. Por el contrario, el Estado regulador

que se defiende en los años noventa por este grupo de autores europeos persigue todo lo contrario, su objetivo es reducir la intervención económica del Estado, alejar la política de la ciencia y la tecnocracia y acentuar su carácter contramayoritario.

Cabe destacar que, tanto el legislador, como la doctrina y los tribunales españoles han concebido a la administración independiente de una manera muy similar a este conjunto de autores europeos, en el sentido de que se ha defendido su naturaleza técnica, neutral y apolítica. El legislador, sobre todo a partir de 2011, ha interiorizado el uso del lenguaje del Estado regulador y de la administración independiente. Las alusiones a su carácter técnico y especializado por parte del legislador español, así como una cierta presencia explícita de las teorías del Estado regulador en los preámbulos y redactados de la LES y la ley de la creación de la CNMC, son un claro reflejo de esta sintonía con los autores europeos. La doctrina española, sin alusiones explícitas a los autores europeos, también se ha inclinado por esta concepción. Finalmente, los tribunales españoles, si bien lo han hecho sin mucho detalle, también han reconocido el carácter técnico y especializado de las administraciones independientes.

Los postulados del pensamiento jurídico del Estado regulador y de las administraciones independientes: checks and balances y antiformalismo

La influencia norteamericana en los autores europeos se revela en la asunción de la versión dinámica del principio de separación de

poderes -*checks and balances*- y una concepción antiformalista del derecho. Estos dos postulados son los que han acompañado al Estado regulador en Estados Unidos y Europa. En primer lugar, la versión dinámica del principio de separación de poderes ha permitido la introducción de la administración independiente en el entramado institucional. En el caso europeo, la doctrina ha defendido que la Unión Europea acoge este principio a través del principio de equilibrio de facultades. Su introducción es posible siempre que el equilibrio institucional no se rompa y, por tanto, deben crearse mecanismos de control y contrapoder que mantengan bajo supervisión a la administración independiente. En el caso norteamericano, la concepción política de las administraciones independientes ha implicado que se fortalezcan los mecanismos de control de los poderes legislativo y ejecutivo, sin olvidar el importante papel del procedimiento administrativo y los requisitos de transparencia y participación ciudadana en el mismo. Por el contrario, el énfasis en la naturaleza contramayoritaria de los autores europeos ha conllevado que se refuerzan los mecanismos procedimentales de control, pero se ha dejado de lado el fortalecimiento de los órganos políticos de control de la administración independiente, especialmente el papel del Parlamento Europeo.

En segundo lugar, la concepción antiformalista del derecho ha relegado el papel de éste y del poder judicial a un segundo plano. El Derecho Público norteamericano -tanto el Derecho Constitucional como el Administrativo- ha partido en todo momento del concepto

de deferencia hacia los poderes políticos, al entender que el derecho y el juez no son neutrales y por tanto su control es también de naturaleza política. El denominado Derecho Administrativo europeo ha reconocido también que la deferencia es la piedra angular de las relaciones del poder judicial europeo -el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los jueces nacionales aplicadores del Derecho de la Unión- y las instituciones europeas y ha utilizado las mismas categorías que el Derecho norteamericano. Esta deferencia en algunos casos se justifica en la técnica -véase la denominada *Skidmore deference* en Estados Unidos- pero en muchas ocasiones tiene que ver con una deferencia hacia la política que, en un régimen democrático, corresponde ejercer a los poderes con legitimidad democrática -véase en este sentido la denominada *Chevron deference*. En todo caso, desde concepciones antiformalistas del derecho se han desarrollado tests y estándares de control del aparato administrativo, disciplinándose la deferencia. Estos estándares, sobre todo, predicán un control procedimental fuerte de la administración pública.

El impulso del Estado regulador y de la administración independiente por parte de las instituciones europeas: instituciones funcionalmente débiles para la Unión y plenamente reguladoras para los Estados Miembros

El impulso doctrinal del Estado regulador y de sus soluciones institucionales ha tenido una muy buena acogida entre las instituciones de la Unión. La creación de numerosas

administraciones independientes, tal y como se ha apuntado, es una buena muestra de cuanto se acaba de decir. La Comisión Europea, sobre todo, se ha convertido en la gran emprendedora en este ámbito y ha incorporado en sus documentos estratégicos a la administración independiente como un buen mecanismo de gobernanza. El déficit institucional de la Unión, la debilidad de la propia Comisión en los años noventa, o los problemas de implementación del Derecho de la Unión en manos de los Estados Miembros, han favorecido esta acogida como mecanismo de fortalecimiento del poder ejecutivo de la Unión.

Sin embargo, las instituciones de la Unión han impulsado una administración independiente funcionalmente débil y no han acogido, plenamente, las tesis de los autores europeos que abogaban por administraciones independientes con plenos poderes. La mayoría de *agencias* europeas son solamente de carácter consultivo; unas pocas tienen poderes de adjudicación y cuasi normativos. En este trabajo se han esbozado tres posibles razones que explican esta cuestión. En primer lugar, la Comisión Europea ha sido consciente - y así lo ha plasmado en sus documentos estratégicos- del carácter contramayoritario de la administración independiente enfatizado por los autores europeos. En este sentido, la Comisión en todo momento ha puesto de relieve que la administración independiente debe circunscribirse estrictamente a ámbitos técnicos, nunca políticos, y por este motivo ha denegado la atribución de función normativa alguna a las administraciones independientes. Asimismo, el Parlamento Europeo, sobre todo en el momento inicial del debate

sobre el Estado regulador, alertó de los problemas de legitimidad democrática de una institución con un fuerte carácter contramayoritario. En segundo lugar, el juego interinstitucional de poder ha desempeñado un papel relevante, sobre todo en los últimos años, en la creación, diseño y potestades de las administraciones independientes de la Unión. Las administraciones independientes no han salido beneficiadas, en cuanto a prerrogativas y poderes, de un debate en el que las instituciones europeas han querido preservar su papel central decisorio. En tercer y último lugar, la doctrina *Meroni* defendida por el Tribunal de Justicia, aunque ya antigua y desfasada en opinión de la mayoría de la doctrina europea, parece que ha impedido interpretar el principio de equilibrio de facultades como una carta blanca a la delegación de funciones normativas a las administraciones independientes.

