

# LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA CRISIS ECONÓMICA: SU REFORMULACIÓN EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE (\*) (\*\*)

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA REACCIÓN DEL ESTADO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA COMENZADA EN 2008.—II. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI.—III. LA NECESIDAD DE ORGANISMOS REGULADORES EN LOS SERVICIOS DE RED.—IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES COMO ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES.—V. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: V.1. *Los OR como organismos públicos administrativos*. V.2. *Los OR como Administraciones independientes*: V.2.1. *La independencia orgánica*. V.2.2. *La independencia funcional*. V.3. *El control sobre los OR*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

## I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA REACCIÓN DEL ESTADO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA COMENZADA EN 2008

A partir del segundo semestre de 2008 las economías desarrolladas han entrado en su mayor crisis desde 1929, de la que tres años después seguimos padeciendo sus consecuencias. Incluso la ligera recuperación atisbada en 2010 no ha llegado a todos los países y, en lo que nos atañe, no parece notarse en España, que tiene en la actualidad un paro del 20,9 por 100 y un déficit del 11 por 100.

---

(\*) Este artículo se ha realizado en el marco del 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 dirigido por M. A. García Herrera.

(\*\*) Artículo cerrado a julio de 2011.

No voy a analizar las causas de esta crisis económica, ya que no soy economista ni lo pretendo, pero sí, al menos, reseñar aquí las que han sido consideradas determinantes del crack de 2008. La onda expansiva se ha ido extendiendo a partir de la crisis financiera norteamericana originada por una burbuja inmobiliaria sustentada en la creencia del aumento indefinido del precio de la vivienda y en la liberalización y supresión de limitaciones en los mercados financieros por considerar que atentaban a la eficiencia (1). Las promotoras inmobiliarias y las entidades financieras entran desde 2000 en una carrera para vender el mayor número de viviendas posibles mediante la concesión irreflexiva de créditos hipotecarios a personas poco solventes (hipotecas de alto riesgo o *sub-prime*) (2). Esos créditos son luego «empaquetados» a través de empresas constituidas para tal fin (extrayendo los créditos de los balances bancarios) para poder colocarlos en el mercado nacional y extranjero mediante títulos valores, de forma que el comprador de éstos no puede conocer en detalle el origen de los mismos, en definitiva, qué riesgo presentaban las hipotecas (3). El escenario empieza a cambiar en 2004 cuando la Reserva Federal sube los tipos de interés (pasando del 1 por 100 en ese año al 5,25 por 100 en 2006) para controlar la inflación y los precios de las viviendas comienzan a caer. En el momento en que los deudores de las hipotecas no pueden hacer frente a los pagos, y eso se generaliza a partir de agosto de 2007, el impago de los créditos lleva al año siguiente a la quiebra de las entidades financieras y a caídas históricas de las bolsas occidentales, comenzando una espiral de desconfianza y pánico de los inversores, sorprendiendo a la gran mayoría de gobernantes (4).

La crisis económica de 2008 ha provocado una caída en 2009 del PIB español del 3,7 por 100 y en Europa del 4 por 100. En 2010 parece observarse una mejoría en Europa (subida del 0,8 por 100 en el primer trimestre y del 1,9 por 100 en el segundo) que solo muy levemente se traslada a España (caída del 1,3 por 100 en el primer trimestre y del 0,1 por 100 en el

---

(1) RECALDE (2010, 124).

(2) ROLDÁN y ARGIMÓN (2009, 136).

(3) Probablemente la mejor, de las más tempranas, y la más divertida explicación de las hipotecas *sub-prime* sea la realizada en 2007 en el programa de humor británico «The Last Laugh» de John Bird y John Fortune (dentro de «The South Bank Show» de la cadena London Weekend Television: [www.youtube.com/watch?v=\\_K-Z0N-PhM4](http://www.youtube.com/watch?v=_K-Z0N-PhM4), última visita, 27 de octubre de 2010).

(4) Así lo reconoció, en tono autoexculpatorio, el Presidente del Gobierno, J. L. Rodríguez Zapatero: «“pertenezco a aquella categoría de personas que piensan que todos nos equivocamos”, dijo, después de matizar que el FMI, la Comisión Europea y la OCDE tampoco habían advertido el colapso del sistema financiero estadounidense y del conjunto de países desarrollados» (*El País*, 6 de octubre de 2010, pág. 6).

segundo) (5). Por su parte, el déficit en España pasó del 4,1 por 100 del PIB en 2008 al 11,4 por 100 del de 2009, siendo ese año el cuarto más elevado de Europa. En el conjunto de la UE el déficit evolucionó del 2,3 por 100 de 2008 al 6,8 por 100 en 2009 (6). En EEUU el déficit del 3,18 por 100 en 2008 se convirtió en el 9,91 por 100 en 2009 y en una previsión del 10,64 por 100 para 2010 (7). Sin embargo, lo más importante desde el punto de vista humano es el aumento imparable del desempleo en España desde un 8 por 100 a mediados de 2007 a un 20,9 por 100 tres años después (8), rondando los 5 millones de parados. En la UE, por el contrario, el desempleo ha oscilado en ese mismo período del 6,8 por 100 al 9,6 por 100 (9).

Ante este panorama, lo lógico parecía ser constatar que los Reguladores financieros en los países occidentales no habían sido capaces de controlar los riesgos del empaquetamiento y conversión en títulos de las hipotecas *sub-prime*, además de otros fallos del sistema financiero. Tras lo anterior, la reacción inmediata debía haber sido un endurecimiento de la regulación de las entidades financieras y de los mercados en general ante la gran capacidad de olvido que suelen tener los partícipes en el mercado para autocorregirse (10).

Así ha sucedido en parte en los EEUU, donde se ha aprobado la Ley «*Dodd-Frank* de reforma de *Wall Street* y de protección de los consumidores» de 21 de julio de 2010 que abarca 848 páginas (11). Esta ley cambia la estructura regulatoria actual, aumentando el control sobre las entidades financieras, estable-

---

(5) Banco de España (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/e0101.pdf>, última visita 7 de octubre de 2010).

(6) *La Vanguardia*, 22 de abril de 2010 (<http://www.lavanguardia.es/economia/noticias/20100422/53912369205/espana-fue-el-cuarto-pais-europeo-con-un-deficit-publico-mas-elevado-en-2009.html>, última visita 7 de octubre de 2010).

(7) [http://www.usgovernmentspending.com/federal\\_deficit\\_chart.html](http://www.usgovernmentspending.com/federal_deficit_chart.html), última visita 7 de octubre de 2010.

(8) <http://www.ine.es/> (última visita, 27 de octubre de 2010).

(9) Fuente: Eurostat ([http://www.google.com/publicdata?ds=z9a8a3sje0h8ii\\_&met=unemployment\\_rate&idim=eu\\_country:ES&dl=es&hl=es&q=tasa+de+paro+en+espa%C3%B1a](http://www.google.com/publicdata?ds=z9a8a3sje0h8ii_&met=unemployment_rate&idim=eu_country:ES&dl=es&hl=es&q=tasa+de+paro+en+espa%C3%B1a), última visita 27 de octubre de 2010).

(10) ROLDÁN y ARGIMÓN (2009, 136 y 139). Una visión muy diferente, entendiendo que una de las causas de la crisis fue la sobrerregulación, en Calabria (2009).

(11) Ése es el título oficial abreviado, siendo el completo el de «Ley para promover la estabilidad financiera de los EEUU mediante la mejora de la transparencia y responsabilidad del sistema financiero, para terminar con el “demasiado grande para caer”, para proteger al contribuyente americano mediante la finalización del rescate financiero, para proteger al consumidor de las prácticas abusivas de las entidades financieras y para otros fines». La Ley puede obtenerse en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf> (última visita 27 de octubre de 2010).

ciendo estándares de supervisión para proteger a los consumidores e inversores, poniendo fin al rescate financiero de los bancos, creando el *Financial Stability Oversight Council*, la *Office of Financial Research* y la *Bureau of Consumer Financial Protection* y aumentando los poderes de los antiguos reguladores (la Reserva Federal, la SEC y otros).

Sin embargo, la mayor parte de las medidas tomadas en Europa y, especialmente, en 2010 y 2011 poco tienen que ver con el origen de la crisis. Los Gobiernos de diverso signo ideológico han optado como solución por reducir el volumen del gasto público. El Ejecutivo español, en concreto, en lugar de aprovechar la situación para atacar las causas reales de la crisis, como pareció sugerir en un primer momento con el anuncio en mayo de 2009 de un futuro Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que no se materializa hasta marzo de 2010 (12) y que se aprueba un año después como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), se ha centrado en los sectores que, siendo ajenos a las causas del crack, están más a disposición de la actuación del Ejecutivo: funcionarios (recorte del salario y de puestos de trabajo), pensionistas (congelación de las pensiones), trabajadores asalariados [reforma laboral para facilitar y abaratar el despido (13)], perceptores de ayudas sociales, etc. Por el contrario, y obviando la aplicación a las empresas en crisis de las reglas básicas del mercado (derecho concursal y exclusión de empresarios ineficientes), se han inyectado ingentes cantidades de dinero público en el rescate de las entidades financieras (14) con el argumento del riesgo de colapso del sistema, pero, también, con explicaciones más difíciles de aceptar (conservación del empleo, desarrollo económico regional) ya que se aplican aleatoriamente [fabricación de automóviles (15), por ejemplo] (16).

Los datos anteriores son suficientemente expresivos y, como decía antes, en este trabajo no voy a realizar un análisis económico, pero sí partir de la

---

(12) BOCG-CD, IX Legislatura, Serie A, 9 de abril de 2010, núm. 60-I.

(13) Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados el 9 de septiembre de 2010, con los únicos votos a favor del PSOE, estando en contra ERC, IU y BNG, absteniéndose el resto (PP, CiU, PNV, CC, UPN y UPD).

(14) 311.400 millones € en la UE y 10.583 millones € en España hasta finales de julio de 2010: *La Vanguardia*, 25 de julio de 2010 (<http://www.lavanguardia.es/economia/noticias/20100725/53971481868/el-coste-del-rescate-bancario-espanol-es-solo-el-4-del-destinado-a-la-banca-europea-ue-alemania-euro.html>, última visita 27 de octubre de 2010).

(15) 84.000 millones € en todo el mundo y 5.168 millones € en España hasta mayo de 2010, según un informe de Deloitte: <http://es.cars.yahoo.com/14052010/209/espana-destinado-5-168-millones-euros-ayudas-industria-automovil.html> (última visita 27 de octubre de 2010).

(16) RECALDE (2010, 137-138).

constatación de esas políticas económicas de la crisis y de la necesidad, por el contrario, de actuar de forma mucho más incisiva sobre sus causantes: entidades financieras, especuladores inmobiliarios, políticos corruptos (especialmente en relación con el urbanismo municipal), en lugar de sobre los trabajadores y las clases sociales más desfavorecidas.

La LES contiene, además, una reformulación legal de los Organismos Reguladores (OR) (17) en España, tema central de este estudio. Por ello, y partiendo de la necesidad de reforzar la regulación y el papel en la misma de estos Organismos, trataré de argumentar la conveniencia imperiosa de dotarlos de una mayor independencia, pero a la vez, también, de aumentar los controles democráticos sobre su actuación. Todo ello en el marco del Estado regulador (18) 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 públicos (19) y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a árbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente (20). Los OR forman parte de la nueva Constitución de los Estados reguladores europeos que se establece a partir de los años ochenta 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. En este sentido, a partir de ahora intentaré justificar la existencia de OR independientes en el nuevo Estado constitucional del siglo XXI y analizaré su regulación en España tras la aprobación de la LES.

---

(17) Esta denominación de Organismos Reguladores es la asumida en la 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 VÍRGALA (2002, 213 y sigs.).

(18) Como trabajo emblemático sobre el Estado regulador puede acudir a SPINA y MAJONE (2000).

(19) Sobre la evolución de estos servicios y su transformación como consecuencia de la política legislativa europea: VÍRGALA (2001).

(20) CLARICH (2005, 17-18); SADDY (2009, 155-156).

## II. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Hasta la década de los años noventa del siglo XX, el Estado era el encargado de satisfacer el disfrute por el conjunto de la población de los grandes servicios de red (energía, telecomunicaciones, correo postal, ferrocarriles, etc.), lo que garantizaba su no sometimiento a las reglas del mercado pero, sin embargo, no aseguraba su prestación en condiciones de igualdad, calidad, continuidad y asequibilidad como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. A partir de esa década, los Estados europeos abandonan la titularidad pública de los servicios de red y adoptan la liberalización de los mismos con determinados condicionamientos vinculados al concepto comunitario de servicios de interés general. Para ello, se asume como política de la UE la separación entre la regulación, encomendada al Estado, y la gestión, en la que se fomenta la generalización de los operadores privados. La necesidad de que la regulación en estos sectores se aleje de los cálculos electorales a corto plazo, evite la intromisión del Gobierno por su antigua vinculación con determinados operadores y defienda el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos, hace que se importe en Europa, al hilo de la liberalización de los últimos años en los servicios de red, la figura de las *Independent Regulatory Commissions* (IRC) norteamericanas, aunque adaptadas a los diversos ordenamientos constitucionales europeos (21).

