

AGENCIAS (Y AGENCIAS REGULADORAS) EN LA COMUNIDAD EUROPEA*

Eduardo Vírgala Foruria**

SUMARIO

- 1.- Introducción.
- 2.- Las Agencias independientes.
- 3.- Las Agencias en la CE.
- 4.- La ausencia de Agencias reguladoras de los servicios de red en la CE.
- 5.- Relación de Agencias comunitarias.
- 6.- Bibliografía utilizada.

1. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior relativo a las Comisiones Reguladoras Independientes en el ordenamiento jurídico español¹ me sorprendió tanto la ausencia en la Comunidad Europea (CE) de este tipo de Comisiones o Agencias en el ámbito de los servicios de red (telecomunicaciones, energía, transporte, etc.) como la falta de estudios en castellano sobre las ya existentes Agencias en otros ámbitos de la CE. Lo anterior es lo que me ha movido a abordar un estudio de la situación jurídica de las denominadas Agencias comunitarias y a intentar buscar las explicaciones del porqué no existen auténticas Agencias reguladoras comunitarias.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Gobernanza económica y Constitución europea" financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (SEJ 2004-07987/JURI) y dirigido por Miguel Ángel García Herrera.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco

¹ VÍRGALA (2004).

2. LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES

El primer elemento a clarificar es el del nombre utilizado para los organismos a los que se dedica este trabajo. Si nos fijamos en el país donde se crearon inicialmente, han recibido la denominación de Agencias ejecutivas las que se integran en el círculo de control presidencial, sus miembros son nombrados y destituidos de manera discrecional por el Presidente y se encuadran en alguno de los Departamentos ejecutivos². Por el contrario, se habla de Agencias independientes cuando son reguladas por ley; poseen independencia estructural y presupuestaria, con organización, personal y recursos financieros propios; el poder presidencial está más limitado al intervenir el Congreso en su nombramiento y ser obligatoria la presencia bipartidista y al ser posible el cese de sus miembros sólo por determinadas causas tasadas³. Dentro de las Agencias independientes, las más relevantes son las Independent Regulatory Commissions (IRC)⁴ que, situadas al margen de los Departamentos presidenciales⁵, ejercen, por delegación del Congreso, poderes normativos y de decisión que afectan directamente a los ciudadanos, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas, sin poder ser influidas o recibir órdenes del Presidente⁶.

² DAVIS (1988, 223), Majone y La Spina (1991, 24), Carbonell (1996, 49).

³ Giraudi y Righettini (2001, 44-45), Carbonell (1996, 48-49), Davis (1988, 224), Froomkin (1987, 788), Gentot (1994, 22-23), Grasso (1999, 122), Guédon (1991, 30), Lombardo (1998, 274), Parada (1999, 289).

Hay que reseñar también que es posible mediante ley la creación de Agencias independientes comandadas por un "inferior Officer" que puede ser designado directamente por el Presidente o por otro cargo ejecutivo: FROOMKIN (1987, 788 NOTA 2).

⁴ Además de éstas puede haber como Agencias independientes las consultivas (por ejemplo, el «National Council on Disability»), de investigación (por ejemplo, el «National Transportation Safety Board»), de estudio (por ejemplo, la «Nasa»), de conciliación extrajudicial (por ejemplo, el «National Mediation Board»): GIRAUDI Y RIGHETTINI (2001, 44).

⁵ Salvo alguna excepción notable como la «Federal Energy Regulatory Comisión» (FERC) que se encuadra administrativamente dentro del Departamento de Energía, pero este dato es considerado por la doctrina norteamericana como un simple formalismo: STRAUSS (1984, 584), MORENO (1995, 66).

⁶ Giraudi y Righettini (2001, 37), Carbonell (1996, 48), Majone (1996, 43), Moderne (1988, 198), Moreno (1995, 90).

La Comisión del Senado sobre actividades de la Administración definió a las IRC en 1977 como Agencias que tienen poder decisorio, establecen estándares y normas concediendo beneficios e imponiendo restricciones en el comportamiento empresarial, operan en la esfera de la actividad empresarial, sus miembros son nombrados por el Presidente con el consentimiento del Senado y sus procedimientos están regidos por la Administrative Procedure Act (APA): MORENO (1995, 88).

En el ámbito europeo continental, estos organismos públicos han recibido la denominación de Autoridades administrativas independientes⁷ o la de Autoridades independientes, sin más⁸, aunque también se utiliza el término Agencias en el Reino Unido y en la CE, por lo que utilizaré en este trabajo los dos términos como sinónimos.

2.1. La creación de Agencias independientes en el constitucionalismo comparado

El surgimiento de las denominadas Agencias independientes en los países europeos tiene un referente claro y directo en las Agencias independientes norteamericanas. Lo anterior no significa que haya de aplicarse sin más la doctrina norteamericana al respecto a la experiencia europea, ya que se trata de un Estado con una forma de gobierno radicalmente diferente a la parlamentaria europea en el que, por ejemplo, la Administración como tal no existe. En los EE. UU. las Agencias independientes han sido históricamente un órgano al servicio del Congreso⁹, pero no integrado en éste, que desarrollan funciones fundamentalmente administrativas, pero al margen de la estructura interna del Poder ejecutivo, es decir, un instrumento más del sistema de equilibrios de la separación de poderes norteamericana.

Lo anterior, sin embargo, no obsta para que las Agencias independientes norteamericanas actúen siempre en el imaginario colectivo del jurista europeo occidental como el modelo a imitar, donde la independencia ha sido más conseguida y donde sus poderes son más extensos. A ello ha de añadirse que la causa última de la proliferación de Agencias independientes en Europa está en el movimiento de liberalización de mercados y privatización de empresas públicas que comienza a principios de los años 80¹⁰ como consecuencia del triunfo de las políticas neoliberales de R. Reagan en EE. UU. Paradójicamente cuando en el sistema norteamericano la liberalización ha conducido a un intento de reducir el poder y competencias de las IRC¹¹.

⁷ Por ejemplo, en Francia, donde se utiliza el término tanto legal como jurisprudencialmente: Conseil d'État (2001, 257).

⁸ Por ejemplo, en prácticamente todas las leyes italianas de creación de tales organismos.

⁹ SHAPIRO (1997, 287), MORISI (1997B, 34). En este sentido es reveladora la expresión de R. TEROL (2000, 50) de que la «Federal Communication Comisión» (FCC) es «una entidad administrativa que depende directamente del legislativo, como es ya tradicional en el Derecho norteamericano».

¹⁰ Morisi (1997a, 227).

¹¹ Morisi (1997a, 227-228).

El nacimiento de las Agencias independientes en los EE. UU. se produce por la necesidad parlamentaria de contar con un poder administrativo propio emanación de la voluntad parlamentaria y al margen del Poder ejecutivo, es decir, el famoso cuarto poder («fourth branch of government») legitimado en dos argumentos: la necesidad de introducir en la Administración criterios de eficiencia y efectividad no sujetos al cambio de mayoría parlamentaria y la necesidad de aportar nuevos criterios para la valoración de la “legalidad” de las relaciones entre poderes públicos y privados, criterios inspirados en una concepción de inspección y de dirección de la actividad privada más allá de sus propios intereses¹².

