

POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHOS: LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES (¿QUO VADIS?)

Reflexiones generadas a partir la reforma
constitucional de 2011

ARTEMI RALLO LOMBARTE
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

SUMARIO.

- I. La reforma del art. 135 CE: un aldabonazo en la constitucionalización de lo económico. Mutaciones en la Constitución económica.
- II. El control de la economía de mercado. la separación entre política y economía: las administraciones independientes como paradigma de gestión de lo económico.
- III. La historia de éxito del modelo de administraciones independientes: generalización e incremento de la independencia de los reguladores.
- IV. Reversión y crisis de los reguladores y la quiebra del paradigma de la independencia.

I. LA REFORMA DEL ART. 135 CE: UN ALDABONAZO EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LO ECONÓMICO. MUTACIONES EN LA CONSTITUCION ECONÓMICA

El 27 de septiembre de 2011 ¹entraba en vigor la reforma del art. 135 de la Constitución que venía a constitucionalizar determinadas *reglas de oro* para el buen funciona-

¹ Fecha de su sanción, promulgación y publicación en el *BOE*, núm. 233, Sec. I, págs. 101931 a 101941. Como es sabido, esta *reforma exprés* de la Constitución fue anunciada por el Presidente J.L. Rodríguez Zapatero el 24 de agosto, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular el 26 de agosto y aprobada por los Plenos del Congreso el 2 de septiembre y del Senado el 7 de septiembre.

miento de la Hacienda Pública —y, por ende, supuestamente, para el correcto desenvolvimiento del sistema económico— como el *principio de estabilidad presupuestaria*², la fijación de *límite al déficit público*, la *priorización del pago de los intereses* de la deuda pública y la *europización del límite de deuda pública*³.

Si bien la reforma constitucional ha sido objeto de críticas de naturaleza político-procedimental (por la ausencia de un sosegado debate público, la falta de un consenso político superior al que proporcionan el apoyo de los dos principales partidos políticos o la falta de apelación directa al cuerpo electoral), nos interesa aquí destacar su trascendencia e impacto en tanto elemento relevante en la definición de los rasgos básicos de *lo económico* en nuestra Constitución. Tradicionalmente, aunque no pueden calificarse como escasos, limitados o faltos de interés los estudios que se han ocupado de nuestra Constitución económica⁴, lo cierto es que la *agenda constitucionalista* ha venido notablemente

2 La LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera prevista en el art. 135.2 CE —que, de acuerdo con la Disposición Adicional Única, debía estar aprobada antes del 30 de junio de 2012 y contemplar los mecanismos que permitieran el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135.3 de la Constitución Española (cuya entrada en vigor está prevista a partir de 2020)— fue publicada el 30 de abril de 2012 en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, págs. 32653 a 32675. Los Jefes de Estado y/o de Gobierno de la Unión Europea, salvo los de Reino Unido y Hungría, firmaron, el 2 de marzo, el *Tratado intergubernamental sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*, cuyo texto fue aprobado en el Consejo Europeo informal de 30 de enero de 2012. Una vez ratificado por al menos 12 Estados miembros de la Zona Euro, dicho Tratado entrará en vigor, lo que se espera tenga lugar a principios de 2013. Este Tratado persigue reforzar y mejorar el pilar económico de la Unión Económica y Monetaria promoviendo la disciplina presupuestaria, la coordinación de las políticas económicas y la gobernanza de la zona del euro. De entre todas estas medidas, destaca la obligación impuesta por el art. 5 del Tratado a los Estados de equilibrio o de superávit presupuestario de las Administraciones públicas con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del PIB y, en particular, el deber de incorporar esta norma al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales». Conviene resaltar que la LO de Estabilidad Presupuestaria no sólo ha cumplido el mandato constitucional del art. 135 con anterioridad a la entrada en vigor del referido Tratado intergubernamental sino que ha impuesto para España un listón inferior de déficit público estructural: el 0,0 % del PIB. Lo que no ha impedido que el Consejo de Ministros de 11 de mayo acordara solicitar la tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia del Proyecto de LO por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012 y que fue aprobado por el Congreso de Diputados el 21 de junio de 2012.

3 Una primera valoración de esta reforma constitucional puede encontrarse en la Encuesta sobre *La reforma del artículo 135 CE* publicada en la *REDC*, núm. 93, 2011, págs. 159 a 210. Al tiempo, han visto la luz el núm. 28, monográfico, 2011, de *TRC* y ALVAREZ CONDE, E. y SOUTO GALVÁN, C. (coords.): *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Universidad Rey Juan Carlos, IDP, Madrid, 2012.

4 No en vano, desde los primeros momentos, se ha venido ocupando del tema buena parte de nuestra mejor doctrina: M. GARCÍA-PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *Obras completas*, Tomo III, CEC, Madrid, 1991, págs. 2855 a 2874; BASSOLS COMA, M.: *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988 y «La Constitución económica», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, págs. 277 a 290; DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984; M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995; HERRERO DE MIÑÓN, M.: «La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», *REDC*, núm. 57, 1999, págs. 11 a 32; ALBERTI ROVIRA, E.: «La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución Española)», *REDC*, núm. 71, 2004, págs. 123 a 159.

más marcada por *lo político* (organización de poderes, descentralización política, elecciones, garantía de derechos como límite al poder político, etc.) que por el análisis del orden económico⁵ establecido en la Constitución.

La ausencia de una más intensa dedicación al estudio del sistema económico previsto en nuestra Constitución se explica, lógicamente, en la falta de una conflictividad aplicativa que justificara un mayor interés en su análisis. De lo económico se ha ocupado el constitucionalista de forma colateral para enjuiciar otras vertientes del sistema constitucional como el sistema de fuentes del Derecho o la distribución de competencias en el Estado Autonómico. Sin embargo, el interés científico que han suscitado instituciones tradicionales primarias en el diseño del modelo económico —como paradigmáticamente lo evidencia el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa— no es el fruto del cuestionamiento de estas decisiones económicas fundamentales del constituyente que, a fecha de hoy, adquieren la entidad de auténticos dogmas. Por el contrario, las escasas aportaciones críticas que ha merecido el desarrollo político-constitucional de nuestra Constitución económica hay que buscarlas en las no pocas frustraciones que ha generado su lectura liberalizante⁶ y en la regresión operada en los últimos tiempos en la *fórmula social* del Estado⁷.

Las causas de esta falta de priorización científica de lo económico en nuestra Constitución hay que buscarlas en diversos entornos.

Desde un punto de vista histórico, el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial —al que nuestra Constitución se incorpora tardíamente pero con idéntico cuño— se construye sobre diversos consensos básicos entre los que *el pacto económico-social* supone decisión constituyente y, al tiempo, presupuesto del orden constitucional. El acuerdo sobre el sistema económico-social operado por las ideologías liberal y socialista significa el triunfo del modelo económico capitalista sustentado sobre la propiedad privada y la libertad de empresa en una economía libre de mercado pero, al tiempo, habilitando una intervención de *lo público* correctora de las disfunciones sociales que ésta pudiera generar y preservando una garantía efectiva del amplio capítulo de derechos y principios informadores del orden económico y social. Sobre la base pacífica de coexistencia de ambos vectores, no se ha apreciado conflicto significativo en el orden constitucional durante el último medio siglo⁸.

No es menos cierto, sin embargo, que no resulta necesario cerrar los ojos más de lo necesario para admitir que muchas (sino la mayor parte) de las previsiones constitucionales —el Título VII, «Economía y Hacienda», da buena cuenta de ellas— que, bajo el recurso a la *planificación económica*, fueron importadas del ideario socialista al orden constitucional económico se han visto progresivamente devaluadas, han entrado en *desuetudo*,

5 ESCRIBANO COLLANO, P.: «El orden económico en la Constitución Española de 1978», *REDC*, núm. 14, 1985, págs. 77 a 109.

6 CANCIO MELIA, J.: «La Constitución económica: promesas incumplidas», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2002, págs. 49 a 101.

7 Por todos, M.A. GARCÍA HERRERA (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997.

8 Sugerentes reflexiones en AMATO, G.: «Il mercato nella Costituzione», *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1992, págs. 7 a 19.

o, sencillamente, permanecen inéditas y sin expectativa alguna de revitalización (sirva como ejemplo paradigmático el art. 129.2 *in fine* CE). Desuso, regresión o, sencillamente, mutación constitucional del orden socio-económico a la que la integración en la Unión Europea ha otorgado carta de naturaleza al validarla en toda su plenitud⁹.

Pero, en esta coyuntura histórico-constitucional, la reforma del art. 135 CE ha traído a la actualidad constitucional las relaciones Política-Economía y, sobre el contexto de su aprobación, siguiendo su propia Exposición de Motivos¹⁰, ha puesto de relieve las siguientes *ideas-fuerza*: 1') la Unión Económica y Monetaria Europea pretende una *gobernanza común* que se ve condicionada, por un lado, por la *globalización* económica y financiera y, por otro, por el *estatalismo presupuestario*; 2') el Presupuesto público no admite mayor discrecionalidad de la que satisfaga la *estabilidad presupuestaria* considerada como *valor estructural* limitador y orientador de la actuación de los poderes públicos; 3') el Estado social garantizable será sólo el que *quepa* en la estabilidad presupuestaria necesaria para la *consolidación fiscal* —el Presupuesto deja de ser un instrumento normativo para garantizar efectivamente las demandas sociales impuestas por la Constitución pues el Estado social ya no será tanto el constitucionalmente declarado como «el que pueda pagarse» mediante un *presupuesto estable y consolidado*—; 4') las limitaciones presupuestarias que preservan la estabilidad persiguen satisfacer la prosperidad presente y futura de los ciudadanos materializando una suerte de alianza constitucional intergeneracional; 5) la estabilidad presupuestaria es condición para la *confianza* en la estabilidad económica y garantía de la *convergencia económica europea*.

La reforma constitucional ha evidenciado, por lo tanto, los *grandes ejes* vertebradores del *nuevo paradigma constitucional de lo económico*: a') las decisiones europeas (comunitarias o intergubernamentales, fácticas o institucionalizadas) adquirieron fuerza vinculante para los poderes estatales y obligan a éstos a su subordinada ejecutividad estatal¹¹; b') la globalización económico-financiera constituye sustrato ineludible de las grandes decisiones económicas (nacionales y europeas) y, a falta de una gobernanza global, los *poderes económicos globales* gozan de una entidad soberana difusa que desconoce o somete a los poderes públicos; c') la agenda constitucional de lo social queda inevitablemente condicionada a *la realidad económica* tanto en su viabilidad fáctica como en su efectiva subordinación constitucional; d') lo estatal adquiere un perfil voluntarista evidenciándose la marginalidad de las decisiones estatales frente al orden jurídico y económico global; e') habiéndose trasladado el epicentro de las decisiones económico-sociales al ámbito europeo (en el punto de intersección entre lo global y lo nacional) el reforzamiento de los poderes estatales comporta el desdibujamiento de los ámbitos decisorios infraestatales (autonómicos, regionales, locales) constitucionalmente declarados.

Pero, en este nuevo escenario político-constitucional de lo económico, existe un interrogante que ni se ha formulado de forma significativa ni, en consecuencia, ha tenido debida respuesta: ¿dónde quedan las relaciones Política-Economía en este contexto de in-

9 HERRERO DE MIÑÓN, M.: «La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», *REDC*, núm. 57, 1999, págs. 25 y ss.

10 *BOE*, núm. 233, Sec. I, pág. 101931.

11 Una premonitoria aproximación en GUARINO, G.: «Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie», *Quaderni Costituzionale*, núm. 1, 1992, págs. 21 a 64.

flexión en la modificación de los parámetros constitucionales de la Constitución económica? En otras palabras, ¿la tipología y naturaleza de las decisiones políticas sobre la economía han sufrido, también, una alteración significativa o permanece inalterada la tendencia reforzada durante décadas a *independizar* las decisiones políticas sobre la economía instrumentalizándolas a través de poderes neurales, administraciones independientes o ámbitos de decisión pública ajenos al control/dirección gubernamental? ¿cómo resolver de forma constitucionalmente satisfactoria la tensión democracia-tecnocracia? ¹².

II. EL CONTROL DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. LA SEPARACIÓN ENTRE POLÍTICA Y ECONOMÍA: LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES COMO PARADIGMA DE GESTIÓN DE LO ECONOMICO

Durante más de medio siglo, la gestión del modelo económico constitucionalizado se asentó sobre una premisa que, progresivamente acentuada, apenas conoció detractores: la separación entre Política y Economía ¹³.

