

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado.	
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas.	
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione.	
MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

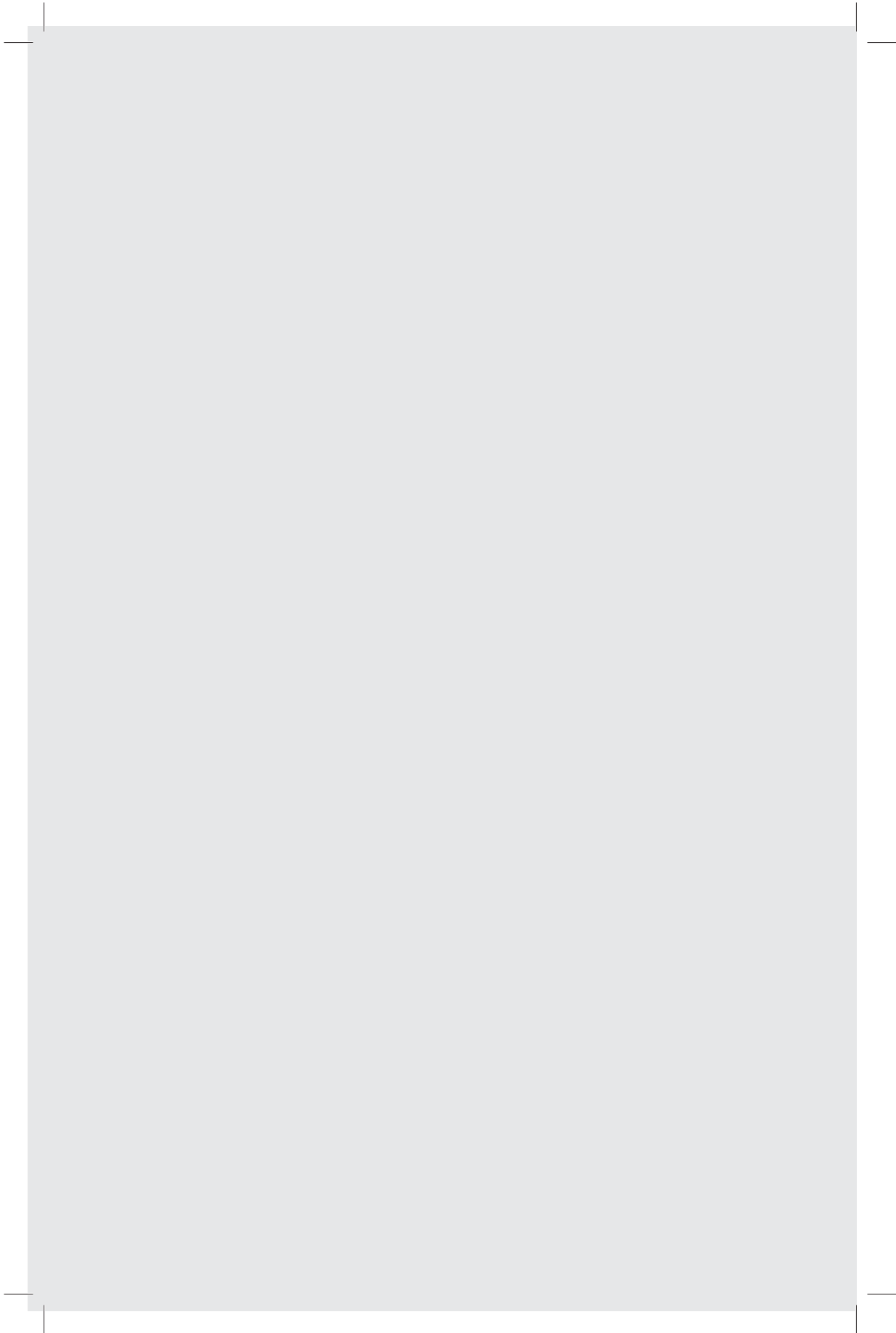
LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI:
SU INDEPENDENCIA
(ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL).⁵⁷

Eduardo Vírjala Foruria

SUMARIO

1. Organismos Reguladores y Estado constitucional.
2. La independencia como característica imprescindible de los Organismos Reguladores .
 - 2.1. Introducción.
 - 2.2. La independencia del Organismo Supervisor único español: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
 - 2.2.1. La independencia orgánica.
 - 2.2.2. La independencia funcional.
 - 2.2.3. Otros criterios que afectan a la independencia.
 - 2.3. El control sobre los Organismos Reguladores.
3. Bibliografía utilizada.

⁵⁷ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08).



I. ORGANISMOS REGULADORES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

La consolidación de la revolución industrial en la primera mitad del siglo XIX permite la aparición y desarrollo en la segunda mitad de toda una serie de servicios de carácter económico (ferrocarriles, gas, electricidad, teléfono, transportes por carretera) que, por su interés estratégico y por los beneficios sociales que aportan, son considerados de interés público, de forma que los mismos deban llegar a toda la población y con precios regulados.¹ El problema que plantean la mayoría de ellos es el de su entendimiento durante muchos años como monopolios naturales, es decir, que toda la demanda puede satisfacerse al costo más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más, siendo ineficiente económicamente la construcción de más de una red de transporte o conexión.² A las dificultades técnicas de establecer redes alternativas para su prestación se uniría la creciente necesidad de que los mismos fueran prestados en condiciones de no discriminación a los ciudadanos por su status económico-social.

Frente a esta situación, el Derecho estadounidense y el Derecho europeo reaccionan de manera diferente. En el primero, heredando la doctrina del *common carrier* (transportista o porteador común) inglés,³ se establece que los servicios de red sean gestionados por empresas privadas pero some-

¹ Situación iniciada con anterioridad al Estado liberal, cuando ya se concedían privilegios exclusivos a compañías que ejercían actividades industriales y comerciales que el Estado no podía asumir por sí mismo, pero en el entendimiento de que el mercado no podía tampoco sustituir sin más al Estado sin riesgo de subidas de precios y crisis sociales, a lo que se añadía la situación de hecho de ciertos monopolios naturales: Triantafyllou (1997, 559).

² Cruz (1999, 100-101).

³ Montero (1996, 576 ss.).

tidas a determinadas condiciones como son la oferta del servicio a todo el público sin discriminaciones y la regulación por el Estado de determinados elementos de dicho servicio como el precio.⁴ Sin embargo, la sujeción al derecho privado no va a significar la entrada de la libre competencia, pues las empresas privadas que gozan en los primeros momentos de creación del mercado de un monopolio de hecho, son las que empujan al Estado estadounidense a regular el mercado y consagrar jurídicamente el monopolio, principalmente en la telefonía.

En el Derecho europeo, la contradicción con los postulados liberales del libre mercado se salva, por el contrario, con la creación de la figura de la concesión administrativa y el argumento de la utilización del dominio público. Cuando el liberalismo pierde fuerza y se produce la aparición del Estado social, se pasa ya a la reserva de titularidad estatal de la actividad y al concepto de servicio público.⁵ Este concepto de servicio público tiene un origen francés,⁶ pero se extiende posteriormente a otros países europeos y ha planteado siempre numerosas polémicas, sobre las que en este trabajo no puedo entrar.⁷ Los elementos básicos del servicio público europeo durante la mayor parte del siglo xx han sido: 1) la titularidad de un servicio indispensable para la sociedad por el Estado, que se lo reserva mediante una declaración (*publicatio*); 2) la actividad se presta sometida a unas reglas exorbitantes de Derecho público; 3) la prestación del servicio tiene carácter excluyente o monopolístico mediante gestión directa de la Administración o gestión indirecta de un particular (concesión).⁸ Se entiende

⁴ Amato (1997b, 650).

⁵ Long (2001, 1162), Ariño (1997, 21-22).

⁶ Tras la asunción por el Estado francés de la titularidad de los primeros servicios de red, la conceptualización jurídica del servicio público se produce con posterioridad por parte del Tribunal de Conflictos (*Arrêt Blanco* de 1873) y del Consejo de Estado (*Arrêt Terrier* de 1903): Fournier (2000, 4 ss.), Roldán (2000, 20).

⁷ Sobre el propio concepto de servicio público, su razón de ser y su configuración jurídica, no ha habido un patrón fijo y claro, tal y como señala T. R. Fernández Rodríguez (1999, 59 ss.); en el mismo sentido Muñoz Machado (1998, 88 ss.), Roldán (2000, 22 ss.).

⁸ Nebot (1998, 14), Ariño (1993, 299). La titularidad estatal del servicio público no significaba generalmente en sus inicios la necesidad de gestionarlo directamente. Por el contrario, era costumbre la gestión indirecta mediante concesionarios privados (correos, teléfono, electricidad). La nacionalización de los servicios públicos es propia de los dos últimos tercios del siglo xx como consecuencia de la quiebra económica de muchas empresas concesionarias de servicios públicos y del auge de la ideología económica keynesiana. Sobre este tema, puede verse el trabajo de Troncoso (1999, 98 ss.).

que sólo el Estado, y no las fuerzas del mercado, es capaz de asegurar una prestación continua de servicios públicos que llegue a toda la población y que suponga una tasación de precios asequible para las clases sociales más desfavorecidas.

Todo este panorama cambia radicalmente a partir de finales de los años setenta del siglo xx al producirse la crisis del Estado Social. El desarrollo tecnológico en los últimos treinta años, unido al triunfo ideológico a partir de esa misma época de las doctrinas del liberalismo económico, han producido una recapitulación de la concepción sobre el modo de gestión de estos servicios públicos,⁹ al permitir una diversificación y aumento de la demanda con la emergencia de nuevos operadores concurrendo con el monopolio con o sin su consentimiento.¹⁰ A ello se ha unido una, en ocasiones, deficiente gestión de los servicios públicos y la crisis del modelo político socialdemócrata (efectos de la crisis económica de los 70 y 80, caída del comunismo, descrédito de algunos partidos socialistas, etc.).¹¹

Todo ello, parecía hacer inevitable un proceso de liberalización, que ha conducido a concebir estos servicios públicos no tanto en su vertiente clásica subjetiva (como empresas u organismos pertenecientes al ámbito público) sino en la objetiva o funcional (como misión de interés general de la que habla el Derecho comunitario y que se traduce en la imposición a determinados servicios de interés económico general de las denominadas por la doctrina francesa obligaciones de servicio público),¹² es decir, en la necesidad de proporcionar al ciudadano unos servicios determinados en unas condiciones también determinadas, al margen de que tal función la desarrolle directamente el Estado o lo hagan operadores privados en un marco regulador estricto en que el Estado fija las condiciones que tiene que cumplir cualquier empresa que quiera actuar. Esta evolución ha conducido

⁹ Kovar (1996, 217), Triantafyllou (1999, 22), Geradin (1999, 13), Wilks y Bartle (2002, 149), Ruiz Cañete (1995, 46), Fernández Rodríguez (1999, 65-66), Monti (2000, 246), Voisset (1995, 304), Muñoz Machado (1998, 18).

¹⁰ Berrod y Ligné (1997, 83), Lasheras (1999, 142).

¹¹ Otra cuestión es la de los servicios públicos no estrictamente económicos (como la cultura, la educación o la sanidad) o la de los servicios públicos vinculados al empleo de la autoridad (policía, Ejército, diplomacia, etc.) que, al menos de momento, parecen mantener su sentido tradicional.

¹² Fernández Rodríguez (1999, 69), Muñoz Machado (1998, 318-319), Arrigoni (1995, 88-89), Desdentado (1999, 188), Caballero (2002). Malaret (1998, 58) prefiere hablar de sentido orgánico y de aproximación material al concepto de servicio público.

al concepto de servicios de interés general del Derecho comunitario,¹³ aunque tampoco resulta desconocida en la práctica del Derecho español en el que el Estado, por ejemplo, no gestionaba directamente ni la telefonía ni la electricidad, al menos no totalmente.

La liberalización de determinados servicios públicos, unida al desarrollo tecnológico, puede que sea beneficiosa para el conjunto de los ciudadanos en aquellos sectores que presenten una competencia real,¹⁴ pero si se quiere el mantenimiento del Estado Social es absolutamente necesario fijar y detallar con precisión las obligaciones que deben cumplir los operadores privados que actúan en los sectores económicos de infraestructura de red,¹⁵ ya que todavía hoy parece seguir siendo difícil compatibilizar un buen servicio a los ciudadanos con la libre competencia en determinados sectores como lo demuestran los ejemplos británicos del transporte ferroviario y de correos. No puede hacerse «un primer balance histórico sobre las privatizaciones» diciendo, sin más, que los precios, «principal objetivo para los consumidores, se han reducido relevantemente»,¹⁶ a lo que puede replicarse que la reducción del precio de los servicios es importante pues eso significa aumentar el salario real de los trabajadores, pero que la competencia centrada en el precio sólo se da en productos muy homogéneos, fácilmente comparables por el consumidor, mientras que en una sociedad compleja y desarrollada la competencia se debe dar fundamentalmente en la calidad, el trato mejor al cliente, la renovación del producto, etc.¹⁷

El Estado sigue interviniendo tras el proceso de liberalización poniendo reglas al mercado para que éste no se desboque, perjudique a los más débiles y lleve a la propia economía al colapso. Las empresas privadas dejadas a la libre competencia sin reglas estatales tienden a destruir la propia competencia, creando monopolios y oligopolios, acuerdos anticompetenciales y a aprovecharse de la asimetría informativa frente a los consumidores y usuarios.¹⁸ Además, el recurso al Estado, a pesar de lo que se suele decir, siempre termina en épocas de crisis utilizándose en favor de las empresas privadas y la actual comenzada en 2008 así lo atestigua.