En concreto, el nacimiento se produce con la aparición de las IRC, que está unida a la pujanza en la segunda mitad del siglo XIX del denominado «progressive movement» como movimiento de reforma institucional progresista opuesto a las concentraciones empresariales, a las industrias sin escrúpulos y a los políticos corruptos¹³, en el que militaban dos futuros Presidentes de los EE. UU. (Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson) y un futuro miembro del Tribunal Supremo-TS (Louis Brandeis). Pugnaban por la regulación pública también los ingenieros y directivos de las empresas de red para evitar la competencia anárquica (guerra de tarifas, incoherencia de normas técnicas, interferencias de todo tipo de autoridades locales, estatales, federales)¹⁴.

Ese movimiento progresista surgió inicialmente como protesta contra los abusos en la primera red de comunicación que se crea en los EE. UU., que es la ferroviaria. Cuando se tomó conciencia de que había que adoptar alguna medida legislativa al respecto, el progresismo consiguió que se tuvieran en cuenta los defectos del sistema político norteamericano a los que había llevado hasta ese momento la partidocracia, es decir, se optó por el rechazo a la manipulación de los poderes públicos por los partidos políticos y al acaparamiento de los cargos por el partido vencedor en las elecciones que practicaba el «spoils system» o sistema de cesantías, a lo que se unía su incapacidad por frenar el poder de las grandes corporaciones empresariales¹⁵. La otra razón básica, deducible de la anterior, era que a pesar de no estar en la tradición norteamericana el concepto de servicio público, sí que se decidió poner freno a la libertad irrestricta de empresa con la regu-

¹² GIRAUDI Y RIGHETTINI (2001, 51-52). Una crítica de esta teoría puede verse en MILLER (1986, 64 SS.).

¹³ Bernstein (1955, 16-18), Wilks y Bartle (2002, 149), Montero (2003, 431).

¹⁴ Stoffaes (1994, 130), Sunstein (1987-1988, 496).

¹⁵ Giraudi y Righettini (2001, 36-37), Shapiro (1997, 279).

lación económica, de forma que el Estado empezó a intervenir decisivamente en la economía aunque no lo fuera a través de su propia acción directa¹⁶, salvo en el caso del correo postal. Finalmente, se consideró también la inadecuación de los tribunales por su tardanza y falta de profesionalidad en las actividades económicas reguladas, aunque manteniéndose la revisión judicial¹⁷.

Es en ese contexto donde nace la primera IRC, la «Interstate Commerce Comisión» (ICC) de 1887, independizada realmente en 1889¹⁸, como órgano de nuevo tipo cuyos miembros eran nombrados por un período fijo por el Presidente con el consentimiento del Senado, que sólo podía cesarlos por ineficiencia, abandono del servicio o conducta delictiva en el cargo y con funciones esencialmente ejecutivas (aplicación de la ley sin intermediación de ningún otro órgano de la Administración), pero también normativas (aprobación de reglamentos) y judiciales (resolución de controversias por violación de las leyes) y al margen del control jerárquico del Presidente¹⁹. Por lo tanto, los objetivos originales eran la desconfianza hacia el Presidente²⁰, para establecer que cuando está en juego el interés general debe haber una intervención pública²¹, pero también para asegurar un beneficio adecuado a las empresas ferroviarias ante una excesiva competencia y la incapacidad del Congreso para encontrar un equilibrio entre dichos intereses públicos y los privados de las empresas²². El legislador, tomada la decisión de regular el mercado y no permitir el libre juego del mercado se ve incapaz de fijar los criterios y límites de tal derogación a las reglas de la competencia, dando lugar a un mandato amplio a la ICC: “equidad” en las tarifas, “equilibrio”

¹⁶ GIRAUDI Y RIGHETTINI (2001, 37), MONTERO (1996, 576), POMED (1993, 128), STOFFAES (1994, 123). Algunos autores llegan a decir que tal “regulación pública puede ser tan intensa que puede ser indiferenciable de la propiedad pública” (E. GELLHORN Y R. J. PIERCE, *Regulated Industries*, 1987, p. 1, citado por MORENO 1995, 66), lo cual, aunque pone de relieve la presencia estatal en el proceso económico de cualquier democracia occidental resulta exagerado en cuanto a la real capacidad de incidencia en la economía de un sistema de propiedad pública y de otro de mera regulación.

¹⁷ Giraudi y Righettini (2001, 43).

¹⁸ Bernstein (1955, 23), Davis (1988, 222), Gentot (1994, 21).

¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT (2001, 282), BETANCOR (1994, 32-33), MODERNE (1988, 195), MORENO (1995, 105-106). Ha de tenerse en cuenta que el objetivo de la mayoría demócrata era impedir la influencia del recién nombrado (1888) Presidente republicano Benjamin Harrison que había sido un abogado de las empresas de ferrocarril: BERNSTEIN (1955, 23), GENTOT (1994, 21).

²⁰ Betancor (1994, 33), Guédon (1991, 30), Majone (1996, 43).

²¹ Conseil d'État (2001, 281), Giraudi y Righettini (2001, 64).

²² Manetti (1994, 62).

entre empresas y usuarios, “correcto desarrollo” del servicio; y una garantía de independencia e imparcialidad técnica a la Comisión²³. En este sentido, la concepción de la propia ICC tendía ya desde un primer momento a un carácter contencioso que ofreciera las ventajas de una justicia especializada, rápida y económica a diferencia de los tribunales ordinarios, carácter jurisdiccional que era el argumento fundamental para alejar las IRC de la tutela presidencial²⁴.

No se trataba tanto de despolitizar las IRC como de no ponerlas al servicio de la mayoría parlamentaria de turno lo que se aprecia en su composición normalmente bipartidista²⁵, que suele utilizarse aunque la ley no lo exija, pero también con el contrapeso de que el Presidente tiende a nombrar a miembros del partido opuesto que sean cercanos a sus posiciones y siempre elige al Presidente que sea de su confianza²⁶.

Las IRC están encargadas desde entonces de una función de concertación, avalada por ambos partidos, entre ellas y los intereses regulados sobre la conducta o las tarifas de los servicios y al margen de la lógica que caracteriza a quien constitucionalmente se le adjudica la dirección administrativa como son los Departamentos presidenciales²⁷. Su neutralidad política no es entendida como una zona de confín de los poderes tradicionales sino como una superación del principio mayoritario para favorecer un desarrollo más estable de la función reguladora de la economía. Es un proceso decisonal basado en la competencia técnica que justifica la ausencia de controles políticos directos, ya que sus principales características son la corrección y la objetividad basados en datos empíricos²⁸.

En Europa la influencia más temprana de las Agencias independientes se va a producir en el Reino Unido donde ya con anterioridad incluso al siglo XIX existían Consejos y Comisiones encargados de funciones administrativas y de prestación de servicios públicos situados al margen de los Depar-

²³ Manetti (1994, 62).

²⁴ Manetti (1994, 69-70), Moreno (1995, 101).

²⁵ Hasta 1938 de las 12 IRC existentes sólo tres («Federal Reserve Board, National Labour Relations Board» y «Bituminous Coal Comisión») no tenían una composición bipartidista obligatoria. En la actualidad de 13 IRC siete no tienen tal componente bipartidista (sí lo poseen las siguientes: «Federal Trade Comisión», «U. S. International Trade Commission, Security and Exchange Comisión», «Federal Election Comisión», «Federal Communications Comisión», «Federal Energy Regulatory Comisión»): GIRAUDI Y RIGHETTINI (2001, 41-42 Y 50).

²⁶ Bernstein (1955, 104), Grasso (1999, 123).

²⁷ Giraudi y Righettini (2001, 41-42).