Tras las decisiones constituyentes básicas adoptadas en Europa tras la II Guerra Mundial que predeterminaban la emergencia de una democracia económico-social construida sobre un sólido consenso liberal-socialista de respeto al sistema económico sustentado sobre la economía de mercado y a la consustancial defensa de los emergentes derechos económico-sociales, la *realidad constitucional* europea ha discurrido alejando cada vez más la Política de la Economía y convirtiendo al mercado en un auténtico *antisobervano* ¹⁴. Un lugar común en el pensamiento social contemporáneo —el llamado *pensamiento único* que preside el estadio presente del pretendido *fin de la Historia* ¹⁵— lleva a concluir que la *mano invisible del mercado* constituye el óptimo razón de funcionamiento del sistema económico y, en consecuencia, el alejamiento de la Política sirve mejor a la Economía y obliga a desvincular las decisiones económicas de la Política.

En paralelo, el proceso de integración europea ha servido de forma incuestionada a la lógica autónoma de la economía de mercado. El fundamento económico de las *libertades comunitarias* y la particularidad de la singular *gobernanza económica* europea han constituido el auténtico *caballo de Troya* de la economía de mercado sobre las bases socio-económicas del constitucionalismo europeo de la postguerra. Por un lado, las libertades comunitarias y la forja del *mercado común* (la defensa del *mercado interior* y la *libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas*) se han construido sobre una idea-fuerza de extraor-

12 Una reciente aproximación plural a este debate puede encontrarse en el opúsculo *¿Tecnocracia o Democracia?: Gestión y representatividad* (Llorente & Cuenca, Madrid, 2012) y singularmente en las colaboraciones de J.A. Llorente («¿Tecnocracia o Democracia?: Gestión y representatividad»), J.A. Zarzalejos («La eficacia tecnocrática como ideología en tiempos de crisis») e I. Escolar («La tecnocracia es también ideología»).

13 Una aproximación crítica de interés para el ámbito bancario, en WOITEK, U. y BERGER, H.: *Economics or Politics: What Drives the Bundesbank?*, Discussion Paper, University of Munich, June, 1997, págs. 1 a 20.

14 LUCIANI, M.: «L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni», *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996, págs. 124 y ss.

15 FUKUYAMA, F.: ¿El fin de la historia?, *Claves de Razón Práctica*, núm. 1, 1990, págs. 85 a 96.

dinario impacto en la lectura liberal¹⁶ del sistema económico: *la libre competencia en el mercado*. Por otro lado, la ausencia de una *estrategia social* en la construcción europea ha dejado huérfana la agenda social europea y nacional.

Por último, la *emergente y tímida gobernanza económica* europea se ha sustentado sobre un *enfoque tecnocrático, neutral*, ajeno a lo político, en el que el criterio técnico-funcionario sustituye de plano cualquier otra aproximación decisional que incorpore la oportunidad política y, además, se ha intensificado la institucionalización de estructuras de gestión-decisión que se pretenden independientes y ajenas a lo político¹⁷.

En España, la década de los noventa, con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y la generalizada liberalización y privatización de empresas y servicios públicos, conoció la eclosión¹⁸ de las *administraciones independientes*¹⁹ en diversos sectores económicos²⁰ —que, tímidamente se había iniciado pocos años atrás²¹— y en específicos ámbitos de protección de derechos fundamentales²².

16 Una lectura crítica de este desarrollo liberal del orden europeo, puede encontrarse en JOERGES, CH.: «Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?», *REDC*, núm. 73, 2005, págs. 9 a 53.

17 Una visión global en BASSI, F. y MERUSI, F. (a cura di): *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993.

18 Otro tanto puede predicarse de la realidad italiana como lo ilustra PREDIERI, A.: *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze, 1997.

19 Entre nosotros, BETANCOR RODRIGUEZ, A.: *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994 y *Regulación: mito y derecho*, Civitas, Pamplona, 2010. También, MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000; SALVADOR MARTINEZ, M., *Administraciones independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002; AAVV: *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, coords. Abad Licerias, J.M. e Irurzun Montoro, F., Dykinson, Madrid, 2009; AAVV: *Las Administraciones Independientes* coord.. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

20 Tras la adopción del Tratado de la Unión Europea, la creación del Banco Central Europeo, tomando como modelo el independiente Bundesbank alemán, comportó la revisión del estatuto de la entidad española a través de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del *Banco de España*. Para profundizar en el fenómeno de la independencia de las bancas centrales: AAVV: *L'autonomia delle Banche Centrali*, a cura di D. Masciandaro e S. Ristuccia, Edizioni Comunità, Milano, 1988; AAVV: *Central Bank's Independence in Historical Perspective*, ed. G. Toniolo, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1988; ORTINO, S.: «Banche centrali tra indipendenza e autonomia», *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 335 a 391 y «La Banca Centrale nella Costituzione europea», *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993, págs. 33 a 69; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: «La autonomía de los Bancos Centrales», *Papeles de Economía Española*, núm. 43, 1990, págs. 2 a 16; BRUNI, F.: *Central Bank independence in the European Union*, Institute for Monetary and Economic Studies, Discussion Paper 96-E-18, March 1996.

La Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (posteriormente, sustituida por la *Comisión Nacional de Energía* en la Ley 34/1998 de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos) —un importante estudio sobre el organismo en NAVARRO RODRIGUEZ, P.: *La Comisión Nacional de Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008. La *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* fue creada por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones — un amplio análisis en CHILLON MEDINA, J.M. y ESCOBAR ROCA, G.: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y, su reforma posterior operada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, diseñaron un modelo limitado de independencia de la autoridad garante de la competencia protagonizado por el Servicio y el *Tribunal de Defensa de la Competencia*.

21 La Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del *Consejo de Seguridad Nuclear* constituye el singular ejemplo que inauguró, entre nosotros, este fenómeno regulatorio en un sector económico y que fue inicialmente estudiada en LOPEZ RAMON F.: «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, págs. 189 a 216. Con más amplio impacto, la

Como ya advertimos en su momento²³, la creación de estas novedosas estructuras jurídicas —que buscaban la despolitización de lo público, la neutralidad del Estado²⁴ y anunciaban el triunfo de la técnica sobre la política²⁵ por su mayor eficacia²⁶— constituía un singular reto para el Derecho²⁷ —y, en particular, para el Derecho Constitucional²⁸— a la vista de la disyuntiva histórico-constitucional en que se nos presenta: crisis del Estado social, revisión de las bases legitimadoras del poder, reformulación del principio clásico de división de poderes, transformación de las relaciones Parlamento-Ejecutivo, o emergencia (e, incluso, preeminencia) de los poderes privados frente a los poderes públicos.

Su probado éxito en la tradición anglosajona²⁹ y, especialmente, estadounidense³⁰, no impedía —si no que, más bien, alimentaba— las muchas dudas e interrogantes que se

Ley 14/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores creó la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* a cuyo análisis podemos aproximarnos en MALARET, E.: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)», *REDA*, núm. 76, 1992, págs. 557 a 597 y FUERTES LOPEZ, M.: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

22 La LO 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal —sustituida por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal— creó la *Agencia Española de Protección de Datos*. A inicios de la década de los ochenta, la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprobara el Estatuto de la *Radio y la Televisión* parecía también otorgar, aún formal, una notable autonomía de gobierno al Ente RTVE.

23 RALLO LOMBARTE, A.: «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 36, 1995, págs. 106 y ss. También, un temprano estudio el de BILBAO UBILLOS, J.M.: «Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, págs. 163 a 181.

24 Como había denunciado en su ensayo pionero SALA ARQUER, J.M.: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *REDA*, núm. 42, 1984, págs. 401 a 422.

25 De singular interés por su crítica a la *falsa neutralidad* de la técnica, el clásico estudio de SCHMITT, C.: «La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones», *El concepto de lo político*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pág. 125 y ss.

26 Sobre la eficacia como principio de legitimidad, sin duda, el clásico de M. WEBER (*Economía y Sociedad*, FCE, México, 1983, págs. 172 y ss.). También, GARCIA PELAYO, M.: «Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional», *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs. 132 y ss. y, por supuesto, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.

27 Sobre su impacto en el Derecho Administrativo, también de SALA ARQUER, J. M.: «Huida al Derecho Privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992, págs. 399 a 413. También, DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

28 A cuyo análisis dedicamos la monografía RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.

29 DESIDERI, C.: «Esplorazioni del Governo e degli studiosi britannici nella terra dei quangos», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1982, págs. 191 a 210; HOGWOOD, B.W.: «Evolución de las agencias reguladoras en Gran Bretaña», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 57, núm. 4, 1990, págs. 7 a 27.

30 Para una aproximación a dicha realidad, MORENO, A. M.: *La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995; CARBONELL, E. y MUGA, J. L.: *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996; COTTIER, B.: «Les "Independent Agencies" américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain?», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2, 1985, págs. 143 a 165. Para profundizar, REDFORD, E.S.: «The President and the regulatory commissions», *Texas Law Review*, vol. 44, núm. 1, 1965, págs. 288 a 321; ROSEMBERG, M.: «Congress's prerogative over agencies and agency decisionmakers: the rise and demise of the Reagan Administration" theory of the unitary Executive», *George Washington Law Review*, vol. 57, January, 1989, págs. 627 a 702; STRAUSS, P.: «Was there a baby in the bathwater? A comment on the Supreme

cernían sobre que la viabilidad de importar las *independent agencies* al sistema público continental europeo³¹ —en forma, según la distinta terminología³² al uso, de Autoridades Administrativas Independientes, Autoridades Independientes o Administraciones independientes³³— y que ponían en cuestión la existencia de habilitación constitucional suficiente en favor del legislador para detraer de la dirección gubernamental determinados ámbitos de gestión pública ante una hipotética reserva constitucional del Gobierno y frente a otras muchas ideas-fuerza de la teoría constitucional: la quiebra del principio democrático, la existencia de un *numerus clausus* constitucional de poderes y autoridades independientes, la agresión a la posición constitucional del Gobierno, la devaluación de la función gubernamental de dirección política y de dirección de la Administración, la amputación de una nota inescindible de la función directiva como es el nombramiento y cese de altos cargos administrativos, la quiebra del monopolio gubernamental de la potestad reglamentaria o la negación del control parlamentario.

Y, aunque encajen mal en la teoría constitucional clásica (cuya revisión se impone), lo cierto es que debe relativizarse la problemática constitucional de las Administraciones independientes por cuanto la realidad no es tan dramática —a pesar del alarmismo inicial³⁴— como pudiera aparentar si tenemos en cuenta las significativas facultades directivas que sigue ostentando el Gobierno en relación con el nombramiento de los altos cargos directivos o las limitadas³⁵ potestades autoorganizativas, normativas³⁶, presupuestarias o financieras con que se apodera a las Administraciones independientes.

Court's legislative veto decision», *Duke Law Review*, 1983, págs. 813 y ss y «The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, págs. 571 y ss.; SWIRE, P. P.: «Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch», *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, págs. 1766 a 1786; VERKUIL, P. R.: «The status of the independent agencies after *Bowsher v. Synar*», *Duke Law Journal*, November, 1986, págs. 779 a 805 y «The purposes and limits of independent agencies», *Duke Law Journal*, April-June, 1988, págs. 257 a 279.

31 Curiosamente, en fecha más reciente, empiezan a plantearse similares dudas en otras regiones del planeta: HERRERA GUERRA, C.A.: «Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional. Ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano que los creó», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, 2010, págs. 373 a 404.

32 Sobre las dificultades para su delimitación conceptual, PASSARO, M.: «Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale», *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Congresso di Sorrento 30 maggio 1997*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1999, págs. 187 a 214.

33 Diversas obras colectivas y monográficas ofrecen una visión vasta de estas dificultades: COLLIARD, C.A. y TIMSIT, G.: *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, Paris, 1988; GUEDON, M.-J.: *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991; GENTOT, M.: *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994; MANETTI, M.: *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; PASSARO, M.: *Le Amministrazioni indipendenti*, G. Giappichelli editore, Torino, 1996; CASSESE, S. Y FRANCHINI, C. (a cura di): *I garanti del regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996; VVAA: *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Congresso di Sorrento 30 maggio 1997*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1999.

34 Como lo evidencia el trabajo de PISIER, E.: «Vous avez dit indépendantes?. Réflexions sur les AAI», *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, págs. 71 a 83.

35 No en vano, en doctrina se hace referencia a la semi-independencia: AMATO, G.: «Autorità semi-indipendenti de autorità di garanzia», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1997, págs. 645 a 664.