La liberalización de los mercados no significa ausencia de la intervención pública (22). La retirada del Estado de la gestión directa de los servicios de red debe compensarse con la intervención positiva del Estado en la vigilancia de la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos en la prestación de tales servicios de red frente a un libre mercado en el que no solo debe asegurarse la competencia entre varias empresas sino también en el que la fuerza económica de éstas no perjudique a los ciudadanos como usuarios.

---

(21) La incógnita en esta evolución histórica es si la adopción de Reguladores independientes pudo haberse producido al margen de la existencia de la UE. De acuerdo a los datos proporcionados por JORDANA, LEVI-FAUR y FERNÁNDEZ (2009), la proliferación de OR se ha dado en todos los países desarrollados, al margen de su pertenencia a la UE. Así, en su estudio comparado de 48 países (todos los de la OCDE e Iberoamérica) y de un período de 88 años (1920-2007) se establece que la creación en todos esos países de OR (en 16 sectores) era de una media de 2,2 por año de 1920 a 1965, de 4 por año entre 1966 y 1988 (fase de incubación), de 24,3 por año de 1988 a 2002 (fase de explosión) y de 4,5 por año de 2003 a 2007 (fase de saturación). Grasso (2006, 100) señala también que el establecimiento de Autoridades independientes no es consecuencia exclusiva de la normativa comunitaria.

(22) MANETTI (1994, 96); CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 32).

En la actualidad se sacraliza al mercado como valor constitucional, cuyas reglas el Gobierno no podría alterar para beneficiar sus intereses a corto plazo, pero a esto ha de decirse que las reglas del mercado no existen solas, siendo los órganos políticos las que las establecen y para ello encargan su gestión a los OR que deben condicionar tales reglas a que los ciudadanos como usuarios en ese mercado tengan determinadas garantías y no se vean perjudicados sus derechos constitucionales o legales. La lógica de la ciudadanía debe confrontarse con las reglas del mercado, ya que aquella pretende salvaguardar valores no realizables en el mercado por sí solos como la dignidad de la persona, la igualdad, la salud, el medio ambiente, lo que lleva a una ponderación entre valores que no puede ser sino política (23).

### III. LA NECESIDAD DE ORGANISMOS REGULADORES EN LOS SERVICIOS DE RED

Las razones que se suelen dar para encomendar a los OR parte de esa intervención del Estado en los nuevos mercados liberalizados de los servicios de red son las siguientes (24):

1. La especialización técnica. Se pretende que los miembros de estos Organismos sean expertos en el sector que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos tan complejos como las telecomunicaciones y la energía (25). Frente al funcionario ordinario o al político se busca al técnico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas (26). Sin embargo, este argumento que teóricamente puede ser correcto no se compadece siempre con la realidad. Los nombramientos de miembros de estos Organismos suelen estar más influenciados por la posible afinidad ideológica que por los conocimientos técnicos aunque éstos sean exigidos legalmente como demuestra la larga práctica norteamericana. La decisión final que toman los OR por la discrecionalidad que poseen y la complejidad de los problemas que afrontan es fundamentalmente política, por lo que la contribución de los expertos a la

---

(23) PASSARO (1996, 299); NICCOLAI (1996, 23-24).

(24) Sobre las razones específicas por las que es conveniente la existencia de OR en los servicios de red de telecomunicaciones y energía, véase VÍRGALA (2002, 199-207).

(25) MAJONE (1996, 34-35); CRUZ (1999, 398); ARIÑO (1994, 64); NICCOLAI (1996, 8); OGDEN (2000, 36); GRADOLPH (2009, 49).

(26) PREDIERI (1997, 40); TEIGTEN-COLLY (1990, 155); BETANCOR (1994, 212); THATCHER (2002, 130); WILKS y BARTLE (2002, 156).

toma de esa decisión es muy limitada (27), más aún en los sectores de fuerte incidencia económica en la que las decisiones se ven influidas por las diferentes *escuelas* de pensamiento económico (28).

2. 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 (29).

3. 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 (30). 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 (31).

4. Los OR proporcionan a la regulación una estabilidad y continuidad mayores que la de los Gobiernos (32). La política en los sectores regulados 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 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 (33).

---

(27) BERNSTEIN (1955, 113 y sigs.); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 215).

(28) Como demostró en su día el caso Microsoft en los EEUU, la opción por su conservación como empresa unitaria (al entender que la competencia siempre subsiste y que cualquier intervención pública es dañina) o su desmembración en varias empresas (para impedir un monopolio de hecho y hacer revivir la competencia) es una decisión política y no técnico-económica: GRASSINI (2001, 13).

(29) 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).

(30) PASSARO (1996, 263-267); BETANCOR (1994, 214).

(31) BEL (2000, 28).

(32) MAJONE (1996, 34-35); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 212); THATCHER (2002, 130).

(33) ARIÑO (1994, 52).



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 (34).

6. El alejamiento de la influencia gubernamental o, mejor dicho, de la mayoría política dominante en cada momento, es el elemento decisivo que creo que debe valorarse en mayor medida como argumento favorable a la existencia de estos OR (35). En los sectores estratégicos o de gran conflictividad se tiende a un 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 los convierte en entes sujetos exclusivamente a la Ley (36). Los servicios de red de interés general funcionan en un mercado imperfecto en el que existen operadores dominantes que intentan evitar la entrada de otros nuevos y en el que hay que asegurar los derechos de los ciudadanos a acceder en determinadas condiciones a esos servicios. En ese contexto, la experiencia demuestra que el Gobierno suele tener una especial relación con algunos operadores bien porque determinadas empresas privadas han tenido o pueden llegar a tener vínculos comerciales con miembros del mismo, bien por la importante influencia que siguen manteniendo los operadores dominantes. Por otra parte, el Gobierno puede utilizar la regulación sobre los servicios de red para conseguir rentabilidad electoral en el corto plazo mediante la bajada de tarifas o la modificación de la prestación del servicio que pueden 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 (37). La finalidad última es alejar al Gobierno para que este 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 (38).

---

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

(35) 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); GRADOLPH (2009, 49).

(36) ABAGNALE (1997, 129); NICCOLAI (1996, 8); THATCHER (2002, 131).

(37) AMATO (1997a, 5); CRUZ (1999, 400); FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1999a, 6); SMITH (1997, 22); ARIÑO (1994, 51).

(38) PASSARO (1996, 236); CLARICH (2001, 92).

#### IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES COMO ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Vista la necesidad de la existencia de los OR en los servicios de red de interés general, hay que preguntarse qué lugar ocupan en el entramado institucional establecido por la Constitución de 1978.

La experiencia comparada muestra cómo el ejemplo de las IRC norteamericanas, nacidas y desarrolladas por razones histórico-constitucionales determinadas, como es la ausencia de titularidad estatal en los servicios de red de utilización general y el deseo del Congreso norteamericano de limitar el poder presidencial (39), se extiende a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo XX a los ordenamientos constitucionales europeos con el objetivo de neutralizar políticamente la intervención estatal fundamentalmente en dos ámbitos: la protección de determinados derechos fundamentales y la regulación de la competencia en ciertos mercados de vital importancia económica, especialmente tras su liberalización.

El primer problema que plantea la recepción de los OR en el Derecho europeo es el de su encaje constitucional, ya que las Constituciones no los contemplaban cuando fueron elaboradas. Sus reducidas competencias en comparación con las IRC norteamericanas han permitido hasta el momento hacerlos compatibles con los textos constitucionales, aunque en los últimos años comienza a plantearse la revisión constitucional en este tema (40). De todas formas, solo Portugal y Grecia han reformado sus Constituciones para consagrar la posibilidad de creación por Ley de «entidades administrativas independientes» [art. 267.3 de la Constitución portuguesa tras su reforma de 1997, sin especificar su naturaleza jurídica y funciones (41)], y el establecimiento de «Autoridades independientes», con mandato de duración fija (art. 101.A de la Constitución griega, tras su reforma de 2001).

La Constitución española se elabora en un momento en que los Reguladores empiezan a dar sus primeros pasos en la Europa continental (42), por lo que difícilmente podría haberse hecho eco de una evolución institucional tan incipiente. Sin embargo, al poco de entrar en vigor la Constitución aparece un

---

(39) Sobre las IRC norteamericanas me remito a VÍRGALA (2002, 37-72).

(40) En extenso sobre los problemas de constitucionalidad en Francia e Italia: VÍRGALA (2002, 93-96 y 124-128).

(41) Sobre la gestación y consecuencias de este precepto constitucional portugués puede verse BLANCO DE MORAIS (2000).

(42) En 1978 nace la francesa *Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

organismo público, el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) (43), de los que la doctrina denominará a partir de entonces con el nombre de origen francés de Autoridades administrativas independientes (AAI) (44) o la de Administraciones independientes (45), sin más. Al CSN le siguieron la Comisión Nacional del Mercado de Valores-CNMV (46) en 1988, la Agencia Española de Protección de Datos-AEPD en 1992 (47), el Banco de España-BE tras su transformación en 1994 (48), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-CMT en 1996 (49), la Comisión Nacional de Energía-CNE en 1998 (50), la Comisión Nacional de la Competencia-CNC en 2007 (51), la Comisión Nacional del Sector Postal-CNSP en 2007 (52), el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales-CEMA en 2010 (53) y la Comisión Nacional del Juego-CNJ en 2011 (54).

---

(43) El CSN fue creado en 1980 por la Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear (LCSN), a pesar de que parece que los legisladores no estaban pensando en la importancia de una figura de este tipo sino simplemente en realizar una política de consenso en materia de seguridad nuclear. El Gobierno de UCD se vio forzado a la creación de un organismo de control nuclear en un momento, finales de los años setenta, en el que arreciaban las campañas antinucleares mundiales y en que los pactos derivados de la transición política y de la situación minoritaria de dicho partido propiciaba la creación de un órgano no sometido a la voluntad gubernamental: PARADA (1995, 289); POMED (1993, 119); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2000, 427); LÓPEZ RAMÓN (1991, 197); CARLÓN (1999, 232).

(44) GARCÍA LLOVET (1993); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2000, 428); MUÑOZ MACHADO (1998, 172); NAVAJAS (2000, 67); TORNOS (1999, 71); MARTÍ (2000, 243).

(45) GALLEGO y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1999, 59); ÁLVAREZ GARCÍA (1998, 355); LÓPEZ RAMÓN (1991, 192); MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997, 258); MERINO y PÉREZ-UGENA (1998, 104); PARADA (1999, 242); POMED (1993); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 190); TERRÓN (2001); RALLO (2002, 300).

(46) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV.

(47) LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos-LORTAD.

(48) Tras una primera reestructuración por la Ley 30/1980, de 21 de junio, por la que se regularon sus órganos rectores, adquiere auténtica independencia a partir de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE.

(49) Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones.

(50) Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos-LSH, aunque con anterioridad existió desde 1994 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

(51) Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia-LDC.

(52) Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal-LCNSP. La CNSP ha entrado 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.

(53) Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual-LGCA. El CEMA, a julio de 2011, sigue sin constituirse.

(54) Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego-LJ. La CNJ no ha entrado en funcionamiento en el momento de escribir estas líneas.

El legislador antes de la LES, sin embargo, no ha utilizado esa denominación de Autoridades administrativas independientes, salvo en el CEMA donde habla de «Autoridad independiente» (55), sino otras en las que no se solía mencionar la independencia, salvo en los casos del CSN (56), de la AEPD (57), de la CNC (58), de la CNSP (59), del CEMA (60) y de la CNJ (61), mientras en los demás supuestos se calificaba a estos organismos de «entidad de Derecho público [...] con autonomía respecto a la Administración General del Estado» (62) o meramente de «ente de Derecho público» (63) u organismo público (64). De todas formas, creo conveniente seguir utilizando la expresión genérica de Autoridades administrativas independientes para todos aquellos organismos públicos a los que el Ordenamiento jurídico ha colocado en una situación de relativa independencia respecto del Gobierno, ha atribuido potestades de todo tipo (normativas, sancionadoras, autorizadoras, etc.), y les ha encargado la función de protección de determinados derechos fundamentales o de regulación de sectores económicos. Dentro de las AAI, nos encontramos con las dirigidas a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos que podrían correr peligro si aquellas fueran simples prolongaciones convencionales del Ejecutivo (65) (AEPD, CSN, CEMA), a la definición de la política monetaria (BE) y a la regulación de los mercados liberalizados (CNMV, CNC, CNSP, CNJ, CMT y CNE). Estas últimas, con el nombre de Organismos Reguladores, son las afectadas por la LES (art. 8.1), aunque, de momento, solo lo serán totalmente la CNE,

---

(55) En la LGCA habla de «Autoridad independiente» (art. 45).