²⁸ Giraudi y Righettini (2001, 52-53).

tamentos gubernamentales en una tradición de descentralización en las autoridades locales y en las corporaciones profesionales de las que dependían esos organismos²⁹. Sin embargo, el aumento de poderes del Gobierno central a partir de 1830 condujo a la paulatina desaparición de esos Consejos y Comisiones por su falta de responsabilidad hasta que a finales del siglo XIX sólo quedaban media docena de Consejos que tuvieran algo más que una independencia formal de los Ministros³⁰. Durante la primera mitad del siglo XX subsistieron algunas Comisiones independientes con funciones planificadoras y de resolución de conflictos y se produjo la creación de numerosos «Tribunals», es decir, órganos administrativos modelados al estilo de los auténticos tribunales o «Courts», pero sin funciones reguladoras sino de resolución de conflictos en la aplicación jurídica³¹. A partir de ese momento surgen tres tipos diferentes de órganos relativamente independientes de la Administración General: los «Operational Boards» (encargados de la gestión directa de determinadas funciones públicas: la BBC, por ejemplo) que crecen enormemente a partir de 1940 con las nacionalizaciones; los «Tribunals» (como órganos de resolución de conflictos³²), que se establecen también en gran número con el desarrollo del Estado del Bienestar; las «Regulatory Agencies» (Agencias encargadas de la formulación de políticas públicas y de la resolución de conflictos, con una relativa independencia), que surgen fundamentalmente a partir de los años 40 con la creación de la «Independent Television Authority» y la «Competition Comisión³³». Todos estos organismos serán conocidos a partir de finales de los años 60 como «Quangos (Quasi autonomous non governmental organisations)»³⁴.

Este auge en el Reino Unido de las Agencias en la segunda mitad del siglo XX se explica por cuatro razones: a) se entiende que ciertas áreas de la actividad industrial y de la vida social exigen una forma de control específica y continuada; b) tales áreas requieren el desarrollo de estrategias reguladoras y de políticas de conjunto que guíen las decisiones individuales;

²⁹ Thatcher (2002, 137), Betancor (1994, 57).

³⁰ Baldwin y McCrudden (1987, 13-14).

³¹ Baldwin y McCrudden (1987, 15).

³² A pesar de su nombre no son tribunales sino órganos administrativos formados por personas contratadas a tiempo parcial con una remuneración simbólica, con un estatuto jurídico similar al de los jueces, aunque no inamovibles, con una tradición de imparcialidad en los nombramientos por el Gobierno («Lord Chancellor») y de control por un órgano neutral («Council on Tribunals»): MANETTI (1994, 130).

³³ Baldwin y McCrudden (1987, 15 ss.), Wilks y Bartle (2002, 158).

³⁴ Quango es un término inventado por un autor norteamericano, Anthony Barker: HOGWOOD (1995, 207).

c) se percibe la necesidad de que existan órganos con funciones mixtas, que promuevan políticas pero que también ejecuten y resuelvan conflictos; d) el aumento de los problemas sociales y el desarrollo tecnológico justifica la creación de órganos de toma de decisiones que sean expertos en el sector³⁵.

La victoria del Partido Conservador de M. Thatcher en 1979 propicia una liberalización económica que condujo a la aparición de nuevas Agencias reguladoras de servicios de red (OFCOM, OFGEN) con características específicas, al entender que la fijación de tarifas en esos sectores no podía depender de impulsos políticos y de razones electorales, sino representar el equilibrio entre los costes de las empresas, las razones de los usuarios y los márgenes de beneficio necesarios para estimular una mayor competencia³⁶.

A partir de finales de los años setenta la creación de Agencias independientes se generaliza por toda Europa³⁷ al hilo de dos fenómenos como son, por un lado, la ya comentada tendencia hacia la liberalización de los mercados y, por otro, el proceso progresivo de desconfianza hacia el Estado. En cuanto a la liberalización de los mercados, se produce lo que la doctrina italiana ha llamado el paso del «Stato gestore» al «Stato regolatore»³⁸, en el que el Estado se limita sólo a fomentar el regular funcionamiento del mercado, pero nunca en una posición neutral ya que la conformación de ese mercado es una plena opción política al determinar su configuración como monopolístico, oligopolístico o competencial³⁹. Se crean Agencias independientes para que en un determinado sector de actividad se respeten determinados principios o intereses independientemente de las indicaciones de los poderes constitucionales⁴⁰. Las Agencias independientes se presentan como las conocedoras del sector que cumplen las funciones que el legislador no puede en cuanto requieren valoraciones técnicas que no pueden realizarse de forma permanente sino que deben modularse de acuerdo al desarrollo del mercado afectado⁴¹. En el segundo aspecto, se enmarca, especialmente en Francia, en el surgimiento de un proceso de desconfianza hacia el Estado tradicional por su excesivo poder y falta de imparcialidad y de eficacia, especialmente en lo que se refiere al respeto de determinados

³⁵ Baldwin y McCrudden (1987, 22).

³⁶ Amato (1997, 5).

³⁷ Para un análisis concreto del caso español me remito a VÍRGALA (2004, 207).

³⁸ Majone y La Spina (1991), Passaro (1996, 80), Roppo (2000, 160).

³⁹ Passaro (1996, 80), Roppo (2000, 162).

⁴⁰ Niccolai (1998, 337).

⁴¹ Niccolai (1998, 346).

derechos constitucionales. Posteriormente, se añade la búsqueda de un nuevo modelo de Administración más tendente hacia la mediación social o al compromiso negociado que al mero respeto formal a las normas jurídicas⁴².

2.2. Las razones que aconsejan la creación de Agencias independientes

En la actualidad las razones que se pueden aducir en cualquier Estado democrático para la creación de Agencias independientes podrían sintetizarse en las siguientes:

1) La especialización técnica: ya que se pretende que los miembros de estas Agencias sean expertos en el sector que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos complejos⁴³. Frente al funcionario ordinario se busca al experto específico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas⁴⁴. Sin embargo, este argumento que teóricamente puede ser correcto no se compadece con la realidad. Los nombramientos de miembros de estas Agencias suelen estar más influenciados por la posible afinidad ideológica que por los conocimientos técnicos, aunque éstos sean exigidos legalmente como demuestra la larga práctica norteamericana⁴⁵. La decisión final que toman las Agencias por la discrecionalidad que poseen y la complejidad de los problemas que afrontan es fundamentalmente política, por lo que la contribución de los expertos a la toma de esa decisión es muy limitada⁴⁶, más aún en los sectores de fuerte incidencia económica en la que las decisiones se ven influidas por las diferentes «escuelas» de pensamiento económico (Chicago, Harvard, etc)⁴⁷.

2) La eficacia: las Agencias tienen una variedad de potestades a su disposición y normalmente unos procedimientos rápidos, ágiles y baratos

⁴² Conseil d'État (2001, 257-258), Teitgen-Colly (1988, 26-27), Dupuis (1988, 17), Salvador (2002, 203).

Un autor italiano (GUIDO SIRIANNI) ha señalado que mientras en los países anglosajones los reguladores surgen para neutralizar los intereses fuertes de la sociedad civil, en Francia lo hacen para neutralizar los condicionamientos políticos: SIRIANNI (1993, 75).

⁴³ Majone (1996, 34-35), Cruz (1999, 398), Ariño (1994, 64), Niccolai (1996, 8), Ogus (2000, 36).

⁴⁴ Predieri (1997, 40), Teitgen-Colly (1990, 155), Betancor (1994, 212), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 156).

⁴⁵ Bernstein (1955, 113 ss.).

⁴⁶ Bernstein (1955, 114), Rodríguez Pontón (1999, 215).