Si bien a nivel de la Unión Europea sus instituciones han apostado por un modelo de administración independiente funcionalmente débil, no puede decirse lo mismo del modelo que se ha impulsado en los ordenamientos de los Estados Miembros en los sectores de la energía y de las telecomunicaciones. A partir de 2009, el Derecho de la Unión ha obligado a los Estados Miembros a dotarse de verdaderas administraciones independientes como organismos reguladores en estos sectores. Todo apunta que en este caso, sin el juego de poder interinstitucional de por medio, las instituciones europeas han apostado plenamente por el modelo doctrinal europeo para los Estados Miembros. Cabe destacar, por tanto, que la Unión Europea ha sido un catalizador a dos niveles del Estado regulador y

de la administración independiente. Por un lado, ha asumido sus tesis a efectos *ad intra*, es decir, ha considerado la administración independiente como un buen mecanismo para el ejercicio de sus propias competencias. Por el otro, ha impuesto este modelo de organización administrativa *ad extra* a los Estados Miembros y, por tanto, ha sido una impulsora de la administración independiente en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Los problemas de comunicación entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico español

Es en este segundo nivel, el de impulsora de una nueva realidad institucional en los Estados Miembros, donde tanto la doctrina como las instituciones europeas no han tenido en cuenta el principio de autonomía institucional o de respeto a la identidad constitucional formulado en el artículo 4.2 TUE. Si bien el primero es un principio con poca operatividad práctica, el segundo debería integrarse de lleno en el debate sobre el impulso de las administraciones independientes por parte de la Unión Europea. Sin duda, es demasiado pronto para aventurar las consecuencias del artículo 4.2 TUE, ni doctrinal ni jurisprudencialmente puede determinarse todavía su alcance. En todo caso, parece acertado preguntarse si la introducción de la administración independiente significa una simple alteración del aparato administrativo de un Estado Miembro o es algo más, es decir, si comporta una alteración del principio de separación de poderes nacional y del entramado constitucional de poderes de los Estados Miembros.

Sea como fuere, no puede darse por sentado que la administración independiente sea un mero cambio en el aparato administrativo, antes bien el Estado regulador y su aparato institucional constituyen una transformación en el paradigma de la naturaleza del Estado y del modo como éste ejerce el poder público. En este sentido, parece que las estructuras constitucionales nacionales existentes pueden verse sometidas a una gran presión y que principios constitucionales básicos como la separación de poderes o el principio democrático pueden verse alterados. No es baladí, cabe recordar, que el acento en la concepción contramayoritaria de la administración independiente existente en la doctrina europea complica todavía más su compatibilidad con el principio democrático.

También debe señalarse la posición de las instituciones europeas sobre las administraciones independientes en el seno de la Unión. Por varios motivos, entre ellos la conciencia del carácter contramayoritario de la administración independiente, han apostado por una administración independiente funcionalmente débil en el ámbito de la Unión. El abandono de esta posición de prudencia y la imposición en los ordenamientos internos de una administración independiente con plenos poderes y funcionalmente robusta, debería haber generado el mismo debate y la discusión de los mismos argumentos y contrargumentos que se expusieron para la Unión Europea. Si se advirtieron cuestiones como la afectación al principio democrático, se puso de relieve la importancia del juego interinstitucional y, en todo caso, se discutió la posible alteración del principio de equilibrio de facultades de la Unión, debería

haberse tenido en cuenta que cuestiones similares aflorarían en el debate interno de los Estados Miembros y que, por tanto, las estructuras constitucionales y el principio de separación de poderes nacionales se verían afectados.

Esta falta de debate por parte de la doctrina y de las instituciones europeas sobre las implicaciones de esta nueva realidad institucional para los ordenamientos de los Estados Miembros ha sido un elemento más que ha dificultado su adaptación en España. En efecto, el ordenamiento español se convierte en el receptor de esta nueva realidad institucional impulsada por la Unión Europea sin que se tenga en cuenta a nivel europeo su sistema institucional y de gobierno. La ignorancia del nivel nacional por parte del Derecho de la Unión se suma a la falta de participación de la doctrina española en el debate doctrinal europeo. En definitiva, se aprecia con claridad una ausencia de comunicación y de intercambio de ideas por parte de los dos ordenamientos, lo que ha comportado una difícil recepción y, posiblemente el fracaso del Estado regulador y de la administración independiente en España.

En efecto, el legislador español ha acogido a la administración independiente en los sectores energético y de las telecomunicaciones mediante avances y retrocesos. La CNE y la CMT fueron asumiendo lentamente un mayor estatus de independencia y más competencias hasta 2011. En esta fecha, gracias a la LES y al impulso de la normativa europea en materia energética y de telecomunicaciones de 2009, el legislador español

acogió explícitamente el lenguaje regulador y configuró la CNE y la CMT como auténticos organismos reguladores. Sin embargo, la creación de la CNMC en 2013 ha comportado las críticas de la Comisión por el vaciamiento de las competencias del nuevo ente regulador en materia, sobre todo, energética. El proceso paulatino de asunción de más competencias y prerrogativas por parte de la CNE y la CMT, consolidado por un breve periodo de tiempo en la LES que reforzó su estatus de independencia, parece que se ha revertido y se aprecia un fenómeno, sobre todo en la Ley 3/2013 y en las normas más recientes en materia energética y de telecomunicaciones, de devolución de competencias regulatorias al Gobierno.

En cuanto a la doctrina iuspublicista española, cabe destacar su prácticamente nula participación en el debate de alcance europeo sobre el Estado regulador y las administraciones independientes. Asimismo, el Derecho de la Unión también se encuentra ausente como factor relevante en el debate interno sobre esta nueva realidad institucional. Los defensores del Estado regulador y de la administración independiente no han contribuido al debate europeo, ni tampoco han utilizado su impulso por el Derecho de la Unión -y el principio de primacía- como argumento en la discusión interna sobre su constitucionalidad. Debe tenerse en cuenta que en materia de energía y telecomunicaciones, desde 2009, los organismos reguladores vienen impuestos por el Derecho de la Unión. Por su parte, los defensores de su inconstitucionalidad no han cuestionado la validez del Derecho de la Unión, ni desde los propios principios y

valores del Derecho originario de la Unión -el principio de respeto a la identidad constitucional, especialmente- ni desde los límites infranqueables asentados por la jurisprudencia interna del Tribunal Constitucional español. En definitiva, la doctrina española ha discutido sobre las administraciones independientes completamente de espaldas al papel del Derecho de la Unión Europea, así como a la doctrina europea que ha contribuido a su impulso.