36 Como queda ilustrado en PAREJO ALFONSO, L.: «La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno», *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 635 a 652. También, en GARCIA ÁLVAREZ, G.: «Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, págs. 139 a 179.

III. LA HISTORIA DE ÉXITO DEL MODELO DE ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: GENERALIZACIÓN E INCREMENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES

A) LA AMPLIACIÓN DE SECTORES (ECONOMÍA, SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS) GESTIONADOS POR ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

La primera década del siglo XXI ha conocido un espectacular desarrollo de la fórmula *Administraciones Independientes*. Hasta entonces, el modelo venía protagonizado básicamente por un surtido limitado de organismos e instituciones cuyo grado de independencia variaba: Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Banco de España, Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Comisión Nacional de Energía (CNE), Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

Sin embargo, durante la última década ha proliferado la búsqueda de la neutralización de espacios públicos exentos de control gubernamental y se ha extendido su vigencia a nuevos sectores económicos, a la gestión de tradicionales servicios públicos y, también, a la protección de específicos derechos fundamentales.

a) La Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN)

La Ley 11/2001, de 5 de julio, creó la Agencia Española de Seguridad Alimentaria (cuyo Estatuto fue adoptado por Real Decreto 709/2002, de 19 de julio) como un organismo autónomo que, aunque con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena capacidad de obrar, quedaba adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, al que correspondería su dirección estratégica, la evaluación y control de los resultados de su actividad. No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/2001 preveía que, transcurrido un período de tiempo suficiente desde la constitución de la Agencia, se procedería a un análisis de su funcionamiento y, si de éste se concluyera que, para el mejor ejercicio de sus funciones, fuera conveniente dotarla de un ámbito mayor de autonomía funcional, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado —que hace referencia al régimen jurídico de determinados Organismos reguladores (por ejemplo, CNMV, CSN, APD, CNE, CMT, CNC, etc.)—, se procedería, lo que no ha ocurrido, a realizar las modificaciones necesarias a tal fin.

Ahora bien, si tomamos como premisa la heterogeneidad del fenómeno de las Administraciones independientes, no son pocos los elementos definitorios previstos en su Ley de creación y en su Estatuto que permitiría asimilar la AESAN a éstas. En particular merecen destacarse la exigencia de independencia en el desempeño impuesta legalmente a los cargos directivos y las reglas organizacionales previstas en la Ley 11/2001 que fijan mandatos temporales fijos a los miembros de su Consejo de Dirección y, específicamente, la inamovilidad de su Director Ejecutivo —quien será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Consejo de Dirección, previo informe preceptivo de dicho Consejo y por un período de cuatro años renovable sin que pueda cesar

por causa distinta a la expiración de su mandato, renuncia o condena por delito doloso. De hecho, el Gobierno no podrá cesarlo discrecionalmente sino que sólo podrá hacerlo: a) a propuesta del Consejo de Dirección; b) o, previa instrucción de expediente, en el que será oído el Consejo de Dirección, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función o incompatibilidad.

Abundaría, además, en su pretendida desvinculación gubernamental la afirmación legal de que dicha Agencia debe actuar de acuerdo con el principio de independencia en la protección de la salud pública y en la defensa de los consumidores —a lo que debería contribuir la atribución al Presidente de la Agencia de la facultad de resolver recursos de alzada contra los actos y resoluciones del Director Ejecutivo, poniendo fin a la vía administrativa— y la atribución de potestad normativa autónoma y la capacidad de proponer su anteproyecto de presupuesto.

b) La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y los asimilados Tribunales y Servicios autonómicos

La Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, como ya hemos señalado, creó dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero, tras quince años de experiencia aplicativa, tanto la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia —que ha dado lugar a la proliferación de Tribunales y Servicios de Defensa de la Competencia en la mayoría de las Comunidades Autónomas (como es el caso de Comunidad de Madrid, Murcia, Extremadura, Aragón, Comunidad Valenciana, Canarias, Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Galicia, País Vasco³⁷) aunque, ante los recortes autonómicos provocados por la crisis económica, han sido considerados prescindibles los de Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana³⁸— como las sucesivas reformas del marco comunitario de defensa de la competencia, aconsejaban la reforma del marco legal nacional.

37 Del éxito de la fórmula «organismos reguladores en el ámbito de la competencia en el mercado» da buena cuenta su proliferación en la mayoría de las Comunidades Autónomas: Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid; Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia; Ley 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura; Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón; Decreto 169/2006, de 10 de noviembre, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana; Decreto 118/2006, de 1 de agosto, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda y se crea el Servicio Canario de la Competencia; Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía; Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León; Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia; Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia; Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia.

38 Decreto 177/11, de 14 de julio, de supresión de los órganos de Defensa de la Competencia de Castilla-La Mancha; Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativa de la Comunidad de Madrid; Decreto 52/2012, de 30 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia pretendía la reforma del sistema español de defensa de la competencia reforzando los mecanismos ya existentes y dotándolos de la estructura institucional necesaria para proteger la competencia efectiva en los mercados. A tal fin, como novedad principal, creó la Comisión Nacional de la Competencia, como institución estatal, única e independiente en la que se integraron tanto el Servicio como el Tribunal de Defensa de la Competencia. La CNC, como organismo regulador encargado de promover y proteger el mantenimiento de la competencia en todos los sectores y en todo el territorio nacional, gozará de funciones instructoras, resolutorias, de arbitraje, consultivas, de promoción y armonización de la defensa de la competencia en los mercados; y su actuación se inspirará en la independencia de criterio frente al Gobierno y la responsabilidad ante la sociedad.

La CNC, siendo uno de los organismos públicos referenciados en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada aunque esté adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda —al que legalmente se le atribuyen la facultad de ejercer un «control de eficacia sobre su actividad»—, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia de las Administraciones Públicas. El Consejo de la CNC está integrado por su Presidente y seis Consejeros que son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio (la laxitud de la fórmula poco garantizará un perfil profesional rigurosamente especializado), previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto, por un mandato de seis años no renovable. El régimen de incompatibilidades, cese e inamovilidad dirigidos a preservar su independencia será el previsto en la Ley 2/2011 de economía sostenible. En la misma norma encontraremos las diversas disposiciones que aventuran un ejercicio más intenso del control parlamentario sobre la CNC mediante el envío de su Memoria Anual de actuaciones a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados; con la comparecencia de su Presidente ante la misma con una periodicidad, al menos, anual para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro; a través de la celebración, cada tres años, de una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por la CNC; o mediante la comparecencia del Presidente e, incluso, del resto de los miembros ante las Cámaras y sus Comisiones a petición de las mismas.

c) La Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)

La ley 23/2007, de 8 de octubre, a fin de salvaguardar la ejecución de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de liberalización del Servicio Postal Universal y para garantizar la libre competencia, la transparencia y la igualdad de trato en el mismo, creó la Comisión Nacional del Sector Postal³⁹ como órgano independiente y especializado encargado

39 Para profundizar en este reciente organismo, MONTERO PASCUAL J.J.: «La Comisión Nacional del Sector Postal. Una nueva administración independiente reguladora», *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2007, págs. 311 y ss.

de resolver, o arbitrar, los conflictos entre los operadores postales y de cuidar de los intereses de los usuarios. Con este objetivo, se atribuyen a esta Comisión funciones relevantes como el otorgamiento de los títulos para la prestación de los servicios postales, o las competencias de inspección y sanción (competencias que hasta el momento venía desempeñando el Ministerio de Fomento). La creación de la Comisión Nacional como órgano independiente revestido de amplias atribuciones de regulación, implicó la reorientación de las funciones de la Administración General del Estado en el sector postal, limitándolas al desarrollo normativo, a la ordenación general del sector y a la determinación de las obligaciones de servicio público y de calidad del servicio postal universal.

La Comisión Nacional del Sector Postal se configuró como un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y está sometida al control parlamentario y la independencia funcional atribuidos por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible a los reguladores. La Comisión debía ejercer sus funciones a través de un Consejo compuesto por su Presidente y seis consejeros. La organización de la Comisión y del Consejo, la aprobación y contenido del reglamento de funcionamiento interno, las funciones asignadas al Consejo, al Secretario y al Presidente del organismo, la composición del Consejo, nombramiento, mandato, renovación, causas del cese, funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo y del Secretario siguen, también, lo dispuesto en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. La Comisión elabora anualmente un anteproyecto de presupuesto, remitido a través del Ministerio de Fomento, para su incorporación al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y goza de un patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado y cuyos recursos están integrados, entre otros, por tasas, sanciones y multas.

d) La Comisión Nacional del Juego (CNJ)

La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego creó un órgano regulador, la Comisión Nacional del Juego, al que se le atribuían las competencias necesarias para velar y asegurar la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego y, en general, para regular las actividades de juego, evitando la explotación con fines fraudulentos, autorizando, normando, supervisando, controlando y, en su caso, sancionando, el desarrollo, explotación y comercialización de los juegos.

La Comisión Nacional del Juego se configuraba como un Organismo Regulador, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, esto es, funcionalmente independiente de la Administración General del Estado, aunque adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Pero, sus disposiciones o resoluciones ponen fin a la vía administrativa y pueden impugnarse directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El gobierno de la CNJ corresponde a un órgano colegiado integrado por el Presidente y seis consejeros que son nombrados por el Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Economía y Hacienda, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos y, en el caso, del

Presidente, sobre su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado. Sus mandatos serán de seis años, sin posibilidad de renovación, efectuándose su renovación parcialmente, y ejerciendo su función con dedicación absoluta. Siguiendo, también, lo dispuesto en la Ley 2/2011, de economía sostenible, estarán sometidos a un severo régimen de incompatibilidades durante los dos años posteriores a su cese —el cual sólo podrá producirse por causas legalmente tasadas, nunca a discreción del Gobierno—.

e) La Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA)

El Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, creó la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria por considerarlo necesario en el proceso entonces abierto de licitación de sociedades concesionarias de diversos aeropuertos españoles a fin de garantizar la independencia necesaria en la supervisión eficiente de las decisiones de las sociedades concesionarias. La existencia de un organismo regulador, independiente y con la capacidad suficiente para poder velar por el cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación, objetividad y eficiencia en los procesos de determinación y actualización de las tarifas aeroportuarias se entendía que constituía un requisito derivado de la Directiva 2009/12/CE, de 11 de marzo, y una necesidad para impulsar el desarrollo sostenible del sector del transporte aéreo.

La CREA fue configurada como un organismo regulador de los previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y con plena independencia en el cumplimiento de sus fines aunque relacionándose en el ejercicio de sus funciones con el Gobierno a través del Ministerio de Fomento. Su Consejo quedó integrado por su Presidente y sólo dos Consejeros: una limitada composición ajena a la regla general pero ajustada a la dimensión del ámbito regulado y a las limitaciones económicas que acompañan a la previsión de que todos los miembros de los órganos de los organismos reguladores tengan la consideración retributiva de altos cargos. De la independencia de la CREA pretende dar cuenta el que elabore su anteproyecto de presupuesto, que tenga patrimonio independiente e ingresos propios, que sus actos administrativos sean directamente recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la vigencia directa de las reglas sobre nombramiento, cese, inamovilidad e incompatibilidades de los cargos directivos que la Ley 2/2011 establece para los organismos reguladores.

f) El nonato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y los Consejos Autonómicos de lo Audiovisual

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, parecía venir a zanjar un debate casi secular y a superar una laguna histórica y un estigma comparado con la regulación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. La creación del CEMA buscaba dar satisfacción, entre otras razones, a las numerosas iniciativas europeas que proponían atribuir a organismos reguladores independientes el control del cumplimiento de la misión de servicio público inherente a las funciones del sector regulado de forma que el órgano regulador y supervisor del sector ejerciera sus competencias bajo el principio de independencia de los poderes políticos y económicos.

El CEMA se incorporó al cada vez más largo listado de organismos públicos previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de la Presidencia, pero —y he aquí uno de los rasgos inequívocos de la desvinculación gubernamental e independencia del CEMA— sus disposiciones y actos ponían fin a la vía administrativa y resultarían directa y judicialmente recurribles en vía contencioso-administrativa.

Como autoridad independiente se le encomendó la supervisión y regulación —con funciones normativas, sancionadoras, fiscalizadoras, resolutivas, supervisoras, asesoras— de la actividad de los medios de titularidad del Estado o que estuvieren bajo su competencia, con la finalidad de velar y garantizar el libre ejercicio de la comunicación audiovisual, la plena eficacia de los derechos y obligaciones, la transparencia y el pluralismo del sector y la independencia e imparcialidad del sector público estatal audiovisual y el cumplimiento de la misión de servicio público.