(56) «[E]nte de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado», artículo 1 LCSN, en su redacción por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1990.

(57) «Ente de Derecho público [...] que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas», artículo 35.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

(58) «[E]ntidad de Derecho Público» que actuará con «plena independencia de las Administraciones Públicas»: artículo 19.1 LDC.

(59) «[E]s un organismo independiente funcionalmente»: antiguo artículo 1.3 LCNSP.

(60) «[A]utoridad independiente supervisora y reguladora de actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia»: artículo 45 LGCA.

(61) «[E]s un organismo independiente funcionalmente»: artículo 20.3 LJ.

(62) Artículo 1.1 LBE.

(63) Artículo 14.1 LMV.

(64) Antiguos artículo 48.1 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones-LGTel, para la CMT, y Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH, para la CNE.

(65) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994, 431).

la CMT, la CNSP, la CNJ, y parcialmente la CNC (66), quedando excluida «por ahora» la CNMV (67).

Ante esta situación, creo que cabe entender que estamos ante 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» (68), 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 que una pluralidad de órganos (en primer lugar, el Tribunal Constitucional, pero no solo) se controlan unos a otros, para asegurar el respeto de las minorías y limitar el abuso de poder (69). Se puede estar o no de acuerdo con esta transformación de la forma de Estado, cuestión sobre la que aquí no puedo detenerme, pero, en todo caso, las AAI, como expresión de esa novación constitucional, chocan, al menos parcialmente, con el artículo 97 CE, y su evolución futura puede hacerlas absolutamente incompatibles con este.

En España, el problema de la constitucionalidad de los OR no afecta al principio de la separación de poderes, como en el caso norteamericano, ya que, como más adelante expondré, tienen una clara adscripción administrativa y las posibles potestades que poseen como las normativas o sancionadoras no hay impedimento constitucional alguno para que las ejerzan.

El problema fundamental de los OR en la Constitución española es el de su compatibilidad con el enunciado del artículo 97 que establece que «[e]l Gobierno dirige la Administración civil», ya que, si aquéllos son realmente independientes, difícilmente el Gobierno puede llevar a cabo esa dirección, a pesar

---

(66) La LES lo que hace realmente es establecer que gran parte de lo previsto será de aplicación también a la CNC. En concreto «el apartado 2 del artículo 9, los apartados 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 12, el artículo 13, los apartados 1, 3 y 4 del artículo 15, el artículo 16, el artículo 19, el apartado 3 del artículo 20, el artículo 21 y el artículo 24» (art. 8.2). Por su lado, la Disp. Final 4.<sup>a</sup> LES establece que «El Gobierno, cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados de transporte, y, en particular, los avances en el proceso de liberalización del sector ferroviario, remitirá al Parlamento un proyecto de Ley de creación de un organismo regulador del sector transporte, que integre las funciones atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte».

(67) La LES excluye «por ahora» de su ámbito «los organismos vinculados al ámbito financiero, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo»: Exposición de motivos de la LES.

(68) PASQUINO (2001).

(69) 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.

de que algún autor declare que «a falta de prohibición constitucional expresa y ante la difusa virtualidad de los argumentos que, hasta la fecha, han sostenido la inconstitucionalidad de las Administraciones independientes, nada impide en la Constitución la creación de Administraciones independientes» (70). Como ya me referí a este tema en extenso en un trabajo anterior (71), allí me remito ahora, recogiendo ahora exclusivamente las conclusiones entonces alcanzadas.

Lo primero que hay que señalar es que en el tema de la compatibilidad de los OR con el artículo 97 CE en poco van a ayudar los pronunciamientos del TC. A diferencia de otros ordenamientos, como el francés (72) y el italiano (73), en el español cuando el TC se ha encontrado con la impugnación de leyes creadoras de AAI lo ha sido en casos en que las alegaciones de inconstitucionalidad no iban referidas al estatuto jurídico de la AAI afectada sino a otros aspectos diferentes (74).

La dirección de la Administración de la que habla el artículo 97 CE se refiere fundamentalmente a dos mecanismos en un sistema parlamentario (75). El primero es la capacidad de nombramiento y separación de los altos cargos de la Administración [art. 12.2.f) LOFAGE] de forma que el Gobierno pueda designar y cesar a las personas que considera más capaces para trasladar a los ciudadanos a través del aparato burocrático del Estado las políticas decididas en el Consejo de Ministros (76). De poco serviría que el Gobierno dirija la política interior y exterior si no pudiera nombrar a las personas encargadas de ejecutarlas. Siguiendo el planteamiento de las competencias conexas a la función de gobierno de L. López Guerra, cabe deducir que «una dirección política» resulta impensable sin la posibilidad de seleccionar personas de confianza para determinados cargos claves, de forma que «la capacidad de nombramiento o de-

---

(70) RALLO (2002, 218), aunque extrañamente cite en apoyo de esta afirmación a un autor francés (J. L. Autin) en un trabajo sobre las AAI francesas.

(71) VÍRGALA (2002, 231-258).

(72) VÍRGALA (2002, 93-96).

(73) VÍRGALA (2002, 124-128).

(74) En este sentido, coincido con M. Magide en que la mención de POMED (1993, 166) a la STC 108/1986, de 26 de julio, sobre el CGPJ nada tiene que ver con las Administraciones independientes y, por ello, no puede decirse que el TC «se pronuncia por la plena conformidad de las Administraciones independientes con la Carta Magna».

(75) Entra también en la dirección por el Gobierno de la Administración la estructuración interna de la misma de acuerdo a la ley, pero esto es un aspecto que queda al margen de la cuestión aquí debatida.

(76) PÉREZ FRANCESCH (1993, 126); GARCÍA FERNÁNDEZ (1995, 211); LÓPEZ CALVO (1996, 337); RALLO (2002, 187); S. DEL SAZ (1999, 186).

signación de los titulares de determinadas posiciones aparece como contenido implícito de la dirección de la Administración» (77).

El segundo mecanismo de articulación de la dirección de la Administración por el Gobierno es la facultad de dictar instrucciones de obligado cumplimiento a los organismos de la Administración (78), de forma que el Gobierno sea capaz de impulsar la actividad administrativa a partir de su dirección política, indicando cómo debe ejecutarse dicha política y pudiendo rectificar las decisiones contrarias a la misma. El Gobierno posee así la capacidad de «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio» (art. 21.1 LRJPAC), la potestad de «avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente» (art. 14.1 LRJPAC) y la potestad de modificar los actos administrativos mediante la resolución del oportuno recurso de alzada (art. 114.1 LRJPAC).

Lo decisivo es situar el artículo 97 CE en la forma de gobierno diseñada por la Constitución de 1978. El parlamentarismo racionalizado refuerza la posición del Gobierno, que siempre tiene la capacidad de nombramiento y cese de los altos cargos y si los OR tienen carácter administrativo en España, no puede caber duda de que sus potestades de regulación de los mercados son no únicas pero sí suficientemente relevantes como para entender a sus titulares como «altos cargos». En realidad, las leyes creadoras de los OR y la propia LES permiten el libre nombramiento por el Gobierno de sus miembros pero reducen drásticamente su posibilidad de cese, salvo hasta ahora en el caso de la CNE. Sin embargo, la posibilidad establecida en todas ellas del cese gubernamental dadas determinadas causas tasadas permite decir que, al menos, en los casos límites de incapacidad, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida, el Gobierno todavía conserva cierta capacidad de conformación del órgano por lo que podría salvarse su constitucionalidad, aun reconociendo que esta es una interpretación ciertamente forzada del artículo 97 CE.

En cuanto a la impartición de instrucciones por el Gobierno, los OR se caracterizan precisamente por lo contrario. Su independencia funcional, como se verá, les sustrae a toda relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno

---

(77) LÓPEZ GUERRA (1988, 32); en el mismo sentido, BILBAO (1999, 167). Para M. MAGIDE, sin embargo, en nuestra tradición legal, la dirección gubernativa de la Administración se basaba en el nombramiento y cese de los titulares, pero esto no significa que el artículo 97 CE imponga dicho mecanismo: MAGIDE (2000, 199).

(78) GARCÍA FERNÁNDEZ (1995, 211).

y, por tanto, impide que este les dicte instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o pueda avocar la resolución de los asuntos que correspondan a los OR. En todo caso, en este tema hay que diferenciar entre los diferentes OR, pues mientras la CMT tiene la máxima independencia funcional (agotamiento de la vía administrativa, potestad sancionadora propia sin recurso administrativo alguno), la CNE se colocaba hasta la LES en la posición contraria (recurso de alzada para la mayoría de sus decisiones, ausencia de potestad sancionadora propia). Por lo tanto, a partir de ahora, la CMT, la CNC, la CNSP, la CNE (y en el futuro la CNJ) quedarían fuera de la dirección del Gobierno en su aspecto funcional.

La mínima dirección que el Gobierno ejerce sobre los OR debe conducir a que el artículo 108 CE también se vea modulado en este aspecto, ya que aquél 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 hacerse responsable de las mismas, aunque sean contrarias a las directrices gubernamentales, salvo que se quiera activar una especie de responsabilidad *per culpa in 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 (79). Cuando se produce un actuación de ese tipo nada impide ni en la Constitución ni en las leyes creadoras de los OR 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 llevaron a no reaccionar a tiempo no permitiendo que se esconda tras la experiencia o independencia de los expertos (80), como el escándalo Gescartera demostró en 2001 para la CNMV (81). Por lo anterior, y sin esperar a la reforma constitucional para la regulación general de las AAI (82), sí parece necesario reforzar ya, en el sentido que luego se señalará, el control parlamentario sobre los OR (83).

---

(79) BETANCOR (1994, 191 y 201-202).

(80) La misma opinión para Francia en CONSEIL D'ÉTAT (2001, 371).

(81) 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, pág. 52; 31 de julio de 2001, pág. 37; 7 de agosto de 2001, pág. 39; 9 de agosto de 2001, pág. 45, etc.

(82) Que es jurídicamente posible pero muy improbable políticamente, por las reticencias a la reforma constitucional: RALLO (2002, 317). En este sentido, A. Rallo ha propuesto algunas pautas para tal hipotética reforma constitucional, siguiendo lo propuesto por la doctrina en Italia y el intento de reforma constitucional de su Constitución en 1997: RALLO (2002, 324 y sigs.).

(83) En el mismo sentido, CIRIANO (2000, 419-420).



La conclusión final es que tras la LES todos los OR estarán bajo la dirección del Gobierno en una medida ínfima, ya que, ante un comportamiento irregular de un OR, solo podría cesar a uno o varios de sus miembros previo un proceso complejo, de forma que, si no lo hace, deba asumir su responsabilidad política ante el Congreso de los Diputados y ante la opinión pública. No habría dirección del Gobierno sobre algunos OR en sentido verdadero sino una muy atenuada que le permitiría en situación extremas reaccionar a través del cese de sus miembros.

#### V. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Hasta el momento actual, la creación de AAI, y dentro de éstas de OR, ha sido siempre mediante leyes específicas, sin que exista un marco legislativo común (salvo las escasas previsiones de la Disp. Adic. décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado-LOFAGE), dando lugar a una gran diversidad de situaciones que ha hecho que cada OR ocupara una posición jurídica diferente (84). No había un régimen unitario, variando el grado de independencia, las potestades que podían ejercer, el procedimiento de nombramiento y cese, etc. La muestra más evidente de esta situación es la que se producía con los dos OR de los servicios de red de interés general. Mientras la CMT era un organismo independiente cuyo estatuto jurídico solo forzosamente podía entenderse que encaja en el artículo 97 CE, la CNE, hasta ahora, ha sido un mero organismo público dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio orgánica y funcionalmente, integrado, por tanto, en la Administración General del Estado como un organismo autónomo más.

La reforma establecida en la LES es, por ello, muy positiva al tener la vocación de establecer «por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia frente al Gobierno y frente al sector correspondiente» (85). Ahora, cada OR tendrá una norma propia (86) con potestades diferenciadas, pero en el marco de la LES, que proporcionará garantías comunes de independencia orgánica y funcional.

---

(84) CARLÓN (1999, 234).

(85) Exposición de motivos, BOCG-CD, IX Legislatura, Serie A, 9 de abril de 2010, núm. 60-I.

(86) Para ello, la Disp. Final 33.<sup>a</sup> LES modifica la LSH para la CNE, la Disp. Final 34.<sup>a</sup> la LGtel para la CMT, y la Disp. Final 36.<sup>a</sup> modifica la LCNSP para la CNSP.