Esta falta de comunicación e interacción tiene, sobre todo, una consecuencia muy importante a nivel de control de las administraciones independientes. La doctrina iuspublicista española, que ha basado tradicionalmente sus mecanismos de control judicial de la administración pública en técnicas formalistas, no ha tenido en cuenta el pensamiento jurídico antiformalista que acompaña al Estado regulador, defendido por la doctrina europea con una fuerte influencia de la experiencia norteamericana. Los iuspublicistas españoles no han considerado a la administración independiente como un elemento diferenciador que obliga a cambiar los mecanismos de control y, por tanto, no los ha adaptado a una nueva realidad institucional. En definitiva, la falta de tratamiento singularizado de la administración independiente y el desarrollo de nuevas técnicas de control, no ha ayudado a los tribunales españoles en su tarea de fiscalización de la CNE y la CMT.

La alteración del equilibrio institucional en España: la dudosa constitucionalidad del proceso de acomodo interno de la administración independiente

En todo caso, si bien la adaptación ha sido difícil, ni el legislador ni mayoritariamente la doctrina española han cuestionado la constitucionalidad de las administraciones independientes. El silencio de la Constitución, así como la asunción de la versión dinámica del principio de separación de poderes por parte de los constitucionalistas españoles, han permitido un encaje constitucional más bien pacífico de la administración independiente. Ésta se ha consolidado como una realidad institucional en la última década y no ha causado una gran polémica en nuestro ordenamiento.

Pese a la asunción de la versión dinámica del principio de separación de poderes, existen motivos para cuestionar el proceso de acomodo y recepción de la administración independiente en España. En Estados Unidos, la eclosión del Estado regulador y de su aparato institucional vino acompañado de un reajuste o reequilibrio de los poderes y mecanismos de control existentes. La concepción política de la administración independiente en Estados Unidos, sobre todo en la etapa post-*New Deal*, puso de relieve la pérdida de funciones políticas de los poderes legislativo y ejecutivo y, por tanto, la necesidad de éstos de reforzar su control sobre la administración independiente. Asimismo, el fortalecimiento de estos poderes se vio necesario por las credenciales democráticas

menos intensas de las administraciones independientes. De este modo, el derecho a veto del Congreso, el control permanente mediante el sistema de comités o la intervención en el nombramiento de sus dirigentes, son ejemplos del papel del poder legislativo. En cuanto al poder ejecutivo, la creación de oficinas de coordinación, así como el papel tradicionalmente relevante del Presidente en el nombramiento de los dirigentes de las administraciones independientes, aseguran una gran influencia del poder ejecutivo. A este fortalecimiento de los poderes políticos se le sumó una gran apuesta por mejorar el procedimiento administrativo, la transparencia y la participación ciudadana en la toma de decisiones de las administraciones independientes. Finalmente, bajo concepciones antiformalistas del derecho, el poder judicial elaboró tests y estándares de control para disciplinar la deferencia hacia las decisiones del nuevo aparato institucional.

La doctrina y las instituciones europeas, con una concepción tecnocrática y apolítica del Estado regulador y de las administraciones independientes alejada de la experiencia norteamericana, también ha defendido la necesidad de reajustar el principio de equilibrio de facultades mediante técnicas de control procedimental. En el debate europeo predomina la apuesta por técnicas de legitimidad procedimental, como por ejemplo mejorar el procedimiento administrativo o apostar por la transparencia y la participación ciudadana en la toma de decisiones de los organismos reguladores. Asimismo, el denominado Derecho Administrativo europeo ha apostado también por categorías muy parecidas al

Derecho norteamericano y, por tanto, ha partido de concepciones antiformalistas que acentúan la deferencia y la necesidad de disciplinarla. No se ha transitado por el camino norteamericano de dotar de más mecanismos de control a las instituciones políticas – sobre todo al Parlamento Europeo- porque el objetivo principal es alejar a las administraciones independientes de la influencia y control de las instituciones políticas y garantizar, así, la toma de decisiones técnicas.

Este reajuste o reequilibrio de poderes no se ha realizado en España. Tanto la concepción política como la apolítica de la administración independiente exige este reajuste. El principio dinámico de separación de poderes no permite amparar una nueva institución que escape al control del resto de poderes constitucionales. Debido al sistema parlamentario, el fortalecimiento del poder legislativo español en materia de control de las administraciones independientes parece una tarea difícil de acometer. Primero la LES y después la Ley 3/2013, han introducido algunos mecanismos para mejorar el papel del control parlamentario, como por ejemplo, mayor protagonismo en el nombramiento y un sistema periódico obligatorio de informes y comparecencias. Parece, a todas luces, un control intermitente y poco intenso. En cuanto al Gobierno, el mecanismo ensayado por el ordenamiento español es devolverle funciones regulatorias, sobre todo en materia energética, una decisión que no es acorde con el Estado regulador y que ha suscitado críticas por parte de la Comisión Europea.

En cuanto al poder judicial español y su control de los actos de la CNE y la CMT, ha aceptado los postulados antiformalistas del derecho y ha abandonado las técnicas de control formalistas de la administración pública, reconociendo una amplia discrecionalidad de carácter técnico y ejerciendo la deferencia como punto de partida. Sin embargo, este reconocimiento se ha realizado sin el acompañamiento de nuevas técnicas de control, de carácter procedimental, que disciplinen esta deferencia. La falta de guía de la doctrina iuspublicista española, que permanece anclada en las posiciones formalistas de antaño, no ha ayudado a orientar a los tribunales españoles. El alto índice de recursos contencioso-administrativos fallados a favor de la CNE y la CMT y en contra del particular son un claro indicio de esta posición deferencial sin que se hayan utilizado tests, estándares que la acoten. Es urgente que los tribunales españoles, debido a la dificultad práctica del fortalecimiento de los poderes legislativo y ejecutivo frente a la administración independiente, exploren la posibilidad de intensificar el control judicial a través de mecanismos -por otra parte ya ampliamente conocidos en nuestro ordenamiento- como el principio de la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad, la obligación de motivación o, también, el principio de proporcionalidad y los derechos y libertades fundamentales. Todos estos mecanismos, siguiendo la experiencia norteamericana, permiten un control procedimental fuerte de la administración independiente.