El CEMA estaría formado por la Presidencia y seis consejerías cuyos titulares deberían ser nombrados por el Gobierno, a propuesta —se entiende que ésta vincularía al Gobierno que no podría ignorarla— del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual. Ahora bien, en ausencia de la mayoría cualificada anterior en la primera designación de los consejeros, transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso, la Cámara podía designarlos por mayoría absoluta. Se trataría de la única Administración independiente estatal de extracción parlamentaria mediante, además, un consenso político cualificado —si bien éste matizado con la cláusula de cierre que permitía resolver el obstruccionismo parlamentario mediante mayoría absoluta (opción que, merece recordarse, no fue ejercitada por el Gobierno del PSOE desde la aprobación de la Ley 7/2010 hasta el final de dicha Legislatura)— que evidencia la *sensibilidad política* que *históricamente* ha merecido y provocado la regulación de los medios de comunicación.

La independencia del CEMA se construía, como hemos visto, sobre una legitimidad de origen sustentada en la confianza parlamentaria cualificada que obligaba al consenso político parlamentario para su nombramiento pero, también, sobre un mandato temporal fijo de seis años, no renovable e *inamovible* salvo causas legales tasadas que excluyen la discrecionalidad política o gubernamental. Así, el cese de sus miembros únicamente podía producirse por expiración del mandato, renuncia, condena por delito doloso o «separación acordada por el Consejo de Ministros y ratificada por el Congreso de los Diputados por mayoría de 3/5, previa instrucción del correspondiente expediente, por incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida e incumplimiento grave de sus obligaciones». Esto es, para cesar a los miembros del CEMA se requería una legitimidad político-institucional reforzada al preverse el acuerdo gubernamental y el condicionamiento a la verificación legal de las causas de cese legalmente establecidas.

Además, la Ley 7/2010 prevé que los miembros del CEMA ejerzan su cargo con dedicación exclusiva, sometiéndolos al régimen de incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y prohibiéndoles el mantenimiento de intereses económicos en los sectores de la comunicación audiovisual, industria productora o dis-

tribuidora de las telecomunicaciones o de servicios de sociedad de la información. Todo ello específicamente destinado a preservar su «absoluta independencia de los operadores del sector».

Obviamente, el grado superior de independencia institucional y desvinculación gubernamental que venía a representar el CEMA en el amplio panorama de Administraciones independientes debía tener necesariamente su acompañamiento en un grado más intenso de control parlamentario —de hecho, como ya hemos visto, dicho control, si se verificare el «incumplimiento grave de obligaciones» de alguno de los miembros del CEMA, podría incluso comportar la separación del cargo— que la Ley 7/2010 concreta en la elevación anual a las Cortes Generales de un Informe sobre el desarrollo de sus actividades y sobre la situación del mercado audiovisual; así como en la comparecencia de su Presidente ante la Comisión parlamentaria competente para dar cuenta de tal informe, y en tantas otras ocasiones en que fuera requerido reglamentariamente.

Desde que el Senado constituyera el 17 de noviembre de 1993 la *Comisión especial sobre contenidos televisivos* y aprobara por unanimidad el 15 de noviembre de 1995 la Propuesta para la creación, por Ley, de un *Consejo Superior de los Medios Audiovisuales*⁴⁰, el *penelopismo* en la política española había conducido a prolongados debates estériles que parecían resueltos con la Ley 7/2010. Lamentablemente, como comentaremos posteriormente, la incapacidad para alcanzar consensos políticos que activaran la constitución del CEMA durante los últimos años y, finalmente, el anuncio del Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 de supresión de varios organismos regulares (incluido el *nonato* CEMA) nos devuelven al punto de partida y nos señalan como *rara avis* en el panorama comparado⁴¹ en el que la garantía del pluralismo informativo viene específicamente atribuida a Autoridades independientes homologadas al *nonato* CEMA.

Insólitamente, ante este desierto estatal se han visto florecer numerosos organismos autonómicos asimilados al tipo de Autoridad independiente —en mayor o menor grado— de lo Audiovisual desde que se creara el prestigioso modelo de referencia y decano de todos ellos: el Consejo Audiovisual de Cataluña. Creado por la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo Audiovisual de Cataluña, elevó su perfil institucional para adquirir, finalmente, rango estatutario con la reforma del *Estatut*: «El Consejo Audiovisual de Cataluña es la autoridad reguladora independiente en el ámbito de la comunicación audiovisual pública y privada. El Consejo actúa con plena independencia del Gobierno de la Generalitat en el ejercicio de sus funciones. Una ley del Parlamento debe establecer los criterios de elección de sus miembros y sus ámbitos específicos de actuación» (art. 82).

40 Sobre este recorrido histórico y un amplio análisis de Derecho nacional y comparado, puede consultarse RALLO LOMBARTE, A: *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. También, indispensable, TORNOS MAS, J.: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Consell de l'Audiovisual de Catalunya y Marcial Pons, Madrid, 1990.

41 De referencia especial es el Consejo de lo Audiovisual francés al que nos dedicamos en RALLO LOMBARTE: «La garantía del pluralismo informativo en Francia. El Consejo Superior del Audiovisual» *REDC*, núm. 59, 2000, págs. 93 a 138.

En paralelo, otras Comunidades Autónomas recorrían un camino similar⁴². En particular, en Andalucía, la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, creaba el Consejo Audiovisual de Andalucía y, posteriormente, la reforma de su Estatuto de Autonomía dio la oportunidad para su estatutarización como institución de autogobierno: «El Consejo Audiovisual es la autoridad audiovisual independiente encargada de velar por el respeto de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en los medios audiovisuales, tanto públicos como privados, en Andalucía, así como por el cumplimiento de la normativa vigente en materia audiovisual y de publicidad» (art. 131.1).

Por su parte, la Ley 18/2001, de 5 de julio, por la que se regulaba la actividad audiovisual en Navarra creó un Consejo Audiovisual y, junto a los anteriores, han coexistido otros de naturaleza institucional más devaluada como: a) el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia previsto en la Ley 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual de Galicia (cuya mutación en Consejo Audiovisual homologado e independiente ha venido provocada por la Ley 9/2011, de los Medios Públicos de Comunicación Audiovisual de Galicia); b) y, el Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid previsto en la Ley 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales —pero desaparecido al aprobarse la Ley 2/2006 por la que se suprimía el Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid con la *sarcástica intención* de «remover cualquier obstáculo a la libertad de expresión y de impedir la existencia de barreras a su ejercicio» (!!)—.

Del azaroso⁴³ destino de los Consejos Audiovisuales autonómicos dan buen cuenta tanto los ejemplos anteriores como el hecho de que varias Comunidades Autónomas que han reformado sus Estatutos de Autonomía han obviado su existencia (por ejemplo, Aragón o Castilla y León) y otras los han incluido como nuevos órganos autonómicos (aunque, hasta la fecha, no han sido constituidos): así, ocurre en los nuevos Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana e Islas Baleares⁴⁴.

42 Un amplio recorrido bibliográfico sobre la doctrina que se ha ocupado del tema, en BARATA i MIR, J.: «El tratamiento bibliográfico del modelo de regulación del audiovisual», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 34, 2007, págs. 1 a 11.

43 Como dan buena cuenta, MILLAN i MASSANA, A. y PONS CÁNOVAS, F.: «Los Consejos Audiovisuales de las Comunidades Autónomas», *Informe Comunidades Autónomas 2006. Instituto de Derecho Público*, Barcelona, 2007, págs. 825 a 852; NAVARRO, J.: «Los Consejos audiovisuales autonómicos: reflexiones en torno a algunos de los principales aspectos conflictivos», www.diputadodelcomun.com/v4/docs/2009_07_22_wxxtbvBdxn.pdf

44 Art. 56 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: «1. Corresponde a la Generalitat, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión y del resto de medios de comunicación en la Comunitat Valenciana. 2. En los términos establecidos en el apartado anterior de este artículo, la Generalitat podrá regular, crear y mantener televisión, radio y demás medios de comunicación social, de carácter público, para el cumplimiento de sus fines. 3. Por Ley de Les Corts, aprobada por mayoría de tres quintas partes, se creará el Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana, que velará por el respeto de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en el ámbito de la comunicación y los medios audiovisuales en la Comunitat Valenciana. En cuanto a su composición, nombramiento, funciones y estatuto de sus miembros, igualmente habrá que ajustarse a lo que disponga la Ley»; art. 77 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares: «Consejo Audiovisual de las Illes Balears. El Consejo Audiovisual de las Illes Balears se configura como una entidad pública independiente, cuya misión es velar en los medios de comunicación social de titularidad pública por el cumplimiento de los principios rectores del modelo audiovisual, concretamente: promover las condiciones para garantizar la información veraz, objetiva y neutral, y promover la sociedad de la información; garantizar el acceso de los grupos políticos y sociales re-

g) Las Agencias Autonómicas de Protección de Datos

Tras la creación de la Agencia Española de Protección de Datos en 1992 (LORTAD), su renovada previsión en la LOPD en 1999 —transponiendo la Directiva 95/46 que hacía preceptiva su existencia en el ámbito estatal— y a su imagen y semejanza como Administración independiente, resulta llamativa la proliferación de autoridades autonómicas de protección de datos durante la última década —a pesar de su limitado ámbito competencial y lo potestativo de su existencia—.

Así, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid creó la autoridad autonómica decana: la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Poco más tarde, la ley 5/2002, de 19 de abril, crearía la Agencia Catalana de Protección de Datos que se convertiría en un órgano estatutario con la aprobación de la reforma del *Estatut* que atribuiría competencia ejecutiva en materia de protección de datos a la Generalitat para «la constitución de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, que vele por la garantía del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de las competencias de la Generalitat (art. 156). Finalmente, la ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública crearía la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Pero, junto a las tres Comunidades Autónomas referidas, hay que hacer referencia a otras dos que, aunque no hayan procedido todavía a su creación legislativa, la contemplan, ni más ni menos (como en Cataluña), en sus Estatutos de Autonomía reformados: es el caso de Aragón —art. 75 EA: «...Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en las siguientes materias: ...5.^a Protección de datos de carácter personal, que, en todo caso, incluye ...en especial, la creación de una Agencia de protección de datos de Aragón»— y Castilla y León —art. 12 EA: «...Mediante ley de las Cortes podrá crearse la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Castilla y León para velar por el respeto de estos derechos en el marco de la legislación estatal aplicable».

Sin embargo, en el capítulo de iniciativas frustradas hay que ubicar, por un lado, el Proyecto de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha (retirado el 21 de abril de 2010 en su trámite parlamentario en las Cortes Generales) que preveía la existencia de una agencia de protección de datos —«Se creará mediante ley una autoridad independiente nombrada por las Cortes de Castilla-La Mancha para velar por el derecho a la protección de los datos personales respecto del sector público de Castilla-La Mancha de acuerdo con lo establecido en la legislación del Estado» (art. 113.2)— y, por otro, la Proposición de Ley del PP para la creación de la Agencia Andaluza de Protección de Datos admitida a trámite el 22 de octubre de 2003 (pero sin mayor recorrido parlamentario) y

presentativos a los medios de comunicación social; fomentar el pluralismo lingüístico en los medios de comunicación; que se cumplan los principios que inspiran el modelo lingüístico del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; garantizar y favorecer el acceso de las personas con discapacidad auditiva o visual a los medios de comunicación social y a las nuevas tecnologías. Los miembros del Consejo Audiovisual son nombrados por el Parlamento de las Illes Balears mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros. La composición y las funciones concretas serán desarrolladas por una ley del Parlamento».

sendos Anteproyectos de Ley de creación de las Agencias Valenciana y de Castilla-La Mancha de Protección de Datos sometidos a informe preceptivo de la AEPD en 2004.

B) EL PERFECCIONAMIENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES

- a) La preceptiva comparecencia parlamentaria previa al nombramiento gubernamental de los reguladores: Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de los Conflictos de Intereses⁴⁵

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 tenía por objeto, entre otros, regular los requisitos previos para el nombramiento de los altos cargos en determinados organismos reguladores y de supervisión, estableciendo las medidas básicas para evitar situaciones de conflicto de intereses. Así, se establecía que el Gobierno, con carácter previo a su nombramiento, pondría en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pudiera disponerse su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que previese su Reglamento. Esta previsión afectaba, entre otras, a las personas que fueran a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en su artículo 3.2 k) —Presidente y Vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, Presidente, Consejeros y Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como los Presidentes y miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión—, al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, al Director de la Agencia de Protección de Datos y al Director general del Ente Público Radiotelevisión Española ⁴⁶.