Esta nueva situación afectará especialmente a la CNE que, como ya he indicado, ha sido más un Organismo autónomo que un auténtico OR. El cambio viene, además, obligado por la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que exige una mayor independencia para los Reguladores energéticos respecto del poder político (art. 35) (87). Mientras la anterior Direc-

---

(87) La Directiva 2009/72, además, amplía de forma muy importante las funciones que tendrá la CNE en la fijación de las tarifas de transporte o de distribución o de la metodología del cálculo de las mismas, a propuesta de los gestores de redes de la red de transporte o distribución o a propuesta de éstos y de los usuarios de la red; en el cumplimiento, y puesta en práctica, de las decisiones pertinentes y jurídicamente vinculantes de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y la Comisión; el control de los planes de inversión de los gestores de red de transporte; el cumplimiento y revisión de los resultados anteriores de las normas de seguridad y fiabilidad de la red, así como establecer o aprobar normas y requisitos de calidad del servicio y el suministro o contribuir a ello junto con otras autoridades competentes; el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia; el tiempo utilizado por los gestores de red de transporte y distribución para efectuar conexiones y reparaciones; la aplicación de las normas sobre las funciones y competencias de los gestores de redes de transporte, los gestores de redes de distribución, los suministradores y los clientes y otros participantes en el mercado; las inversiones en capacidad de generación en relación con la seguridad de suministro; la aplicación de las medidas de salvaguardia; en el control del grado y la efectividad de apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como minorista, incluidos los intercambios de electricidad, los precios domésticos, incluidos los sistemas de pago anticipado, los índices de cambio de compañía, los índices de desconexión, las tarifas de los servicios de mantenimiento y de su ejecución, y las reclamaciones de los consumidores domésticos así como cualquier falseamiento o restricción de la competencia, por ejemplo, aportando toda información pertinente y poniendo en conocimiento de los organismos competentes los casos que surjan; en el aseguramiento del acceso de los clientes a los datos de consumo; en la promulgación de decisiones vinculantes para las empresas eléctricas; en la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas que no cumplan las obligaciones de la Directiva y por cualquier decisión jurídicamente vinculante de la autoridad reguladora o de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía o proponer a un Tribunal competente que imponga las sanciones; en la investigación adecuada y suficiente sobre el funcionamiento de los mercados eléctricos y decidir e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado; en la capacidad para oponerse en determinadas circunstancias a las decisiones adoptadas por el órgano de supervisión del gestor de la red de transporte de electricidad relativas a la designación y a la renovación, las condiciones laborales incluidas la remuneración, y el cese de funciones de las personas responsables de la gestión y/o de los miembros de los órganos administrativos del gestor de la red de transporte de electricidad; en la aprobación de los procedimientos transparentes y eficaces para la conexión no discriminatoria de nuevas centrales eléctricas a la red. En este sentido, el Reglamento CE 713/2009, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), también va a incidir en la labor de la CNE. La Agencia recogida en este Reglamento es fruto de la posición mantenida por el Consejo europeo de 8 y 9 de marzo de 2007 que instó a la Comisión a proponer

tiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, no exigía la independencia respeto del poder político sino de los «intereses del sector», la 2009/72 lo hace exigiendo el funcionamiento independiente de cualquier otra entidad pública o privada y de cualquier interés comercial. La LES incorpora también la exigencia comunitaria de la exclusión de la posibilidad de recibir instrucciones del Gobierno o de cualquier otra entidad pública o privada, adoptando decisiones autónomas, con independencia de los órganos políticos.

Hay que decir también que junto a la vertiente positiva de establecer un marco común, la LES no avanza suficientemente ni en el factor de la independencia de los OR en cuanto a su nombramiento exclusivo por el Gobierno, ni tampoco en el perfeccionamiento de los mecanismos de control.

### V.1. *Los OR como organismos públicos administrativos*

La doctrina española ha entendido siempre que los OR se integran en el Poder Ejecutivo y, por tanto, en la Administración General del Estado (88). No son órganos de control o garantía expresamente previstos en la Constitución. No forman parte del Poder Judicial, pues ni tienen la consideración de órganos jurisdiccionales ni realizan funciones de tal tipo aunque algunas, como la resolución de conflictos, tengan aspectos cuasijurisdiccionales. No dependen de las Cortes Generales ni son nombrados o cesados por éstas, aunque la LES establece una cierta relación con las Cámaras, como luego se verá.

La anterior argumentación por exclusión es confirmada por la naturaleza fundamentalmente administrativa de sus potestades (reglamentarias, sancionadoras, autorizadoras, etc.), y por la posición adoptada expresamente por el legislador al incluirlas en la Disp. Adic. décima de la LOFAGE y por su adscripción a diferentes Ministerios (89). Si dicha Disposición Adicional nos dice que son organismos públicos, la propia LOFAGE en su articulado solo contempla tres tipos de organismos públicos (art. 43): los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la LOFAGE. Los OR no pueden

---

medidas para la creación de un mecanismo independiente de cooperación entre los reguladores nacionales. Sobre la ACER me remito al libro que publicaré este 2011: *Las Agencias reguladoras de la UE*, Comares, Granada.

(88) SALA (1984, 409); GARCÍA LLOVET (1993, 95); PAREJO (1994, 647); MAGIDE (2000, 54).

(89) A los de Industria, Turismo y Comercio (CMT, CNE), de Economía y Hacienda (CNC y CNJ) y de Fomento (CNSP).

ser organismos autónomos pues no se les encomienda «la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos» (art. 45.1 LOFAGE), ni entidades públicas empresariales, ya que ninguna de ellas tiene por objeto «la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53 LOFAGE) ni tampoco Agencias estatales, ya que su ley de creación así lo estableció: «Se exceptúan de lo indicado en el número anterior [Organismos públicos que han de transformarse en Agencias Estatales] a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones Adicionales 9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por Ley dispongan de una especial autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado» (Disp. Adic. quinta.2 Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos). Los OR no están sometidos al «control de eficacia» por el Ministerio correspondiente (arts. 51 y 59 LOFAGE) (90) y sus actos y resoluciones no siempre son susceptibles «de los recursos administrativos previstos» en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-LRJPAC (arts. 52.2 y 60.1 LOFAGE).

Serían organismos públicos específicos de carácter administrativo pero no incluibles entre los organismos públicos genéricos previstos en la LOFAGE, ya que, como esta misma admite, se rigen por su normativa específica, lo que hace que queden excepcionadas las limitaciones de los artículos 41 y sigs. LOFAGE y se conviertan en organismos públicos independientes.

## V.2. *Los OR como Administraciones independientes*

Ya he explicado antes las razones que aconsejan la existencia de OR independientes en los sectores de red, por lo que corresponde analizar ahora el grado de «independencia» que gozan en el Ordenamiento español. Como señaló la consejera de la 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 solo respecto de nuestros

---

(90) Excepto la CNE antes de la LES, ya que la Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH disponía que estaba sometida al control de eficacia del Ministerio de Economía, pero hay que tener en cuenta que la CNE no ha sido un auténtico OR sino un mero organismo autónomo, como ya he señalado con anterioridad.

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 es— que el cumplimiento de los objetivos que se nos asignan en beneficio, además, de los consumidores finales» (91).

La LES insiste también en la característica de «independencia» de los OR tanto en la exposición de motivos como en el artículo 8.3. Es importante la asunción legislativa de tal independencia, ya que es una característica que debería distinguirlos de cualquier otra Administración, aunque plantee los problemas de constitucionalidad que antes he señalado. Un añadido importante a esa independencia, en relación con lo que antes ya indiqué, es que la LES no solo la consagra respecto del Poder Ejecutivo, sino también del «sector correspondiente» (exposición de motivos) y de «los agentes del mercado» (art. 8.3) (92).

Lo primero que debe resaltarse es que me refiero a la independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que los OR son organismos que pueden 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 Organismos (93).

En la legislación española ha resultado palmaria hasta ahora, en comparación con la francesa o la italiana, la reticencia a calificar de independientes a los OR. Así, como ya señalé, la independencia solo era mencionada expresamente para la CNSP («es un organismo independiente funcionalmente de la Administración General del Estado»: antiguo art. 1.3 LCNSP) y, tras la LES, lo es para la CNJ («es un organismo funcionalmente independiente de la Administración General del Estado»: art. 20.3 LJ). Para los demás OR se utiliza el término de autonomía, de forma directa o de manera genérica para todos ellos por la Disp. Adic. décima de la LOFAGE: «El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la

---

(91) CALVO (2009, 214).

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

(93) «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).

normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía».

Esta utilización del término «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» (94). Aunque a primera vista esta acepción pueda ser correcta, ya que la independencia de la que hablamos no es absoluta sino relativa, creo que debe defenderse la utilización del término «independencia», como hace la LES. En primer lugar, el término organismos autónomos es utilizado en nuestro Derecho público para identificar determinados entes públicos que no son los OR. En segundo lugar, porque la «independencia» forma parte de la terminología utilizada en el 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 (95).

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. 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 mediante Ley formal, para que el Gobierno no pueda modificar su estatuto jurídico (96), 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

---

(94) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1990, 5). Prefieren hablar también de autonomía: BETANCOR (1994, 275); DÍEZ SÁNCHEZ (1997, 749); FUERTES (1994, 376).

(95) BETANCOR (2001, 415). Para Italia, FRANCHINI (1996, 75).

(96) BETANCOR (2001, 416); FUERTES (1994, 377). Así se deduce también de la Dis-pág. Adic. décima 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...».

composición del órgano (97) y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno con los OR (98) y la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento (99) o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada (100).

## V.2.1. *La independencia orgánica* (101)

### 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 frente a otros, como el francés (102) o el italiano (103), es la intervención exclusiva del Gobierno (104). A pesar de que se

---

(97) MENÉNDEZ (1995, 299); POMED (1993, 158-159); BETANCOR (1994, 28); PAJNO (1996, 111) para Italia.

(98) GARCÍA LLOVET (1993, 97); BETANCOR (1994, 28); PASSARO (1996, 36-37); MALARET (1992, 597); DESDENTADO (1999, 153); GRASSO (1993, 1312).

(99) BETANCOR (1994, 28); J. DE LA CRUZ EN BELLIDO (1998, 307); BILBAO (1999, 166); PAJNO (1996, 112) para Italia.

(100) JIMÉNEZ DE CISNEROS (1987, 339).

(101) La LES aunque en la exposición de motivos habla de independencia, en el articulado utiliza la expresión «autonomía orgánica» (art. 8.3).

(102) En Francia no existe un régimen unificado de nombramientos, sino que, por el contrario, son muy variados los órganos que intervienen, pero siempre haciendo difícil la determinación de la designación por una misma mayoría política ya que para ello se ha de producir la conquista de la Presidencia de la República o del Gobierno y de las dos Cámaras: CONSEIL D'ÉTAT (2001, 314-317); GENTOT (1994, 55-58); GRASSO (1999, 138-139).

(103) En el caso italiano nos encontramos de nuevo con la falta de unidad en el nombramiento de las AAI. La tendencia inicial del nombramiento por el Gobierno, previa consulta a las Comisiones parlamentarias, se produce en los casos de AAI que fueron entes públicos en un primer momento en el que el legislador no pensaba en el otorgamiento de la independencia (*Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, ISVAP, Consob*), para en los años noventa pasarse a un 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 AAI 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). Con posterioridad, como consecuencia del (incompleto) camino hacia una nueva forma de gobierno en sentido mayoritario, se ha optado por la participación fundamental del Gobierno pero con mecanismos correctores que aseguren la presencia bipartidista o, al modo italiano, bicoalicial. Así, se ha establecido como modelo general en la Ley 481/1995, de 14 de noviembre, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi*

ha dicho que la independencia se refuerza con el nombramiento entre personas de reconocida competencia profesional (105), la indeterminación del concepto y la práctica habida hasta el momento llevan a la conclusión de que los Gobiernos suelen tender a realizar los nombramientos más por la afinidad ideológica que por la competencia profesional (106) o, en todo caso, como consecuencia de un pacto político con la oposición, siendo su expresión más evidente las pa-

---

*di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità*, la designación por el Gobierno previa aprobación de la propuesta por mayoría de 2/3 (o mayoría absoluta en segunda vuelta 30 días después) de las Comisiones parlamentarias competentes, para en la práctica aplicarse este sistema solo para la *Autorità per l'energia elettrica e il gas*. En la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* el Presidente es nombrado por el Gobierno y el resto de miembros a partes iguales por las dos Cámaras (MORBIDELLI, 1997, 182-189; PASSARO, 1996, 206-207 y 1999, 196-197; NICCOLAI, 1996, 157; D'AURIA y TORCHIA, 1997, 143; GREGORIO s/f; GUARINO, 1999, 48; ROPPO, 1997, 326).

(104) Eran nombrados directamente por el Gobierno los miembros de la CMT (antiguo art. 48.5 LGTel), de la CNE (antigua Disp. Adic. undécima.primer.4 LSH), de la CNC (antiguo art. 29 LDC), de la CNSP (antiguo art. 4.4 LCNSP). Con posterioridad a la LES, también lo son así los de la CNJ (art. 26.10 CNJ).