¹³ Sobre el concepto de servicios públicos de interés general: Vírgala (2001).

¹⁴ Por ejemplo, telecomunicaciones, transporte, tal vez energía.

¹⁵ En sentido similar, Ruiz Cañete (1995, 46).

¹⁶ Rosell (2001).

¹⁷ Fernández Ordóñez (2000, 54 y 57).

¹⁸ Merusi (2000, 17), Costas y Bel (1995, 36), Boscolo (2000, 253).

En este sentido, lo decisivo del Estado Social es la cobertura de las necesidades vitales de los ciudadanos y la satisfacción de sus derechos sociales, al margen de quién pueda ser el sujeto prestador, pudiendo serlo particulares sometidos a determinadas condiciones que, si no cumplen, el Estado, por el principio de subsidiariedad, prestaría directamente.¹⁹ Pero no debe olvidarse que la retirada del Estado de la gestión directa en determinadas infraestructuras debe ir unida a un intervencionismo estatal de carácter regulador que impida cualquier desviación del cumplimiento de las obligaciones que tienen las empresas prestadoras. Se abandona, por tanto, el concepto de servicio público, pero aparecen las obligaciones de servicio público y, en acertadas palabras de A. Roldán, «una vez más en la historia —como dijera Max Weber— el vencedor se ha revestido con los despojos del vencido».²⁰ Es decir, lo público se transforma pero no desaparece.²¹ En caso contrario, se corre peligro de pasar de la publicación de los servicios públicos a una mera privatización sin real liberalización, es decir, la conversión de los monopolios públicos en privados.²² Como con acierto ha señalado Germà Bel, «grandes empresas financieras y de servicios comparten posiciones accionariales de importancia en otras empresas de servicios que, teóricamente, deberían estar orientadas a competir entre sí. Además, y esto es más importante, esta concentración de poder económico está debilitando de forma progresiva los equilibrios de poder consustanciales a cualquier democracia. En el futuro inmediato, la cuestión del fomento de la competencia y de la prevención del poder monopolístico no es ya una necesidad para mejorar la eficiencia de la economía española. Es también un imperativo para mejorar la calidad de la propia democracia».²³

Constatada la necesidad de que el Estado regule los nuevos mercados liberalizados, ha de señalarse que dicha regulación ha ido unida históricamente a la creación de los ahora denominados Organismos Reguladores (OR) y orginalmente conocidos como Comisiones Reguladoras Independientes

¹⁹ Troncoso (1999, 150-151). El mismo autor argumenta en su libro de 1997 (96 ss.) en favor de la privatización como defensa del Estado social.

²⁰ Roldán (2000, 54).

²¹ Parejo (2000, 221), Ferrari (2000, XIII). En este sentido, Germà Bel (2000, 24) habla de dos dimensiones de la política de liberalización: la pasiva (eliminación de las normas perjudiciales para la competencia) y la activa (la estimulación pública de la competencia para evitar actuaciones restrictivas de ésta que perjudiquen a los consumidores).

²² Bel (1996, 21-22), Predieri (1997, 40), Roldán (2000, 48), Ferrari (2000, XII).

²³ Bel (2000, 29).

(CRI).²⁴ Desde que en el último cuarto del siglo XIX se opta en los EE.UU. por la prestación de los servicios de red en mercados abiertos aparentemente a la competencia, el Congreso estadounidense entiende que la imposición de reglas y condiciones a las empresas operadoras de esos mercados debe ser encomendada a Comisiones en cuyo nombramiento interviene tanto el Ejecutivo como el Legislativo, no dependan directamente de ninguno de ellos y tenga importantes poderes normativos, ejecutivos y de resolución de conflictos entre los operadores. Cuando en Europa se produce la liberalización de los servicios públicos de red cien años después, la vía seguida ha sido la misma aunque con ciertas peculiaridades. El ejemplo estadounidense y las decisiones comunitarias de separar gestión y regulación de los servicios de red han conducido a la progresiva creación en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea de Organismos encargados de la regulación de los mercados liberalizados de dichos servicios de red.

Todo ello en el marco del Estado regulador²⁵ que surge en el último cuarto del siglo XX y que se consolida en este XXI. El Estado deja de gestionar directamente la gran mayoría de actividades económicas para limitarse a poner reglas de funcionamiento, organización y fiscalización de la prestación de los antiguos servicios públicos²⁶ y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a árbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente.²⁷ Los OR forman parte de la nueva Constitución de los Estados reguladores europeos que se establece a partir de los años 80 del siglo anterior y que es un precipitado del neoliberalismo, del Derecho comunitario y de la consiguiente crisis del Estado social, con su resultante final de liberalización y privatización.

Pasaré a exponer las razones que se suelen dar para encomendar parte de esa intervención del Estado en los nuevos mercados liberalizados a los OR:

1) Los fallos del mercado: en especial en mercados cautivos con monopolios naturales en los que la competencia es difícil, de forma que se

²⁴ La denominación de Organismos Reguladores es la asumida en España, especialmente a partir de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), a pesar de que sigo pensando que sería mejor utilizar el nombre de Comisiones Reguladoras Independientes. Sobre las razones para ello, me remito a Vír gala (2004, 213 ss.).

²⁵ Como trabajo emblemático sobre el Estado regulador puede acudirse a Majone y La Spina (2000).

²⁶ Sobre la evolución de estos servicios y su transformación como consecuencia de la política legislativa europea: Vír gala (2001).

²⁷ Clarich (2005, 17-18), Saddy (2009, 155-156).

garantice el acceso de todos los operadores a la red que les proporciona servicio.²⁸ Como antes ya he mencionado, la liberalización no obsta para que en determinados sectores siga siendo ineficiente económicamente la construcción de más de una red de transporte o conexión e, incluso allí donde es posible la competencia, sólo quepa la existencia de pocos operadores con tendencias oligopólicas.

2) La especialización técnica: ya que se pretende que los miembros de los OR sean expertos en el sector y que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos tan complejos como telecomunicaciones, transporte, energía, etc.²⁹ Frente al funcionario ordinario se busca al experto específico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas.³⁰ Sin embargo, este argumento, que teóricamente puede ser correcto, no se compadece con la realidad. Los nombramientos de miembros de estos OR suelen estar más influidos por la posible afinidad ideológica, como luego se verá en el caso español, que por los conocimientos técnicos aunque estos sean exigidos legalmente como demuestra la larga práctica norteamericana.³¹ En este sentido, no puede equipararse conocimiento experto con neutralidad, si se entiende ésta como apoliticidad. La transferencia en la toma de una decisión pública a órganos no políticos no transforma la politicidad de la decisión.³² La aplicación de criterios técnicos no debe llevar a buscar la legitimidad de los OR en la simple cientificidad de sus decisiones. En primer lugar, porque han sido los órganos políticos los que deciden la política general del sector de manera detallada. En segundo lugar, porque los miembros de los OR han de poseer conocimientos técnicos pero la decisión del Gobierno de nombrarlos es política. En tercer lugar, la mitificación del técnico está en contradicción con el carácter no objetivo de la ciencia y sus aplicaciones técnicas, que responden siempre a decisiones valorativas o políticas. De ahí que los miembros de los OR deban ser especialistas del sector para poder tomar decisiones en el mismo, pero

²⁸ Larsen, Pedersen, Sørensen y Olsen (s/f, 3-4), Jacobzone (2005, 33).

²⁹ Majone (1996, 34-35), Cruz (1999, 398), Ariño (1994, 64), Niccolai (1996, 8), Ogus (2000, 36).

³⁰ Predieri (1997, 40), Teigten-Colly (1990, 155), Betancor (1994, 212), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 156).

³¹ Bernstein (1955, 113 ss.).

³² Passaro (1996, 32).

previa normativa dictada por los órganos políticos y sometidas a controles políticos y jurisdiccionales. La tentación de «neutralizar» la actividad de los OR puede entrar en contradicción con los valores sociales de la Constitución y con el propio sistema democrático, por lo que sólo cabe una interpretación no neutralizante de aquellas.³³

3) La eficacia: los OR tienen una variedad de potestades a su disposición y normalmente unos procedimientos rápidos, ágiles y baratos que los convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la Administración ordinaria o los tribunales.³⁴

4) La protección de los intereses comunitarios, difusos por toda la colectividad, pero sin titulares exclusivos o entes exponenciales, frente al progreso científico y técnico fundamentalmente a través de los poderes económicos: son intereses que, por fragmentados, son débiles (ahorradores, consumidores, usuarios) frente a los grandes centros de poder económico, organizados establemente y a escala internacional, por lo que los OR deben asumir en sus decisiones, previa procedimentalización, las demandas de todos los interesados.³⁵ Los OR deben ser independientes, con capacidad para disciplinar a las empresas que disponen de poder de mercado, lo que aumenta las posibilidades de que las ganancias de productividad se trasladen, vía precios, a los consumidores y a la generalidad de las empresas productivas de bienes y servicios.³⁶

5) Garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de un procedimiento contradictorio que asegure la igualdad de armas: de manera que, al igual que sucede con los jueces, no haga falta que los OR tengan una legitimidad democrático-representativa.³⁷

6) Los OR proporcionan a la regulación de los mercados una estabilidad y continuidad mayor que la de los Gobiernos: la política en estos sectores exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad que la desarrolle, y las decisiones que toman los OR se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno. En el orden tecnológico, la opción por

³³ Manetti (1994, 151 y 156), Baldwin y McCrudden (1987, 4-5).

³⁴ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Ergas y Heimler (2000, 353-354), Baldwin y McCrudden (1987, 4-5), Roppo (2000, 163), Betancor (1994, 213), Salvador (2002, 349).

³⁵ Passaro (1996, 263-267), Betancor (1994, 214).

³⁶ Bel (2000, 28)

³⁷ F. Merusi en su obra *Democrazia e Autorità indipendenti* desarrolla con detalle esta teoría: Merusi (2000).

unos u otros sistemas condiciona por largo tiempo la oferta del servicio y en el orden económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico y fiscal estable y garantizado.³⁸

7) El alejamiento de la influencia gubernamental o, mejor dicho, de la mayoría política dominante en cada momento: relacionado con la razón anterior se encuentra ésta, que constituye el elemento decisivo que creo que debe valorarse en mayor medida como argumento favorable a la existencia de los OR.³⁹ En los sectores estratégicos o de gran conflictividad se tiende a una política no partidaria para garantizar imparcialmente los intereses de los ciudadanos frente a estructuras económicas particularmente fuertes, de forma que los OR son sustraídos de la relación jerárquica con el Ejecutivo y se les convierte en entes sujetos exclusivamente a la Ley.⁴⁰ Los mercados regulados son imperfectos, con operadores dominantes que intentan evitar la entrada de otros nuevos. En ese contexto, la experiencia demuestra que el Gobierno suele tener una especial relación con algunos operadores, bien porque algunos de ellos son los herederos privatizados de los antiguos monopolios públicos en los que el Gobierno sigue teniendo una significativa influencia, bien porque algunas empresas privadas tienen especiales relaciones con el Gobierno al apoyar las campañas electorales de éste o tener relaciones comerciales con miembros del mismo. Por otra parte, el Gobierno podría utilizar la regulación para conseguir rentabilidad electoral en el corto plazo mediante la bajada de tarifas o la modificación de la prestación del servicio que podrían ser perjudiciales a medio y largo plazo, debiendo responder, por el contrario, a un equilibrio entre los costes de los operadores, las necesidades de los usuarios y los márgenes de incentivo necesarios para estimular la competencia.⁴¹ La finalidad última es alejar al Gobierno para que éste no altere las reglas del mercado adecuándolas a sus exigencias que no son las de la libre competencia en igualdad de condiciones entre los operadores del mercado y en beneficio de los usuarios sino la del fácil e inmediato consenso social y electoral.⁴²

³⁸ Ariño (1994, 52), Chillón y Escobar (2001, 46).

³⁹ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Majone (1996, 34-35), Chevallier (1986), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 151), Ogus (2000, 36).

⁴⁰ Abagnale (1997, 129), Niccolai (1996, 8), Thatcher (2002, 131).

⁴¹ Amato (1997a, 5), Cruz (1999, 400), Fernández Ordóñez (1999, 6), Smith (1997, 22), Ariño (1994, 51).

⁴² Passaro (1996, 236), Clarich (2001, 92).

En todo caso, y éste es el tema central del trabajo, los OR sólo pueden funcionar eficientemente si gozan de independencia, no sólo del Gobierno, sino también de los operadores del mercado. A su vez, esta independencia sólo será admisible en un Estado constitucional democrático si va acompañada de fuertes controles, lo que compensaría su falta de legitimación democrática. Intentaré demostrar en la parte final del trabajo que el único OR existente en estos momentos en España, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), ni es lo suficientemente independiente ni está sometida a los controles adecuados.

2. LA INDEPENDENCIA COMO CARACTERÍSTICA IMPRESCINDIBLE DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

2.1. *Introducción*

Por definición, un OR sólo puede ser independiente. La independencia es una característica imprescindible para diferenciar a los OR de otros organismos estatales que actúan bajo la autoridad y a las ordenes de otros poderes del Estado. Sin embargo, la independencia, a pesar de los que pueda pensarse, no fue un objetivo perseguido por los creadores de los primeros OR en el Derecho comparado, que fueron los estadounidenses.