⁴⁷ Grassini (2001, 13).

que las convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la Administración ordinaria o los tribunales⁴⁸.

3) La protección de los intereses generales, difusos por toda la colectividad, pero sin titulares exclusivos o entes exponenciales, frente al progreso científico y técnico fundamentalmente a través de los poderes económicos⁴⁹. Son intereses que por fragmentados son débiles (ahorradores, consumidores, usuarios) frente a los grandes centros de poder económico, organizados establemente y a escala internacional, por lo que las Agencias deben asumir en sus decisiones, previa procedimentalización, las demandas de todos los interesados⁵⁰. Las Agencias deben ser independientes con capacidad para disciplinar a las empresas que disponen de poder de mercado, lo que aumenta las posibilidades de que las ganancias de productividad se trasladen, vía precios, a los consumidores y a la generalidad de las empresas productivas de bienes y servicios⁵¹.

4) Las Agencias proporcionan a la regulación de los mercados una estabilidad y continuidad mayor que la de los Gobiernos⁵². La política en estos sectores exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad que la desarrolle, y las decisiones que toman las Agencias se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno⁵³. En el orden tecnológico, la opción por unos u otros sistemas condiciona por largo tiempo la oferta del servicio y en el orden económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico y fiscal estable y garantizado⁵⁴.

5) Garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos a través de un procedimiento contradictorio que asegure la igualdad de armas: de manera que, al igual que sucede con los jueces, no haga falta que las Agencias tengan una legitimidad democrático-representativa⁵⁵.

6) El alejamiento de la influencia gubernamental o, mejor dicho, de la mayoría política dominante en cada momento, es el elemento decisivo que creo que debe valorarse en mayor medida como argumento favorable a la

⁴⁸ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Ergas y Heimler (2000, 353-354), Baldwin y McCrudden (1987, 4-5), Roppo (2000, 163), Betancor (1994, 213), Salvador (2002, 349).

⁴⁹ Passaro (1996, 263-266), Betancor (1994, 214).

⁵⁰ Passaro (1996, 266-267).

⁵¹ Bel (2000, 28)

⁵² Majone (1996, 34-35), Rodríguez Pontón (1999, 212), Thatcher (2002, 130).

⁵³ Ariño (1994, 52), Chillón y Escobar (2001, 46).

⁵⁴ Ariño (1994, 52).

⁵⁵ F. Merusi en su obra *Democrazia e Autorità indipendenti* desarrolla con detalle esta teoría: MERUSI (2000).

existencia de estas Agencias⁵⁶. En los sectores estratégicos o de gran conflictividad se tiende a una política no partidaria para garantizar imparcialmente los intereses de los ciudadanos frente a estructuras económicas particularmente fuertes, de forma que las Agencias son sustraídas de la relación jerárquica con el Ejecutivo y se les convierte en entes sujetos exclusivamente a la Ley⁵⁷. En el caso concreto, por ejemplo, de los servicios de red hay que tener en cuenta que funcionan en un mercado imperfecto en el que existen operadores dominantes que intentan evitar la entrada de otros nuevos y en el que hay que asegurar los derechos de los ciudadanos a acceder en determinadas condiciones a esos servicios, lo que significa la necesidad de imponer a algunas de las empresas obligaciones de servicio público como ya se ha indicado. En ese contexto, la experiencia demuestra que el Gobierno suele tener una especial relación con algunos operadores de los sectores, bien porque algunos de ellos son los herederos privatizados de los antiguos monopolios públicos en los que el Gobierno sigue teniendo una significativa influencia, bien porque algunas empresas privadas tienen especiales relaciones con el Gobierno al apoyar las campañas electorales de éste o tener relaciones comerciales con miembros del mismo. Por otra parte, el Gobierno puede utilizar la regulación de los mercados para conseguir rentabilidad electoral en el corto plazo mediante la bajada de tarifas o la modificación de la prestación del servicio que pueden ser perjudiciales a medio y largo plazo, debiendo responder, por el contrario, a un equilibrio entre los costes de las operadores, las necesidades de los usuarios y los márgenes de incentivo necesarios para estimular la competencia⁵⁸. La finalidad última es alejar al Gobierno para que éste no altere las reglas del mercado adecuándolas a sus exigencias, que no son las de la libre competencia en igualdad de condiciones entre los operadores del mercado y en beneficio de los usuarios, sino la del fácil e inmediato consenso social y electoral⁵⁹.

2.3. Los problemas constitucionales de las Agencias independientes

Las ventajas anteriormente citadas no pueden obviar, sin embargo, los problemas que las Agencias independientes han planteado en todos los ordenamientos constitucionales donde se han implantado.

⁵⁶ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Majone (1996, 34-35), Chevallier (1986), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 151), Ogus (2000, 36).

⁵⁷ Abagnale (1997, 129), Niccolai (1996, 8), Thatcher (2002, 131).

⁵⁸ Amato (1997, 5), Cruz (1999, 400), Fernández Ordóñez (1999, 6), Smith (1997, 22), Ariño (1994, 51).

⁵⁹ Passaro (1996, 236), Clarich (2001, 92).

La extensión de la delegación de poderes a las Agencias independientes ha sido un problema desde que surgieron las primeras en los EE. UU. El gran problema constitucional desde un principio en los EE. UU. ha sido, precisamente, el de la posibilidad de delegar el poder legislativo a las Agencias independientes. El obstáculo es la dicción del art. I.1 de la Constitución que atribuye todo el poder legislativo al Congreso, lo que en un principio fue entendido por el TS en el sentido de que el poder legislativo concedido por la Constitución no podía ser delegado a otros órganos. Sin embargo, la complejidad de los problemas reguladores (tarifas, licencias, prácticas empresariales), el aumento de la actividad administrativa y las dificultades de obtener una mayoría parlamentaria favorable a las medidas presidenciales condujeron a la extensión de los poderes de las Agencias⁶⁰. El Congreso se vio obligado a delegar y ya desde la Ley Hepburn de 1906 los tribunales aceptaron su constitucionalidad⁶¹. Sin embargo, esta delegación normativa obligó también al Congreso a vigilar su aplicación y como medio más efectivo ideó desde 1932 el conocido como “veto legislativo” por el que algunas leyes establecían que determinadas decisiones del Ejecutivo sólo tendrían eficacia si el Congreso no las anulaba en un determinado período de tiempo⁶² y a partir de los años 80 el veto legislativo afectaba ya a un gran número de las decisiones de las Agencias⁶³. El veto legislativo que podía tener su justificación como medio de control parlamentario proporcionaba también a las empresas reguladas con influencia en el Capitolio una segunda oportunidad de paralizar las decisiones de las IRC⁶⁴. El veto legislativo fue declarado inconstitucional en 1983 con la sentencia *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*⁶⁵, y a la que siguieron dos sentencias de ese mismo año que extendieron la inconstitucionalidad al veto legislativo a

⁶⁰ Breyer y Stewart (1985, 98).

⁶¹ BREYER Y STEWART (1985, 44 SS.), MANETTI (1994, 64-65). Como casi siempre ocurre en la jurisprudencia norteamericana, existen ejemplos en sentido contrario como, por ejemplo, *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*: 295 US 495 (1935), pero desde esa fecha de 1935 no ha habido ya sentencias declarando la inconstitucionalidad de una ley federal por delegación legislativa: BREYER Y STEWART (1985, 73 SS.), SUNSTEIN (1987-1988, 447).

⁶² Las leyes con veto legislativo fueron aumentando de la media de menos de una al año en la década de los treinta a dieciséis al año en los setenta: BREYER Y STEWART (1985, 97).