El Director de la AEPD es nombrado por el Gobierno «mediante Real Decreto» (art. 36.1 LO 15/1999); 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 LMV). El Gobernador del BE por el Presidente del Gobierno (art. 24.1 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 los 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).

La ruptura más clara con el modelo la constituye el procedimiento de nombramiento de los miembros del CEMA, que lo son «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 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 3/5, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta» (art. 49 LGCA).

(105) Antes de la LES: «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.primer.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).

(106) LABRIOLA (1999, 9-10, nota 34) para Italia.



labras 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 acuerdo institucional» (107) o el acuerdo de 2010 entre PSOE, PP y CiU para el nombramiento de los miembros del CNSP (108) 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 (109). La prevista comparecencia del Ministro ante el Congreso (110) era únicamente para informar del futuro nombramiento, y, aunque para los OR creados a partir de 2007 se establece la audiencia parlamentaria de los candidatos, no hay decisión alguna de la Cámara sobre los nombramientos (111), por lo que difícilmente puede calificarse de «reflejo de la práctica norteamericana» (112).

En la LES se continúa la tendencia anterior de dejar en manos del Gobierno el nombramiento de los miembros de los OR (113). Se condiciona tímidamente esa potestad gubernamental con la exigencia de que las personas nombradas lo sean de «reconocido prestigio y competencia profesional» y de que exista una «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. 13.1 LES) (114). La antes señalada indetermi-

---

(107) *El País*, 13 de diciembre de 2001.

(108) *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

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

(110) Estaba prevista la comparecencia conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Ciencia y Tecnología ante la Comisión correspondiente del Congreso con carácter previo al nombramiento de los miembros de la CMT (antiguo art. 48.5 LGTel).

(111) En el caso de la CNE, la comparecencia del Ministro de Industria, Turismo y Comercio ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso lo era para constatar el cumplimiento de la reconocida competencia técnica y profesional (Disp. Adic. undécima.primer.4 LSH).

(112) Como hace TERRÓN (2001).

(113) «El Presidente y los Consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente [...]» (art. 13.1).

(114) Con 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 antiguo artículo 4.4 LCNSP para la CNSP. En la CNJ (art. 26.10), vigente ya la LES, se añade que «[l]a comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado». En la última renovación de 2011 de los miembros de la CNE, la Comisión de

nación del concepto «reconocido prestigio y competencia profesional» (115), 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 TC (116) hace que exprese mi escepticismo ante las cautelas previstas en el LES (117).

Frente a esta «tradición» española, considero 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 solo parezca independiente sino que también lo sea efectivamente es el de la intervención parlamentaria (118) 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) (119) o en otras AAI (CSN, CEMA), sino de la italiana de los años noventa del nombramiento por decisión conjunta de los Presidentes de las Cámaras (120). La expe-

---

Industria del Congreso constató por 20 votos a favor (PSOE, CiU y PNV) y 16 en contra (PP) la idoneidad de los cinco nuevos consejeros: *El País*, 13 de julio de 2011.

(115) La entrada de los militantes del PNV Idoia Zenarrutzebeitia en la CNE y de Xabier Ormaetxea en la CMT en mayo de 2011 se debe al pacto PSOE-PNV en la tramitación parlamentaria de la LES.

(116) En la comparecencia ante la Comisión de nombramientos del Senado, de los 20 candidatos solo 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.

(117) Una visión mucho más optimista la da 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».

(118) 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 IRC no son nombradas por el Congreso, pero el Senado, a través de la confirmación, tiene la última palabra en tal nombramiento, y, además, las IRC actúan como un apéndice legislativo en la Administración y, sin embargo, son estrechamente controladas por el Congreso.

(119) Carlón, por ejemplo, ha sugerido un mecanismo de mayor intervención de las Cortes Generales como la aceptación por mayoría de 3/5 de la Comisión del Congreso correspondiente como en el CSN: CARLÓN (1999, 249 nota 75).

(120) 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*,

riencia española hasta el momento es que la exigencia de mayorías reforzadas conduce a un reparto de puestos en que cada partido mayoritario intenta introducir a personas afines ideológicamente (121) muchas veces, no siempre, claro está, a costa de la competencia profesional (122). Por el contrario, el consenso entre los dos Presidentes de las Cámaras, aunque fueran del mismo partido, compromete 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 usuarios, etc. (123). De todas formas, esta opción por la parlamentarización del nombramiento de los integrantes de los OR conllevaría el cambio también de la forma de cese de los mismos, probablemente a través de una decisión parlamentaria por mayoría cualificada ya que el cese directo por los Presidentes de las Cámaras les involucraría en la lucha política directa al tener que decidir no sobre la idoneidad de una persona para un puesto sino sobre la valoración de su actuación. Esta opción, sin embargo, requeriría previamente la constitucionalización de las AAI (incluidos los OR), ya que, como antes he expuesto, esta potestad gubernamental de cese de los miembros de los OR, aunque sea con causas tasadas, es el único resquicio para entender que en la legislación actual no se está vulnerando la dirección por el Gobierno de la Administración establecida en el artículo 97 CE (124).

---

*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).

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.

(121) MAGIDE (2000, 100-101). Para Italia, PERA (2001, 103), CERULLI IRELLI (2001, 56).

(122) Es necesario aquí recordar los bochornosos espectáculos proporcionados por PP y PSOE en la renovación de diversos órganos constitucionales. La situación ha alcanzado 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.

(123) CERULLI IRELLI (2001, 57) para Italia.

(124) LÓPEZ GUERRA (1988, 32), aunque no refiriéndose estrictamente a las AAI entiende que «una norma o actuación de otro órgano [distinto del Gobierno] que redujera esa esfera [de libre designación de los altos cargos de la Administración] indebidamente, o bien que la suprimiera o incidiera en ella mediante actos singulares (esto es, nombramientos singulares, o remociones de titulares de altos cargos) invadirían el ámbito de reserva gubernamental». Por su parte, S. DE SAZ (1992, 186-187) señala que la atribución de responsabilidades administrativas a las Cortes a

Un tema del que la LES nada dice, con buen criterio, desde mi punto de vista, es el de la participación autonómica en la designación de los miembros de los OR. Hay que recordar que en las reformas estatutarias de Cataluña (125), Andalucía (126),

---

través del nombramiento de cargos públicos ha de estar expresamente prevista en la Constitución. Frente a esta opinión, A. RALLO (2002, 193) afirma que la misma «no deja de constituir una visión extraordinariamente limitativa del orden constitucional y de las exigencias de apertura constitucional inherentes al ordenamiento democrático pluralista que, en términos generales, el Tribunal Constitucional ha sancionado al apreciar el alcance del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 6/1984, de 24 de enero, etc.) y, muy singularmente, en el caso concreto que nos ocupa, al delimitar, en materia de nombramientos, el alcance de las funciones constitucionales del Parlamento [...]», entendiendo que el artículo 66.2 CE adjudica determinadas funciones a las Cortes pero no impide que se les puedan reconocer otras. Coincido con A. Rallo en que el artículo 66.2 CE no impide atribuir a las Cortes más funciones que las expresamente previstas, pero lo que no permite es atribuirles, sin modificación del texto constitucional, competencias propias de otro órgano constitucional como es el Gobierno.

(125) La Generalitat «designa o participa en los procesos de designación de los miembros de los órganos de dirección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y de los organismos que eventualmente les sustituyan, y de los demás organismos estatales que ejerzan funciones de autoridad reguladora sobre materias de relevancia económica y social relacionadas con las competencias de la Generalitat, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.1), «en los procesos de designación de los miembros de los organismos económicos y energéticos, de las instituciones financieras y de las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Cataluña y que no sean objeto de traspaso, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.2), «en los procesos de designación de los miembros del Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, de los organismos que eventualmente les sustituyan y de los que se creen en estos ámbitos, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.3) y que, «si la naturaleza del ente lo requiere y su sede principal no está en Cataluña, podrá solicitar al Estado la creación de delegaciones territoriales de los organismos a que se refiere el apartado 1» (art. 182.4).

(126) El Estatuto de Andalucía prevé la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía «en los procesos de designación de los miembros de los órganos e instituciones del Estado de carácter económico y social que se señalan a continuación se llevará a cabo en los términos que establezcan la Constitución y la legislación estatal aplicable: 1.º El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y los organismos que eventualmente les sustituyan, y los demás organismos estatales que ejerzan funciones de autoridad reguladora sobre materias de relevancia económica y social relacionadas con las competencias de la Comunidad Autónoma. 2.º Organismos económicos y energéticos, las instituciones financieras y las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Andalucía y que no sean objeto de traspaso. 3.º El Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, los organismos que eventualmente les sustituyan y los que se creen en estos ámbitos» (art. 87.1), correspondiendo la participación en tales designaciones «al Parlamento, o bien con su acuerdo, en los términos establecidos por ley» (art. 87.2) y «la Junta de Andalucía, si la naturaleza del ente lo requiere y su sede principal no está en Andalucía, podrá

Aragón (127) y Castilla y León (128) se ha incluido también dicha participación en el nombramientos de Organismos estatales económicos y sociales.

De materializarse algún día estas previsiones (o conminaciones) estatutarias, supondría la introducción de un nuevo tipo de relaciones de inordinación ya que insertarían a las Comunidades Autónomas en órganos centrales del Estado, aunque no sean constitucionales. Tal y como mantuve en un trabajo anterior, precisamente por la ausencia de mención constitucional a estos órganos, no puede hablarse de una inconstitucionalidad directa (129). Sin embargo, como se trata de entes reguladores en materias que son competencia de los órganos centrales del Estado, entiendo que los Estatutos no pueden establecer la participación autonómica salvo que así lo autorice la Ley de creación del órgano afectado. En tanto en cuanto esto no se produzca, esos preceptos estatutarios serían disposiciones vacías de contenido que no vinculan jurídicamente al legislador central.

El TC en su sentencia sobre el Estatuto de Cataluña ha aplicado a los OR la doctrina que establece en la misma sentencia para la participación genérica de la Generalitat del artículo 174.3 del Estatuto («participa en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y las leyes»). Así, partiendo de lo que resuelve para dicha participación genérica en el FJ 111 en el sentido de que «las referidas participaciones orgánica y funcional necesariamente han de dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado, lo que excluye que la participación se sustancie en la integración de órganos decisorios por cuanto tiene de perturbador para la recta y cabal delimitación de los ámbitos competenciales propios y, en último término, para la efectiva distribución territorial del poder entre sujetos

---

solicitar al Estado la creación de delegaciones territoriales de los organismos a que se refiere el apartado 1.1.º» (art. 87.3).

(127) El Estatuto de Aragón establece que la Comunidad Autónoma «participará en los organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y en las leyes del Estado» (art. 87.1) y «en los procesos de designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado con el alcance y en los términos establecidos por la legislación estatal» (art. 87.4).

(128) «La Comunidad, de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y en la legislación estatal, participará en los organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias y, en particular, en los siguientes ámbitos: [...] d) Designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado, en los términos establecidos en la legislación estatal» (art. 58.2).

(129) VÍRGALA (2011).

democráticamente responsables, pudiendo manifestarse, en cambio, en órganos de consulta y asesoramiento y a través de los procedimientos correspondientes (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 11 a 13)», luego lo extiende a los OR en el FJ 113, «debiendo remitirnos aquí a lo ya expresado en el FJ 111, en el que hemos dicho que tal participación no procede respecto de órganos del Estado de carácter decisorio. Siendo esto así no merece reproche alguno de inconstitucionalidad la participación que habilita a la Generalitat el artículo 182 EAC en relación con órganos y organismos estatales que, convendrá reiterarlo, por sus funciones y la posible incidencia de éstas en las competencias de las Comunidades Autónomas presentan especial interés para ellas. Además, la generalidad del precepto, que posibilita, en su caso, una amplia variedad y diversidad de modalidades de desarrollo, no permite prejuzgar su disconformidad con la Constitución». El problema es que los órganos de los que habla el artículo 182 del Estatuto sí son de carácter decisorio, por lo que difícilmente podrá producirse esa participación por mucha variedad y diversidad de modalidades de desarrollo que prevea la legislación estatal. Cuestión distinta es que el Gobierno acepte designar, por razones políticas, a un miembro «sugerido» por un partido nacionalista, como ha sucedido en 2011 en los nombramientos de la CMT, CNE y CNSP (130).

Lo que sí parecía adecuada era la opción inicial del Proyecto de la LES por la reducción del número de miembros de los OR, «con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones» (131), pasando de los nueve actuales a Presidente y cuatro consejeros (132), pero que finalmente se ha quedado en Presidente y seis consejeros (art. 12.2) como consecuencia «accesoria» del acuerdo PSOE-

---

(130) Como parte del acuerdo presupuestario para 2011, «la primera vacante que se produzca en el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía [y de la CMT y de la CNSP] será cubierta por una persona que proponga el PNV», además de obtener este partido un miembro más si finalmente los OR, como así ha sucedido, llegaron a contar con siete miembros: *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

(131) Exposición de motivos de la LES.