La razón fundamental para el establecimiento en 1887 de la la *Inters-tate Commerce Commission* (ICC) es la desconfianza hacia el Presidente, para establecer, cuando está en juego el interés general, una intervención pública, pero también para asegurar un beneficio adecuado a las empresas ferroviarias ante una excesiva competencia y la incapacidad del Congreso para encontrar un equilibrio entre dichos intereses públicos y los privados de las empresas. El legislador, tomada la decisión de regular y no permitir el libre juego del mercado, se ve incapaz de fijar los criterios y límites de tal derogación a las reglas de la competencia, dando lugar a un mandato amplio a la ICC: «equidad» en las tarifas, «equilibrio» entre empresas y usuarios, «correcto desarrollo» del servicio; y una garantía de independencia e imparcialidad técnica a la Comisión. En este sentido, la concepción de la propia ICC tendía ya desde un primer momento a un carácter contencioso que ofreciera las ventajas de una justicia especializada, rápida y económica a diferencia de los tribunales ordinarios, carácter jurisdiccional que era el argumento fundamental para alejar las CRI de la tutela presidencial.

Desde entonces, en EE.UU. no se trata tanto de despolitizar las CRI como de no ponerlas al servicio de la mayoría parlamentaria de turno lo que se aprecia en su composición normalmente bipartidista,⁴³ que suele utilizarse aunque la ley no lo exija, pero también con el contrapeso de que el Presidente tiende a nombrar a miembros del partido opuesto que sean cercanos a sus posiciones y siempre elige al Presidente que sea de su confianza.

Las CRI están encargadas de una función de concertación, avalada por ambos partidos, entre ellas y los intereses regulados sobre la conducta o las tarifas de los servicios y al margen de la lógica que caracteriza a quien constitucionalmente se le adjudica la dirección administrativa como son los Departamentos presidenciales. Su neutralidad política no es entendida como una zona de confinamiento de los poderes tradicionales sino como una superación del principio mayoritario para favorecer un desarrollo más estable de la función regulatoria de la economía. Es un proceso decisional basado en la competencia técnica que justifica la ausencia de controles políticos directos, ya que sus principales características son la corrección y la objetividad basados en datos empíricos.

En el caso europeo, a diferencia del de EE.UU., la independencia sí ha sido una característica que se ha buscado desde un primer momento para los OR, hasta el punto de que el OR debe ser independiente o pierde su razón de ser. Como señaló la consejera de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones-CMT, Gloria Calvo, «la independencia de las entidades reguladoras es justificativa de su propia existencia. Si no somos independientes, la Administración General del Estado basta para cumplir las funciones que se nos han atribuido, y esa independencia no lo es sólo respecto de nuestros regulados —preocupación típica al otro lado del Atlántico—, es también, en nuestro caso, independencia respecto de quienes previamente nos han señalado el marco que debemos administrar. A ellos compete la plena libertad de hacerlo en consideración de todos los elementos coyunturales. A nosotros nos corresponde, en beneficio de la seguridad jurídica, aplicar ese marco en sus concretas previsiones y sin más consideración —que bastante

⁴³ Hasta 1938 de las 12 CRI existentes sólo tres (*Federal Reserve Board*, *National Labour Relations Board* y *Bituminous Coal Commission*) no tenían una composición bipartidista obligatoria. En la actualidad siete no tienen tal componente bipartidista (sí lo poseen las siguientes: *Federal Trade Commission*, *U. S. International Trade Commission*, *Security and Exchange Commission*, *Federal Election Commission*, *Federal Communications Commission*, *Federal Energy Regulatory Commission*): Giraudi y Righettini (2001, 41-42 y 50).

es— que el cumplimiento de los objetivos que se nos asignan en beneficio, además, de los consumidores finales».⁴⁴

Pero, además de la independencia frente al Poder Ejecutivo, los OR han de serlo también de los poderes privados que actúan en los mercados liberalizados de red,⁴⁵ por el riesgo de captura del regulador e información asimétrica. En este sentido, la independencia tendría dos vertientes como son las incompatibilidades de los integrantes de los OR y el establecimiento de un procedimiento abierto y transparente de toma de decisiones y que se asemeje en lo posible a un proceso contradictorio.⁴⁶

Lo primero que debe resaltarse es que en este trabajo me refiero a la independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que los OR deben ejercer sus potestades sin intervención de otros órganos del Estado, pero eso no significa que no existan mecanismos que puedan corregir, aunque sea de manera excepcional, una conducta irregular de dichos OR.⁴⁷ En el caso español, la legislación anterior a 2013 utilizaba en muchas ocasiones la expresión «autonomía» en lugar de «independencia». Esta referencia a la «autonomía» ha sido aceptada por algunos autores en el sentido de un «poder funcional y limitado que se reconoce, por otro, superior a él, para el mejor servicio de las funciones y fines propios de la institución de la que tal poder se predica, funciones y fines que, de este modo, constituyen al mismo tiempo el fundamento y el límite del poder en cuestión».⁴⁸ Aunque a primera vista esta acepción pueda ser correcta ya que la independencia de la que hablamos no es absoluta sino relativa, creo que los OR han de definirse como «independientes». En primer lugar, el término organismos autónomos es utilizado en nuestro Derecho administrativo para identificar determinados entes públicos que no son los estudiados en este trabajo. En segundo lugar, porque la «independencia» forma parte de la terminología utilizada en el

⁴⁴ Calvo (2009, 214).

⁴⁵ Como así lo recuerda también el Libro verde europeo sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 41).

⁴⁶ Larsen, Pedersen, Sørensen y Olsen (s/f, 6-7).

⁴⁷ «Cabe destacar que la independencia no significa que no se deban rendir cuentas. Por lo general, los organismos reguladores han de informar regularmente al Gobierno y/o al Parlamento y, lo que es aún más importante, las partes afectadas pueden impugnar sus decisiones ante los tribunales»: Libro verde sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 43).

⁴⁸ Fernández Rodríguez (1990, 5). Prefieren hablar también de autonomía: Betancor (1994, 275), Díez Sánchez (1997, 749), Fuertes (1994, 376).

Derecho comparado. En tercer lugar, en el imaginario jurídico la expresión de «independencia» da una idea más adecuada que la de «autonomía» respecto de la no dependencia del Gobierno y de su diferenciación con el resto de la Administración General del Estado.⁴⁹

Un problema que ha de tenerse en cuenta al hablar de la independencia de los OR es que, si realmente la independencia es tal, eso puede plantear problemas de constitucionalidad. Como ya me he referido al caso español en extenso en otros trabajos,⁵⁰ a ellos me remito. Dejaré aquí expuestas solamente las conclusiones a las que he llegado.

En el ordenamiento jurídico español las Autoridades Administrativas Independientes (AAI),⁵¹ incluidos los OR, suponen en cierta forma una situación cercana a la novación constitucional en la que determinados órganos no previstos en el texto de 1978 han ido surgiendo como mecanismos de garantía de determinados derechos constitucionales o para regular las deficiencias del libre mercado, en un contexto que P. Pasquino denomina de «democracia escéptica y pluralista»,⁵² en la que se abandona la teoría de la democracia como sistema basado exclusivamente en las elecciones periódicas y en el dominio de la mayoría para pasar a una democracia en la que una pluralidad de órganos (en primer lugar, el Tribunal Constitucional, pero no sólo) se controlan unos a otros, para asegurar el respeto de las minorías y limitar el abuso de poder.⁵³ Se puede estar o no de acuerdo con esta transformación de la forma de Estado, pero, en todo caso, las AAI, como expresión de esa novación constitucional, chocan, al menos parcialmente, con el art. 97 CE.

La independencia de los OR ha de entenderse como independencia orgánica e independencia funcional respecto del Gobierno, para lo que se pueden establecer una serie de condiciones que debe cumplir la legislación creadora de este tipo de organismos. Sin embargo, entre esas condiciones las hay de mayor y menor relevancia para asegurar la independencia de los OR. Por ello, entiendo que es importante resaltar desde este momento que la independencia de los OR debe concretarse además de en su creación

⁴⁹ Betancor (2001, 415). Para Italia, Franchini (1996, 75).

⁵⁰ Vírjala (2004; 2012).

⁵¹ Sobre el concepto de Autoridad Administrativa Independiente: Vírjala (2004, 207 ss.).

⁵² Pasquino (2001).

⁵³ Esta visión de las Autoridades independientes responde, como señalan Muñoz Machado (2009a, 611) o Grasso (2006, 31-32), a un enfoque madisoniano de la democracia.

mediante Ley formal para que el Gobierno no pueda modificar su estatuto jurídico,⁵⁴ en tres condiciones sin las cuales no existe, de forma que la ausencia de alguna de ellas hace que el OR dependa del Gobierno, no tenga una capacidad de actuación propia y no plantee por ello problema alguno de constitucionalidad al ser un organismo más de la Administración General del Estado. Otros elementos pueden contribuir a reforzar la independencia, pero sin ser tan determinantes como los que ahora comentaré.

Los citados tres principios serían, dentro de lo que suele denominarse la independencia orgánica, la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la composición del órgano⁵⁵ y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno con el OR⁵⁶ y la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento⁵⁷ o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso administrativo.⁵⁸

En cuanto a la impartición de instrucciones por el Gobierno, los OR se caracterizan precisamente por lo contrario. Su independencia funcional debe sustraerles de toda relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno y, por tanto, debe impedirse que éste les dicte instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o pueda avocar la resolución de los asuntos que correspondan a los OR.

La mínima dirección que el Gobierno ejerce sobre los OR debe conducir a que el art. 108 CE también se vea modulado en este aspecto, ya que aquel no puede hacerse responsable del funcionamiento ordinario de los OR que poseen una independencia funcional. Si el Gobierno carece de cualquier mecanismo para modificar las decisiones de un OR no puede hacérsele responsable de las mismas, aunque sean contrarias a las directrices gubernamentales, salvo que se quiera activar una especie de responsabilidad *per culpa in*

⁵⁴ Betancor (2001, 416), Fuertes (1994, 377). Así se deduce también de la disposición adic. décima.2 LOFAGE cuando dice: «Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía ...».

⁵⁵ Menéndez (1995, 299), Pomed (1993, 158-159), Betancor (1994, 28); Pajno (1996, 111) para Italia.

⁵⁶ García Llovet (1993, 97), Betancor (1994, 28), Passaro (1996, 36-37), Malaret (1992, 597), Desdentado (1999, 153), Grasso (1993, 1312).

⁵⁷ Betancor (1994, 28), J. de la Cruz en Bellido (1998, 307), Bilbao (1999, 166); Pajno (1996, 112) para Italia.

⁵⁸ Jiménez de Cisneros (1987, 339).

eligendo. Solamente si el funcionamiento de un OR es gravemente dañoso o contrario a la misión legal que se le ha otorgado y el Gobierno no reacciona cesando a sus miembros por alguna de las causas tasadas, entonces se le podrá hacer responsable político de esa actuación.⁵⁹ Cuando se produce un actuación de ese tipo nada impide ni en la Constitución ni en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), que el Gobierno sea el responsable político, a lo que se añade el que la opinión pública también exigirá que el Gobierno explique las razones que le llevarán a no reaccionar a tiempo no permitiendo que se esconda tras la experiencia o independencia de los expertos,⁶⁰ como el escándalo Gescartera demostró en 2001 para la Comisión Nacional del Mercado de Valores-CNMV.⁶¹ Por lo anterior, parece necesario reforzar, en el sentido que luego se señalará, el control parlamentario sobre el único Organismo Regulador, o más bien Supervisor, que es la CNMC.⁶²

2.2. *La independencia del Organismo Supervisor único español: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Poco más de dos años después de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que supuso un avance en la regulación unitaria de los OR,⁶³ se ha aprobado la LCNMC que crea un denominador Supervisor único (la CNMC) con autoridad en los sectores de la competencia, energético, de telecomunicaciones, postal, aeroportuario, ferroviario, y de medios audiovisuales.⁶⁴

⁵⁹ Betancor (1994, 191 y 201-202).

⁶⁰ La misma opinión para Francia en Conseil d'État (2001, 371).

⁶¹ Las vicisitudes de este escándalo financiero que implicó directamente a la CNMV, y que supuso la dimisión de su Presidenta, pueden verse en toda la prensa española a partir del mes de julio de 2001: por ejemplo, El País, 27 de julio de 2001, p. 52; 31 de julio de 2001, p. 37; 7 de agosto de 2001, p. 39; 9 de agosto de 2001, p. 45, etc.

⁶² En el mismo sentido para Italia: Ciriano (2000, 419-420).

⁶³ Sobre los OR en la LES me remito a Virgala (2012).

⁶⁴ Además, el art. 4 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EOLCNMC), señala que la CNMC tendrá la consideración de:

- «a) Autoridad Nacional de Competencia.
- b) Autoridad Nacional de Reglamentación en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- c) Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.
- d) Autoridad Estatal de Supervisión en materia de tarifas aeroportuarias.