⁶³ Breyer y Stewart (1985, 97).

⁶⁴ Breyer y Stewart (1985, 99).

⁶⁵ 462 US 919 (1983): la sentencia está recogida y analizada en BREYER Y STEWART (1985, 100 SS.), SWIRE (1985, 1777 SS.).

las IRC⁶⁶. Por el contrario, la delegación de poderes ejecutivos a las Agencias no plantea problemas constitucionales: la denominada «necessary and proper clause» del art. I.8 de la Constitución se interpreta en el sentido de que el Congreso puede conceder poderes no sólo al Presidente sino también a cualquier «Department or Officer»⁶⁷. La intención original de los constituyentes era la de establecer en el ámbito interno al Congreso como poder más fuerte, pudiendo determinar la estructura del Ejecutivo, salvo lo establecido constitucionalmente para el Presidente⁶⁸. Existen ya ejemplos tempranos de la creación por el Congreso de órganos ejecutivos blindados frente al poder presidencial cuando así lo aconseja la materia afectada⁶⁹. Finalmente, se admite sin dificultad que el Congreso delegue a las Agencias independientes la resolución de conflictos entre particulares que, en principio, deberían resolverse por los Tribunales, siempre que se garantice la igualdad entre las partes y el posterior control jurisdiccional⁷⁰.

Los problemas relativos a la extensión de la delegación de poderes a las Agencias se han producido también en Europa. En Francia, el Consejo de Estado en 1987 entendió que las Autoridades independientes “constituent une catégorie non prévue par le constituant et difficilement conciliable avec l'équilibre des pouvoirs mis en place par lui”⁷¹. Sin embargo, el propio Consejo de Estado entiende en la actualidad que la Constitución no impide que en la Administración existan diversos niveles de responsabilidad en el marco de la desconcentración o de la creación de establecimientos públicos encargados de una misión específica y que hay que tener en cuenta que la

⁶⁶ Gas Consumers Group v. Consumers Energy Council of America, 463 US 1216 (1983); BETANCOR (1994, 45). De todas formas, a pesar de la sentencia Chadha, el Congreso sigue teniendo en la actualidad otros instrumentos que pueden conseguir algunos de los objetivos que antes obtenía el veto legislativo. Por ejemplo, establecer legislativamente que un poder delegado al Ejecutivo expire regularmente o que las decisiones administrativas no puedan aplicarse hasta que el Congreso las estudie y pueda promulgar una ley en sentido contrario o la aprobación anual del Presupuesto o las denominadas leyes confirmatorias en el sentido de que el Congreso apruebe una ley que exija al Ejecutivo que cualquier norma administrativa sólo entre en vigor si es expresamente autorizada en una nueva ley parlamentaria: BREYER Y STEWART (1985, 107-108).

⁶⁷ Froomkin (1987, 799).

⁶⁸ Froomkin (1987, 804-805).

⁶⁹ Así, por ejemplo, fue avalada por el TS la constitucionalidad de la creación del Second Bank of the US en McCulloch v. Maryland 17 US (4 Wheat.) 316 (1819): FROOMKIN (1987, 807).

⁷⁰ Carbonell (1996, 24), Freedman (1978, 60).

⁷¹ Informe de la «Section du rapport et des études du Conseil d'État» de 1987: citado por TEITGEN-COLLY (1990, 157), GUÉDON (1991, 37), BETANCOR (1994, 66) Y MAGIDE (2000, 190).

independencia de las Autoridades es relativa desde el momento que pueden ser puestas en cuestión por el Parlamento y que el Gobierno interviene en su nombramiento y en la provisión de medios⁷². El Consejo Constitucional francés ha aceptado también la plena constitucionalidad de las Autoridades, aunque con determinadas exigencias que han delimitado con precisión sus potestades. Sus pronunciamientos se produjeron durante los años 80 al hilo de la impugnación de las primeras leyes de creación de las Autoridades⁷³ y, aunque no entró directamente en la compatibilidad con la Constitución, reiteró en todos ellos que las Autoridades no impiden la aplicación de la regla constitucional de la responsabilidad gubernamental aunque sea atenuada, de forma que el Gobierno sigue conservando la dirección de la política del sector, el poder reglamentario originario y la puesta en marcha del control de legalidad ante los Tribunales⁷⁴. En definitiva, la aceptación de la constitucionalización ha sido a costa de su independencia y de su inclusión en la Administración del Estado⁷⁵.

En Italia, se entiende que los arts. 95 (“El presidente del Consejo de Ministros (...) [m]antiene la unidad de la dirección política y administrativa”) y 97 (“Los servicios públicos se organizarán según las disposiciones de la ley, de forma que se garanticen el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración”) de la Constitución unidos a la llamada a la descentralización administrativa del art. 5 permiten la existencia de Autoridades independientes⁷⁶ y que precisamente sean uno de los instrumentos adecuados para garantizar la imparcialidad de la Administración, que en los sectores

⁷² Conseil d'État (2001, 284-285).

⁷³ Resulta curioso el contraste entre la situación francesa y la española, ya que mientras en Francia se impugnaron en inconstitucionalidad prácticamente todas las primeras leyes creadoras de las Autoridades administrativas independientes, en España no lo ha sido ninguna como más tarde se comentará en este trabajo.

⁷⁴ Decisiones 84-173, de 26 de julio de 1984, sobre la Haute autorité de la communication audiovisuelle; 86-217, de 18 de septiembre de 1986, sobre la Commission nationale de la communication et des libertés; 86-224, de 23 de enero de 1987, sobre el Conseil de la concurrence; 88-248, de 17 de enero de 1989, sobre el Conseil supérieur de l'audiovisuel: CONSEIL D'ÉTAT (2001, 294), GUÉDON (1991, 40), TEITGEN-COLLY (1990, 233 SS. Y 255-258), NICOLAÏ (1988, 304), PASSARO (1996, 66), MAGIDE (2000, 195), BETANCOR (1994, 75), GRASSO (1993, 1326).

⁷⁵ Cassese (1996a, 10).

⁷⁶ Salvo G. PÈRICU: NICCOLAI (1994, 257-258). BIN parece también, sin emplear la palabra inconstitucionalidad, entender que la existencia de poderes con funciones normativas, regulatorias y administrativas, y sin responsabilidad política: “mi sembra in rapporto ad esso operazione ortopedica talmente profonda da non poter avvenire per via d'interpretazione. Occorre una esplicita modifica della costituzione”: BIN (1997, 101).

sensibles en los que actúan debe ser extrema⁷⁷. A ello debe unirse la mayor amplitud de la parte dogmática de la Constitución italiana respecto tanto a la norteamericana como a la francesa que permite vincular a las Autoridades a la actuación de derechos y valores constitucionales⁷⁸, fundamentalmente a partir de su entendimiento como órganos de actuación de valores constitucionales⁷⁹. Tal vez por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional italiano no se ha pronunciado directamente sobre el problema de la constitucionalidad de las Autoridades⁸⁰, dando siempre por aceptada la misma.