(132) Para realizar la transición desde el modelo actual al nuevo, la LES ha establecido lo siguiente: «[...] en el plazo máximo de dos meses desde su entrada en vigor, el Gobierno acordará, mediante Real Decreto, el cese de aquellos miembros de los actuales Consejos de los Organismos, cuyo mandato hubiera expirado en el momento de la entrada en vigor del citado Decreto-ley.

2. La designación de nuevos Presidentes de los Organismos tendrá lugar a partir del momento en que expire el mandato de los actuales Presidentes, y la de nuevos Consejeros a partir del momento en que el número de Consejeros cuyo mandato no haya expirado sea inferior a seis.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 13.2 de la presente ley, y a fin de garantizar la renovación parcial de los Consejos, siempre que queden vacantes o en funciones cinco o más de las vocalías de los Consejeros distintos del Presidente, el mandato de al menos dos de los Consejeros nombrados para cubrirlos durará excepcionalmente tres años. Los Consejeros que hayan de cesar transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento se determinarán mediante sorteo, que se efectuará en la primera reunión del Consejo que se celebre tras el nombramiento de sus nuevos miembros.

PNV para la aprobación de los Presupuestos de 2011 (133). Una Autoridad de este tipo ha de actuar con rapidez y eficiencia y parece que esto puede conseguirse en mayor medida con un órgano reducido.

En relación con la duración del mandato, el artículo 13.2 LES mantiene el elemento positivo ya existente [mandato de seis años (134), con renovación parcial «para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo» (135)] y corrige el negativo (una posibilidad de reelección). La larga duración es un elemento que refuerza la independencia del órgano ya que aunque en España desde 1982 se suelen repetir, al menos, dos legislaturas con mayoría del mismo partido (136), esto no siempre ha de ser así y se asegura que el OR conocerá, al menos, dos Gobiernos con la posibilidad de que se encuentre ante uno de identidad ideológica diferente al que lo nombró (137). En cuanto a la prohibición de reelegir a los miembros de los OR hay que decir que es muy acertada, ya que la reelección no supone una garantía de su independencia (138), sino lo contrario, al saber la persona afectada que si su continuación en un cargo de importancia como el de miembro de un OR depende del Gobierno estará más inclinado a complacer a este o, al menos, a no molestarlo (139).

## 2. Cese de los miembros de los OR.

El establecimiento de causas tasadas en términos muy restrictivos para poder cesar a los miembros de las OR refuerza extraordinariamente su indepen-

---

4. A la entrada en vigor de esta Ley, los Vicepresidentes de los Organismos continuarán en su cargo hasta la expiración de su mandato, momento en el cual el cargo de vicepresidente de cada Organismo quedará suprimido» (Disp. Adic. 9.ª LES).

Hay que tener en cuenta que desde 2008 parte de los consejeros de la CMT y de la CNE estaban en funciones. De todas formas, la medida no es políticamente neutra ya que tras la entrada en vigor de esa Disposición adicional han salido, a julio de 2011, de la CNE y de la CMT todos los miembros nombrados por Gobiernos del PP.

(133) *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

(134) La Directiva 2009/72 exige «un mandato fijo de entre cinco y siete años» (art. 35.5.b)).

(135) En este sentido, con posterioridad a la LES, la LJ ha establecido que «el primer mandato de tres de los integrantes del Consejo de la Comisión Nacional del Juego durará tres años. En la primera sesión del Consejo de la Comisión Nacional del Juego se determinará por sorteo, o de forma voluntaria, qué tres consejeros cesarán transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento» (Disp. Transitoria 5.ª).

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

(137) MARTÍ (2000, 249); CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 102). Martínez Vila habla de ««sistema» de blindaje» para referirse a la duración del cargo: MARTÍNEZ VILA (1997, 437).

(138) Así lo manifiestan también MONTERO (1998, 12308), y TORNOS (1999, 129). En contra, TEROL (2000, 84).

(139) MAGIDE (2004, 46); GRADOLPH (2009, 50).

dencia, ya que, como el TC señaló respecto del CGPJ: «La misma Constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial» (STC 108/1986, de 29 de julio), sobre todo si se tiene en cuenta la forma de nombramiento, ya que no cabe discrecionalidad en el cese por el Gobierno (140) salvo hasta ahora en el caso de la CNE.

El cese previsto en la LES de los miembros de los OR puede producirse, en primer lugar, por las causas generales que se suelen prever en todo cargo público como la renuncia y la expiración del término del mandato. En segundo lugar, al igual que ya habían hecho todas las leyes creadoras de los OR, se ha recogido la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno por determinadas causas tasadas como son la incapacidad permanente (141), la incompatibilidad sobrevenida (142) y la condena por delito doloso (143). Sin embargo, queda un cierto margen de discrecionalidad en la LES, ya que se establece que también se producirá el cese «[m]ediante 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 competente» (art. 16) (144). En el caso de la CMT, la LGTel ya preveía la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno «previa instrucción de expediente por el Ministro de Ciencia y Tecnología (145), por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida» (antiguo art. 48.8 LGTel).

La doctrina ha mantenido dos posiciones sobre estas causas de cese. La primera de ellas, defendida por M. Torre, entendería que la separación por el Gobierno es una causa en sí, diferenciada del resto, y, por tanto, con un amplio

---

(140) BETANCOR (1994, 191); MAGIDE (2000, 104).

(141) Hasta ahora, se solía utilizar la expresión de incapacitación para el ejercicio de sus funciones (antiguos arts. 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP). Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(142) Antiguos artículos 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP. Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(143) Antiguos artículos 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP. Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(144) Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(145) Ahora lo es el Ministro de Industria, Turismo y Comercio (art. 9.1.b) del Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE, núm. 96, de 20 de abril).



margen de discrecionalidad (146), mientras la segunda, postulada por Lavilla (147) y Sala (148), y a la que me adhiero, optaría por la separación como supuesto que solo podría tener lugar por las causas tasadas, pues de nada serviría configurar estas últimas si el Gobierno puede cesar libremente a los miembros de la CMT (y en el futuro, a los de los OR), siendo, además, coherente con el objetivo de la creación del Órgano regulado como ente independiente. 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 (149).

En todo caso, considero que la previsión de la LES es positiva en tanto en cuanto establece una posibilidad de cese de los miembros de los OR 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 los OR salvo en casos límite y, a la vez, mantenga, aunque de manera muy debilitada, la dirección de la Administración de la que habla el artículo 97 CE, salvando así la constitucionalidad de los OR en los términos ya señalados. Muy relevante en este sentido es el caso de la CNE, ya que, antes de la LES, la LSH en su Disp. Adic. 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». A pesar de lo afirmado por M. Salvador de que el último inciso «no deja claro si cabe o no separación discrecional por parte del Gobierno» (150), la utilización de la conjunción «y» para referirse al cese por el Gobierno entiendo que deja claro que este podía cesar discrecionalmente a los miembros de la CNE. La CNE no era independiente si el Gobierno podía cesar en cualquier momento a los miembros que no respondían a sus indicaciones y reemplazarlos por otros que podían ser más «dóciles» (151).

### 3. Incompatibilidades.

El régimen de incompatibilidades de los miembros de los OR es como el del resto de altos cargos de la Administración (152), lo que confirma su carác-

---

(146) TORRE (1997, 1138-1139).

(147) LAVILLA (1996, 134).

(148) SALA (2000, 20).

(149) CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 103).

(150) SALVADOR (2002, 307).

(151) MAGIDE (2000, 49-50).

(152) De acuerdo a lo dispuesto en 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: artículo 15.3 LES.

ter administrativo, y, por ello, no se les impide militar políticamente (153). La regla general hasta el momento (154), y que mantiene el artículo 15.4 LES, ha sido la imposibilidad de ejercer actividad profesional relacionada con el sector durante los dos años posteriores al cese, recibiendo por ello una indemnización económica (155).

### V.2.2. *La independencia funcional (156)*

La independencia funcional ha de significar que se aplican plenamente los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de 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 (157) o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada. 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

---

(153) BETANCOR (1994, 192-193).

(154) Artículo 31.2 LDC y antiguos Disp. Adic. undécima.primer.6 LSH, artículo 4.8 LCNSP. En el caso de la CMT la previsión no la realizaba la LGTel sino el artículo 37.2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

(155) «Durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores. En el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, al cesar en su cargo, y durante los dos años posteriores, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad alguna relacionada con la actividad de la Comisión. En virtud de esta limitación, el Presidente y los Consejeros de los Organismos, 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 el 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» (art. 15.4 LES). Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 28.4 LJ para los miembros de la CNJ.

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

(156) Como sucedía con la orgánica, la LES aunque en la exposición de motivos habla de independencia, en el articulado utiliza la expresión «[autonomía] funcional» (art. 8.3).

(157) BETANCOR (1994, 197); BILBAO (1999, 166).

ente y sin que sus miembros incurran en responsabilidad ni puedan ser cesados (158).

En este sentido, son de nuevo esclarecedoras las palabras de G. Calvo, 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» (159).

Hasta ahora, en la legislación específica de los OR, solo se contemplaba expresamente esta independencia funcional para la CNSP («es un organismo independiente funcionalmente»: antiguo art. 1.3 LCNSP), por lo que es extremadamente importante la afirmación que realiza el artículo 9.2 LES de que «ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada» (160), siguiendo también en este punto lo dispuesto en el artículo 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72.

Para A. Betancor, esto significaba ya en 1994 que debía haberse previsto la prohibición de emitir directivas para las Administraciones independientes expresamente en sus Leyes creadoras, pues suponía un cambio radical de los poderes del Gobierno y el impedir el poder directivo del Gobierno podía incurrir en inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 97 CE (161).

Antes de la LES, el cumplimiento de las condiciones que aseguraban la independencia funcional había de verificarse casuísticamente a partir de la legislación específica de cada OR, pero ya la Disp. Adic. décima LOFAGE había previsto dicha independencia para todas ellas. Así, dicha Disposición dice que la actuación del Gobierno y la Administración respecto de las AAI se realizará «con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía» y se refiere a las que en el futuro se creen como «[l]os Organismos públicos a los que, a

---

(158) BETANCOR (1994, 200).

(159) CALVO (2009, 215).

(160) Exigencia contenida también en esos términos en el artículo 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

(161) BETANCOR (1994, 197-198).

partir de la entrada en vigor de la presente Ley se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía». Por lo tanto, al ser el principio fundamental la independencia funcional hay que deducir que los OR no pueden recibir, en el ejercicio de sus potestades, instrucción, directriz o indicación alguna, no estando sometidas a relación de jerarquía, control o tutela por el Gobierno o por otro órgano de la Administración del Estado (162). 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» (163). 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 un OR, pero lo relevante es que este, como cualquier otro órgano independiente, puede negarse a aceptar tal instrucción y que si no lo hace estará incumpliendo el mandato legal de independencia. Cuestión diferente, y que creo que no hay que confundir, es que un OR tenga pocas potestades decisorias, siendo la mayoría de ellas consultivas, pero allí donde tenga esas potestades decisorias será independiente del Gobierno.

La independencia funcional comienza a limitarse cuando existe la posibilidad de recurrir administrativamente las decisiones de los OR excluyéndose la vía jurisdiccional directa (164), ya que eso permite un control último del Ministerio sobre las actuaciones y decisiones de los OR. Eso es lo que ha sucedido hasta ahora con las resoluciones de la CNE 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 irreparable a derechos e intereses legítimos», al ser susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de Economía (165). 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

---

(162) BETANCOR (1994, 194); MAGIDE (2000, 84).

(163) RALLO (2002, 257-258).

(164) ARIÑO (1997, 52); MAGIDE (2000, 89).

(165) Antigua Disp. Adic. undécima.tercero.5 LSH y artículo 2.2 Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía (RCNE); Decreto modificado en diversas ocasiones con posterioridad.

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» (antigua Disp. Adic. undécima.tercero.5 LSH en relación con el art. 2.2 RCNE).

A partir de estos datos y de su conjunción con otros como la posibilidad discrecional de cese de los miembros o la participación de miembros del Gobierno en sus reuniones, puede entenderse que hasta el momento solo hayan sido OR fuertes la CNC, la CMT y la CNSP. En todos estos Organismos estaba ya previsto el agotamiento de la vía administrativa para todos sus actos (art. 48.1 LDC y antiguos arts. 48.17 LGTel y 7.2 LCNSP). Por el contrario, la CNE ha sido un OR débil, cercano a la consideración de mero organismo autónomo más que a un OR auténtico (166). Cobra, por lo tanto, extraordinaria importancia para la CNE la medida establecida en la LES de que los actos y resoluciones de todos los OR dictados «en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora» (art. 22).