No puedo detenerme ahora en la escasa conveniencia de unificar en un solo Organismo Supervisor a todos los anteriores OR,⁶⁵ a diferencia de lo que ocurre en el resto de la UE.⁶⁶ Como de ello me he ocupado en otro trabajo, allí me remito.⁶⁷

Al margen de la poca justificación de la unificación de los OR, el gran problema que plantea la LCNMC es la reducción de la independencia del Organismo Supervisor multisectorial previsto. La LCNMC supone un giro radical respecto a la evolución de los últimos años, plasmada en la LES. Ahora se opta por transferir competencias a las autoridades ministeriales⁶⁸ y por reducir la independencia del Regulador. En definitiva, la CNMC no va

e) Autoridad Nacional de Reglamentación para el sector postal».

⁶⁵ Desde el año 2010 se había producido un crecimiento inusitado de estos Organismos, ya que antes de esa fecha sólo existían en telecomunicaciones (CMT, creada en 1996: Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones), en energía (Comisión Nacional de Energía-CNE establecida en 1998: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos-LSH, aunque con anterioridad existió desde 1994 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional) y en competencia (Comisión Nacional de la Competencia-CNC surgida en 2007: Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia-LDC). A partir de 2010 entra en funcionamiento la Comisión Nacional del Sector Postal-CNSP (Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal-LCNSP; la CNSP entró en funcionamiento efectivo el 6 de octubre de 2010, Orden FOM/2575/2010, de 1 de octubre, BOE de 5 de octubre, tras el previo nombramiento de sus miembros por los correspondientes Decretos del Ministerio de Fomento de 16 de julio de 2010), y se crean el CEMA (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual-LGCA; el CEMA no llegó a constituirse), la Comisión Nacional del Juego-CNJ (Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego-LJ; la CNJ no entró nunca en funcionamiento) y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria-CREA (Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena-DLCREA).

⁶⁶ En estos momentos en la UE hay un país con un Organismo de este tipo y es Alemania desde 2006 con su *Bundesnetzagentur* (telecomunicaciones, postal, energía y ferroviario), pero que no engloba las cuestiones relativas a la competencia. El único caso parecido es el de Holanda con la Ley de establecimiento de la Autoridad para los consumidores y los mercados, de febrero de 2013 (Competencia, consumidores, energía, transporte, correos y telecomunicaciones)

⁶⁷ Virgala (2013) y en el artículo de prensa: E. Virgala Foruria, «La unificación de los reguladores», en *El Correo* y en el *Diario Vasco* (p. 22), 6 de julio de 2012 y otros medios de Vocento.

⁶⁸ Esa pérdida se denomina en el Preámbulo de la LCNMC como «reordenación de funciones» de «índole administrativa», para «cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como tareas de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión».

a ser un auténtico OR, sino un Organismo Supervisor y así se puede apreciar en la propia Ley 3/2013 que no utiliza el término «regulación» y sí continuamente, por el contrario, el de «supervisión».

2.2.1. *La independencia orgánica.*⁶⁹

Antes de entrar a analizar la independencia orgánica de la CNMC,⁷⁰ conviene recordar que la Ley 3/2013 remite el diseño definitivo de los órganos internos de la Comisión a un «Estatuto Orgánico» que el Gobierno «aprobará, mediante real decreto» (art. 26.1) y que «determinará la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción» (art. 26.2), lo que se ha materializado en el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EO-CNMC).

La CNMC se articula en un Consejo y en dos Salas. Ante las críticas recibidas por el proyecto original, y las advertencias de la Comisión de la UE,⁷¹ la LCNMC ha establecido una división de la CNMC en dos Salas que se dedicarán de forma separada a las funciones de «supervisión regulatoria», normalmente *ex ante*, y de «competencia», *ex post*. Aunque esta división en Salas es un avance respecto de la idea inicial de un Consejo encrgado de todas las decisiones, no podrán evitarse los problemas que probablemente

⁶⁹ La LCNMC habla tanto de independencia como de «autonomía orgánica y funcional» (art. 2.1).

⁷⁰ El Consejo de la CNMC se constituyó el 25 de septiembre de 2013, procediendo a los primeros nombramientos en el día siguiente: <http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2013/09/26/20130926215549.html> (visita, 27 de septiembre de 2013). La puesta en funcionamiento de la CNMC, con el ejercicio efectivo de sus funciones, se estableció que fuera el 7 de octubre de 2013 (Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; BOE, nº 239, de 5 de octubre).

⁷¹ En diversas ocasiones de la Vicepresidenta y Comisaria de telecomunicaciones, Neelie Kroes, («Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores», en *El País*, 25 de febrero de 2013; «Bruselas avisa de que actuará para garantizar la independencia del nuevo regulador único español», en *Noticias Aranzadi*, 10 de enero de 2013, <<http://www.aranzadi.es/actualidad/noticias/bruselas-avisa-de-que-actuará-para-garantizar-la-independencia-del-nuevo>>, visita 20 de mayo de 2013) y, también, del Presidente del BEREC (Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas) («El regulador europeo pide que se garantice la independencia de la CMT», en *El País*, 4 de marzo de 2013, <http://economia.elpais.com/economia/2013/03/03/actualidad/1362341538_093852.html>, visita 21 de mayo de 2013).

se produzcan en el futuro, ya que las Salas van a actuar con rotación de miembros y con la posibilidad de realizar informes contradictorios entre ellas sobre los mismos asuntos.

Las Salas en las que se divide el Consejo, como acabo de comentar, son la de competencia (presidida por el Presidente de la CNMC) y la de supervisión regulatoria (presidida por el Vicepresidente de la CNMC), compuesta cada una de ellas por cinco miembros. El Consejo en pleno determina, por mayoría de seis votos, la asignación de los miembros del Consejo a cada Sala y establece el número de Consejeros sometidos a rotación y la periodicidad de ésta, lo que se publicará en diciembre de cada año para el siguiente.⁷² En ningún caso se permite la adscripción permanente a una Sala de ningún Consejero, la rotación en bloque de los Consejeros entre las Salas ni la asignación a una única Sala de todos los Consejeros nombrados con ocasión de la renovación parcial del Consejo (arts. 18 LNCM y 13 EO-CNMC).

Este sistema de rotación pretende evitar que la CNMC funcione como dos OR separados, pero ahonda todavía más los problemas que crea la falta de especialización de la CNMC y las dificultades que tendrán sus miembros para resolver las complicadas funciones que les asigna la Ley.⁷³ A lo anterior se añade la posibilidad de que conociendo de un asunto una Sala,⁷⁴ deba informar la otra⁷⁵ con el problema de la existencia de informes contradictorios.

⁷² La primera distribución se ha producido el 9 de octubre de 2013 (<http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/12/pdfs/BOE-A-2013-10645.pdf>, visita 12 de octubre de 2013), quedando las Salas de la forma siguiente:

—Sala de Competencia: Doña María Ortiz Aguilar, don Fernando Torremocha y García Sáenz, don Benigno Valdés Díaz y doña Idoia Zenarrutabeitia Beldarraín. La presidencia de la Sala corresponde al Presidente de la CNMC, don José María Marín Quemada.

—Sala de Supervisión regulatoria: Don Eduardo García Matilla, don Josep María Guinart Solá, doña Clotilde de la Higuera González y don Diego Rodríguez Rodríguez. La presidencia de la Sala corresponde a la Vicepresidenta de la CNMC, doña María Fernández Pérez.

⁷³ CNC (2013, 4).

⁷⁴ Las Salas conocen de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno (art. 21.1 LNCM).

⁷⁵ Es obligatorio el informe: «a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11» (art. 21.2).

Además, la CNMC tiene cuatro Direcciones (art. 25.1 LCNMC): Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Energía, y Transportes y del Sector Postal, que ejercen sus funciones de instrucción con independencia del Consejo (art. 25.1 LCNMC). Los Directores son nombrados por el Consejo de la CNMC, no por el Gobierno como inicialmente estaba planteado, pero con «la pérdida de capacidad del Director de Investigación de nombrar a su propio equipo, competencia que corresponde al Consejo, lo que puede debilitar su independencia funcional y la debida separación entre instrucción y resolución. Es por ello preciso arbitrar mecanismos que refuercen la independencia de los órganos de instrucción respecto del órgano resolutorio, y la debida separación funcional entre instrucción y resolución».⁷⁶

1) *Nombramiento de los miembros de los OR*

En el procedimiento de nombramiento de los miembros de los OR, el rasgo general en el ordenamiento español, ha sido la intervención exclusiva del Gobierno⁷⁷ o del Presidente del Gobierno.⁷⁸

⁷⁶ CNC (2013, 5).

⁷⁷ Eran nombrados directamente por el Gobierno los miembros de la CMT (art. 48.5 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones-LGTel), de la CNE (Disp. adic. undécima. primero.4 LSH), de la CNC (antiguo art. 29 LDC), de la CNSP (art. 4.4 LCNSP), y así lo estableció con carácter general la LES. Con posterioridad, también iba a ser así para la nonata CNJ (art. 26.10 CNJ).

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos es nombrado por el Gobierno «mediante Real Decreto» (art. 36.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal); el Presidente y Vicepresidente de la CNMV por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía, y el resto de Consejeros por el Ministro de Economía (art. 17 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV). El Gobernador del Banco de España-BE por el Presidente del Gobierno (art. 24.1 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE), mientras el Subgobernador lo es por el Gobierno a propuesta del Gobernador (art. 24.2 LBE) y el resto de Consejeros también por el Gobierno pero a propuesta del Ministro de Economía (art. 24.3 LBE).

En el caso del CSN, el Gobierno nombra a sus miembros, pero el «Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo de las tres quintas de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 5.2 Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear-LCSN).

La ruptura más clara con el modelo podía haber sido la del procedimiento de nombramiento de los miembros del nonato CEMA: «por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus

Con la CNMC, en una especie de mezcla de lo previsto para el Consejo de Seguridad Nuclear-CSN⁷⁹ y de lo antiguamente regulado para la desaparecida CNC,⁸⁰ se establece el nombramiento de todos los miembros del Consejo «por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados».⁸¹ La Comisión del Congreso, «por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 15.I LCNMC).

vertientes. No obstante lo anterior, en la primera designación de los consejeros si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de tres quintos, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta» (art. 49 LGCA).

⁷⁸ El Gobernador del BE (art. 24.I LBE), mientras el Subgobernador lo es por el Gobierno a propuesta del Gobernador (art. 24.2 LBE) y el resto de Consejeros también por el Gobierno pero a propuesta del Ministro de Economía (art. 24.3 LBE).

⁷⁹ El Gobierno nombra a sus miembros, pero el «Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo de las tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 5.2 LCSN).

⁸⁰ «[P]revia comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto» (art. 29 LDC), lo que se reiteraba («ante la Comisión correspondiente del Congreso») en el art. 4.4 LCNSP para la CNSP.

⁸¹ En la LES estaba prevista la «previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado» (art. 13.I LES). Con anterioridad, para la CNC se estableció por vez primera la necesidad de que antes del nombramiento se produjera la «previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto» (art. 29.2 LDC), lo que se reiteraba («ante la Comisión correspondiente del Congreso») en el art. 4.4 LCNSP para la CNSP. En la nonata CNJ (art. 26.10), vigente ya la LES, se añadió que «[l]a comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado».

A pesar de que la independencia parece reforzarse con el nombramiento entre personas de reconocida competencia profesional,⁸² la indeterminación del concepto y la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos y la experiencia habida hasta el momento con la comparecencia, por ejemplo, de los candidatos a miembros del TC⁸³ hace que exprese mi escepticismo ante las cautelas previstas en la LCNMC.⁸⁴ Los Gobiernos españoles suelen tender a realizar los nombramientos más por la afinidad ideológica que por la competencia profesional⁸⁵ o, en todo caso, como consecuencia de un pacto político con la oposición,⁸⁶ siendo su expresión más evidente las palabras del Ministro de Economía el día 12 de diciembre de 2001 al comparecer ante el Congreso para informar sobre la designación de un nuevo consejero de la CNE, Jaime González, al señalar que lo hacía «cumpliendo la obligación legal, a propuesta del primer partido de la oposición y en el marco de un

⁸² La LES de 2011 hablaba de «reconocido prestigio y competencia profesional» (art. 13.1). Con anterioridad: «personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados» para la CMT (art. 48.5 LGTEL); «personas de reconocida competencia técnica y profesional» para la CNE (Disp. adic. undécima. primero.4 LSH); «juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio» para la CNC (art. 29 LDC); «personas de reconocida competencia profesional en el sector postal y en la regulación de mercados» para la CNSP (art. 4.4 LCNSP); «personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes» para el CEMA (art. 49.1 LGCA). Tras la LES: «personas de reconocido prestigio y competencia profesional» para la CNJ (art. 26-10 LJ).

⁸³ En la comparecencia ante la Comisión de nombramientos del Senado, de los 20 candidatos sólo al antiguo Presidente del TS, Francisco José Hernando, «fue el único al que preguntaron algo» y «la razón la conocían los propios candidatos, los más conscientes de que más que sus largos currículos, ayer pesaba la política (...). Todos los portavoces se deshicieron en elogios a los candidatos. Todos eran ‘idóneos’ o ‘más que idóneos’»: *El País*, 16 de julio de 2010.

⁸⁴ Una visión mucho más optimista la daba J. Segura Sánchez (2009, 260), consejero de la CNMV: «sería imposible o extremadamente difícil, en esas condiciones [sesiones públicas parlamentarias en la Comisión de Economía], que propusieran a un ingeniero agrónomo, por muy excelso que fuera, para supervisar entidades de crédito».