En definitiva, la cuestión sobre la inconstitucionalidad de las administraciones independientes no vendría condicionada por el dato de que éstas vengan impuestas por el Derecho de la Unión que, en ningún caso, impide el reajuste interno institucional siempre que se mantengan los atributos de independencia y el núcleo funcional esencial del organismo regulador. Es más, el Derecho de la Unión no avala, en ningún caso, el resultado de una administración independiente cuyos mecanismos de control estén ausentes o sean débiles. El deficiente acomodo de la administración independiente, por tanto, es más una cuestión interna que puede provocar el menoscabo del principio de equilibrio de poderes, a pesar de que se acepte una versión dinámica y flexible del mismo. El origen de la administración independiente en los sectores de la energía y de las telecomunicaciones está en el Derecho de la Unión, pero el proceso de acomodo y el juego interinstitucional dependen del Derecho nacional.

Este inadecuado proceso de acomodo institucional de la administración independiente ha conllevado su precarización. El legislador español ha retrocedido en su avance lento y progresivo del fortalecimiento de los organismos reguladores energético y de las telecomunicaciones. La creación de la CNMC, con un estatus de independencia discutible y con el vaciamiento de funciones en materia energética y de telecomunicaciones, es una muestra de este retroceso con las críticas de la Comisión Europea en primer término. La doctrina iuspublicista española continua anclada en posiciones formalistas del derecho que impiden desarrollar técnicas

adecuadas de control de la nueva realidad institucional. Finalmente, los tribunales españoles muestran una deferencia excesiva y no han ofrecido técnicas alternativas de control a la misma.

Esta situación de precariedad se incrementa por lo que parece una clara confusión de la verdadera naturaleza de las administraciones independientes. Si bien el legislador, la doctrina y los tribunales españoles sobre el papel han defendido la concepción tecnocrática, apolítica y neutral proveniente de la doctrina e instituciones europeas, varios acontecimientos a largo del proceso de acomodo de las administraciones independientes en España señalan hacia una visión política de la institución más acorde con la experiencia norteamericana. Entre estas señales destacan la reciente decisión en materia energética y de telecomunicaciones de devolver competencias regulatorias al Gobierno o los distintos escándalos que han revelado la intervención del Gobierno en decisiones regulatorias relevantes. El caso de la OPA sobre Endesa de Gas Natural y E.ON en 2005 y 2006 o el reciente debate sobre la fijación de las tarifas del sector eléctrico en el que el Gobierno ha decidido intervenir cambiando el sistema tarifario de raíz, son ejemplos que avalan que se debería dejar de lado esta concepción apolítica y neutral de la administración independiente y acoger la visión norteamericana que enfatiza el carácter político y controvertido de sus decisiones. Solamente en este caso podrá empezarse a discutir seriamente sobre aquellos mecanismos de control que son necesarios adoptar. Mientras tanto, sin embargo, es urgente afinar los mecanismos de control que nuestro ordenamiento

puede y debe poner en práctica para afrontar al Estado regulador y a la administración independiente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGAPITO SERRANO, R. *Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de separación de división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos. 1989.

ALEMANO, A. “EU Risk Regulation and Science: The Role of Experts in Decision-making and Judicial Review”. En VOS, E. (ed.). *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*. Connex Report Series, nº6. 2008.

ANDOURA, S.; TIMMERMAN, P. “Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited”. *European Policy Institute Network, Working Paper*, nº19, 2008.

ARAGÓN REYES, M. “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”. En: PAU VALL, F. (coord.). *Parlamento y control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamentos*. Pamplona: Aranzadi. 1998.

ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. 3ª ed. Granada: editorial Comares. 2004.

ARIÑO ORTIZ, G.; LÓPEZ DE CASTRO, L. *El sistema eléctrico español: regulación y competencia*. Montecorvo: Fundación ICO, Fundación de Estudios de Regulación, 1998.

- “Liberalización y competencia en el sector eléctrico. Balance 1998-2003”. En: ARIÑO ORTIZ, G. *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados 1996-2003. Tomo II*. Granada: Comares. 2004.

ARZOZ, X. “La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: Mito y realidad”. *Revista de Administración Pública*, nº 191. 2013.

BARNES VÁZQUEZ, J. “Una nota sobre el análisis comparado”. En: A.A.V.V. *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas. 1996.

BELLAMY, R. “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”. En Bellamy, R.; Castiglione, D. (eds.). *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Oxford: Blackwell-Publishers. 1996.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes, un reto para el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos. 1994.

- "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes". *Conseil d'Etat, Etudes & Documents*, nº 52. 2001.
- "Las administraciones independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de derechos". En: RODRÍGUEZ ARANA, J. (dir.); CALVO CHARRO, M. (coord.). *La administración pública española*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). 2002.
- *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Cizur Menor: Civitas. 2012.

BIGNAMI, F. "The Administrative State in a Separation of Powers Constitution: lessons for European Community Rulemaking from the United States". Cambridge: *Harvard Law School-Jean Monnet Chair Working Papers*, 1999.

BILBAO UBILLOS, J. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1999.

BORRÁS, S.; KOUTALAKIS, CH.; WENDLER, F. "European Agencies and Input Legitimacy: EFSA, EMEA and EPO in the Post-Delegation Phase". *Journal of European Integration*, 29:5. 2007.

BREYER, S. G.; STEWART, R. B.; SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases. Sixth Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2006.

BRUFF, H. *Balance of Forces. Separation of Powers Law in the Administrative State*. Durham: Carolina Academic Press. 2006.