En España, el problema de la constitucionalidad de las Autoridades independientes no afecta al principio de la separación de poderes, como en el caso norteamericano, ya que la doctrina española ha entendido siempre que estas entidades forman parte de la Administración General del Estado. En el momento actual parece difícilmente discutible que forman parte del Poder Ejecutivo y, por tanto, de la Administración General del Estado⁸¹. No son órganos constitucionales de control o garantía expresamente previstos en la Constitución. No forman parte del Poder judicial pues ni tienen la consideración de órganos jurisdiccionales ni realizan funciones de tal tipo aunque algunas, como la resolución de conflictos, tengan aspectos cuasijurisdiccionales. No dependen de las Cortes Generales ni son nombradas o cesadas por éstas y la relación con las Cámaras no es mencionada expresamente en ninguna Ley de creación de estas Autoridades. La anterior argumentación por exclusión es confirmada por la naturaleza fundamentalmente administrativa de sus potestades (reglamentarias, sancionadoras, autorizadoras, etc.) y por la posición adoptada expresamente por el Legislador al incluirlas como organismos públicos en la Disposición Adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y por el Gobierno al adscribirlas al Ministerio de Economía en el Real Decreto 557/2000, de 27 de abril⁸². El

⁷⁷ MASSERA (1988, 452), GRASSO (1993, 1329-1330), PREDIERI (1997, 50-51), CERULLI IRELLI (2001, 50-51), MICOSSI (2001, 74), LETTA (2001, 152), LONGO (1996, 16-18), COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI, DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO E INTERNI (2001, 162). En contra: LABRIOLA (1999, 40 nota 137).

⁷⁸ Grasso (1993, 1340-1341).

⁷⁹ Niccolai (1994, 258), Abagnale (1997, 142), Franchini (1988, 560), Cuccodoro y Giannatale (2000, 32), Longo (1996, 16).

⁸⁰ Lombardo (1998, 272).

⁸¹ Sala (1984, 409), García Llovet (1993, 95), Parejo (1994, 647), Magide (2000, 54).

⁸² Queda excluido de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado el Banco de España que es calificado como entidad de derecho público "desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el

problema fundamental de las Autoridades administrativas independientes en la Constitución española es el de la compatibilidad de las mismas con el enunciado del art. 97 que establece que “[e]l Gobierno dirige la Administración civil”, ya que si aquellas son independientes difícilmente el Gobierno puede llevar a cabo esa dirección. En el momento actual algunas Autoridades administrativas independientes, y señaladamente la CMT, sólo están bajo la dirección del Gobierno en una medida ínfima, ya que el Gobierno puede, ante un comportamiento irregular de la Autoridades administrativas independientes, cesar a uno o varios de sus miembros previo un proceso complejo, de forma que, si no lo hace, deba asumir su responsabilidad política ante el Congreso de los Diputados y ante la opinión pública. En definitiva, no hay dirección del Gobierno sobre algunas Autoridades administrativas independientes en sentido verdadero sino una dirección muy atenuada que le permite en situaciones extremas reaccionar a través del cese o la no renovación de sus miembros⁸³.

3. LAS AGENCIAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Entrando ya en el análisis de las Agencias en el ámbito europeo, hay que señalar que me limitaré a la CE, pues son diferentes las características y naturaleza de otros organismos descentralizados europeos en la PESC (Agencia Europea de Defensa, Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea, Centro de Satélites de la Unión Europea) y en la Cooperación policial y judicial en materia penal (Europol, Eurojust y la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea).

3.1. La aparición de las Agencias comunitarias

Aunque existían dos Agencias desde 1975 (CEDEFOP⁸⁴ y EUROFOUND, conocidas como de la primera generación), realmente la generalización de

resto del ordenamiento jurídico” (art. 1.1 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España) y no sometido “a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado” (art. 1.2 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España).

⁸³ Sobre este problema de constitucionalidad me remito a VÍRGALA (2004, 235 ss.).

⁸⁴ Una relación de las Agencias comunitarias con su nombre completo y año de creación se encuentra al final de este trabajo. He optado por utilizar las abreviaturas de las Agencias tal y como aparecen en la página web de la Unión Europea-<http://europa.eu.int> (última visita 31 de marzo de 2006).

estos organismos se produce a partir de 1990 (EEA y la EFT) y, sobre todo, de 1993-1994 cuando se crean 6 Agencias (OEDT, EMEA, OAMI en 1993; EU-OSHA, OCVV, CdT en 1994: la segunda generación). En años posteriores se van estableciendo nuevas Agencias (EUMC en 1997 y EAR en 1999) y un nuevo impulso comienza desde 2002 (EFSA, AESM, AESA en 2002; ENISA, ECDC, ERA en 2004, ACCP en 2005: la tercera generación).

La explicación del relativo retraso en la creación de las Agencias en la CE (pasan más de 30 años hasta que surgen de manera continuada) va lógicamente unida a la propia evolución de las Comunidades europeas. Sólo cuando empieza a materializarse en los años noventa el mercado único es posible la expansión de las tareas reguladoras de la CE, dándose una serie de circunstancias que hacen aconsejable la introducción de nuevas Agencias. Se ponen de manifiesto las limitaciones de un acercamiento puramente legislativo a la integración del mercado desde su completitud en 1992, de forma que la Comisión seguía anclada en la función de crear reglas más que en la ingrata y políticamente costosa de aplicar las reglas existentes. En este sentido la falta de una adecuada infraestructura administrativa es percibida como un serio obstáculo a la completitud del mercado interior, evidenciándose que la Comisión no estaba bien preparada para manejar el flujo de recogida de información, de creación de reglas y de licencia de productos, uniéndose a ello que tanto el Consejo como el Parlamento no estaban dispuestos a aumentar el presupuesto en personal de la Comisión⁸⁵. La administración indirecta por los Estados miembros, por su parte, no podía satisfacer el reto de una efectiva aplicación y salvaguarda de la normativa comunitaria⁸⁶. Todas estas insuficiencias son especialmente evidentes en áreas como el transporte, las telecomunicaciones, los servicios financieros, la seguridad alimentaria. La solución podía haber sido el aumento de poder para la Comisión, pero eso no iba a ser aceptado por el Consejo, por lo que la Comisión propuso la creación de Agencias europeas especializadas, a lo que el Consejo respondió limitando, como más tarde analizaré, sus poderes y con el control en el nombramiento de los miembros de las Agencias. De esa forma, se permitía ampliar la capacidad reguladora de la CE y que la Comisión se dedicara a la toma de decisiones políticas y al planeamiento estratégico a largo plazo⁸⁷.

En los años noventa una serie de circunstancias contribuyeron también al florecimiento de nuevas Agencias. Por un lado, las crisis relacionadas con

⁸⁵ Majone (2001, 11), Kelemen (2002, 99-100).

⁸⁶ E. CHITI, *Le Agenzie Europee* citado por FUENTETAJA (S/F, PUNTO 4.1).

⁸⁷ Kelemen (2002, 95 y 101).

una falta de control del mercado como el caso de las “vacas locas” (encefalopatía bovina espongiiforme) a partir de 1994, que se produjo después de que en 1990 se hubiera rechazado la creación de una Agencia europea de los alimentos, optando la Comisión, por el contrario, por el desarrollo de áreas concretas de cooperación científica con los Estados miembros, lo que no sirvió en la citada crisis de las “vacas locas” en la que existieron fundadas sospechas de que varios Estados usaron su posición en la comitología para avanzar simplemente sus intereses económicos nacionales⁸⁸. Tampoco puede olvidarse el impulso en la creación de Agencias comunitarias que han tenido otras crisis europeas como la guerra de Kosovo (EAR) o el hundimiento del Erika en 1999 (AESM)⁸⁹. Por otro lado, un elemento decisivo va a ser también la crisis y caída en 1999 de la Comisión Santer. A partir de ese momento, no sólo diversos departamentos de la Comisión apoyan firmemente la creación de Agencias europeas, sino que son también partidarios de dotarlas de claros poderes discrecionales, aunque las objeciones del Servicio Jurídico hicieron abandonar la idea⁹⁰.