⁸⁵ Labriola (1999, 9-10 nota 34) para Italia.

⁸⁶ No se muestra tan crítica Pauner (2010, 79) cuando señala que: «Sin embargo, no creemos que deba mantenerse una formulación crítica contra tales requisitos por cuanto, al menos, permiten que las fuerzas políticas dispongan de un siempre amplio margen de discrecionalidad pero nunca de arbitrariedad. Con ello, el sistema de cuotas funcionará más encorsetado y ello lleva a una cierta objetivación de los candidatos. En otras palabras, “puede que no se nombren a los mejores, pero es difícil que se nombren a inidóneos” (Espín)».

acuerdo institucional»⁸⁷ o el acuerdo de 2010 entre PSOE, PP y CIU para el nombramiento de los miembros del CNSP⁸⁸ o el de 2011 con la incorporación de los militantes del PNV, por el hecho de serlo, Idoia Zenarruzabeitia a la CNE y Xabier Ormaetxea a la CMT.⁸⁹

El primer proceso de nombramiento de los miembros del Consejo de la CNMC en septiembre de 2013 ha confirmado los peores presagios. Inicialmente, los dos principales partidos habían llegado a un acuerdo para repartirse los diez puestos de la forma siguiente: seis a propuesta del PP, dos del PSOE, uno de CIU y uno del PNV.⁹⁰ Este acuerdo no ha llegado a materializarse por el aumento de la tensión en las relaciones entre PP y PSOE a partir del verano de 2013, de forma que el PP se ha reservado ocho nombramientos, dejando uno para CIU y otro para el PNV.⁹¹ Lo importante es que, como siempre, el criterio fundamental no ha sido la experiencia técnica o profesional contrastada, sino el reparto por cuotas y el acaparamiento por el partido del Gobierno de casi todos los puestos, hasta el punto de que tres integrantes de la CNMC han dado el salto directamente desde cargos gubernamentales.⁹²

La comparecencia de los propuestos por el Gobierno ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso se ha realizado el 9 de septiembre de 2013 en turnos de quince minutos, incluido el debate, para cada uno de los propuestos,⁹³ lo que muestra claramente que lo que se ha pretendido es realizar un mero trámite en el que no se debatiera ni sobre el curriculum ni sobre las posiciones de los propuestos sobre las materias en las que va a actuar la CNMC. Se sigue, por lo tanto, un sistema de reparto de cargos por partidos que tan nefasto resultado ha dado en los órganos de garantía como el TC o el CGPJ, contribuyendo en gran medida al deterioro institucional

⁸⁷ *El País*, 13 de diciembre de 2001.

⁸⁸ *El País*, 9 de noviembre de 2010, p. 13.

⁸⁹ *El Correo (Bilbao)*, 21 de abril de 2011.

⁹⁰ «Últimas noticias del regulador único: la hora del reparto del botín», en Blog *Hay Derecho*, 14 de mayo de 2013 <<http://hayderecho.com/2013/05/14/ultimas-noticias-del-regulador-unico-la-hora-del-reparto-del-botin/>> (visita 25 de septiembre de 2013).

⁹¹ «La derecha copa los cargos del nuevo regulador que debe vigilar la competencia entre empresas», en *Diario.es*, 5 de septiembre de 2013 <http://www.eldiario.es/economia/derecha-regulador-vigilar-competencia-empresas_o_172183292.html> (visita 6 de septiembre de 2013).

⁹² La Vicepresidenta, María Fernández, y las consejeras Clotilde de la Higuera y María Ortiz.

⁹³ <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF> (visita 25 de septiembre de 2013).

que se está produciendo en España en los últimos años. En este sentido, entendiendo que el reparto más o menos proporcional entre partidos puede permitir que los minoritarios tengan presencia en este tipo de órganos,⁹⁴ creo que no es argumento suficiente ya que la pluralidad política no ha de ser el objetivo de estos nombramientos sino el de designar a personas que tengan conocimientos y experiencia en el sector.

Frente a esta «tradición» española, he mantenido en varios trabajos⁹⁵ que, por la importancia de sus funciones y por la necesidad de reforzar su independencia, la única forma que puede determinar un nombramiento que no sólo parezca independiente sino que también lo sea efectivamente es el de la intervención parlamentaria⁹⁶ pero no a través de la fórmula española de las mayorías cualificadas de tres quintos como en otros órganos de garantía (TC, CGPJ, Defensor del Pueblo)⁹⁷ o en otras AAI (CSN), sino de la italiana de los años noventa del nombramiento por decisión conjunta de los Presidentes de las Cámaras.⁹⁸ La experiencia española hasta el momento es que la exigencia de mayorías reforzadas conduce a un reparto de puestos en

⁹⁴ Pauner (2010, 66) entiende que esa presencia de partidos minoritarios es, al menos, una virtualidad de la práctica desarrollada en España.

⁹⁵ Virgala (2004, 2012).

⁹⁶ Para Italia: Manetti (1994, 139-140). Escobar (1998, 189) refiriéndose a un hipotético Consejo de lo Audiovisual como Administración independiente. Por el contrario, la elección de los miembros del Consejo de RTVE por las Cortes ha sido criticada por Parada (1999, 306) y García Llovet (*El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, citado por Magide 2000, 235) pues impediría a éstas ejercer el control sobre dicho Consejo. No veo las razones por las que la designación parlamentaria de un órgano impide el posterior control del mismo si tiene una serie de competencias propias y las Cortes no pueden dirigirle instrucciones. En este sentido, basta citar el ejemplo norteamericano en que las CRI no son nombradas por el Congreso, pero el Senado, a través de la confirmación, tiene la última palabra en tal nombramiento, y, además, las CRI actúan como un apéndice legislativo en la Administración y, sin embargo, son estrechamente controladas por el Congreso.

⁹⁷ Carlón (1999, 249 nota 75), por ejemplo, ha sugerido un mecanismo de mayor intervención de las Cortes Generales como la aceptación por mayoría de tres quintos de la Comisión del Congreso correspondiente como en el CSN.

⁹⁸ Sistema de nombramiento por consenso de los Presidentes de las Cámaras (*Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato*, *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, *Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria*) con el objetivo de separar a las Autoridades independientes del poder político en su vertiente partidocrática desde su nombramiento, al involucrar a la mayoría y a la oposición, y acercarlas a los órganos de garantía de la Constitución: Niccolai (1998, 350-351), Sirianni (1993, 80), Manetti (1994, 182), Casavola (1997, 27), Grasso (1999, 112-113).

que cada partido mayoritario intenta introducir a personas afines ideológicamente⁹⁹ muchas veces, no siempre claro está, a costa de la competencia profesional.¹⁰⁰ Por eso pensaba que el consenso entre los dos Presidentes de las Cámaras, aunque fueran del mismo partido, comprometería su prestigio personal y su neutralidad lo que podría conducir a una elección más adecuada, a lo que cabría añadir la necesidad de que el nombramiento se realizara a partir de listas proporcionadas por los operadores, las asociaciones de consumidores, los Colegios profesionales, etc.¹⁰¹ Sin embargo, la politización de los nombramientos de la CMT y CNE en 2011 y de la CNMC en 2013 me llevan a decantarme más por la idea lanzada por el mercantilista Jesús Alfaro de realizar los nombramientos «a través de un proceso competitivo —con anuncios en la prensa internacional— y por una Comisión de notables encargada de velar por el proceso, Comisión que podría estar formada por los ex-presidentes de esas instituciones y Comisión que no ejecutaría el proceso, lo que se puede encargar a las empresas especializadas».¹⁰²

Un aspecto que refuerza la independencia de los miembros de la CNMC es la larga duración del mandato (seis años)¹⁰³ y la imposibilidad de reelección,¹⁰⁴ ya que aunque en España desde 1982 se suelen repetir, al

F. Garri (2002, 123) ha señalado que en su día la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento italiano calificó, casi por unanimidad, como el mejor sistema de nombramiento al realizado por los Presidentes de la Cámara y del Senado.

⁹⁹ Magide (2000, 100-101). Para Italia, Pera (2001, 103), Cerulli Irelli (2001, 56).

¹⁰⁰ Es necesario aquí recordar los bochornosos espectáculos proporcionados por PP y PSOE en la renovación de diversos órganos constitucionales. La situación alcanzó tintes esperpénticos con la designación del CGPJ en septiembre de 2008 con un retraso de casi dos años por las continuas peleas entre los partidos mayoritarios y con la de los magistrados del TC en su renovación por el Senado de 2010, ¡tres! años después de haber vencido el mandato de los anteriores.

¹⁰¹ Cerulli Irelli (2001, 57) para Italia.

¹⁰² Alfaro (2013).

¹⁰³ Hay que recordar que, por ejemplo, la Directiva 2009/72 exige «un mandato fijo de entre cinco y siete años» (art. 35.5.b).

¹⁰⁴ Renovándose «parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años» (art. 15.2). «Si durante el periodo de duración del mandato correspondiente a un determinado Consejero se produjera su cese, el sucesor será nombrado por el tiempo que restase al sustituido para la terminación de su mandato. Si el cese se hubiera producido una vez transcurridos cuatro años desde el nombramiento, no resultará de aplicación el límite anterior, y el sucesor será nombrado por el periodo de seis años previsto con carácter general» (art. 23.2).

Para la primera renovación, la LCNMC ha dispuesto: «1. En la primera sesión del Consejo se determinarán, preferentemente de forma voluntaria y supletoriamente por sorteo, los tres

menos, dos legislaturas con mayoría del mismo partido,¹⁰⁵ esto no siempre es así y se asegura que todo miembro de la CNMC conozca, al menos, dos Gobiernos con la posibilidad de que se encuentre ante uno de identidad ideológica diferente al que lo nombró.¹⁰⁶ También es importante el dato de la imposibilidad de reelección, ya que ésta no supone una garantía de la independencia ¹⁰⁷ sino lo contrario, al saber la persona afectada que, si su continuación en un cargo de importancia como el de miembro de la CNMC depende del Gobierno, estará más inclinado a complacer a éste o, al menos, a no molestarlo.¹⁰⁸

2) Cese de los miembros de los Organismos Reguladores

El establecimiento de causas tasadas en términos muy restrictivos para poder cesar a los miembros de la CNMC refuerza su independencia, sobre todo si se tiene en cuenta la forma de nombramiento, ya que no cabe discrecionalidad en el cese por el Gobierno.¹⁰⁹

El cese de un miembro de la CNMC puede producirse, en primer lugar, por las causas generales que se suelen prever en todo cargo público, como

consejeros que cesarán transcurrido el plazo de dos años desde su nombramiento y los tres que cesarán transcurrido el plazo de cuatro años.

² No obstante lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley, los miembros del Consejo afectados por la primera renovación parcial podrán ser reelegidos por un nuevo mandato de seis años» (Disposición Transitoria 1.^a). De todas formas, «[l]o establecido en la Disposición transitoria primera de esta Ley no afectará al nombramiento del primer Presidente y Vicepresidente del organismo que, de acuerdo con el artículo 15.2 de la misma, tendrán un mandato de seis años no renovable» (Disposición Transitoria 2.^a).

En la primera reunión (26 de septiembre de 2013) del Consejo de la CNMC se sorteó el orden de renovación de los consejeros, resultando que Eduardo García Matilla, María Ortiz y Diego Rodríguez permanecerán dos años, José María Guinart, Fernando Torremocha e Idoia Zenarruzabeitia cuatro años y el mandato de Clotilde de la Higuera y de Benigno Valdés será de seis años: «La CNMC comienza su andadura con el nombramiento de Beatriz de Guindos como directora de Competencia», en *Expansión*, 26 de septiembre de 2013 <http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2013/09/26/20130926215549.html> (vísita, 27 de septiembre de 2013).

¹⁰⁵ PSOE (1982, 1986, 1990 y 1993), PP (1996, 2000), PSOE (2004, 2008).

¹⁰⁶ Martí (2000, 249), Chillón y Escobar (2001, 102). Martínez Vila (1997, 437) habla de ««sistema» de blindaje» para referirse a la duración del cargo.

¹⁰⁷ Así lo manifiestan también Montero (1998, 12308) y Tornos (1999, 129). En contra, Terol (2000, 84).

¹⁰⁸ Magide (2004, 46), Gradolph (2009, 50).

¹⁰⁹ Betancor (1994, 191), Magide (2000, 104) en referencia a los OR existentes en su momento.

la renuncia y la expiración del término del mandato. En segundo lugar, al igual que ya habían hecho todas las leyes anteriores creadoras de OR, se ha recogido la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno por determinadas causas tasadas como son la incapacidad permanente, la incompatibilidad sobrevenida y la condena por delito doloso.¹¹⁰ Sin embargo, queda un cierto margen de discrecionalidad en la CNMC, como sucedía en el art. 16 LES, ya que se establece que también se producirá el cese «mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad» (art. 23.1).