BUENKER, J.D.; BURNHAM, J.C.; CRUNDEN, R.M. *Progressivism*. Cambridge: Schenkman Publication Company. 1986.

BUSUIOC, E.M. “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”. *European Law Journal*, Vol. 15, nº 5. 2009.

- *The Accountability of European Agencies. Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon, 2010.

CAPORASO, J.A. “The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern?”. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 24, nº1. 1996.

CASES, LL. “Competition law and policy in Spain: implementation in an interventionist tradition”. En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.

CHAMON, M. “EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea”. *Common Market Law Review*, nº 48, 2011.

CHILLÓN MEDINA, J.; ESCOBAR ROCA, G. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson. 2001.

CHITI, E. “The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies”. *Common Market Law Review*, nº 37. 2000.

CHRISTENSEN, T.; LAEGRID, P. “Agencification and regulatory reforms”. En: Christensen, T.; Laegrid, P. (eds.). *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*. Edward Elgar Publishing. 2006.

CISNEROS CID, J. *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). 1987.

CLAES, M. "National Identity: Trump Card or Up for Negotiation"? En: Saiz Arnaiz, A; Alcoberro Llivina, C (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge, Anveres, Portland: Intersentia. 2013.

COEN, D.; THATCHER, M. “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators. *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, nº 18. 2005.

- “Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”. *International Public Policy*, nº 28, I. 2008.

COHEN, F. “The Ethical Bases of Legal Criticism”. *Yale Law Journal*, nº 41. 1931.

COSCULLUELA MONTANER, L. “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico*.

Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo.
Madrid: Civitas. 2003.

CRAIG, P. *EU Administrative Law. 1ª ed.* Oxford y Nueva York:
Oxford University Press. 2006.

- *EU Administrative Law. 2ª ed.* Oxford y Nueva York:
Oxford University Press. 2012.

CROLY, H. D. *Progressive Democracy.* Nueva York: Macmillan
Company. 1914.

CUCHILLO, M. “Autorités administratives indépendantes de
régulation et démocratie politique en Espagne”. En: LOMBARD M
(dir.). *Régulation économique et Démocratie Politique.* 1ª ed. Paris:
Dalloz. 2006.

CURTIN, D. “Delegation to EU Non-Majoritarian Agencies and
Emerging Practices of Public Accountability. En: GERADIN, D.;
MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the
EU: A New Paradigm of European Governance.* Cheltenham y
Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005.

CUSHMAN, R.E. *The problem of the independent regulatory
commissions.* Washington: The President's Committee on
Administrative Management 1937. IV, 37 S. 4º (U.S. Government
Printing Office). 1937.

DEHOUSSE, R. “European Institutional Architecture After
Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?”.
Common Market Law Review, nº 35. 1998.

- “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance”. *Jean Monnet Working Paper 2/02*. New York University School of Law. 2002.
- “Delegation of powers in the European Union: The need for a multi-principals model”. *West European Politics*, 31:4. 2008.

DELGADO BARRIO, J. *El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico*. Madrid: Civitas. 1993.

Delicostopoulos, J. "Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems". *European Law Journal*, vol. 9, nº 5. 2003.

DESDENTADO DAROCA, E. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.

DE OTTO PARDO, I. “La posición constitucional del Gobierno”. *Documentación administrativa*, nº 188. 1980.

DOYLE, W.K. *Independent Commissions in the Federal Government*. Chapel Hill: University of North Carolina Press. 1939.

DUNN, S.O. “Regulation by Commission”. *The North American Review*. 1914.

EBERLEIN, B.; GRANDE, E. “Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state”. *Journal of European Public Policy*, 12:1. 2005.

EGERBERG, M.; TRONDAL, J. “Political Leadership and Bureaucratic Autonomy”. Effects of agencification”. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 22, nº4. 2009.

EHNERT, T. *The European Chemicals Agency –Beyond the Scope of the Meroni Doctrine-?* Maastricht: Universidad de Maastricht, 2008.

ESPÍN TEMPLADO, E. “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 6. 1985.

ESTEVE PARDO, J. “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras”. En: Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J. *Derecho de la regulación económica*. Madrid: Iustel. 2009.

EVERSON, M.; VOS, E. “European Risk Governance in a Global Context”. En VOS, E. (ed.). *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*. Connex Report Series, nº6. 2008.

FAINSOD, M. “Some reflections on the nature of the regulatory process”. En: Friedrich, C.J.; Mason, E.S. (eds.) *Public Policy, vol. I*. Cambridge: Harvard University Press. 1940.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. “Reflexiones sobre las llamadas administraciones independientes”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994.

- *De la Arbitrariedad de la Administración*. 3ª ed. Madrid: Civitas. 1999.

FLANAGAN, M. *America Reformed: Progressives and Progressivisms, 1890s–1920s*. Oxford: Oxford University Press. 2006.

FLINDERS, M; BULLER, J. “Depoliticization, Democracy and Arena Shifting”. En: CHRISTENSEN, T.; LAEGRID, P. (eds.). *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*. Edward Elgar Publishing. 2006.

FLINDERS, M. “Distributed public governance in the European Union”. *Journal of European Public Policy*, 11:3. 2004.

FOLLESDAL, A.; HIX, S. “Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik”. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, nº 3. 2006.

FUNK, W. F.; SEAMON, R. H. *Administrative Law. Second Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2006.

GÁMEZ MEJÍAS, M. *El significado jurídico actual del principio de separación de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Dykinson. 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. 15ª ed. Madrid: Civitas. 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales,

poderes de gobierno, poderes normativos)”. *Revista de Administración Pública*, nº 38. 1962.

- *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas. 1995.

GARCÍA LLOVET, E. “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho”. *Revista de administración pública*, nº 131. 1993.

GARCÍA MACHO, R. “Problemas de la división de poderes en la actualidad”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 53. 1986.

GARCÍA PELAYO, M. “La división de poderes y su control jurisdiccional”. *Revista de Derecho Político*, nº 18-19. 1983.

GARCÍA ROCA, J. “Del principio de la división de poderes”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 108. 2000.

GEHRING, T.; KRAPOHL, S. “Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMEA and the authorization of pharmaceuticals in the European Single Market”. *Journal of European Public Policy*, 14:2. 2007.