⁴⁵ De interés, en general, sobre la intervención parlamentaria en el nombramiento de cargos públicos y, específicamente, en la designación de los miembros integrantes de las Administraciones Independientes, PAUNER CHULVI, C.: *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003 y «Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos», *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, CEPC, Madrid, 2010, págs. 55 a 111. Sobre el trámite de comparecencia parlamentaria previsto en la Ley 5/2006, de la misma autora, «La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones Independientes», *TRC*, núm. 19, 2007, págs. 329 a 345.

⁴⁶ Sobre la *confusión* en torno al alcance de esta comparecencia parlamentaria —restringida a la valoración sobre la existencia de conflicto de interés o abierta al análisis de la idoneidad del candidato—, resulta de interés y revelador el diálogo mantenido por el Presidente de la Comisión Constitucional, D. Alfonso Guerra, y la portavoz socialista en la mencionada Comisión, Dña. Elisenda Malaret, con motivo de la primera comparecencia que se efectuó al amparo de la Ley 5/2006 el 12 de febrero de 2007 y que el autor de este trabajo tuvo el honor de inaugurar como candidato a Director de la Agencia Española de Protección de Datos: «El señor Presidente: Señoras y señores diputados, vamos a comenzar la sesión de la Comisión Constitucional que, como saben ustedes, tiene como primer punto del orden del día la comparecencia del candidato propuesto para establecer un dictamen sobre el conflicto de intereses a que se refiere la Ley 5/2006, de 10 de abril. Damos la bienvenida al compareciente, don Artemio Rallo, y quiero advertir a las señoras y señores diputados que esta no es una comparecencia ... sobre la idoneidad de la persona elegida para el cargo; es una comparecencia para establecer un dictamen sobre si existe o no conflicto de intereses entre la persona propuesta y sus actividades. Comenzaremos, si lo estima

La comisión parlamentaria competente del Congreso de los Diputados debía examinar a los candidatos propuestos, formulando sus miembros las preguntas o petición de aclaraciones que creyesen convenientes, y emitir un dictamen en el que se establecería si se apreciaba o no la existencia de conflicto de intereses —considerándose la existencia de éste cuando se interviniese en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyeran a la vez intereses del puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas—⁴⁷.

- b) Un marco normativo común para los organismos reguladores económicos: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible

El Capítulo II de la Ley 2/2011 abordó la reforma de buena parte de los reguladores, introduciendo por primera vez ⁴⁸ en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común, que persigue preservar su independencia frente al Gobierno y el sector regulado y, al tiempo, incrementar eficiencia y transparencia: reduciéndose el número de miembros

pertinente el señor compareciente, con unas palabras iniciales y después los grupos que quieran plantear alguna cuestión tendrán la oportunidad de hacerlo, pero siempre sobre la base de que esta es una comparecencia para dictaminar sobre la posible existencia de conflicto de intereses entre el cargo y las actividades de la persona propuesta. (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 747, de 14/02/2007, pág. 2); «El señor Presidente: Quiero hacer solo dos aclaraciones: una, que sí se ha distribuido a los grupos parlamentarios el currículum vitae del señor propuesto y, dos, que estamos elaborando —insisto— un dictamen no de idoneidad sino de conflicto de intereses. La señora Malaret García: Muy rápidamente. Como el trámite parlamentario es para examinar la idoneidad del candidato, sin perjuicio... El señor Presidente: No es la idoneidad. La señora Malaret García: La ley la leo y la interpreto. Que luego se añadiera en el trámite de elaboración parlamentaria de la ley una referencia al contenido del dictamen con relación al conflicto de intereses no anula la parte anterior del precepto. Además este precepto es coherente con todas las reivindicaciones que existían con anterioridad al proyecto de ley precisamente con relación a la significación que tiene que tener el trámite parlamentario... El señor Presidente: Por las cosas que se han dicho quisiera solo insistir en cuál es el cometido que tiene esta Comisión en este punto del orden del día. En el artículo 2, párrafo tres, de la ley se dice con toda claridad: La Comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflictos de intereses. Todo lo demás es muy legítimo que se lo planteen, pero aquí estamos discutiendo si hay o no conflicto de intereses.» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 747, de 14/02/2007, págs. 8 y 9).

⁴⁷ Sobre la manipulativa distorsión del trámite parlamentario consistente en dictaminar la existencia o no de conflicto de intereses —de cuyo significado y alcance económico-profesional no puede existir duda alguna—, resulta llamativa la intervención del portavoz popular en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados con motivo de la comparecencia ante la misma el 8 de junio de 2011 del candidato a Director de la Agencia de Protección de Datos: «A nuestro juicio sí existe un evidente conflicto de intereses... Mi grupo se queda desolado no solo por la propuesta gubernamental sino por lo normal que parece que un ministro proponga a su jefe de gabinete y que esa propuesta tenga el carácter de independencia que la ley determina. Por tanto, entendemos que existe un conflicto de intereses... Permítame decirle que nuestro grupo entiende que hay un conflicto de intereses grave entre lo que usted hace hoy, que es ser jefe —que es un puesto dignísimo— de gabinete de un ministro, y lo que pretende hacer mañana, que es, como dice la primera línea, actuar con independencia de las administraciones públicas. Nos parece que el grado de conflicto es el máximo» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 786, de 08/06/2011, págs. 9 y 10).

⁴⁸ La experiencia comparada nos muestra un similar intento de articular legalmente un *marco normativo mínimo y común* a todas las Administraciones. En Italia, el 19 de febrero de 1999 se presentó una *Hipótesis de proyecto de ley de regulación general de las Autoridades independientes* (ISLE: «Le Autorità indipendenti», *Rassegna Parlamentare*, núm. 4, 1999, págs. 899 a 947) elaborado por la Escuela de ciencia y técnica legislativa ISLE con las siguientes premisas básicas: 1) la ley marco pretendía definir los poderes y límites en la creación de Administraciones independientes; 2) la ley general establecería un cuadro mínimo de reglas comunes que, posterior-

de los Consejos, estableciendo nuevos mecanismos de exigencia de responsabilidad, preceptuando en el proceso de nombramiento la comparecencia ministerial y de los candidatos ante el Parlamento o elaborando los correspondientes Informes y Memorias. No obstante, la ley restringe su ámbito de aplicación a la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional de Juego y, en buena medida, a la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y a la Comisión Nacional de la Competencia, pero excluyó los reguladores del ámbito financiero y bursátil.

Los *rasgos principales* del supuesto reforzamiento de la independencia de los reguladores económicos serían los que siguen:

1º) La «independencia institucional» de los reguladores se asienta en el reconocimiento de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado, esto es, los reguladores económicos actuarán con independencia frente a «cualquier interés empresarial o comercial» y, sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, los organismos reguladores «no podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada».

No se desconoce, por lo tanto, la inevitable necesidad de relacionamiento que requiere el funcionamiento de los organismos reguladores tanto con el resto de la Administración Pública como con los sectores privados pero, al tiempo, se previene frente al riesgo de *captura de los reguladores* por las entidades privadas y se proscribe que el Gobierno pueda injerirse en su actuación mediante instrucciones específicas. De hecho, únicamente se admite la intervención gubernamental en los sectores regulados mediante el ejercicio de su potestad normativa, esto es, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria o de la iniciativa legislativa.

Lo cierto es que las anteriores previsiones poco contribuyen a garantizar efectivamente la independencia de los reguladores frente al Gobierno o los sectores económicos. Más allá de genéricas proclamas, la efectiva independencia la encontraremos, más bien, en las reglas que regulan su régimen de incompatibilidades presentes y, especialmente, futuras: a) por un lado, el Presidente y los Consejeros están sometidos al régimen de incompatibilidades de actividades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado 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 y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; b) y, por otro

mente, se concretarían en las leyes singulares adaptándose a cada sector regulado; 3) el gobierno de dichas Autoridades se atribuiría a órganos colegiados (Presidente y un número de miembros no superior a ocho) y en su nombramiento, intervendrían el presidente de la República, el Consejo de Ministros y las Comisiones parlamentarias; 4) los miembros de los reguladores deberían contar con reconocida competencia y profesionalidad (su currículum sería publicado en el Boletín Oficial) y serían inamovibles por un periodo no renovable de siete años; 5) contarían con un amplio poder normativo y notables facultades de carácter administrativo, inspector, arbitral y sancionatorio. Véanse, además, los comentarios a favor de este modelo de E. CHELI y S. RODOTA: «Le Autorità indipendenti», ISLE, *Rassegna Parlamentare*, núm. 4, 1999, págs. 928 y 937.

lado, durante los dos años posteriores a su cese, no podrán ejercer actividad profesional privada alguna en empresas relacionadas con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores.

2º) La «independencia política» de los reguladores frente al Gobierno no se deduce tanto de su sistema de nombramiento como de su modelo organizativo y de la regla de la inamovilidad y la prohibición de reelección de los miembros de su órgano de gobierno colegiado (Consejo que asume las funciones más relevantes) integrado por un Presidente y seis Consejeros. De hecho, llama la atención la expresa prohibición de asistencia a las reuniones del Consejo de los miembros del Gobierno u otros altos cargos de las Administraciones Públicas.

Así, al Gobierno sigue correspondiéndole el monopolio del nombramiento gubernamental pues el Presidente y los Consejeros son nombrados por el Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. Dicha audiencia previa, versará sobre la capacidad de los candidatos y en el caso del Presidente se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado. Ahora bien, el mandato del Presidente y los Consejeros se extiende a seis años sin posibilidad de reelección: lo que, junto a la proscripción del cese discrecional, constituyen la auténtica clave de bóveda de la «independencia política» frente al Gobierno (el cual, a buen seguro, nombrará inicialmente a sus afines —o a parte de ellos a través de algún sistema de *lottizzazione* o de distribución de cuotas con el resto de partidos políticos con representación parlamentaria⁴⁹— pero cuyo control acabará diluyéndose ante la *potencia emancipadora* de la regla de la inamovilidad y no reelección). Así, el cese anticipado sólo podrá producirse a través de *causas tasadas* (renuncia, incompatibilidad sobrevenida, condena por delito doloso, incapacidad permanente) y jurídicamente verificable de forma que sólo resultará admisible la separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes del cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés, y del deber de reserva.

3º) La «independencia jurídica» de los reguladores tiene su único y verdadero exponente en el régimen de impugnación de sus actos pues éstos ponen fin a la vía administrativa y resultan directamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁰.

4º) La institucionalización de un mayor «control parlamentario» de los órganos reguladores suple las expectativas defraudadas por la ya aludida devaluada intervención par-

49 Bajo la vigencia de esta norma —como resulta fácilmente comprobable recurriendo a las hemerotecas— la práctica cuotificadora se ha llevado hasta el extremo de dejar de nombrar puestos vacantes en los organismos reguladores reservados a determinado partido ante el desacuerdo global del principal partido de la oposición parlamentaria. Así ocurrió en 2011 finalizando la Legislatura (2008-2011) cuando el Gobierno del PSOE nombró a buena parte de los cargos vacantes en los organismos reguladores con sus afines y los propuestos por otros partidos con representación parlamentaria pero dejó pendiente de nombramiento los puestos que entendía correspondían a la *cuota* del PP.

50 Sobre las dificultades con las que se encuentran los Tribunales contencioso-administrativos cuando tratan de revisar las decisiones de las Comisiones Reguladoras Independientes, véase ARIÑO ORTIZ, G.: «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 182, 2010, págs. 9 a 37.

lamentaria en el procedimiento de nombramiento de sus miembros. Por un lado, los reguladores enviarán a la Comisión parlamentaria correspondiente la Memoria Anual de actividades, el Informe Económico Sectorial 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 Actuaciones. Además, cada tres años, los reguladores remitirán una Evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos en el sector a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados.

La remisión al Congreso de los Diputados de la documentación anterior no sólo incrementa la transparencia de la actuación de los reguladores si no que posibilita el ejercicio de un control parlamentario directo sobre los mismos al sustentar la comparecencia ante las Comisiones parlamentarias competentes de sus Presidentes con periodicidad al menos anual para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro y, a petición de las Cámaras, en cualquier otro momento.

Todo lo anterior no impide alcanzar una decepcionante conclusión: la previsión legal de un marco normativo común-horizontal para la mayoría de los reguladores económicos ha innovado muy escasamente los rasgos propios de todos ellos que ya recogían sus respectivas leyes específicas y apenas han intensificado los rasgos de independencia ya contenidos en ellas o en la práctica político-parlamentaria previa a la adopción de la ley de economía sostenible.