En este sentido, hay que interpretar restrictivamente el término de «incumplimiento grave de los deberes de su cargo», de manera que el Gobierno esté obligado a identificar el deber incumplido y la forma del mismo.¹¹¹

En todo caso, considero que la previsión de la LCNMC es positiva en tanto en cuanto establece una posibilidad de cese de los miembros del Consejo de la CNMC por decisión del Gobierno, pero en casos muy concretos y previa instrucción de expediente. Esto permite que el Gobierno no tenga a su libre disposición el cese de los componentes de la CNMC salvo en casos límite y, a la vez, mantenga, aunque de manera muy debilitada, la dirección de la Administración de la que habla el art. 97 CE.¹¹²

2.2.2. *La independencia funcional.*¹¹³

La independencia funcional ha de significar que se aplican plenamente los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de

¹¹⁰ En idéntico sentido en la LES (art. 16). Con anterioridad se solía utilizar la expresión de incapacitación para el ejercicio de sus funciones (art. 48.8 LGTEL, Disp. adic. undécima. primero.5 de la LSH, art. 30.1 LDC, art. 4.7 LCNSP). Con posterioridad a la LES la recogió el art. 29 LJ para la nonata CNJ.

¹¹¹ Chillón y Escobar (2001, 103).

¹¹² En este punto me remito a Vírgala (2004, 235 ss.). Muy relevante en este sentido era el caso de la CNE, ya que, antes de la LES, la LSH en su Disposición adicional undécima. primero.5 concedía un cheque en blanco al Ejecutivo al permitir el cese a voluntad del Gobierno «a propuesta motivada del Ministro de Economía».

¹¹³ Como sucedía con la independencia orgánica, la LCNMC aunque en el art. 2.1 habla de «autonomía», en el art. 3 utiliza la expresión «independencia funcional».

jerarquía, tutela o control del Gobierno respecto a los OR y, por tanto, la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso administrativo. Eso supone que los OR estén sujetos a las normas reglamentarias que dicte el Gobierno si así lo ha previsto su Ley de creación, pero no a las directrices entendidas como instrucciones para que el OR tome una decisión en un sentido determinado dentro de su propia esfera de competencias. En el caso de los OR, éstos pueden no cumplir las directrices emanadas por el Gobierno sin que eso afecte a la validez de los actos del ente y sin que sus miembros incurran en responsabilidad ni puedan ser cesados.¹¹⁴

En este sentido, son de nuevo esclarecedoras las palabras de G. Calvo, antigua miembro de la CMT, cuando señala que «la verdadera clave de bóveda es el control exclusivamente jurisdiccional de nuestras decisiones. Aquí radica, y yo no sé si debería de decirlo con tanto énfasis porque a lo mejor a alguien se le ocurre que hay que cambiarlo, nuestra verdadera independencia; el hecho de que nuestras decisiones no sean revisables en vía administrativa y, por tanto, en las que no se incorporen elementos distintos de las del marco regulatorio decidido y adoptado que hemos de administrar y que convierte, naturalmente, la revisión jurisdiccional en elemento de primera importancia para marcarnos nuestros límites, para asentar nuestras competencias, en definitiva, para construir la realidad económica a la que todos debemos de servir».¹¹⁵

Por todo lo anterior, es extremadamente importante la proclamación que realiza el art. 3 LCNMC de la «independencia funcional» y, especialmente, la de que «ni el personal ni los miembros de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada», siguiendo en este punto lo ya dispuesto, por ejemplo, en el art. 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72.

Parece lógica esta regla de la prohibición expresa de emitir o aceptar instrucciones, a diferencia de la Administración ordinaria, pues su finalidad es precisamente ésa, actuar independientemente del Gobierno sin recibir instrucciones del mismo. Por lo tanto, al ser el principio fundamental la independencia funcional, hay que deducir que la CNMC no puede recibir, en

¹¹⁴ Betancor (1994, 197 y 200), Bilbao (1999, 166).

¹¹⁵ Calvo (2009, 215).

el ejercicio de sus potestades, instrucción, directriz o indicación alguna, no estando sometida a relación de jerarquía, control o tutela por el Gobierno o por otro órgano de la Administración del Estado.¹¹⁶ No puedo compartir, por tanto, la posición de A. Rallo de que «resultaría difícil impedir la instrucción gubernamental no formalizada conforme a dichos mecanismos y, en consecuencia, el mandato legal, en este ámbito, adquiriría un mero significado voluntarista».¹¹⁷ Creo que aquí el profesor Rallo confunde el plano de la práctica política con el estrictamente jurídico, pues es evidente que el Gobierno puede intentar instruir a una AAI, pero lo relevante es que ésta, como cualquier otro órgano independiente, puede negarse a aceptar tal instrucción y que si no lo hace estará incumpliendo el mandato legal de independencia.

Un elemento importante en este sentido es la taxatividad del art. 14.3 LCNMC, que impide la asistencia a las reuniones del Consejo a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de las Administraciones Públicas. Es importante, ya que hasta la LES de 2011 existía la posibilidad de la presencia de un miembro del Gobierno, al estilo de los Comisarios gubernamentales franceses,¹¹⁸ en las sesiones de la CNE lo que suponía un claro elemento de presión que aumentaba la posición de subordinación al Gobierno.¹¹⁹ Si además la posición gubernamental se expresaba directamente en la reunión de la CNE, la presión, en principio, parece que era todavía más evidente, por lo que difícilmente podía hablarse de independencia de la antigua CNE.¹²⁰

La independencia funcional comienza a limitarse cuando existe la posibilidad de recurrir administrativamente las decisiones de un OR, excluyéndose la vía jurisdiccional directa,¹²¹ ya que eso permite un control último del Ministerio sobre las actuaciones y decisiones del OR. Esta situación se producía también hasta 2011 en la CNE con sus resoluciones adoptadas en el ejercicio de las funciones generales y las relativas al sector de la electricidad, y «sus actos de trámite en las mismas materias, si dichos actos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento producen indefensión o perjuicio irrepara-

¹¹⁶ Betancor (1994, 194), Magide (2000, 84), para los OR existentes en su momento.

¹¹⁷ Rallo (2002, 257-258).

¹¹⁸ Vírjala (2004, 92-93).

¹¹⁹ Kühn y Regibeau (1998, 70).

¹²⁰ Betancor (2001, 425).

¹²¹ Ariño (1997, 52), Magide (2000, 89).

ble a derechos e intereses legítimos», al ser susceptibles de recurso ante el Ministro de Economía.¹²²

Un caso especial a este respecto es el del Banco de España (BE) que si en política monetaria alcanza el grado máximo de independencia, por exigencia del Derecho comunitario, no siendo recurribles sus actos administrativamente, en el resto de sus funciones los actos administrativos y las sanciones impuestas son objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Economía (art. 2 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE), teniendo, por lo tanto, como AAI una doble faz dependiendo del tipo de funciones que actúe: en política monetaria como verdadera AAI, en el resto de funciones prácticamente como un organismo autónomo ordinario, ya que sus actos son recurribles administrativamente y el Gobierno puede participar en sus sesiones (art. 20 LBE), aunque las causas de cese son siempre tasadas (art. 25.4 LBE).

A este respecto hay que recordar que las disposiciones y resoluciones de la CNMV ponen fin a la vía administrativa pero no en todos los casos, ya que son recurribles ante el Ministro de Economía «las resoluciones que dicte en materia sancionadora, cuyo régimen será el previsto en el art. 97»¹²³ (art. 16.a Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV) y las «resoluciones que dicte en materia de intervención y sustitución de administradores» (art. 16.b en relación con el 107 LMV). Esta posibilidad de recurso administrativo, junto a la presencia gubernamental en su composición (art. 17 LMV) hace que la CNMV sea claramente una AAI débil.¹²⁴

¹²² Disp. adic. undécima.tercero.5 LSH y art. 2.2 Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía. Se exceptuaba del régimen anterior a «las resoluciones que se dicten en el ejercicio de la función de resolución de los conflictos que le sean planteados, en relación con el sector eléctrico, sobre la gestión económica y técnica del sistema y el transporte y en relación con el sector gasista, los que le sean planteados sobre la gestión del sistema, así como las circulares que se refieran a materia de información» (Disp. adic. undécima.tercero.5 LSH en relación con el art. 2.2 RCNE).

¹²³ Como M. Magide ha señalado, el art. 97 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV no hace referencia alguna a los recursos administrativos, por lo que podría concluirse que las sanciones de la CNMV sólo son recurribles jurisdiccionalmente, pero, sin embargo, la realidad es otra, tal y como declaró el que fue Presidente de la CNMV, Juan Fernández Armesto, al dejar el cargo en octubre de 2000: «La CNMV propone las sanciones, el ministerio las aprueba y, excepto para las leves, el Consejo de Ministros las impone» (*El País*, 8 de octubre de 2000, p. 8).

¹²⁴ De la misma opinión es F. Sánchez Calero (2001, 10-11) que ha señalado que se opuso a dicha presencia ya en 1978 cuando formó parte de la Comisión que elaboró el

A diferencia de esas AAI, en la CNMC «[l]os actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley» (art. 36.1) y todos los «actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 36.2), en concreto, en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Disposición Final segunda).

2.2.3. *Otros criterios que afectan a la independencia*

Establecida la independencia orgánica y funcional de los OR, a partir de los criterios principales que se han analizado, pueden añadirse otros tres más que contribuyen a reforzar tal independencia y que también aborda la LCNMC, aunque con desigual resultado.

Por un lado, un OR ha de poder estructurar libremente su organización y funcionamiento, pues son los propios Reguladores los que mejor conocen los problemas existentes en la actividad diaria, siempre respetando las disposiciones generales que establezca su Ley de creación y, en lo no previsto, la LRJPAC. Sin embargo, como ya señalé anteriormente, la LCNMC ha remitido el diseño definitivo de los órganos internos de la Comisión a un «Estatuto Orgánico» que aprueba el Gobierno y que determina la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción (art. 26.2 LCNMC), lo que obviamente menoscaba su independencia.

En segundo lugar, como en todo Estado democrático, los Presupuestos de cualquier organismo público han de ser aprobados por las Cortes mediante Ley anual, por lo que la CNMC carece de independencia presupuestaria, elevándose su propuesta al Gobierno, sin más, para que éste la integre en los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, para reforzar su in-

«Informe para el Estudio del Mercado de Valores» por iniciativa del Ministro de Economía, E. Fuentes Quintana.

dependencia podría establecerse, como ya ocurre con el BE, que la propuesta de gastos e inversiones se traslade sin modificaciones por el Gobierno a las Cortes en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.¹²⁵

En tercer lugar, es importante el régimen de incompatibilidades de los miembros de la CNMC. La regla general hasta el momento, que se reflejaba en el art. 15.4 LES, había sido la imposibilidad de ejercer actividad profesional relacionada con el sector durante los dos años posteriores al cese, recibiendo por ello una indemnización económica.¹²⁶

La LCNMC (art. 22.3) lo reitera, remitiéndose a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, señalando que «[e]n virtud de esta limitación, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros de esta Comisión, al cesar en su cargo por renuncia, expiración del término de su mandato o incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado su cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado.

No habrá lugar a la percepción de dicha compensación en caso de desempeño, de forma remunerada, de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado en los términos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» (art. 22.4).

2.3. *El control sobre los organismos reguladores*

Un elemento clave en el papel que deben cumplir los OR es, como he señalado al principio del artículo, el del control que deben soportar para que se acepte su independencia, tanto por su legitimación democrática muy

¹²⁵ «La propuesta de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco de España, una vez aprobada por su Consejo de Gobierno, según el artículo 21.1.g), será remitida al Gobierno, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación. El presupuesto del Banco de España tendrá carácter estimativo y no será objeto de consolidación con los restantes presupuestos del sector público estatal» (art. 4.2 LBE).

¹²⁶ La Ley italiana de las Autoridades de regulación de los servicios de utilidad pública amplía ese plazo a los cuatro años: Clarich (2005, 43).

indirecta (por su nombramiento) como por la ausencia de responsabilidad política. La independencia de los OR no significa desaparición de los controles, ya que estos siguen subsistiendo aunque sean diferentes de los existentes respecto del resto de la Administración General del Estado.

Pueden destacarse las siguientes formas de control:

1) El control difuso por la opinión pública: la valoración de las decisiones y actuaciones de los OR puede aumentar o disminuir su prestigio ante los ciudadanos, pudiendo, si el resultado es positivo, resistir las presiones políticas del Gobierno o de los operadores privados.¹²⁷ En todo caso, esta forma de control puede calificarse de débil en tanto en cuanto el ciudadano no suele diferenciar entre decisiones adoptadas por los diversos órganos del Estado (Gobierno, OR) y parece difícil que llegue a apreciar a los OR hasta el punto de valorar su actuación. Ayudaría en este sentido una mayor transparencia en el funcionamiento y comunicación de decisiones de los OR.

La LCNMC mantiene los principios de transparencia ya establecidos en el art. 20 de la LES y establece que la Comisión «hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores» (art. 37.1).

En particular, se difundirán (art. 37.1):

«a) La organización y funciones de la Comisión y de sus órganos, incluyendo los currículum vitae de los miembros del Consejo y del personal directivo.

b) La relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo.

c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo.

d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹²⁷ Betancor (2001, 424).

e) Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector, sin perjuicio de los informes que puedan elaborar los departamentos ministeriales. El informe se enviará en todo caso a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y a los titulares del Ministerio competente en el sector de que se trate y del Ministerio de Economía y Competitividad y en su caso, al titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la parte relativa a las reclamaciones de los usuarios finales.

f) Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos, sin perjuicio de su remisión al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

g) El plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

h) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público.

i) Las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector, siempre que su publicidad no afecte al cumplimiento de los fines que tiene encomendada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos.

k) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares.

l) La iniciación de un expediente de control de concentraciones.

m) La incoación de expedientes sancionadores.

n) La realización de inspecciones de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio».