GERADIN, D.; PETIT, N. “The development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform”. *Jean Monnet Working Paper* 01/04. New York University School of Law. 2004.

- “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”. En: GERADIN, D.;

MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*. Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2005.

GILARDI, F. “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis”. *Journal of European Public Policy*, 9:6. 2002.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P. “Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la Constitución española de 1978”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas. 2003.

GRILLER, S.; ORATOR, A. “Meroni Revisited-Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy”. *Newgov-04-D40-WPMeroni Revisited.doc*. 2007.

- “Everything under control? The ‘way forward’ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine”. *European Law Review*, nº 35, 1, 2010.

GROENLEER, M. *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Delft: Eburon, 2009.

GROENLEER, M.; VERSLUIS, E.; KAEDING, M. “Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of European agencies for maritime and aviation safety in the

implementation of European transport legislation”. *Journal of European Public Policy*, 17:8. 2010.

GRONNEGAARD, J.; LEHMANN, V. “Administrative capacity, structural choice and the creation of EU agencies”. *Journal of European Public Policy*, 17:2. 2010.

GUASTAFERRO, B. "Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts: the ordinary functions of the identity clause. *Yearbook of European Union Law*, n° 31(1). 2012.

GWYN, W. “The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government”. En: GOLDWIN, R.; KAUFMAN, A. (eds.). *Separation of Powers-Does It Still Work?* Washington, D.C. American Enterprise Institute, Constitutional Studies. 1986.

HABER, S. *Efficiency and Uplift Scientific Management in the Progressive Era. 1890–1920*. Chicago: Chicago University Press. 1964.

HAMILTON, A. O MADISON, J (*PUBLIUS*). “The Structure of the Government Must Furnish The Proper Checks and Balances Between the Different Departments”. *Federalist Paper N° 51*. New York Packet. 1788.

HAMILTON, A. (*PUBLIUS*). “The Judiciary Department”. *Federalist Paper N° 78*. McLeans Edition, Nueva York. 1788.

HARLOW, C.; RAWLINGS, R. “Promoting Accountability in Multi-Level Governance: A Network Approach”, *European Law Journal*, n° 13. 2007.

HARRIGER, K. “The Separation of Powers in the Modern Context”.
En HARRIGER, K. (ed.): *Separation of Powers. Documents and
Commentary (Understanding Constitutional Principles)*.
Washington, D.C.: CQ Press. 2003.

HARTLEY, T.C. *The Foundations of European Union Law*. 7ª ed.
Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2010.

HOLMES, O.W. “Privilege, Malice and Intent”. *Harvard Law
Review*, nº 8. 1894.

- “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*, nº 10. 1897.
- *The Common Law* (1ª edición en Little, Brown, 1881).
Consultado a través de la edición de Howe, M. Harvard
University Press. 1963.

HOFMANN, H.; ROWE, G.; TÜRK, A. *Administrative Law and Policy
of the European Union*. Oxford y Nueva York: Oxford University
Press. 2011.

HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law. 1780-1860*.
Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1977.

- *The Transformation of American Law. 1870-1960. The
Crisis of Legal Orthodoxy*. Nueva York y Oxford: Oxford
University Press. 1992.

IMBID IRUJO, A. “La relación entre poderes en la reciente dogmática
alemana”. *Revista de Administración Pública*, nº 115. 1988.

JENKS, J.W. *Governmental Action for Social Welfare*. Nueva York: Macmillan Company. 1910.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. "La dirección de la Administración Pública como función de gobierno". *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 34. 1992.

KAGAN, E. "Presidential Administration". *Harvard Law Review*, nº 114. 2001.

KAKOURIS, M. "Do the Member States possess judicial procedural "autonomy"?" *Common Market Law Review*, nº 34. 1997.

KELEMEN, D.R. "The Politics of 'Eurocratic' Structure and the New European Agencies". *West European Politics*, 25:4. 2002.

KENNEDY, DUNCAN. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1997.

- "Legal Formalism". En: SMELSER, N.; BALTES P. (eds.): *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Volume 13. Amsterdam, Paris, Nueva York, Oxford, Shannon, Singapur, Tokio: Elsevier. 2001.
- *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*. Washington, D.C.: Beard Books, 2006.
- "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000". En: TRUBEK, D.M.; SANTOS. A. *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press. 2006.

KRAPOHL, S. "Credible Commitment in Non-Independent Regulatory Agencies: A Comparative Analysis of the European Agencies for Pharmaceuticals and Foodstuffs". *European Law Journal*, vol. 10, n° 5. 2004.

- "Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMEA and the authorization of pharmaceuticals in the European Single Market". *Journal of European Public Policy*, 14:2. 2007.

KREHER, A. "Introduction". En: KREHER, A. (ed.). *The New European Agencies. Conference Report*. RSC. n° 96/40. European University Institute. 1996.

- "Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe". *Journal of European Public Policy*, 4:2. 1997.

KUMM, M.; FERRES COMELLA, V. "The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union". *I-CON, International Journal of Constitutional Law*, n° 2&3, Special issue. 2005.

LANDIS, J.M. *The Administrative Process*. New Haven: Yale University Press. 1966 [1938].

LESSIG, L.; SUNSTEIN, C.R. "The President and the Administration". *Columbia Law Review*, n° 94. 1994.

LEVI-FAUR, D. “Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space”. *Journal of European Public Policy*, 18:6. 2011.

LÓPEZ GUERRA, L. “Funciones del gobierno y dirección política”. *Documentación administrativa*, nº 215. 1988.

LÓPEZ RAMÓN, F. “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994.

LORD, C. “The European Parliament and the legitimization of agencification”. *Journal of European Public Policy*, 18:6. 2011.

LUTZ, D. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

MADISON, J (*PUBLIUS*). “These Departments Should Not Be So Far Separated As To Have No Constitutional Control Over Each Other”. *Federalist Paper N° 48*. New York Packet.1788.

MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2001.

MAGNETTE, P. “The Politics of Regulation in the European Union”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*. Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2005.

MAJONE, G. "The Rise of Statutory Regulation in Europe". En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.