IV. REVERSIÓN Y CRISIS DE LOS REGULADORES Y LA QUIEBRA DEL PARADIGMA DE LA INDEPENDENCIA⁵¹

A) JAQUE A LA INAMOVILIDAD DEL ORGANISMO DIRECTIVO: DEL CESE DISCRECIONAL A LA RENUNCIA ANTICIPADA (ACPD Y BANCO DE ESPAÑA)

1º) Dejando de lado los muy relevantes supuestos que glosaremos posteriormente, resultan ciertamente contados los casos de agresiones directas a la independencia de los reguladores que se hayan evidenciado durante las dos últimas décadas y entre los que se ubica, en primer lugar, el caso de cese discrecional que resolvió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de julio de 2008 en la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 31 de Mayo de 2005, sobre cese del director de la Agencia Catalana de Protección de Datos.

El 31 de mayo de 2005 el Govern de la Generalitat de Catalunya decidió la separación del entonces Director de la ACPD imputándole incumplimiento de sus obligaciones concernientes a la salvaguarda de la independencia y objetividad del Organismo,

51 De singular interés resultan las reflexiones vertidas, a partir de la experiencia de la crisis económica, sobre la superación del paradigma de la eficiencia económica y la necesidad de regulación y control sobre los mercados por RECALDE CASTELLS, A.: *El papel del «Derecho» en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía*, Laboratorio de Alternativas, Documento de trabajo 150/2009.

y perjuicios a los ciudadanos y a la imagen de la Agencia al amparo de art. 13.3 c) de la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la ACPD donde se enuncia como causa de cese: la «separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente expediente, a propuesta de las tres cuartas partes de los miembros del Consejo Asesor, por incumplimiento de sus obligaciones, incompatibilidad, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones o condena por delito doloso». Esto es, como resulta obvio, no se asimila su régimen de separación al de un cargo de confianza del poder ejecutivo ya que, si bien en este caso su designación y cese son libres por parte de quien los ha elegido, el Director de la ACPD, en aras de la independencia del organismo, sólo podía ser cesado por concurrir alguno de los motivos señalados por la letra c) del artículo 13.3 —con cumplimiento de los requisitos tanto de propuesta por un quorum especial de los miembros del Consejo Asesor, como de tramitación del oportuno procedimiento— pues había sido nombrado el 23 de junio de 2003 por un período de cuatro años.

Los hechos acontecidos en torno a la organización de una «Jornada sobre protección de datos» —en la que un trabajador de la ACPD distribuyó involuntariamente un escrito de naturaleza político-partidista— comportaron que el Director de la ACPD le incoara un expediente disciplinario y, a su vez, que el Consejo Asesor acordará (por diez votos frente un total de trece) proponer al Govern de la Generalitat la instrucción de un expediente de cese del Director de la ACPD, por considerar que su actuación en los hechos ocurridos durante la referida jornada constituía un incumplimiento grave de sus obligaciones. Finalmente, el 31 de mayo de 2005, basándose en el informe del instructor, el Govern acordó el cese del Director de ACPD.

Sin embargo, recurrido dicho cese, la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2008 lo anuló por no ser conforme a derecho —otorgándole al exdirector una indemnización de 40.000 euros pero sin reponerlo en el cargo— al no haber realizado más razonamiento que la remisión genérica a las conclusiones del informe del instructor, pero sin concretar la conducta que constituyó tal inobservancia o cercenación de sus atribuciones y habiendo afirmado el Instructor lo que sigue: «la ley establece un conjunto de causas de cese cuya concurrencia debe ser verificada por el Consejo Asesor y que tienen un contenido de cierta amplitud pues se relacionan de manera muy importante con la variante institucional del cargo de Director de la ACPD y la responsabilidad que le es predicable i exigible dentro de unos “estatutos” en los que el elemento de “confianza” adquiere una relevancia especial ... por lo tanto este expediente sirve también al objetivo de motivar la pérdida de confianza en la persona del Director de la ACPD indicando las causas. En este expediente no se realizan imputaciones de carácter disciplinario sino que se recogen y motivan los factores que determinan la pérdida de confianza». Esto es, el instructor alude a una crisis de confianza en el Director como elemento principal cuando el Director es un alto cargo, pero no un cargo de confianza del Consejo Asesor, como erróneamente se califica: «El director de la ACPD de esta manera había perdido la confianza del Consejo Asesor ... Perdida la confianza del Consejo Asesor, el Govern de la Generalitat, respetando el criterio valorativo del Consejo y su autonomía para el ejercicio de sus funciones, acordó el cese del director de la ACPD

Pero, como bien concluye la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2008, el Director de la ACPD reviste la naturaleza de un órgano de gobierno de un organismo independiente, erigiéndose como garantía de esta independencia el hecho de que su nombra-

miento y su cese no puedan ser libremente acordados por el poder ejecutivo, sino que requieran la participación —indirecta pero necesaria— de diversas instituciones, así como la concurrencia probada, en el supuesto de separación, de una de las causas tasadas, legalmente establecidas, y sin que estas causas puedan ni deban ser interpretadas en sentido amplio —como postula el informe del instructor al aludir a la confianza en la que des-cansa el cargo—, sino en sentido estricto, ante la peculiar naturaleza del ente independiente. Ahora bien, recuerda la STJC, en el informe elaborado por el instructor no se alude a la cercenación de ninguna de las atribuciones del Director, sino que considera demostrada una culpa «in vigilando» por parte del Director respecto del comportamiento habitual y conocido del trabajador consistente en que éste utilizaba el centro de trabajo y sus medios para imprimir y hacer circular documentos relativos a una formación política, a la cual ambos pertenecían, lo cual implicaba un atentado a la objetividad e independencia política de la Agencia, valores por los que el Director debía velar, y cuya lesión debía evitar.

Por todo ello, la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2008 falló que, no describiéndose concretas funciones del Director que fueran incumplidas y no tratándose de un órgano cuyo titular fuera designado y cesado por la confianza que ostenta en él el órgano que lo elige, sino que su separación sólo puede ser acordada por la concurrencia de una causa legalmente prevista, en el caso en cuestión ni se razonó ni se probó la existencia de la misma.

2º) De mucho mayor impacto social y mediático resultaron las críticas gubernamentales que se cernieron sobre el Gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, en el mes de mayo de 2012 relativas a la supuesta defectuosa actuación supervisora del mismo sobre las entidades financieras españolas y, en particular, sobre el proceso de formación de determinadas entidades financieras como BANKIA.

Así, el portavoz del PP en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, Vicente Martínez-Pujalte, el 10 de mayo acusaba al Banco de España de obligar al exministro Rato a «hacerse cargo de Bancaja con una información que a lo mejor no era acertada». En la misma fecha, el vicepresidente de la Comunidad de Madrid, Ignacio González, aseguraba que la «incapacidad y el desconocimiento» financiero de Fernández Ordóñez había llevado al Estado a tener que convertirse en accionista principal de Bankia. Y, pocos días más tarde, el Vicesecretario de Organización y Electoral del PP, Carlos Floriano, calificaba de «lamentable» la gestión del gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, añadiendo que las labores de supervisión del Banco de España estaban puestas en cuestión «como consecuencia de una pésima gestión»⁵². Por último, el mismo Ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos, vertía nada veladas críticas al abogar el 21 de mayo por una «recuperación del prestigio» perdido por el Banco de España causada por el anterior Ejecutivo socialista al no elegir a un candidato a Gobernador de consenso para dirigirlo calificándolo como «un error tremendo», relacionado con los «problemas que han derivado en una crisis financiera profundísima», y aseguró que en su sustitución primaría la ausencia de «perfil político en favor de la «absoluta cualificación profesional».

52 www.europapress.es, 14 de mayo de 2012.

Las importantes críticas sobre la actuación del Gobernador del Banco de España que acabamos de referir, de resultar pacíficas, se ubicarían en la causa de cese anticipado prevista en el art. 25.4 d) de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España: «d) Separación acordada por el Gobierno... por incumplimiento grave de sus obligaciones ... el acuerdo de separación deberá adoptarse a propuesta del Consejo de Gobierno del Banco, previa audiencia del interesado». Sin embargo, lejos de activar este procedimiento de cese anticipado —durante los escasos meses anteriores desde el acceso al Gobierno del PP, éste se había declarado favorable a que el Gobernador agotase su mandato temporal—, el Gobierno mantuvo la presión ambiental crítica con el Gobernador del Banco de España lo que condujo a que éste anunciase el 29 de mayo su renuncia anticipada para el 10 de junio (tan sólo un mes antes del agotamiento de su mandato) excusándose en la conveniencia de que su sucesor pudiera afrontar toda la nueva reforma financiera —lo que el Presidente del Gobierno recibió con agrado por «favorecer una transición ágil y eficiente»⁵³—.

Aun no resultando significativo el adelanto temporal en el agotamiento de su mandato, la renuncia del Gobernador del Banco de España producida en los términos anteriores evidencia una reflexión de indudable interés que alcanza al debate sobre el estatuto de independencia de las Administraciones independientes: al margen de las previsiones legales relativas a las causas de cese legalmente tasadas, la *presión político-mediática* puede ser determinante para provocar una renuncia anticipada que supla la activación de los mecanismos legales de cese —con el coste político y dificultades jurídicas con que puede toparse el Gobierno de turno— y, produzca, en consecuencia, los mismos efectos.

A) LA REFORMA DE LOS REGULADORES ECONOMICOS ANUNCIADA POR EL CONSEJO DE MINISTROS DE 24 DE FEBRERO DE 2012: LA NUEVA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y SUS IMPLICACIONES FUNDAMENTALES

El Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 conoció el «Informe sobre la reforma de los organismos supervisores» presentado por la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia que anticipaba un *Anteproyecto de Ley de reforma de organismos supervisores*⁵⁴ dirigido —por considerar excesivamente costoso el número de reguladores y necesitado de una revisión multisectorial tras un largo proceso de liberalización, transición a la competencia y avance tecnológico— a satisfacer la flexibilización de los mercados, la reducción de las trabas administrativas, la simplificación regulatoria y la austeridad y profesionalidad del sector público.

Pero lo cierto es que sus *implicaciones* tenían un muy largo recorrido:

53 www.efe.com, 29 de mayo de 2012.

54 www.bitacora.lasindias.com/files/2012/03/anteproyecto-de-ley-1.pdf

55 Una crítica contundente a la decisión de fusionar los organismos reguladores, en DE LA QUADRASALCEDO, T.: «A la confusión por la fusión», *El País*, 22 de abril de 2012, Negocios, pág. 21.

1º) Supresión de todos los organismos reguladores existentes de naturaleza económica (excepto los financiero-bursátiles, como el Banco de España y la CNMV, y el CSN) —la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria— y sustitución por una única Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁵⁵.

2º) No creación del *nonato* Consejo Estatal de Medios Audiovisuales previsto en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

3º) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá por objeto agrupar las funciones de supervisión de todos los anteriores organismos independientes pero revertiendo al Gobierno funciones hasta la fecha de los reguladores: los órganos competentes de los distintos Ministerios asumirían las tareas de registro de los operadores, su inspección y demás tareas administrativas⁵⁶.

4º) La nueva *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* estará compuesta por nueve consejeros, que nombrarán un Presidente y un Vicepresidente, propuestos por el Gobierno y cuyo nombramiento sólo podrá evitarse mediante un veto por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, por un mandato temporal de seis años con renovaciones parciales. Adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad, su sede se ubicará en Madrid, pero podrá contar con subsedes. Supuestamente, la mayor independencia de los organismos reguladores debía alcanzarse mediante la intervención parlamentaria en la fase de nombramiento —principal novedad respecto del régimen anterior de todos ellos— pero lo cierto es que al sustanciar la intervención parlamentaria en un mero potencial veto por mayoría absoluta puede afirmarse que cualquier Gobierno que goce de amplio respaldo parlamentario (y, sin duda, si éste es de mayoría absoluta) podrá imponer un alto grado de gubernamentalización en la composición de la CNMC (especialmente, al combinarlo con el reparto sustentado en cuotas parlamentarias).

5º) Los *motivos declarados* del Gobierno en su referencia del Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 serán: a) maximizar el bienestar del consumidor, garantizando el correcto funcionamiento de los mercados en un entorno competitivo y el libre acceso a las redes, y las infraestructuras esenciales sin discriminación entre operadores; b) preservar la seguridad jurídica, clarificando competencias, aplicando criterios homogéneos en ámbitos regulatorios con las mismas características económicas, garantizando la necesaria armonización entre la política sectorial y de competencia y reduciendo la incertidumbre regulatoria⁵⁷; c) incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos pú-

56 «Algunas previsiones de asunción por los poderes públicos de poderes detentados hasta ahora por los organismos de regulación, la insistencia de reconducir las competencias del único organismo de regulación hacia tareas de supervisión o el cuidado en reducir competencias normativas de las comisiones son una reconquista del terreno que se había entregado a las comisiones independientes. Esa pérdida de independencia no augura nada bueno para la regulación» (DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «A la confusión por la fusión»..., pág. 21).