Además, al estilo de las Agencias reguladoras de la UE,¹²⁸ «[c]ada tres años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia presentará una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión

¹²⁸ Sobre el sistema periódico de evaluación en las Agencias de la UE, me remito a Virgala (2011a, 65).

correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad» (art. 37.3).

2) Control parlamentario: pienso que es donde más debe profundizarse, tanto para evitar la captura de los OR por los operadores privados como por su debilidad actual. Todas las AAI están obligadas a remitir informes anuales a las Cortes (CSN, art. 11 Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear-LCSN; CNMV, art. 13 LMV). En cuanto a la obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias está previsto para la CNMV (art. 13 LMV), el CSN (art. 11 LCSN), pero nada impide que un diputado recabe datos, informes o documentos de una AAI (art. 7 RCD). Finalmente, los miembros de una AAI, como todo ciudadano, están obligados a comparecer ante la Comisiones de investigación del Congreso y del Senado (art. 76.2 CE).¹²⁹

La LCNMC se limita a reproducir las previsiones de la LES, quedando todavía, por lo tanto, mucho para llegar a un adecuado control parlamentario. La Ley 3/2013 sólo establece la comparecencia «con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. Junto con el Presidente, podrán comparecer, a petición de la Cámara, uno o varios miembros del Consejo», y, además, la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado podrá solicitar la comparecencia del Presidente y cada tres años habrá una comparecencia especial «para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (art. 39).

A lo anterior hay que añadir que entre las medidas de publicidad y transparencia antes vistas también se incluyen algunas que afectan al Congreso de los Diputados. Así, la Comisión correspondiente recibirá la memoria anual de actividades que incluirá las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados; el informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector; y el plan de actuación del Organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes (art. 20.1.d-f).

¹²⁹ Como ocurrió en 2001 con la CNMV y el escándalo Gescartera.

Queda, por lo tanto, pendiente, lo que podría abordarse en una futura reforma de los Reglamentos parlamentarios, el establecimiento de Comisiones específicas de relación con la CNMC en el Congreso y en el Senado, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica con el Presidente del Supervisor multisectorial y que pudieran exigir la presencia de otros miembros del mismo y así evaluar su actuación. En caso contrario, una comparecencia anual, la especial trienal y la remisión de informes no parece suficiente para hacer un seguimiento adecuado de la actividad ingente que desarrollará la CNMC y poder someterla al control que ha de ser el contrapeso de su independencia.

3) Control por el Gobierno: el elemento fundamental de control preventivo por el Gobierno es el del propio nombramiento de los miembros de la CNMC que, como se ha visto, permite la designación de personas cercanas al Ejecutivo, lo que está contrarrestado por la irrevocabilidad en el cargo salvo causa tasada. En algunas AAI (BE, CNMV) el control aumenta al poder los miembros del Gobierno ser miembros o asistir a las sesiones,¹³⁰ lo que no puede suceder en la CNMC. El Gobierno también puede controlar la actuación de las AAI mediante la resolución de recursos administrativos contra las decisiones de algunas AAI (CNMV, BE), lo que tampoco puede hacer en la CNMC.

4) Control económico y financiero: todas las AAI están sometidas al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas. En el caso de la CNMC así lo establece expresamente el art. 34.5 LCNMC.¹³¹

5) Control por los tribunales: como no podía ser de otra manera en un Estado de Derecho, y así lo ha reconocido el propio TEDH, por ejemplo, en su sentencia *A. Menarini Diagnostics c. Italia* de 27 de septiembre de 2011 (sección segunda, sentencia definitiva),¹³² las disposiciones y resoluciones

¹³⁰ Betancor (2001, 425).

¹³¹ «Sin perjuicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas por su Ley Orgánica, la gestión económico financiera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará sometida al control de la Intervención General de la Administración del Estado en los términos que establece la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. El control financiero permanente se realizará por la Intervención Delegada en la Comisión Nacional bajo la dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado».

¹³² «Si confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que

de los OR son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en concreto ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Disp. adic. 4.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), limitándose la LCNMC a recordarlo: «[l]os actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley» (art. 36.1) y todos los «actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 36.2), en concreto, en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Disposición Final segunda).

Otra cosa es la amplitud del control que pueden llegar a ejercer los tribunales.¹³³ Por ello, es conveniente distinguir entre los diversos tipos de control jurisdiccional:

1) Control de legalidad: en el que no habría ninguna modulación o excepción con el que, con carácter general, se realiza sobre la actuación de la Administración.¹³⁴

2) Control procedimental: aquí empiezan ya las matizaciones o modulaciones en tanto en cuanto determinados procedimientos de los OR tienen un grado de formalización diverso del resto de la Administración, de forma que «si fueran examinados jurisdiccionalmente bajo la perspectiva del expediente administrativo clásico se perjudicaría tanto a la eficacia de la

l'intéressé doit pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (Kadubec v. Slovaquie, 2 septembre 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, et Čanádý c. Slovaquie, no 53371/99, § 31, 16 novembre 2004)»

¹³³ Sobre las importantes dificultades que plantea el control judicial de la discrecionalidad en Derecho administrativo económico, véase Ciriano (2000, 359 ss.). Puede verse un excelente análisis de la situación en EE.UU. y su posible adaptación a España en Muñoz Machado (2009b, 19 ss.).

¹³⁴ Irurzun (2009, 116).

Administración reguladora como tanto más, en ocasiones, al administrado supervisado. Entiéndase bien, no se está negando que la actuación de las Administraciones reguladoras deba someterse al procedimiento administrativo, sino que los principios del procedimiento administrativo aplicables tendrán un alcance que debe acomodarse a la propia naturaleza de las potestades administrativas ejercitadas por esas Administraciones».¹³⁵

3) Control de las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos: desde la época del New Deal en Estados Unidos ha existido una gran deferencia judicial hacia los OR por sus conocimientos tecnocráticos,¹³⁶ lo que también se ha dado en España, entendiendo los tribunales que las decisiones de los OR se basan en criterios técnicos y económicos, difíciles de aprehender por el juez y que, además, exigen una flexibilidad en su aplicación que casa mal con la actuación ordinaria de la Administración, de forma que los actos del «ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su «tipicidad», esto es, la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma que contempla ese supuesto de hecho (plena subsunción del acto en la norma). Frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. El ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita [...]. Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial».¹³⁷

Por ello, nuestros tribunales acuden a figuras como la discrecionalidad técnica, que consagra, una «prevalencia de los juicios de orden técnico emitidos por los organismos de la Administración especializados en un determinado

¹³⁵ Irurzun (2009, 118).

¹³⁶ Shapiro (2005, 356).

¹³⁷ Ariño (2010, 19), en sentido similar Quadra Salcedo (1997, 84).

sector» (STS de 8 de marzo de 2008)¹³⁸ y que lleva al que fuera magistrado del TC, F. Garrido Falla, a señalar, en un voto particular, que «tal exigencia constitucional [la garantía de tutela judicial efectiva que ofrece el art. 24.1 de la Constitución, con el refuerzo que supone lo dispuesto en el art. 106.1] —pieza maestra, por supuesto, del Estado de Derecho— convive sin problemas con la imposible fiscalización, en cuanto al fondo, de importantes decisiones atribuidas a determinadas «Administraciones independientes» que pueden afectar a intereses legítimos de los particulares: Es el caso, por ejemplo, de las que adopta el Banco de España con respecto al «precio» del dinero, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre cotización en Bolsa de las acciones de una sociedad anónima».¹³⁹ Por su parte, el propio TC ha excluido a lo que denomina discrecionalidad técnica de los órganos especializados de la Administración del control judicial: «Ciertamente este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria el art. 24.1 C.E., es decir, como dijimos en la STC 39/1983, fundamento jurídico 4., que sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales» (STC 97/1993, de 22 de marzo).

Ante esto, parece que el único camino, reconociendo esa discrecionalidad técnica, es, como ha señalado G. Ariño, seguir reclamando el cumplimiento de los «requisitos generalmente exigidos a toda la actividad administrativa, a saber: a) toda regulación debe ser elaborada con *carácter general*, objetivo y global, como es propio de toda norma; b) *principio de la norma previa*: todo acto o resolución singular debe estar, en lo posible, previsto en su contenido en una norma anterior; c) *no se deben admitir dispensas* ni tratamientos singulares (*inderogabilidad singular* de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (*vinculación al precedente*); d) en un modelo de regulación para la competencia es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad*

¹³⁸ Citada por F. Irurzun (2009, 120).

¹³⁹ Voto particular a la STC 149/2000, de 1 de junio.

en las reglas; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y, finalmente, hay que *reducir en lo posible la discrecionalidad* del regulador en las decisiones concretas. A todo ello sirve el ejercicio de la potestad reglamentaria y el uso del *soft law* por el regulador.»¹⁴⁰

4) Control de la exigencia de responsabilidad patrimonial: la doctrina de la Audiencia Nacional, órgano competente en el control jurisdiccional de las disposiciones y resoluciones de los OR, como antes ya he señalado, no niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, pero «se modulan sus contornos atendiendo a la naturaleza de la actividad de supervisión (sentencia de 13 de marzo de 2003, recurso n.º 153/1999) (...). La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (recurso de casación 7953/2003) matiza extremadamente el alcance de la relación de causalidad entre el quebranto económico sufrido por los inversores y la actuación de la CNMV. Aunque reconozca que ésta pudo y debió actuar, la responsabilidad patrimonial será desestimada porque quienes reclamaba eran los inversores que habían puesto los depósitos antes de que fuera objetivamente necesario el aviso de la CNMV sobre las irregularidades de la entidad supervisada. Pero ¿qué hubiera pasado si se tratara de depositantes que hubieran hecho su depósito con posterioridad al momento que objetivamente se consideraba necesario que se hubiera realizado el aviso a los inversores?».¹⁴¹

3. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AA. VV. Aspects of the Independence of Regulatory Agencies and Competition Advocacy. *Paper Submitted under First Research Cycle of Cuts Competition, Regulation and Development Research Forum (CDRF) (2005-2007)* <<http://www.circ.in/pdf/Aspects%20of%20the%20Independence%20of%20Regulatory%20Agencies%20and%20Com.pdf>> (visita 4 de septiembre de 2013).

ABAGNALE, Gloria, 1997. *Autorità indipendenti e Trattato di Maastricht. Le autorità indipendenti nei sistema istituzionali ed economici*. A. Predieri (ed.). Firenze: Passigli Editori 117-144.

¹⁴⁰ Ariño (2010, 32-33).

¹⁴¹ Irurzun (2009, 121-122).

- ALFARO, J., 2013. Lo que harían los partidos —especialmente el PP— si quisieran, sinceramente, acabar con la corrupción. *Derecho Mercantil. Blog de Jesús Alfaro, Catedrático de Derecho Mercantil UAM*. <<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/01/lo-que-harian-lospartidosespecialmente.html>> (visita 21 de mayo de 2013).
- ALLENDESALAZAR, R., 2013. Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 12 de junio de 2013.
- AMATO, Giuliano, 1997a. Le Autorità indipendenti nella costituzione economica. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 3-16.
- 1997b. Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3: 645-664 (publicado también en 1999. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 13-34).
- ARIÑO ORTIZ, G., 1993. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.
- 1994. REGULACIÓN ECONÓMICA Y MODELO DE ADMINISTRACIÓN. LA NECESARIA REFORMA INSTITUCIONAL. *ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL. LIBRO HOMENAJE A MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO*. A. PÉREZ MORENO (COORD.). MADRID: CIVITAS-UNIVERSIDAD DE SEVILLA I: 49-71.
- 1997. SOBRE EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO (HACIA UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN). *EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO*. G. ARIÑO ORTIZ, J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. Madrid: Marcial Pons 17-54.
- 2010. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ENTIDADES REGULADORAS. LA NECESARIA EXPANSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* 82: 9-37.
- ARRIGONI, Rita, 1995. Regolazione e gestione nelle *public utilities*: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1: 87-109.
- BALDWIN, Robert y McCrudden, Christopher, 1987. *Regulation and Public Law*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- BEL I QUERALT, G., 1996. Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia. *Privatización, desregulación y ¿competencia?*. G. Bel i Queralt (ed.). Madrid: Civitas 17-32.
- 2000. Liberalización y competencia. *Claves de razón práctica* 105: 23-29.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. y otros, 1998 (2.^a ed.). *Derecho administrativo II. Parte especial*. Madrid: Editorial Universitas.

- BERNSTEIN, Marver H., 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- BERROD, F. y LIGNE, S., 1997. Les monopoles de vente au détail saisi par les règles du Marché unique. *Revue du Marché Unique Européen* 2: 81-110.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., 1994. *Las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- 2001. L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes. *Conseil d'État. Rapport Public* 2001. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La Documentation française 411-426.
- BILBAO UBILLOS, J. M., 1999. Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 3: 163-181.
- BLACK, Julia, 2002. Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy* 27: 1-35.
- BOSCOLO, Emanuele, 2000. Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 231-269.
- CABALLERO SANCHEZ, R., 2002. El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos. *Revista General de Derecho administrativo* <http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=278&id_revistas=1&id_categoria=46> (visita 25 de septiembre de 2013).
- CALVO DIAZ, G., 2009. El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 213-220.
- CARLON RUIZ, M., 1999. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho administrativo* 102: 229-255 (publicado también en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. F. Sosa Wagner, coord. Valencia: Tirant lo Blanch, III: 2895-2924).
- CASAVOLA, Francesco Paolo, 1997. Quale «statuto» per le Autorità indipendenti. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 17-33.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, 2001. Aspecti costituzionali e giuridici delle Autorità. *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 49-60.