- "Regulatory legitimacy". En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.
- "The European Commission as regulator". En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.
- "Theories of regulation". En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.
- "Regulation and its modes". En: MAJONE, G. *Regulating Europe*. Nueva York: Routledge, 1996.
- "The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union. EIPASCOPE, n°3. 1997.
- "The new European agencies: regulation by information". *Journal of European Public Policy*, 4:2. 1997.
- "Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards". *European Law Journal*, Vol. 4, n° 1. 1998.
- "The regulatory state and its legitimacy problems". *West European Politics*, 22:1. 1999.
- "The Credibility Crisis of Community Regulation". *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, n°2. 2000.

- “Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 157, 2001.
- “Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relation in EU Governance”. *European Union Politics*, nº 2. 2001.
- “The European Commission: The Limits of Centralization and the Perils of Parliamentarization”. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 15, nº.3. 2002.
- “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity”. *European Law Journal*, Vol. 8, Nº 3. 2002.
- “Institutional Balance Versus Institutional Innovation”. En: MAJONE, G. *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*. Oxford Scholarship Online. 2006.

MARTÍ DEL MORAL, A. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2000.

MARTÍN RETORTILLO, L. “De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español”. *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989.

MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho administrativo económico. Vol. I y II*. Madrid: La ley. 1991.

MARTINICO, G. "What lies behind article 4(2) TEU?". En: Saiz Arnaiz, A; Alcoberro Llivina, C (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge, Anveres, Portland: Intersentia. 2013.

MASHAW, J. L.; HARFST, D. L. *The Struggle for Auto Safety*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

MCCARTHY, CH. *The Wisconsin Idea*. Nueva York: Macmillian Company. 1912.

MCGARITY, O. T. "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process". *Duke Law Journal*, vol 41, nº 6. 1992.

MERRILL, T. W. "Rethinking Article I, Section I: From Nondelegation to Exclusive Delegation. *Columbia Law Review*, nº 104. 2004.

MERRILL, T. W.; HICKMAN, K. "Chevron's Domain". *Georgetown Law Journal*, nº 89. 2001.

MEUWESE, A.; SCHUURMANS, Y.; VOERMANS, W. "Towards a European Administrative Procedure Act". *Review of European Administrative Law*, vol 2, n.r 2. 2009.

MOE, T.M. "Control and feedback in economic regulation: the case of the NLRB". *American Political Science Review*, nº 79. 1985.

MOLAS, I. *Derecho Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Tecnos. 2008.

MONTESQUIEU, C. *El espíritu de las leyes. Introducción de Enrique Tierno Galván, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.* Madrid: Tecnos. 1993.

MORELL OCAÑA, L. “El juez y la administración, frente a los hechos y el derecho aplicable”. En: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.). *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo.* Madrid: Civitas. 2003.

MORENO MOLINA, A. *La Administración por agencias en los Estados Unidos de América.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE). 1995.

MUÑOZ MACHADO, S. *La reserva de jurisdicción.* Madrid: La Ley. 1989.

- *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. I.* Madrid: Iustel. 2006.
- *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Vol III.* Madrid. Iustel. 2006.
- “Fundamentos e instrumentos de la regulación económica”. En: Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J. *Derecho de la regulación económica.* Madrid: Iustel. 2009.

MUÑOZ MACHADO, S.; ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la regulación económica.* Madrid: Iustel. 2009.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La Comisión Nacional de la Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

OTERO PARGA, M. “División de poderes. Antes y hoy”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional a Distancia (UNED)*, nº 12. 1997.

PACKARD, M. (ED.). *The Separation of Powers Doctrines: Rationales, Applications and Bibliography*. Nueva York: Nova Science Publishers. 2002.

PARADA VÁZQUEZ, R. “Administración independiente. Introducción”. En: A.A.V.V. *Enciclopedia jurídica básica. Vol I*. Madrid: Civitas. 1995.

- *Derecho Administrativo II*. 22ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2012.

PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Tecnos. 1993.

- “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”. En: A.A.V.V. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1994.

- “¿Existe una reserva constitucional de ejecución? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales. *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1. 1997.
- *Perspectivas del derecho administrativo para el nuevo milenio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1998.
- “La ordenación de la economía”. En: PAREJO ALFONSO, L. (dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.
- *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). 2012.

PENDÁS GARCÍA, B. “División de poderes y forma de gobierno. Una perspectiva contemporánea”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teorías del Estado, derecho público e historia constitucional*, nº 5. 2009.

POLLACK, M.A. “Delegation, agency, and agenda setting in the European Community”. *International Organization* 51, 1. 1997.

- “Learning from the Americanist (Again): Theory and Method in the Study of Delegation”. *West European Practice*, 25:1. 2002.

POLLIT, C.; BATHGATE, K.; CAULFIELD, J.; SMULEN, A.; TALBOT, C. “Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion”.

Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice, nº 3. 2001.

POMED SÁNCHEZ, L. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”. *Revista de administración pública*, nº 132. 1993.

POUND, R. “Liberty of Contract”. *Yale Law Journal*, nº 18. 1909.

RALLO LOMBARTE, A. “Las administraciones independientes: una aproximación constitucional”. En: PAUNER CHULVI, C.; TOMÁS MALLÉN, B. *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías. 2009.

- *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid: Tecnos. 2012.

RANDALL, E. “Not that soft or informal: a response to Eberlein and Grande’s account of regulatory governance in the EU with special reference to the European Food Safety Authority (EFSA)”. *Journal of European Public Policy*, 13:3. 2006.

RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico*. 5ª ed. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons. 2009.

ROSEN, B. *Holding Government Bureaucracies Accountable* (3ª ed.). Wesport: Greenwood Publishing Group. 1998.

SAIZ ARNAIZ, A. “El Gobierno y la dirección de la política”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 34. 1992.

SAINZ MORENO, M. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. 1ª ed. Madrid: Civitas. 1976.

SALA ARQUER, J. "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes." *Revista española de derecho administrativo*, nº 42. 1984.

- *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Cuadernos Civitas. 2000.

SALAS HERNÁNDEZ, J.; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. "La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración española". *Revista de Administración Pública*, nº 125. 1991.

SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel Derecho. 2002.