57 Las necesidades de coordinación de la actuación de los diferentes reguladores económicos ya fueron expuestas en BACIGALUPO SAGGESE, M.: «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, págs. 395 a 419.

blicos, evitando duplicidades por el solapamiento de funciones, y alcanzando sinergias y ahorros adicionales; d) mejorar la calidad supervisora al aunar en un solo órgano un profundo conocimiento técnico, sectorial y de competencia y al fortalecer una mayor independencia y neutralidad.

Ahora bien, más allá de la mera sospecha⁵⁸ los *motivos indisimulados*—y, en absoluto, ocultos⁵⁹— que animaron al Gobierno a realizar esta reforma del conjunto de los organismos reguladores económicos pueden fácilmente encontrarse en las hemerotecas⁶⁰ del año 2011 cuando, finalizando la Legislatura, el Gobierno del PSOE procedió a cubrir numerosas vacantes existentes en los organismos reguladores con afines y altos cargos del Gobierno a lo que la oposición política representada por el PP respondió con un *igual que se nombran se cesan*.

Por otro lado, se plantean un elenco de interrogantes jurídicos de amplio alcance: 1) ¿puede el legislador suprimir libremente y sin condiciones una administración independiente? ¿puede producirse *ex lege* un cese anticipado del mandato vigente de los miembros de los reguladores ajeno a las causas tasadas legalmente establecidas⁶¹? ¿en qué condiciones?

Lo cierto es que los organismos reguladores llamados a ser extinguidos con la constitución de la nueva CNMC tuvieron una óptima ocasión para pronunciarse sobre estos

58 «En último término puede latir la sospecha de si la operación no respondería también, en alguna medida, al deseo de quitarse de encima a los consejeros heredados de la etapa del Gobierno anterior, aunque cada uno con sus propios orígenes en función de los criterios de nombramiento, que todavía tenían por delante años de mandato. Todo ello para ejercer un pleno control de los importantes sectores económicos afectados» (DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «A la confusión por la fusión»..., pág. 21).

59 Aunque *el Programa Electoral del Partido Popular* se limitaba a formular como propuesta: «Redefiniremos la organización y funciones de los organismos reguladores sobre la base de los principios de independencia, profesionalidad, austeridad y eficacia» (pág. 155).

60 De las numerosas referencias periodísticas existentes baste mencionar las protagonizadas por Cristóbal Montoro, portavoz económico del PP en la oposición y, actualmente, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. El 18 de abril de 2011 la página web oficial del PP publicaba el comunicado de prensa siguiente: «*El PP pide que la elección de los órganos reguladores requiera acuerdos entre los grupos políticos...*». El portavoz del PP ha asegurado que se trata de un asunto «importante», porque el Gobierno introdujo en la Ley de Economía Sostenible la intención de llevar adelante una política de nombramientos con la que el PP no está de acuerdo, por lo que ha advertido que un futuro Gobierno del Partido Popular «no respetará» esos nombramientos porque entiende que el Gobierno está utilizando un procedimiento «espúreo» (http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-pide-que-eleccion-organos-reguladores-requiera-acuerdos-grupos-politicos_4611.html). Igualmente reveladoras son las declaraciones del diputado José Luis Ayllón, actualmente Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, a Europa Press el 3 de junio de 2011: «En un encuentro con periodistas en el Congreso, Ayllón ha remarcado que considera «vergonzoso» que el Ejecutivo esté colocando secretarios de Estado al frente de los órganos reguladores ... En este sentido, ha remarcado que el Ejecutivo «no ha tenido interés en pactar con el PP» y que no «respetará» estos nombramientos si llega a la Moncloa».

61 Resulta de interés en este punto —aunque nos referiremos específicamente al tema en el apartado siguiente— que el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE ha venido a cambiar el régimen de nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de RTVE aplicándose a todos los vocales que habían agotado su mandato pero respetando la permanencia de aquellos vocales a los que todavía restaba tiempo de mandato. Así, en junio de 2012 se ha procedido a designar cinco miembros del Consejo de Administración de RTVE pero dejando pendientes de renovación hasta enero de 2013 las cuatro plazas pendientes de agotar su mandato (www.elpais.com, 6 de junio de 2012).

interrogantes en sus Informes al Anteproyecto de Ley y, muy curiosamente, en modo alguno cuestionaron la legalidad de la extinción de estos organismos reguladores ni del inminente cese de sus miembros con la entrada en vigor de la nueva Ley —aún sin haber agotado el mandato temporal para el que fueron designados⁶²—.

Así, por ejemplo, la CNC emitió el 15 de marzo de 2012 un *Informe al Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC*⁶³ muy crítico con el procedimiento seguido por la iniciativa legislativa (falta de asesoramiento de los organismos independientes involucrados y de un debate abierto con el resto de potenciales interesados o afectados) pero demandando, incluso, mayor celeridad en la extinción de los organismos reguladores y la efectiva constitución de la nueva CNMC o, curiosamente, proponiendo la designación gubernamental de sus Presidente y Vicepresidente (a pesar de postular el Anteproyecto su elección interna por la CNMC)⁶⁴.

Lo cierto es que, como ya tuvimos ocasión de argumentar tiempo atrás⁶⁵, el legislador goza de libertad para crear y regular Administraciones independientes en los términos constitucionales previstos, singularmente, en el art. 103.2 CE: «Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley». Si bien el legislador no puede privar de sus rasgos constitucionales al Gobierno (y, de entre ellos, negar poder de dirección de la Administración), resulta doctrinalmente pacífica la capacidad del legislador para crear Administraciones independientes sin más límites que los impuestos por los arts. 103.1 y 106 CE. Y ello por cuanto, si el poder directivo del Gobierno previsto en el art. 97 CE debe ejercerse de acuerdo con las leyes, al legislador

62 Así, la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC —«Constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia»— establecía: «1. En el plazo de veinte días desde la publicación del Real Decreto de nombramiento de los miembros del Consejo, se procederá a la constitución de la CNMC. 2. El ejercicio efectivo de las funciones atribuidas a la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministerio de Economía y Competitividad y, en todo caso, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley». Su Disposición adicional segunda declaró extinguidos los siguientes organismos: CNC, CNE, CMT, CNSP, CNJ, CEMA y el Comité de Regulación Ferroviaria (*sic*). Y, finalmente, la Disposición transitoria tercera establecía: «Hasta la constitución efectiva de la CNMC, los organismos supervisores continuarán ejerciendo las funciones que desempeñan actualmente...». De todo ello se deduce el cese anticipado de todos los miembros de los organismos reguladores extinguidos con anterioridad al agotamiento de su mandato temporal. Lo que marca una significativa diferencia con el supuesto que analizaremos a continuación provocado por el Real Decreto-Ley 15/2012, de 20 de abril, por el que se modifica el sistema de designación de los miembros del Consejo de Administración de RTVE. En este caso, no se produce el cese anticipado de sus miembros sino que se respeta el agotamiento del mandato temporal. Diferente trato que se justificará en la distinta naturaleza de los supuestos derivada, básicamente, de la extinción de los organismos en el primer caso —aunque, en puridad, existe un nuevo organismo que los sucede en el ejercicio de buena parte de sus funciones— y de la subsistencia del mismo en el segundo supuesto.

63 <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes/tabid/166/Default.aspx>

64 Sin cuestionar, tampoco, la revocación legal anticipada del mandato temporal de sus miembros, pero igualmente críticos con numerosos aspectos referidos a la independencia de la nueva CNMC, fueron los Informes emitidos en la misma fecha por la CNE (www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne06_12.pdf), la CMT (www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=dc88a69...) y la Comisión Nacional del Servicio Postal (www.cns-postal.es/.../Informes/Anteproyecto_Ley_Creaciona_CN...). No obstante, este último organismo regulador propuso en su Informe la inclusión en el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC de una nueva disposición transitoria «en la que se resuelva (¿?) sobre la situación de los miembros de los Consejos que cesan, sin haber cumplido el término de su mandato, como consecuencia de la entrada en vigor de la presente Ley».

65 RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes...*, págs. 303 y ss.

corresponde regular la organización administrativa. No obstante, también parece claro que no existen mandatos constitucionales que obliguen a la creación de Administraciones independientes considerando inexcusable la necesidad de reconocer por ley autonomía a ciertos órganos e instituciones: con la excepción evidente de que esta obligación derive de exigencias de Derecho Comunitario⁶⁶ en cuyo caso no será disponible, sino obligatoria, para el legislador la creación y mantenimiento —sin que quepa su supresión, incluso, por ley— de la Administración independiente impuesta por normas comunitarias.

Así las cosas, la *apriorística* libertad del legislador para crear Administraciones independientes también es predicable de su supresión (como, de hecho, ya ha ocurrido en el pasado). Sin embargo, conviene ser consciente de la polémica que se ha producido, en ocasiones, en otros países⁶⁷ y, de forma especial, hay que preguntarse si podría entrar en juego y apreciarse violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ante la supresión legislativa de una Administración independiente creada por ley, esto es, si podría considerarse «abuso de poder legislativo la abolición repentina e inmotivada»⁶⁸ y, por ende, estimarse constitucionalmente proscrita su supresión. A nadie escapa la enorme dificultad de apreciar la arbitrariedad del legislador como lo proclama el Tribunal Constitucional: «la calificación de “arbitraria” dada a una ley a los efectos del art. 9.3 exige también una cierta prudencia. La Ley es la “expresión de la voluntad popular”, como dice el preámbulo de la Constitución y como es dogma básico de todo sistema democrático ... la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad» (STC 108/86).

En definitiva, afirmar la inconstitucionalidad de la supresión por ley de una administración independiente por arbitraria exigiría probar que dicha decisión «carece de toda explicación racional» y en el tema que nos ocupa —y, en cualquier otro asimilado— será harto difícil. La creación por ley de la CNMC y, la consiguiente supresión de los reguladores afectados se ampara formalmente en una voluntad de racionalización y ahorro que no admite mayor objeción que la que pueda derivar del potencial incumplimiento de

66 STAMMATI, S.: «Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”», *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1999, pág. 80.

67 En Francia, la Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1984 (idéntico criterio en sus Decisiones de 18 de diciembre de 1986 y de 17 de enero de 1987) reconoció expresamente el poder del legislador para suprimir la «Comisión para la Transparencia de la Prensa» negando la exigencia constitucional de dicha Autoridad Independiente (aun cuando su creación buscara la garantía de un derecho fundamental): «La ley es la ley y lo que puede hacer puede deshacerlo» (PISIER, E.: «Vous avez dit indépendantes?. Réflexions sur les AAI», *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, pág. 80). Ahora bien, en esa misma Decisión el Consejo Constitucional francés advirtió al legislador que dicha supresión no podía comportar la falta de protección de un principio de valor constitucional. En Italia, la doctrina ha hipotizado sobre la inconstitucionalidad de la supresión de una Administración independiente en los siguientes términos: «dicha ley debería convencer a sus eventuales jueces, sobre todo, de no haber sido aprobada para debilitar el ejercicio de principios o derechos constitucionales, y, además, de haber sido aprobada bien por haber venido a menos las exigencias de garantía que determinaron originariamente la creación de cada particular Autoridad, bien por el hecho de que las exigencias puedan satisfacerse, de forma no menos eficaz, recurriendo a diferentes mecanismos de garantía» (STAMMATI, S.: «Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”»..., pág. 80).

68 MANETTI, M.: «Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione», *Politica del Diritto*, núm. 4, 1997, pág. 670.

alguna norma comunitaria que preceptúe en alguno de los ámbitos afectados por la reforma una regulación independiente específica. Sin embargo, dado que la supresión de estos reguladores implica la lógica revocación anticipada del mandato temporal fijo de sus integrantes, habría que preguntarse si esta «explicación racional» (ahorro y racionalización) no enmascara la real intención gubernamental —anunciada, como hemos mostrado sobradamente, con anterioridad a la finalización de la Legislatura— de quebrar la independencia del regulador legalmente exigida y, por lo tanto, nos hallamos ante la ausencia de explicación racional a la que la jurisdicción constitucional refiere.