- CHEVALLIER, Jacques, 1986. Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes. *Juris-Classeur Périodique-La semaine juridique* 3254.
- CHILLON MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., 2001. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- CIRIANO VELA, C. D., 2000. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova.
- CLARICH, Marcello, 2001. Un approccio «madinsoniano». *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 91-96.
- 2005. *AUTORITÀ INDIPENDENTI. BILANCIO E PROSPETTIVE DI UN MODELLO*. BOLOGNA: IL MULINO.
- COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC), 2013. *Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* <http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=198040&Command=Core_Download&Method=attachment> (visita 4 de septiembre de 2013).
- CONSEIL D'ÉTAT, 2001. Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes. *Conseil d'État. Rapport Public 2001. Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La Documentation française 253-386.
- 2012. *Les Agences: une nouvelle gestion publique?*. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/124000501/0000.pdf> (visita 5 de septiembre de 2013).
- COSTAS, A. y BEL, G., 1995. Regulación y desregulación en la economía europea actual. *Regulación y competencia en la economía española*. J. Velarde, J. L. García Delgado y A. Pedreño (dtes.). Madrid: Civitas 33-63.
- CRUZ FERRER, J. DE LA, 1999. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Madrid: Marcial Pons.
- DESDENTADO DAROCA, E., 1999. *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SANCHEZ, J. J., 1997. La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 67: 741-781.
- ERGAS, Henry y HEIMLER, Alberto, 2000. Le autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali. *Diritto amministrativo* 2: 341-356.

- ESCOBAR ROCA, G., 1998. ¿Quién debe controlar la televisión?. *Régimen de las telecomunicaciones*. J. F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena Coromina (coords.). Madrid: Tecnos 155-190.
- FERNANDEZ ORDOÑEZ, M. A., 1999. Reflexión preliminar. *La regulación económica de los servicios públicos*. M. A. Lasheras. Barcelona: Ariel 5-11.
- 2000. *La competencia*. Madrid: Alianza.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., 1999. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública* 150: 57-73.
- FERRARI, Erminio, 2000. La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore XI-XXXII.
- FOOTE, Susan Bartlet, 1988. Independent Agencies Under Attack: a Skeptical View of the Importance of the Debate. *Duke Law Journal* 223-237.
- FOURNIER, Jacques, 2000. La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 3-17.
- FRANCHINI, Claudio, 1996. Le Autorità indipendenti como figure organizzative nuove. *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*. Sabinao Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 69-85.
- FUERTES, M., 1994. *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*. Valladolid: Lex Nova.
- GARCIA LLOVET, E., 1993. Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública* 131: 61-118.
- GARRI, Francesco, 2002. Fra tecnica e politica. Fiorella Kostoris Padoa Schioppa (ed.). *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*. Milano: Il Sole 24 Ore 122-124.
- GERADIN, Damien, 1999. L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau—Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation. *Cahiers de Droit Européen* 1-2: 13-48.
- GILARDI, Fabrizio y MAGGETTI, Martino, 2010. The independence of regulatory authorities <http://www.maggetti.org/Sito/Publications_files/gilardi_maggetti_handbook.pdf> (visita 21 de mayo de 2013).
- GIRAUDI, Giorgio y RIGHETTINI, Maria Stella, 2001. *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*. Bari: Laterza.
- GONZALEZ CUETO, T., 2013. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: el macro regulador hispano. *Blog Hay Derecho* 14 de marzo

- de 2013 <<http://hayderecho.com/2013/03/14/la-comision-nacional-de-los-mercados-y-de-la-competencia-el-macro-regulador-hispano/>> (visita 25 de septiembre de 2013).
- GRADOLPH CADIerno, J. E., 2009. La liberalización sectorial: impacto económico y papel de los organismos reguladores. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 39-52.
- GRASSO, Giorgio, 1993. Spunti per un studio delle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America). *Quaderni Regionali* 1303-1355.
1999. L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 101-174.
2006. *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*. Milán: Giuffrè.
- GUARINO, Giuseppe, 1999. Le autorità garanti nel sistema giuridico. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 35-48.
- GUÉDON, Marie-José, 1991. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- HERRERA GUERRA, C. A., 2010. Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional. Ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano que los creó. *Revista de Administración Pública* 181: 373-404.
- IRURZUN MONTORO, F., 2009. Los organismos reguladores ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 115-122.
- JACOBZONE, Stéphane, 2005. Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities. A Comparative Overview across OECD Countries. OCDE. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013) 33-36.
- JIMENEZ DE CISNEROS CID, F. J., 1987. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Alcalá de Henares: Instituto Nacional de Administración Pública.

- KOVAR, Robert, 1996. Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée-I. *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2: 215-242.
- KÜHN, Kai-Uwe y REGIBEAU, Pierre, 1998. *¿Ha llegado la competencia? Un análisis económico de la reforma de la regulación en el sector eléctrico en España*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica, CSIC.
- LABRIOLA, Silvano, 1999. Le Autorità indipendenti (note preliminari). *Le Autorità indipendenti*. Silvano Labriola (ed.). Milano: Giuffrè 1-61.
- LARSEN, Anders; PEDERSEN, Lene Holm; SØRENSEN, Eva Moll; OLSEN, Ole Jess, s/f. *Independent Regulatory Authorities in Europe* <<http://www.sessa.eu.com/documents/wp/D73.1-Larsen.pdf>> (visita 25 de septiembre de 2013).
- LASHERAS, M. A., 1999. *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Ariel.
- LONG, Marceau, 2001. Service public et réalités économiques du XIX^e siècle au droit communautaire. *Revue Française de Droit Administratif* 6: 1161-1168.
- MAGIDE HERRERO, M., 2000. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- 2004. Las garantías de la independencia de los organismos de supervisión. *Estudios de Derecho Nuclear* 0: 38-49.
- MAJONE, Giandomenico y LA ESPINA, Antonio, 1991. Lo Stato regolatore. *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione* 3: 3-62.
- MAJONE, Giandomenico, 1996. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*. Paris: Montchrestien.
- 2005. AGENCY INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY. OCDE, 2005. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013) 52-53.
- MALARET GARCIA, E., 1992. La Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Revista Española de Derecho administrativo* 76: 557-597.
- 1998. SERVICIOS PÚBLICOS, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública* 145: 49-87.
- MANETTI, Michela, 1994. *Poteri neutrali e Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- MARTI DEL MORAL, A., 2000. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., 1997. La regulación económica en España. *El nuevo servicio público*. G. Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. Madrid: Marcial Pons 185-269.

- MARTINEZ VILA, J. E., 1997. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. *Actualidad Administrativa*, II: 427-439.
- MENENDEZ, P., 1995. Administración independiente (régimen jurídico). *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. I*. Madrid: Civitas 292-300.
- MERUSI, Fabio, 2000. *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*. Bologna: Il Mulino.
- MILLER, Geoffrey P., 1988. Introduction: the Debate over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence. *Duke Law Journal* 215-222.
- MILLER III, James C., 1988. A Reflection on the Independence of Independent Agencies. *Duke Law Journal* 297-299.
- MONTERO PASCUAL, J. J., 1996. Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho administrativo* 92: 567-591.
- 1998. NATURALEZA, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. *Revista General de Derecho* 649-650: 12305-12318.
- MONTI, Mario. 2000. Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'union européenne. *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2: 245-252.
- MORRISON, Alan B., 1988. How Independent are Independent Regulatory Agencies?. *Duke Law Journal* 252-256.
- MOTA PRADO, M., 2008. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41: 435-503.
- MUÑOZ MACHADO, S., 1998. *Servicio público y mercado. I. Los Fundamentos*. Madrid: Civitas.
- 2009a. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General. Tomo III: La Organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*. Madrid: Iustel.
- 2009b. Los principios del derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control. *Revista General de Derecho administrativo* 20.
- NEBOT LOZANO, J. M., 1998. Competencia y servicio público en la actividad eléctrica. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*. J. M. Nebot Lozano y otros. Madrid: Civitas 13-35.
- NICCOLAI, Silvia, 1996. *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*. Edizioni ETS: Pisa.
- 1998. LE AUTORITÀ INDIPENDENTI COME POTERE DI GARANZIA. *RASSEGNA PARLAMENTARE* 2: 335-365.

- OCDE, 2005. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013).
- OGUS, Anthony, 2000. La regolazione dei servizi privatizzati. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 19-40.
- PAJNO, Alessandro, 1996. L'esercizio di attività in forme contenziose. *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*. Sabinio Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 107-147.
- PARADA VAZQUEZ, R., 1999 (13.^a). *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., 2000. El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos. *Revista de Administración Pública* 153: 217-249.
- PASQUINO, Pasquale, 2001. Le autorità non elettive nelle democrazie. *Il Mulino* 4: 596-603.
- PASSARO, Michele, 1996. *Le Amministrazioni indipendenti*. Torino: Giappichelli.
- PAUNER CHULVI, C., 2010. Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos. F. Santaolalla López y C. Pauner Chulvi. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 55-114.
- PERA, Alberto, 2001. Autorità di regolazione e controllo nei settori economici. *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 97-104.
- PETERS, Aulana L., 1988. Independent Agencies: Government's Scourge or Salvation?. *Duke Law Journal* 286-296.
- POMED SANCHEZ, L., 1993. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública* 132: 117-169.
- PREDIERI, Alberto, 1997. *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*. Firenze: Passigli Editori.
- QUADRA SALCEDO, T. de la, 1997. El derecho europeo de las telecomunicaciones. *Cuadernos de Derecho Judicial* 7: 45-86.
- RALLO LOMBARTE, A., 2002. *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- ROBINSON, Glen O., 1988. Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative. *Duke Law Journal* 238-251.
- ROLDAN MARTÍN, A., 2000. Los nuevos contornos del servicio público. *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho administrativo-económico* XII: 15-56.

- ROPPO, Vincenzo, 2000. Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti. *Politica del diritto* 1: 159-165.
- ROSELL LASTORTRAS, J., 2001. Privatizar y liberalizar. *El País*, 25 de marzo, 15.
- RUIZ CAÑETE, O., 1995. La abolición de los derechos exclusivos de la empresa pública. *Noticias de la Unión Europea* 126: 45-50.
- SADDY, André, 2009. La función regulatoria ejecutiva de la Administración Pública y su responsabilización. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 153-200.
- SALVADOR MARTINEZ, M., 2002. *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel.
- SANCHEZ CALERO, F., 2001. Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 84: 7-26.
- SANTAOLALLA LOPEZ, F., 2010. Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho. F. Santaolalla López y C. Pauner Chulvi. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 13-54.
- SCOTT, Colin, 2000. Accountability in the Regulatory State. *Journal of Law & Society* 1.
- SEGURA SANCHEZ, J., 2009. Administraciones independientes y política económica. C. Pauner Chulvi y B. Tomás Mallén (coords.). *Las Administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch 251-261.
- SHAPIRO, Martin, 2005. «Deliberative,» «Independent» Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?. *Law and Contemporary Problems* 68: 341-356.
- SIRIANNI, Guido, 1993. Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti. *Nomos. Le Attualità nel Diritto* 1: 75-95.
- SMITH, Warrick, 1997. Utility Regulators-The Independence Debate. *Public Policy for the Private Sector-The World Bank* 21-24.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, 1990. Les instances de régulation et la Constitution. *Revue du Droit Public* 1: 153-259.
- TEROL GOMEZ, R., 2000. *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- THATCHER, Mark, 2002. Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation. *West European Politics* 1: 125-147.
- 2007. REGULATORY AGENCIES, the state and markets: a Franco-British comparison. *Journal of European Public Policy* 14:7 1028-1047.

- TORNOS MAS, J., 1999. *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*. Madrid: Marcial Pons-Consell Audiovisual de Catalunya.
- TRONCOSO REIGADA, A., 1999. Dogmática administrativa y Derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional* 57: 87-164.
- TRIANAFYLLOU, Dimitris, 1999. L'encadrement communautaire du financement du service public. *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1: 21-41.
- VERKUIL, Paul K., 1988. The purposes and limits of Independent Agencies. *Duke Law Journal* 257-279.
- VIRGALA FORURIA, E., 2001. Servicio público y servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE). *Revista de Estudios Europeos* 27: 43-76.
- 2004. *La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios de red*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2006. Agencias (y Agencias reguladoras) en la CE. *Revista de Derecho Constitucional europeo* 5: 145-212.
- 2009. Constitución española, servicios de interés general y Comisiones reguladoras. AA. VV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*. Madrid: Cortes Generales II: 1485-1500.
- 2011A. *Las Agencias reguladoras de la UE*. Granada: Comares.
- 2011B. Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica. Paola Chirulli y Roberto Miccù (eds.). *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*. Napoli: Jovene 289-318.
- 2012. Los Organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94: 61-115.
- 2013. El regulador energético en el marco de la unificación de reguladores. De próxima publicación.
- WILKS, Stephen y BARTLE, Ian, 2002. The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies. *West European Politics* 1: 148-172.