Así, en la Conferencia intergubernamental de 2000 para preparar el Tratado de Niza se propusieron diversas propuestas para incluir a las agencias en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) básicamente estableciendo su creación por el Consejo, dotándoles de personalidad jurídica y con poder para desarrollar las reglas que estableciera el Consejo, pero estas propuestas fueron rechazadas por Romano Prodi argumentado que la posibilidad de crear agencias con delegación de poderes por el Consejo podría crear centros de poderes contrapuestos siendo mejor la situación actual de que actúen bajo la autoridad de la Comisión⁹¹.

De todas formas, la necesidad de fomentar el uso y aumentar el poder de decisión de las Agencias comunitarias se produce en el Libro Blanco de la Gobernanza europea de julio de 2001⁹². Sin embargo, el marco que se establece en el Libro Blanco es muy restrictivo respecto de los poderes de las Agencias por lo que difícilmente pueden convertirse en reguladoras ya que no pueden adoptar normas reguladoras sino solamente aplicar decisiones a casos individuales⁹³.

⁸⁸ Everson y Majone en Everson et al. (1999, 10).

⁸⁹ Geradin (2004-2005, 23-24), Geradin y Petit (2004, 40-41).

⁹⁰ Majone (2001, 11).

⁹¹ Vos (2003, 128).

⁹² Vos (2003, 113).

⁹³ Geradin (2004-2005, 32).

3.2. Las ventajas específicas en la CE de la creación de Agencias independientes

Antes ya se han expresado las ventajas que en determinados sectores de la vida pública pueden tener las Agencias independientes. Ahora corresponde señalar los beneficios específicos que en la CE pueden tener dichas Agencias.

1) Inadecuación de las instituciones previstas en los Tratados: la profundización en la integración europea requiere para un funcionamiento rápido y efectivo de la Administración comunitaria la adopción de estándares, patentes uniformes, autorizaciones de circulación, reglas de seguridad y protección del consumidor y el establecimiento de una competencia económica equitativa, pero las instituciones europeas no están preparadas para tal labor regulatoria. Lo anterior conduce a la necesidad de delegar funciones en órganos independientes si no se quiere que la Comisión se convierta en una Administración gigante con decenas de miles de empleados lo que no sería políticamente aceptable ni materialmente posible o deseable⁹⁴. En palabras de la propia Comisión, “la contribución de estas agencias refuerza la capacidad del ejecutivo a nivel europeo, sobre todo en ámbitos de gran especialización técnica, donde son necesarios un elevado nivel de conocimientos técnicos, así como la continuidad, credibilidad y visibilidad de la acción pública”⁹⁵.

2) Reforzamiento de la credibilidad en las instituciones europeas: ante la creciente politización de la Comisión. Al ser órganos despolitizados y deseosos por lograr una buena imagen pública, pueden estar en mejor disposición para restaurar la credibilidad del proceso regulatorio y recobrar la confianza pública en las instituciones europeas⁹⁶.

3) Aumento en la transparencia: al ser las Agencias claramente identificables frente a algún oscuro departamento de la Comisión o algún comité opaco (comitología)⁹⁷.

4) Fortalecimiento de la interpretación y ejecución uniformes del Derecho comunitario: al formar el núcleo central de redes de autoridades nacionales⁹⁸. Como dijo la Comisión en su Libro blanco sobre la Gobernanza, “[l]a

⁹⁴ Yataganas (2001, 6-7).

⁹⁵ Comisión Europea (2002, 6).

⁹⁶ Everson y Majone en Everson et al. (1999, 9), Yataganas (2001, 41), Vos (2003, 115).

⁹⁷ Dehousse (1997, 258).

⁹⁸ Vos (2000, 1119 y 2003, 115).

creación de nuevas agencias reguladoras europeas autónomas en ámbitos claramente definidos mejorará la forma en que las normas se imponen y aplican en toda la Unión. Debería conferirse a estas agencias la facultad de adoptar decisiones individuales en la aplicación de las medidas reglamentarias.”⁹⁹. Al actuar en estrecha cooperación con las autoridades nacionales e internacionales paralelas, las Agencias pueden también contribuir a un mejor entendimiento entre las instituciones y los Estados¹⁰⁰.

3.3. Clasificación de las Agencias comunitarias

Si analizamos las funciones que cumplen las Agencias comunitarias puede verse que son clasificables funcionalmente¹⁰¹ en:

1) Agencias informativas: su misión principal proporcionar información y están encargadas de la coordinación y supervisión de la información y la creación de redes. Estarían como Agencias puramente de recolección, análisis y distribución de información, CEDEFOP, EUROFOUND y ETF; como Agencias que a lo anterior añadirían la creación y coordinación de redes expertas nacionales, AEMA, OSHA, EUMC, OEDT.

2) Agencias ejecutivas: surgen en el marco de la reforma general tras el asunto Santer y proporcionan servicios específicos y/o toman medidas concretas para desarrollar programas comunitarios. Entrarían aquí la EAR, la CdT.

3) Agencias que facilitan el funcionamiento del mercado interior (Agencias cuasi-reguladoras): regulando políticas sociales y económicas como la preparación y adopción de marcos reguladores, la preparación y adopción de actos jurídicos de desarrollo del marco regulador, el control de la aplicación del marco normativo y regulador. Serían la OAMI, la OCVV, la EMEA, la EFSA, la AESM, la AESA, ENISA, ECDC, la ERA y la ACCP¹⁰².

Su objetivo primordial es, por lo tanto, el aligeramiento del trabajo de la Comisión y la promoción de mayor uniformidad entre las políticas nacionales y las comunitarias, por lo que una parte significativa de sus esfuerzos se

⁹⁹ Comisión Europea (2001, 27).

¹⁰⁰ Yataganas (2001, 41).

¹⁰¹ La clasificación aquí utilizada ha tenido en cuenta las realizadas por VOS (2003, 119-121), CHITI (2000, 315-317), AVEZUELA (2004, 1267-1268) y YATAGANAS (2001, 25-26).

¹⁰² Aunque creada en el Reglamento 768/2005 del Consejo, de 26 de abril de 2005, no comenzará sus actividades hasta junio de 2006. Un primer análisis de esta Agencia puede verse en VÁZQUEZ (2006).

dedica al establecimiento de redes de coordinación de las Administraciones nacionales que realizan el desarrollo de las políticas comunitarias¹⁰³.