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

Por un lado, la potestad para aprobar su Reglamento de organización y funcionamiento es un elemento que ayuda a asegurar la independencia de los OR, ya que dicho Reglamento permite 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. En este sentido, la LES establece que los OR aprobarán su Reglamento de funcionamiento interno por voto favorable de, al menos, cuatro miembros del Consejo (167).

---

(166) M. SERRANO (2009), en un trabajo en el que, probablemente por su posición de Secretaria del Consejo de Administración de la CNE, tiene en líneas generales una visión más optimista sobre la independencia del regulador energético, llega a reconocer que «[h]ay un elemento que desvirtúa absolutamente el carácter de independencia del regulador este es el recurso de alzada ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Recurso de alzada, que es un recurso impropio, porque no hay dependencia jerárquica del Ministerio de Industria, pero, sin embargo, se mantiene el recurso de alzada salvo en dos tipos de actos».

(167) «[A]ctuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción» (art. 12.9).

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 los OR carecen de independencia presupuestaria. Sin embargo, para reforzar su independencia 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 (168). En el resto de casos, se establece la elevación de la propuesta presupuestaria al Gobierno, sin más, para que este la integre en los Presupuestos Generales del Estado (169). La LES se limita a señalar como facultad indelegable del Consejo de cada OR «la aprobación de los presupuestos del Organismo» (art. 12.1), con lo que al no señalar su introducción directa en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado, como sucede con el BE, parece que ha de entenderse como una propuesta de aprobación que el Gobierno decidirá definitivamente cada año.

### V.3. *El control sobre los OR*

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 indirecta (por su nombramiento) como por la ausencia de responsabilidad política. La independencia de los OR no significa desaparición de los controles, ya que éstos 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 (170). En todo caso, esta forma de control puede calificarse de débil en tanto en cuanto el ciudadano no suele di-

---

(168) «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).

(169) Artículos 48.10 LGTel para la CMT; Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH para la CNE; 22.2 para la CNC; 10.1 LCNSP.

(170) BETANCOR (2001, 424).

ferenciar 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 LES avanza de manera importante en dicha transparencia, aunque, por informaciones periodísticas, parece que el anteproyecto inicial del Ministerio de Economía iba más allá al obligar también a publicar las actas de las reuniones de los Consejos de los OR (171). De todos modos, se prevé que cada OR «hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan, preservando, en todo caso, aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas, y, en particular: a) La organización y funciones del Organismo Regulador, incluyendo los curriculum vitae de los miembros del Consejo. b) 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 el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. e) 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. En este informe se incluirán las observaciones y sugerencias del Organismo Regulador sobre la evolución del mercado, así como sus propuestas de reforma regulatoria, destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector. El informe se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. f) 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. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. g) Las reuniones y sus conclusiones del Organismo Regulador con empresas del sector, con la Comisión Nacional de la Competencia y con otros organismos reguladores. h) La preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular» (art. 20.1). Además, «[c]ada tres años, los Organismos presentarán una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar el impacto del Organismo en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas

---

(171) *El País*, 6 de abril de 2010.

evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente» (art. 20.3 LES).

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. Los OR estaban obligados a remitir informes anuales a las Cortes directamente (172) o por medio del Gobierno (173). En cuanto a la obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias solo estaba previsto para la CNC (art. 28.2 LDC) (174), aunque nada lo impedía para el resto de Reguladores (175) ni tampoco que un diputado recabara datos, informes o documentos de un OR (art. 7 RCD).

La LES introduce un elemento positivo al establecer con carácter general que los Presidentes de los OR «deberán comparecer 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», «y servirán para el examen anual de los Organismos por parte de la Cortes Generales» y cada tres años «habrá una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por los Organismos» (art. 21). 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 incluya 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)). A pesar del avance que representa en este sentido la LES, queda pendiente, lo que podría abordarse en una futura reforma de los Reglamentos parlamentarios, el establecimiento de Comisiones específicas de relación con los OR en el Congreso y en el Senado, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica con los

(172) CNC, artículo 28.1 LDC; CNSP, antiguo artículo 7.3.n) (actual art. 7.2) LCNSP.

(173) CMT, antiguo artículo 48.11 LGTel; CNE, antigua Disp. Adic. undécima.tercero.1 LSH.

(174) Su Presidente con periodicidad, al menos, anual «para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro». Además de eso, tanto el Presidente como los miembros de la CNC lo harán a petición de las Cámaras y de sus Comisiones (art. 28.4 LDC).

(175) BETANCOR (2001, 425).



Presidentes de los OR y que pudieran exigir la presencia de otros miembros de las mismas y así evaluar su actuación. En caso contrario, una comparecencia anual y la remisión de informes no parece suficiente para hacer un seguimiento adecuado de la actividad ingente que desarrollan los OR y poder someterlos 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 los OR 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 (176), excepto por la ambigüedad antes señalada de la posibilidad de cese en casos muy concretos y previa instrucción de expediente.

La taxatividad del artículo 12.3 LES («[n]o podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas») es importante, ya que hasta ese momento existía la posibilidad de la presencia de un miembro del Gobierno, al estilo de los Comisarios gubernamentales franceses (177), en las sesiones de la CNE, lo que suponía un claro elemento de presión que aumentaba la posición de subordinación al Gobierno (178). 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 (179). En el mismo sentido, la LES acaba, como antes señalé, con el control que representa que el Gobierno resuelva los recursos de alzada contra las decisiones de la CNE.

4. Control económico y financiero: todas los OR están sometidas al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas.

5. Control por los tribunales: como no podía ser de otra manera en un Estado de Derecho, las disposiciones y resoluciones 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 LES a recordarlo («[l]os actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora»: art. 22). Otra cosa es la amplitud

---

(176) BETANCOR (2001, 425).

(177) VÍRGALA (2002, 92-93).

(178) KÜHN y REGIBEAU (1998, 70).

(179) BETANCOR (2001, 425).

del control que pueden llegar a ejercer los tribunales (180). 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 (181).

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 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» (182).

3. Control de las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos: este es el tipo de control más complicado de ejercer por los tribunales, ya que las decisiones de los OR se basan en esos 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

---

(180) Puede verse un excelente análisis de la situación en EEUU y su posible adaptación a España en MUÑOZ MACHADO (2009b, 19 y sigs.).

(181) IRURZUN (2009, 116).

(182) IRURZUN (2009, 118).

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» (183).

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 sector» (STS de 8 de marzo de 2008) (184) 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» (185). 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 al artículo 24.1 CE, es decir, como dijimos en la STC 39/1983, FJ 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 solo 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

---

(183) ARIÑO (2010, 19), en sentido similar QUADRA SALCEDO (1997, 84).

(184) Citada por F. IRURZUN (2009, 120).

(185) Voto particular a la STC 149/2000, de 1 de junio.

una norma anterior; c) *no se deben admitir dispensas* ni tratamientos singulares (*inderogabilidad singular* de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (*vinculación al precedente*); d) en un modelo de regulación para la competencia es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad en las reglas*; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y, finalmente, hay que *reducir en lo posible la discrecionalidad* del regulador en las decisiones concretas. A todo ello sirve el ejercicio de la potestad reglamentaria y el uso del *soft law* por el regulador» (186).

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 núm. 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 esta 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?» (187).

## VI. CONCLUSIONES

1. La crisis económica en la que vivimos desde 2008 se ha intentado solucionar con una serie de medidas económicas y jurídicas, muchas de las cuales no van dirigidas contra los causantes de la misma (entidades financieras, especuladores inmobiliarios, políticos corruptos), sino contra los trabajadores y las clases más desfavorecidas: recortes salariales, abaratamiento del despido, congelación de pensiones, etc.

---

(186) ARIÑO (2010, 32-33).

(187) IRURZUN (2009, 121-122).

2. Una de las medidas que debe tomarse como consecuencia de los hechos que provocaron la crisis económica es el reforzamiento de la independencia de los OR para evitar su captura tanto por las empresas reguladas como por los intereses a corto plazo del Ejecutivo. Esa independencia solo puede admitirse si va unida a un aumento de los controles sobre los Organismos Reguladores.

3. En los grandes servicios de red (telecomunicaciones, energía, correos, ferrocarriles, etc.) son necesarios OR independientes que aseguren la especialización técnica, la eficacia, la protección de intereses comunitarios difusos, la estabilidad y continuidad en las decisiones, la garantía del ejercicio de derechos constitucionales, y, sobre todo, el alejamiento gubernamental de decisiones en que prime la rentabilidad en el corto plazo.

4. La existencia de OR independientes ha planteado problemas de constitucionalidad en casi todos los países occidentales. La Constitución española de 1978 no los contempla y, en este sentido, la existencia de OR no sometidos al Gobierno puede chocar con lo dispuesto en el artículo 97 CE. Sólo la posibilidad del cese gubernamental de sus miembros dadas determinadas causas tasadas permite decir que, al menos, en los casos límites el Gobierno todavía conserva cierta capacidad de conformación del órgano por lo que podría salvarse su constitucionalidad, aun reconociendo que esta es una interpretación ciertamente forzada del artículo 97 CE.

5. La LES es un avance positivo al introducir por vez primera un marco legislativo común a los OR intentando asegurar su independencia, aunque es criticable que siga manteniendo el nombramiento de sus miembros en exclusiva por el Gobierno y que no haya profundizado suficientemente en los mecanismos de control parlamentario.

6. La LES proclama la independencia orgánica y funcional de los OR, que debería concretarse en la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la composición del órgano, en la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno y en 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 de alzada.

7. En la LES, el nombramiento de los miembros de los OR sigue estando en las manos del Gobierno, condicionada solo por la exigencia de la competencia profesional y la previa comparecencia en el Congreso. Estas cautelas provocan un cierto escepticismo ante la indeterminación del concepto «reconocido prestigio y competencia profesional», la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos y la experiencia habida hasta el momento con la comparecencia parlamentaria de los candidatos a otros órganos. Resultaría más

adecuado que el nombramiento lo realizaran los Presidentes de las Cámaras, comprometiendo su prestigio personal y neutralidad.

8. En cuanto al cese de los miembros de los OR, la LES establece causas tasadas, dejando un muy reducido margen de discrecionalidad al Gobierno, lo que es particularmente importante para los miembros de la CNE que, hasta ahora, pueden ser cesados a voluntad del Gobierno.

9. La LES consolida la independencia funcional de los OR al establecer que no podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada y que sus actos ponen fin a la vía administrativa, lo que también es una novedad para el caso de la CNE.

10. Un elemento clave para la aceptación de la independencia de los OR es el de su control. El control ha de ser por parte de la opinión pública, un control económico y financiero por la Intervención General del Estado y el Tribunal de Cuentas, o el control preventivo del Gobierno en el nombramiento de los miembros de estos Organismos. Sin embargo, donde debe profundizarse es en el control parlamentario.

11. La LES refuerza el control parlamentario al establecer la comparecencia periódica de los Presidentes de los Reguladores, pero queda pendiente, lo que podría abordarse en los Reglamentos parlamentarios, la creación de Comisiones específicas en el Congreso y en el Senado de relación con los OR, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica y que pudieran exigir la presencia de sus miembros y así poder evaluar su actuación.

12. En cuanto al control jurisdiccional, aunque se mantiene el de legalidad, es complicado de llevar a cabo en lo referente a las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos. Los Tribunales así lo han reconocido recurriendo a la denominada discrecionalidad técnica, pero para ello debe exigirse que las decisiones se basen en normas previas, transparentes y estables.

## VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ABAGNALE, Gloria, 1997: *Autorità indipendenti e Trattato di Maastricht. Le autorità indipendenti nei sistema istituzionali ed economici*, A. PREDIERI (ed.), Firenze: Pasigli Editori, 117-144.
- AGÚNDEZ, M. A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.), 2009: *Organismos reguladores*, Madrid: La Ley-Iberdrola.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., 1998: «La capacidad normativa de los sujetos privados», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 99: 343-367.

- AMATO, Giuliano, 1997: *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica. Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, AA.VV., Milano: Giuffrè, 3-16.
- ARIÑO ORTIZ, G., 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.
- 2006: *Fallos y logros de los sistemas regulatorios. Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, AA.VV., Madrid: Marcial Pons, 23-40.
- 2010: «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 9-37.
- BALDWIN, Robert, y MCCRUDDEN, Christopher, 1987: *Regulation and Public Law*, London: Weidenfeld and Nicolson.
- BEL I QUERALT, G., 2000, «Liberalización y competencia», *Claves de razón práctica*, núm. 105, 23-29.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. y otros, 1998 (2.<sup>a</sup> ed.): *Derecho Administrativo II. Parte especial*, Madrid: Editorial Universitas.
- BERNSTEIN, Marver H., 1955: *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- 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*, París: 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*, núm. 3, 163-181.
- BLANCO DE MORAIS, C., 2000: «Las autoridades administrativas independientes en el orden constitucional portugués», *Documentación Administrativa*, núm. 257-258, 43-75.
- BORSELLINO, Domenico, 2007: *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova: CEDAM.
- CALABRIA, Mark A., 2009: *¿Fue la desregulación la causante de la crisis financiera?*, Washington: Cato Institute ([http://www.elcato.org/pdf\\_files/ens-2009-09-21.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/ens-2009-09-21.pdf), última visita 6 de julio de 2010).
- CALVO DÍAZ, G., 2009: «El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores. Abogacía General del Estado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 213-220.