B) EL ASALTO AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE RTVE: REAL DECRETO-LEY 15/2012

El Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio, constituye el instrumento jurídico elegido por el Gobierno para revocar el régimen de administración vigente de RTVE e imponer uno nuevo sin necesidad de trámite parlamentario en el que alumbrar consensos y por la extraordinaria y urgente necesidad (!) provocada, *aparentemente*, por *el desgobierno* (vacantes la Presidencia y varias vocalías) existente en dicha Corporación y *efectivamente* por la percepción gubernamental de «hostilidad informativa de RTVE hacia el Gobierno»⁶⁹.

Hasta esa fecha, la Ley 17/2006, de 5 de junio, dotaba a la radio y a la televisión de titularidad estatal de un régimen jurídico que garantizaba su independencia, neutralidad y objetividad y que establecía estructuras organizativas que le permitían cumplir con su función de servicio público con eficacia, calidad y reconocimiento público. Su gobierno se atribuía a un Consejo de Administración integrado por doce miembros designados por las Cortes Generales —cuatro por el Senado y ocho por el Congreso de los Diputados entre personas de reconocida cualificación y experiencia profesional, por mayoría de dos tercios—. El Congreso de los Diputados, de entre los consejeros electos, designaba al Presidente por una mayoría de dos tercios y todos ellos tenían un mandato de seis años, excepto en su primera formación —que será de tres—, con renovaciones parciales por mitades cada tres años.

Lo cierto es que el primer (y único) Consejo de Administración nombrado al amparo de la Ley 17/2006 ha sufrido avatares inéditos hasta entonces: renuncia del primer Presidente y, tras la dimisión de éste, de un segundo Presidente en julio de 2011, y de otros dos consejeros; la expiración del mandato de cinco de los consejeros sin expectativas de sustitución; presidencia interina rotatoria, imposibilidad de aprobación de cuentas, etc.

El Real Decreto-ley 15/2012 ha supuesto un impacto organizativo y en el estatuto de los miembros del Consejo de Administración de primera índole:

1º) Reducción del número de miembros del Consejo de Administración por mor de la eficacia y eficiencia pasando de doce a nueve miembros —«todos ellos personas físicas

⁶⁹ Por todos, sirvan las siguientes declaraciones del Ministro de Industria, Energía y Turismo, José Manuel Soria, sobre la hostilidad informativa de RTVE contra el Gobierno: «Es una hostilidad como nunca se había dado contra ningún gobierno, particularmente en las elecciones andaluzas y con las reformas que se están llevando a cabo» (*El Mundo*, 30 de abril de 2012).

con suficiente cualificación y experiencia profesional, procurando la paridad entre hombres y mujeres en su composición»— y resultando directamente excluidos los elegidos a propuesta de los sindicatos más representativos a nivel estatal.

2º) Reforma del sistema de designación de los miembros del Consejo de Administración y del Presidente —por ineficaz al no permitir su renovación con «la agilidad necesaria» (!)— de manera que, si no se logra la mayoría de dos tercios para la elección de los miembros del Consejo de Administración, la votación se repetirá transcurridas veinticuatro horas y bastará la mayoría absoluta —así los preveía también la disposición transitoria cuarta de la Ley 17/2006, para la elección del primer mandato de los miembros del Consejo de Administración—⁷⁰.

3º) Eliminación, excepto en el caso del Presidente, por criterios de austeridad y eficiencia, de las retribuciones fijas que hasta ahora recibían los miembros del Consejo de Administración, siendo sustituidas por indemnizaciones por asistencia a las sesiones del Consejo⁷¹.

C) ¿LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA SIN AUTORIDAD GARANTE INDEPENDIENTE?: CRÓNICA DE LA CONFUSIÓN

Sabido es que España es uno de los escasos países ajenos a la protección otorgada hoy por la mayor parte de los países europeos, americanos y de buena parte del resto del mundo al derecho de acceso a documentación administrativa⁷².

También es conocido que el 18 de junio de 2009 se firmó en Tromsø (Noruega) el *Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos* cuyo art. 8 prevé que, tras el correspondiente procedimiento administrativo de reclamación ante la denegación de acceso a determinada documentación administrativa, deberá habilitarse la «apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley mediante un procedimiento rápido y barato, que implique la reconsideración por una autoridad pública

70 Otro buen ejemplo, de nuevo, de la cuotificación presente en el acceso de los partidos a los organismos independientes lo encontramos en el proceso de renovación abierto por el Real Decreto-Ley 15/2012 que llevó al PSOE a impugnar su constitucionalidad y a renunciar a proponer candidato a formar parte del Consejo de Administración de RTVE en la elección parlamentaria efectuada en junio de 2012 (incrementando su cuota el PP).

71 No parece éste un tema menor si lo relacionamos con el estatuto de independencia que la ley 17/2006 otorgaba a los miembros del Consejo de Administración de RTVE a través de un elenco de instrumentos y, también, mediante un régimen de dedicación absoluta, avalado por su régimen retributivo, que el Real Decreto Ley 15/2012 quiebra de la noche a la mañana, el 20 de abril de 2012, con un cuestionable ensañamiento que podría avalar, incluso, la arbitrariedad de la decisión legislativa adoptada. Y ello porque hubiera resultado más proporcionado al justo equilibrio de valores e intereses en juego (independencia del órgano e inmediata renovación del mismo) el mantenimiento del régimen retributivo anterior y la aplicación del nuevo a los que les sucedieran. Una ilustrativa referencia de prensa la ofrecen los titulares *El Mundo* de 27 de abril de 2012: «Consejeros de RTVE en el mercado laboral. Cobraban 110.000 Euros. Los miembros de la cúpula se convierten en “mileuristas” a tiempo parcial que optan por jubilarse, dar clases o buscar un trabajo compatible con los medios» (pág. 50).

72 Una aproximación general a la exigencia de transparencia pública, en GARCÍA MACHO, R. (ed.): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

o la revisión del acuerdo denegatorio. Y, a no dudarlo, la gran mayoría de los Estados que hoy otorgan específica protección al derecho de acceso a documentación administrativa, además de prever el ineludible recurso judicial, contemplan la existencia de singulares «instituciones independientes e imparciales» para la protección de este derecho singular —la mayor parte de las veces compartiendo dicha función de garantía con la protección de datos personales—.

Por todo lo anterior, a la vista de los inequívocos antecedentes de Derecho Internacional y Comparado, de nuevo genera perplejidad el debate/dilema español en torno al modelo de autoridad de garantía del derecho de acceso a documentación administrativa cuya adopción —más tarde que pronto— parece ya inminente. Dejando al margen otros aspectos sustantivos de las diferentes iniciativas, cabe identificar, hasta la fecha, *tres modelos* barajados de autoridad de garantía de la *transparencia-acceso* a documentación administrativa:

1) En verano de 2010, la prensa⁷³ se hacía eco de un borrador de *Anteproyecto de Ley de Transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública* de inminente aprobación tras haber sido analizado en la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios que, de forma incontestable, atribuía a la «Agencia Española de Protección de Datos y acceso a la información» —incuestionable Autoridad independiente e imparcial— la competencia para resolver las reclamaciones sobre acceso a información pública.

2) De la iniciativa anterior no se tuvo más noticia hasta que el 29 de julio de 2011 —agotándose la Legislatura y sin viso alguno de superar exitosamente el trámite parlamentario posterior— el Consejo de Ministros recibió del Ministro de la Presidencia un *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública* que abandonaba el modelo institucional de la iniciativa anterior, omitía la existencia de Autoridad garante específica e independiente, residenciaba en sede judicial la revisión de los actos denegatorios y se limitaba a crear una *Comisión de Transparencia y Acceso a la Información* como órgano encargado de velar por la protección del derecho a la información pública y de fomentar la transparencia en la actividad administrativa pero adscrito al Ministerio de la Presidencia, sin determinar legalmente su composición y estatuto y con meras competencias de estudio, asesoramiento y consultivas.

3) Con la nueva Legislatura, el 23 de marzo de 2012, el Consejo de Ministros recibió de la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia un *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* cuyo texto-borrador optaba por perfilar una específica Autoridad de Garantía de la Transparencia de inequívoca naturaleza gubernamental pues reconvertía la existente Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) en *Agencia de Transparencia y Evaluación de las Políticas Públicas* pero sin definir un específico estatuto de independencia⁷⁴.

73 El País, 16 de agosto de 2010.

74 Ello a pesar de que la Disposición adicional primera del Anteproyecto de Ley referido —«Autorización para la creación de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios e Informe anual al Congreso de los Diputados»— preveía un procedimiento de designación del Presidente de la Agencia que otorgaba cierta apariencia de intervención parlamentaria en el procedimiento de designación: « 5. El Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios será nombrado mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa compa-

4) Lo cierto es que, tras el trámite de audiencia pública abierto el 26 de marzo, el Consejo de Ministros celebrado el 18 de mayo adoptó un *Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* que rectificaba la deriva anterior reforzando la independencia de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los servicios al «equiparar el nombramiento y las causas de cese de su Presidente con los de los organismos reguladores», Así, además de mantener el nombramiento gubernamental previa comparecencia parlamentaria —y derecho de veto parlamentario por mayoría absoluta—, el Anteproyecto de Ley adoptado en Consejo de Ministros el 18 de mayo garantizaba la inamovilidad del Presidente al establecer el elenco habitual de casas tasadas de cese propias de los organismos reguladores⁷⁵; lo que, finalmente, se incorporó al Proyecto de Ley de Transparencia aprobado en Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012.

Esto es, la Autoridad Garante de la Transparencia pasaba a gozar, según fuentes gubernamentales de «un rango institucional idéntico al de la Agencia de Protección de Datos»⁷⁶. Así las cosas, resultará difícil aducir razones para explicar la no atribución de esta competencia de garantía de la transparencia a la AEPD a la vista de los mayoritarios ejemplos de Derecho Comparado que lo hacen, de la racionalización del gasto que supondría también tratarse de una institución preexistente y, muy especialmente, de los borradores gubernamentales barajados por el Gobierno en torno a las mismas fechas. No en vano, en el *Borrador de Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* fechado el 12 de marzo de 2012 se preveía un Recurso especial ante la *Agencia Española de Protección de Datos y Transparencia* (art. 19) y la reforma de la LOPD para modificar el sistema de designación gubernamental de su Director —a «propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos. No obstante, si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase dicha mayoría, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta»— reforzándose notablemente la intervención parlamentaria en la designación y, con ello, su independencia.

recencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente, y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderá aceptado el correspondiente nombramiento». Lo cierto es que a nadie escapa que el Gobierno que cuente con el apoyo de una amplia mayoría parlamentaria —sin matiz alguno si alcanza la mayoría absoluta— podrá, en la práctica, designar libremente al Presidente de esta Autoridad.

75 «6. El Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios cesará de su cargo por la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente expediente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso».

76 www.elpais.com, 6 de junio de 2012.

TITLE: *Politics, economics and rights: the independence of regulators (¿quo vadis?)*

ABSTRACT: *The recent reform of the economic Constitution invites to analyze the current Politics-Economy relationship and, in particular, the evolution of the widespread tendency opened several decades ago for independent decision making on the economy—and, also, for the guarantee of fundamental rights—through the creation of independent agencies. After the initial success of this model, generalizing it and strengthening it, have occurred in recent times decisions of public authorities which demonstrate, even of contradictory form and, perhaps, cyclical, the crisis and breach of the paradigm of the regulator independence. This paper aims to illustrate the evolution suffered by independent authorities and highlights the relevant examples that demonstrate the risk of breaching the regulators independence.*

RESUMEN: *La reforma reciente de la Constitución económica invita a reflexionar sobre el alcance actual de las relaciones Política-Economía y, en particular, sobre el devenir de la generalizada tendencia inaugurada varias décadas atrás para independizar la toma de decisiones sobre la economía —y, también, para la garantía de derechos fundamentales— mediante la creación de administraciones independientes. Tras el inicial éxito de este modelo, generalizándose y perfeccionándolo, se han producido en los últimos tiempos decisiones de los poderes públicos que evidencian, aun de forma contradictoria y, tal vez, coyuntural, la reversión, crisis y quiebra del paradigma de la independencia de los reguladores. Este trabajo persigue ilustrar la evolución sufrida por las administraciones independientes y destacar los relevantes ejemplos que demuestran el riesgo de quiebra de la independencia de los reguladores.*

KEY WORDS: *Independent Agencies, Independent Regulators*

PALABRAS CLAVE: *Administraciones Independientes, Reguladores Independientes*

FECHA DE RECEPCIÓN: 17.06.2012 FECHA DE ACEPTACIÓN: 19.07.2012