SÁNCHEZ BLANCO, M.; SOLER MATUTES, P. "Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones: las organizaciones públicas y su regulación". En: MUÑOZ MACHADO, S.; QUADRA SALCEDO, T (dirs.). *Derecho de la regulación económica. IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel. 2009.

SÁNCHEZ AGESTA, L. "Poder ejecutivo y división de poderes". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol I. nº 3. 1981.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa-Calve. 1991.

- “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”. En A.V.V.V.: *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, nº 32, Consejo General del Poder Judicial. 1994.
- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos 1994.
- *Derecho Administrativo. Parte General*. 8ª ed. Madrid: Tecnos. 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, J. *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1988.

- *Principios de derecho administrativo general. Tomo I*. 2ª ed. Madrid: Iustel. 2009.

SCOTT, C. “Agencies for European Regulatory Governance: a Regimes Approach”. En: GERADIN, D.; MUÑOZ, R.; PETIT, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*. Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2005.

SEIDENFELD, M. “A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking”, *Florida State University Law Review*, nº 27. 2000.

SERRANO GONZÁLEZ, M.; BACIGALUPO, M. (dirs.). *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y*

control judicial. Madrid: Iustel y Comisión Nacional de la Energía.
2010.

SHAPIRO, D. “The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy”. *Harvard Law Review*, nº 78.

SHAPIRO, M. “Problems and possibilities in the administrative states: Administrative Discretion: The next stage”. *92 Yale Law Journal* 1487. 1983.

- *Who Guards The Guardians? Judicial Control of Administration.* Athens: University of Georgia Press. 1988.
- “Independent Agencies: US and EU”. *Robert Schuman Centre-European University Institute.* 1996.
- “The Giving Reasons Requirement”. En: SHAPIRO, M; STONE, A.S. *On Law, Politics and Judicialization.* Oxford y Nueva York: Oxford University Press. 2002.
- “The Institutionalization of the European Administrative Space”. En: SWEET, A.S.; SANDHOLTZ, W.; FLIGSTEIN, N. (eds.). *The Institutionalization of Europe.* New York: Oxford University Press, 2002.

SCHNEIDER, J.P. “A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine”. *Administrative Law Review*, nº 29. 2009.

SCHOUT, A.; PEREYRA, F. “The Institutionalization of EU Agencies: Agencies as ‘Mini Commissions’”. *Public Administration*, Vol. 89, nº2. 2011.

SCHWARZE, J. *European Administrative Law. 1ª ed.* Londres y Luxemburgo: Sweet & Maxwell y Office for Official Publications of the European Communities. 1992.

- "El Derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares". En: FUERTES LÓPEZ, M (coord.). *Un procedimiento administrativo para Europa*. Cizur Menor: Aranzadi. 2012.

SMITH, H. K. “Corporate Regulation – An Administrative Office”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, nº42. 1912.

SOLANES MULLOR, J. “Why Independent Agencies Deserve Chevron deference”. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº 4/2010. 2010.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. “Sobre el principio de separación de poderes”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 24. 1981.

STIGLER, G.J. “The theory of economic regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol 1, nº 2. 1971.

STONE, G.; SEIDMAN, L.; SUNSTEIN, C. R.; TUSHNET, M.; KARLAN, P. *Constitutional Law. Fifth Edition*. Nueva York: Aspen Publishers. 2005.

STRAUSS, P. L. “The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch”. *Columbia Law Review*, nº 84. 1984.

SUNSTEIN, C.R. “Deregulation and the Hard-Look Doctrine”. *The Supreme Court Review*, vol. 1983. 1983.

- *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge y Londres: Harvard University Press. 1990.
- *Free Markets and Social Justice*. Nueva York: Oxford University Press. 1997.
- *The Second Bill of Rights. FDR'S Unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nueva York: Basic Books, Persues Book Group. 2004.
- “Chevron Step Zero”. *Virginia Law Review*, nº 92. 2006.

TEROL GÓMEZ, R. *El control público de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

THATCHER, M. “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”. *West European Politics*, 25:1. 2002.

- “Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”. En: Geradin, D.; Muñoz, R.; Petit, N. (eds.). *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*. Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2005.

- “The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation”. *Journal of European Public Policy*, 18:6, 2011.

THATCHER, M; STONE SWEET, A.; “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions”. *West European Politics*, vol. 25, issue 1. 2002.

TOMÁS MALLÉN, B. *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías. 2009.

TORNOS MAS, J. “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”. En: A.A.V.V. *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas. 1996.

TRONCOSO REIGADA, A. “Las agencias de protección de datos como administración independiente”. En: PAUNER CHULVI, C.; TOMÁS MALLÉN, B. *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías. 2009.

TRONDAL, J.; JEPPESEN, L. “Images of Agency Governance in the European Union”. *West European Politics*, 31:3, 2008.

TÜRK, A. “Case Law in Area of the Implementation of EC Law”. En: Pedler, R.; Schaefer, G. (eds.). *Shaping European Law and Policy: The Role of Committees and Comitology in the Political Process*. European Institute of Public Administration. 1996.

VAN OOIK, R. “The growing importance of agencies in the EU: shifting governance and the institutional balance”. En: CURTIS,

D.M.; WESSEL, R.A. (eds.), *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia. 2005.

VILE, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon. 1967 (1° ed.) y 1998 (2° ed.).

VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S. “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”. *Common Market Law Review* 48. 2011.

VOS, E. “Reforming the European Commission: What the Role to Play for EU Agencies?”. *Common Market Law Review*, nº37. 2000.

WALTON HAMILTON, H. *The Politics of Industry*. Nueva York: Knopf. 1957.

WEINGAST, B.B.; MORAN, M.J. “Bureaucratic discretion or congressional control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission”. *Journal of Political Economy*, nº 91. 1983.

WOLL, P. *American Bureaucracy*. Nueva York: WW Norton & Co. 1977.

WONKA, A.; RITTBERGER, B. “Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies”. *West European Politics*, 33:4, 2010.

YATANAGAS, X. A. “Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of

independent agencies”. *Jean Monnet Working Paper 3/01*. New York University School of Law. 2001.

YOUNG, J.T. *The New American Government and Its work*. Nueva York: Macmillan Company. 1915.