- CARLÓN RUIZ, M., 1999: «La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 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.
- CAZORLA PRIETO, L. M., 2009: *Crisis económica y transformación del Estado*, Cizur Menor: Thomson.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, 2001: «Aspetti 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*, núm. 3254.
- CHILLÓN 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 “madisoniano”», *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 EUROPEA, 2003: *Meta-Evaluation on the Community Agency System*.
- 2008: *Agencias europeas-Orientaciones para el futuro*, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. SEC(2008), 323.
- COMTE, Françoise, 2008: «Agences européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 461-506.
- 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.
- CRAIG, Paul, 2006: *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- CRUZ FERRER, J. de la, 1999: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid: Marcial Pons.
- D'AURIA, Gaetano, y TORCHIA, Luisa, 1997: «Cronache amministrative 1995», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 133-183.
- DESDENTADO ROCA, E., 1999: *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SÁNCHEZ, 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*, núm. 67, 741-781.



- ER GAS, Henry, y HEIMLER, Alberto, 2000: «Le autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali», *Diritto amministrativo*, núm. 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.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., 1999: «Reflexión preliminar», *La regulación económica de los servicios públicos*, M. A. Lasheras, Barcelona: Ariel, 5-11.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1990: «La autonomía de los Bancos centrales», *Papeles de Economía Española*, núm. 43, 2-16.
- 1994: «Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 427-439.
- FRANCHINI, Claudio, 1996: «Le Autorità indipendenti como figure organizzative nuove. I garanti delle regole», *Le autorità indipendenti*, Sabino CASSESE y Claudio FRANCHINI (eds.), Bologna: Il Mulino, 69-85.
- FUERTES, M., 1994: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid: Lex Nova.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., 1999: «La nueva regulación del mercado del gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 41-60.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R., 2000 (10.<sup>ª</sup>): *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J., 1995: *El Gobierno en acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado.
- GARCÍA LLOVET, E., 1993: «Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 61-118.
- GAROUPA, Nuno, 2010: «Organismos reguladores», M. BAGÜES, J. FERNÁNDEZ-VILLAVARDE y L. GARICANO (eds.), *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, Fedea, 18-21 (<http://bit.ly/cA53Sf>; última visita 4 de noviembre de 2010).
- 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.
- GENTOT, Michel, 1994 (2.<sup>ª</sup>): *Les autorités administratives indépendantes*, Paris: Montchrestien.
- GERADIN, Damien, 1999: «L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau-Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1-2, 13-48.
- GILARDI, Fabrizio; JORDANA, J., y LEVI-FAUR, David, 2006: *Regulation in the Age of Globalization*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI) Working Papers 1/2006 ([http://www.recercat.net/bitstream/2072/4271/1/WP\\_IBEI\\_1.pdf](http://www.recercat.net/bitstream/2072/4271/1/WP_IBEI_1.pdf), última visita 30 de agosto de 2010).

- GRADOLPH CADIerno, J. E., 2009: «La liberalización sectorial: impacto económico y papel de los organismos reguladores», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 39-52.
- GRASSINI, Franco A., 2001: «Introduzione: i perché dell'indipendenza», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 5-18.
- 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*, Milano: Giuffrè.
- GREGORIO, Francesco Paolo di, s/f: «L'autorità per le garanzie nelle comunicazione e le funzioni di garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali», *Diritto e Diritti-Electronic Law Review* (<http://www.diritto.it/materiali/amministrativo/digregorio.html>; última visita 2 de noviembre de 2010).
- GUARINO, Guisepppe, 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.
- IRURZUN MONTORO, F., 2009: *Los organismos reguladores ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores. Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 115-122.
- JIMÉNEZ 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.
- JORDANA, J.; LEVI-FAUR, David, y FERNÁNDEZ I MARÍN, X., 2009, *The Global Difusión of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI) Working Papers 28/2009 ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1557142](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1557142), última visita 6 de julio de 2010).
- 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.
- LA SPINA, Antonio, y MAJONE, Giandomenico, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna: Il Mulino.
- LABRIOLA, Silvano, 1999: «Le Autorità indipendenti (note preliminari)», *Le Autorità indipendenti*, Silvano LABRIOLA (ed.), Milano: Giuffrè, 1-61.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., 1996: «Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas», *Reforma y liberalización económica*, J. VELARDE FUERTES y otros, Madrid: Civitas, 121-166.

- LONGOBARDI, Nino, 2004: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino: Giappichelli.
- LÓPEZ CALVO, J., 1996: *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ GUERRA, L., 1988: «Funciones del Gobierno y dirección política», *Documentación Administrativa*, núm. 215, 15-40.
- LÓPEZ RAMÓN, F., 1991: «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 189-217.
- 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*, núm. 0, 38-49.
- MAJONE, Giandomenico, 1996: *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris: Montchrestien.
- MALARET GARCÍA, E., 1992: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 557-597.
- 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.
- MARTI SÁNCHEZ, S., 2006: «Las Agencias administrativas en Estados Unidos en la encrucijada de poderes», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 67, 97-136.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-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.
- MARTÍNEZ VILA, J. E., 1997: «La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones», *Actualidad Administrativa II*, 427-439.
- MENÉNDEZ, P., 1995: «Administración independiente (régimen jurídico)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid: Civitas, 292-300.
- MERINO MERCHÁN, J. F., y PÉREZ-UGENA COROMINA, M., 1998: «Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Régimen de las telecomunicaciones*, J. F. MERINO MERCHÁN y M. PÉREZ-UGENA COROMINA (coords.), Madrid: Tecnos, 89-118.
- MERUSI, Fabio, 2000: *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna: Il Mulino.
- MIELGO, P., 2006: «Regulación, desregulación, liberalización y competencia. Problemas y soluciones en la desregulación del sector eléctrico», *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, AA.VV., Madrid: Marcial Pons, 101-122.
- MONTERO PASCUAL, J. J., 1998: «Naturaleza, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista General de Derecho*, núm. 649-650, 12305-12318.
- 2007: «Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público», *Redeti*, núm. 30, 41-66.
- MORBIDELLI, Giuseppe, 1997: «Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti», *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, A. PREDIERI (ed.), Firenze: Passigli Editori, 145-257.

- MORENO MOLINA, A. M., 1995: *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE.
- MUÑOZ MACHADO, 1998: *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Madrid: Civitas.
- 2009a: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. 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*, núm. 20.
- NICCOLAI, Silvia, 1996: *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa: Edizioni ETS.
- 1998: «Le autorità indipendenti come potere di garanzia», *Rassegna Parlamentare*, núm. 2, 335-365.
- 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*, Sabinao CASSESE y Claudio FRANCHINI (eds.), Bologna: Il Mulino, 107-147.
- PARADA VÁZQUEZ, R., 1994: «Las administraciones independientes. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 653-689.
- 1995: «Administración independiente (introducción)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid: Civitas, 284-292.
- 1999 (13.ª): *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., 1994: «La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 635-652.
- PARLAMENTO EUROPEO, 2007: *Documento de trabajo sobre la Unión Europea y sus agencias. Comisión de Presupuestos*.
- PASQUINO, Pasquale, 2001: «Le autorità non elettive nelle democrazie», *Il Mulino*, núm. 4, 596-603.
- PASSARO, Michele, 1996: *Le Amministrazioni indipendenti*, Torino: Giappichelli.
- 1999: «Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale», *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova: CEDAM, 187-214.
- PERA, Alberto, 2001: «Autorità di regolazione e controllo nei settori economici», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 97-104.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L., 1993: *El Gobierno*, Madrid: Tecnos.
- POMED SÁNCHEZ, L., 1993: «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, núm. 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*, núm. 7, 45-86.
- RALLO LOMBARTE, A., 2002: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Madrid: Tecnos.
- RECALDE CASTELLS, A., 2010: «Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 121-140.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., 1999: «Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las “Administraciones independientes”», *Autonomies*, núm. 24, 189-232.
- ROLDÁN, J. M., y ARGIMÓN, I., 2009: «Retos para el marco de la regulación prudencial», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 41, 135-151.
- ROPPA, Vincenzo, 1997: «Note minime sulla costituenda “Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”», *Politica del diritto*, núm. 3, 325-331.
- 2000: «Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti», *Politica del diritto*, núm. 1, 159-165.
- SADDY, André, 2009: «La función regulatoria ejecutiva de la Administración Pública y su responsabilización», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 153-200.
- SALA ARQUER, J. M., 1984: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 401-422.
- 2000: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid: Civitas-Universidad de Burgos.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., 2002: *Autoridades independientes*, Barcelona: Ariel.
- 2003: «Función y competencias de las “Autoridades reguladoras” en España», AA.VV., *El ámbito privado del sector público*, Madrid: Ministerio de Justicia, 719-730.
- SAZ CORDERO, S. del, 1992: *Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid: Civitas, 99-195.
- SEGURA SÁNCHEZ, J., 2009: «Administraciones independientes y política económica», *Las Administraciones independientes*, C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 251-261.
- SERRANO GONZÁLEZ, M., 2009: «El nuevo papel del regulador energético», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 239-260.
- SIRIANNI, Guido, 1993: «Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti», *Nomos, Le Attualità nel Diritto*, núm. 1, 75-95.
- SMITH, Warrick, 1997: «Utility Regulators-The Independence Debate», *Public Policy for the Private Sector-The World Bank*, núm. 21-24.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, 1990: «Les instances de régulation et la Constitution», *Revue du Droit Public*, núm. 1, 153-259.

- TEROL GÓMEZ, R., 2000: *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TERRÓN SANTOS, D., 2001: *Las autoridades nacionales de reglamentación de las telecomunicaciones en la Comunidad europea. e-Derecho Administrativo* ([http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=238251&orden=90246](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=238251&orden=90246), última visita 30 de octubre de 2010), 4.
- THATCHER, Mark, 2002: «Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation», *West European Politics*, núm. 1, 125-147.
- TORNOS MAS, J., 1999: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid: Marcial Pons-Consell Audiovisual de Catalunya.
- TORRE CAVIA, M., 1997: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Derecho de las telecomunicaciones*, J. CREMADES GARCÍA (coord.), Madrid: La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1109-1144.
- TORRE DE SILVA, V., 2005: «Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 475-496.
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, 2008: *Agencias de la Unión Europea: obtener resultados*, Informe especial núm. 5.
- VÍRGALA FORURIA, E., 2001: «Servicio público y servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 27, 43-76.
- 2002: *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*, núm. 5, 145-212.
- 2011: «Las relaciones de inordinación en el Estado autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 109-152.
- WILKS, Stephen, y BARTLE, Ian, 2002: «The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies», *West European Politics*, núm. 1, 148-172.

## RESUMEN

Una de las medidas que debe tomarse como consecuencia de los hechos que provocaron la crisis económica es el reforzamiento de la independencia de los Organismos Reguladores (OR) para evitar su captura tanto por las empresas reguladas como por el Ejecutivo. Esa independencia solo puede admitirse si va unida a un aumento de los controles sobre los Organismos Reguladores. La Ley de Economía Sostenible de 2011 es un avance positivo al introducir por vez primera un marco legislativo común a los OR intentando asegurar su independencia, aunque es criticable que siga manteniendo el nombramiento de sus miembros en exclusiva por el Gobierno, por la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos, y que no haya profundizado suficientemente en los mecanismos de control parlamentario, como la creación de Comisiones específicas en el Congreso y en el Senado de relación con los OR, con personal y medios adecuados

para ello, que tuvieran una relación periódica y que pudieran exigir la presencia de sus miembros y así poder evaluar su actuación.

*PALABRAS CLAVE:* organismos reguladores; independencia; control parlamentario.

*ABSTRACT*

One of the measures to be taken as a result of the events that caused the economic crisis is to strengthen the independence of the Regulatory Commissions (Organismos Reguladores-OR, in spanish) to avoid capture by the regulated firms or by the Executive. This independence of the OR can only be admitted if linked to increased controls on Regulators. The 2011 Sustainable Economy Act for the first time introduces a common legislative framework for the OR trying to ensure their independence, although it is questionable to continue to maintain the appointment of its members exclusively by the government, with the partisan attitude shown by successive governments, and not to increase the parliamentary control mechanisms, such as the creation of specific Congress and Senate committees, personnel and means to do so, with a regular relationship with the OR and that could compel the attendance of its members and assess their performance.

*KEY WORDS:* regulatory commissions; independence; parliamentary control.