Sin embargo, como acertadamente ha señalado Damien Geradin, lo decisivo es tener en cuenta el criterio jurídico del ámbito de prerrogativas concedidas a las Agencias para llevar a cabo sus misiones¹⁰⁴. Pues bien, salvo algunas de las cuasi-reguladoras, el resto son meras Agencias de ejecución sin capacidad de decisión o meras Agencias de recopilación de información. No es acertado, por lo tanto, el criterio que utilizó la Comisión en la Comunicación sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras europeas para distinguir entre Agencias ejecutivas que “están encargadas de tareas de pura gestión, es decir, asistir a la Comisión en la aplicación de los programas comunitarios de apoyo financiero, sin dejar de estar sometidas a un control estricto por parte de aquella”¹⁰⁵ y Agencias reguladoras que “están encargadas de participar de manera activa en el ejercicio de la función ejecutiva, mediante actos que contribuyen a la regulación de un sector determinado. En la mayor parte de los casos, se trata de agencias que, con vistas a reforzar la coherencia y la eficacia de dicha regulación, reúnen y reagrupan en redes a nivel comunitario actividades que originalmente dependen del nivel nacional”¹⁰⁶. Esta distinción es confusa ya que tales Agencias “reguladoras” no lo son realmente ya que no regulan ningún sector del mercado ni tienen capacidad discrecional para trasladar a la acción opciones políticas, al no poder imponer de manera vinculante sus decisiones a los operadores y, como mucho, pueden calificarse, como aquí se ha hecho, de Agencias “cuasi-reguladoras”. Por ello, creo que la distinción más correcta es la planteada por Geradin entre Agencias ejecutivas sin poder de decisión y Agencias con poder de decisión, aunque sea mínimo. A partir de tal distinción, las Agencias pueden clasificarse en¹⁰⁷:

1) Agencias “ejecutivas”: con tareas puramente de gestión (EAR, ETF, CdT), de observatorio (AEMA, OEDT y EUMC), de cooperación (CEDEFOP, OSHA, EUROFOUND). No tienen poderes decisorios, tomando todas las decisiones relevantes la Comisión. Se les aplicaría el Reglamento 58/2003 del Consejo, 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el Estatuto de las Agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios.

¹⁰³ Dehousse (1997, 255), Vos (2003, 114).

¹⁰⁴ Geradin (2004-2005, 37).

¹⁰⁵ Comisión Europea (2002, 4).

¹⁰⁶ Comisión Europea (2002, 4).

¹⁰⁷ Geradin (2004-2005, 37-38).

2) Agencias “con poder de decisión”: tienen capacidad de dictar instrumentos legales vinculantes para terceros (OHIM, OCVV, AESA) o, al menos, considerable influencia en la adopción de la decisión final por la Comisión (EMEA y posiblemente EFSA, AESM, AESA, ENISA, ECDC, y ACCP).

3.4. La regulación actual de las Agencias comunitarias

3.4.a) Estatuto jurídico

No hay previsión de Agencias en el TCE y los actos de creación de cada una de ellas no han dado tampoco una definición, utilizando, por otro lado, una terminología variada (Agencia, Centro, Fundación, Observatorio, Oficina, Autoridad). Por lo tanto, no hay una definición normativa de la naturaleza jurídica de las Agencias comunitarias.

Normalmente, las definiciones contenidas en documentos internos o no oficiales de las instituciones comunitarias hacen referencia más a sus características comunes que a una auténtica naturaleza jurídica. Así, un documento interno del Servicio Jurídico de la Comisión en 2001, las caracterizó como “órganos descentralizados con las siguientes características: creación por Reglamento; personalidad jurídica; órganos de gestión autónomos; independencia financiera; personal cubierto por los Reglamentos de funcionarios y por las Condiciones para el empleo de otros funcionarios de las Comunidades Europeas; y objetivos y encargos específicos”¹⁰⁸. En la misma línea está la definición contenida en la página web de la Unión Europea, para la que la Agencia europea “es un organismo de Derecho público europeo, distinto de las Instituciones Comunitarias (Consejo, Parlamento, Comisión, etc.) y que posee una personalidad jurídica propia. Las agencias comunitarias se crean mediante un acto comunitario de Derecho derivado con el fin de desempeñar una tarea específica de naturaleza técnica, científica o de gestión que se especifica en el correspondiente acto fundacional”¹⁰⁹. Por otro lado, la Comisión ha definido a las, para ella, Agencias “reguladoras” (aunque realmente no lo sean como antes ya señalé) como “una entidad jurídica autónoma creada por la autoridad legislativa para participar en la regulación de un sector a escala europea y en la ejecución de una política comunitaria determinada”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Nota del Servicio Jurídico de la Comisión sobre las Agencias comunitarias SEC(2001)340 de 20 de febrero de 2001, p. 4.

¹⁰⁹ http://europa.eu.int/agencies/index_es.htm (a 12 de diciembre de 2005).

¹¹⁰ Comisión Europea (2005, 11).

La ausencia de mención legal en el TCE no impidió su creación a partir inicialmente de la disposición general del art. 308 TCE¹¹¹ (“Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”), salvo la AEMA que se basó en el art. 175.1 TCE¹¹². Sin embargo, el art. 308 TCE tenía dos límites importantes, como eran la imposibilidad de utilizarlo para cambiar la estructura institucional y la necesidad de utilizar otros artículos del TCE aplicables si fueran aplicables¹¹³. Por ello, con posterioridad se utilizó la aproximación de legislaciones prevista en el art. 95.1 TCE¹¹⁴, por ser una base legal preferida por el Parlamento europeo al permitir su participación, pero con la necesidad de justificar que se trata de una medida armonizadora y una medida meramente institucional como la creación de una Agencia no lo es, aunque cabe ampararse en el art. 95 si sirve la creación de la Agencia para eliminar existentes o futuras diferencias entre legislaciones y la Agencia depende de tal armonización¹¹⁵. En la Comunicación de 2002 sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas, la Comisión recomendó que “el acto jurídico relativo a su creación debe basarse en la disposición del Tratado que constituya el fundamento jurídico específico de dicha política”, quedando el art. 308 sólo cuando ninguna otra disposición permita el ejercicio de la competencia comunitaria¹¹⁶. Esto permite, en primer lugar, adoptar el Reglamento de creación por mayoría frente a la unanimidad que exige el art. 308, lo que beneficia a la Comisión para poder descargarse de trabajo y, en segundo lugar, al basarse

¹¹¹ Comisión Europea (2002, 6), Vos (2000, 1121).

¹¹² “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirá las acciones que deba emprender la Comunidad para la realización de los objetivos fijados en el artículo 174 [medio ambiente]”.

¹¹³ Vos (2000, 1121).

¹¹⁴ “No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

¹¹⁵ Vos (2000, 1121-1122).

¹¹⁶ COMISIÓN EUROPEA (2002, 7); en el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA (2005, 13).

en un precepto específico, restringir el ámbito de poderes delegados ya que en el art. 308 el Consejo tiene un margen de discrecionalidad sobre la naturaleza de la acción comunitaria que adopte¹¹⁷. Por ello, a partir de 2002 se ha preferido utilizar la base de preceptos específicos del Tratado como los arts. 80.2 en navegación marítima y aérea (AESM, AESA), 152.4 en control de enfermedades (ECDC), 71.1 en transportes (ERA) y 37 en pesca (ACCP).

3.4.b) Independencia

Un elemento que debería calificar a las Agencias de las que aquí hablo es el de su independencia, pero no sólo de la Comisión (que busca expandir sus poderes) o de los Estados miembros que velan por sus intereses nacionales, sino sobre todo de los poderes privados que actúan en los mercados. La Comisión en su Proyecto de Acuerdo interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas de 2005 señala que “[l]a autonomía de una agencia reguladora europea es la piedra angular de su eficacia y su credibilidad a largo plazo y debe permitir a la Agencia tomar en consideración todos los datos de su entorno, liberándose en lo posible de las interferencias externas. En lo que se refiere, sobre todo, a las apreciaciones técnicas y científicas a las que ha de someterse, es importante que la Agencia esté dotada de un considerable margen de autonomía, no sólo frente a las instituciones de la UE, sino también frente a los Estados miembros y a los propios operadores”¹¹⁸. Aunque a primera vista esta acepción de “autonomía” pueda ser correcta ya que la independencia de la que hablamos no es absoluta sino relativa, creo que debe defenderse la denominación de Agencias independientes, ya que la “independencia” forma parte de la terminología utilizada en el Derecho comparado. Lo primero que debe resaltarse es que en este trabajo me refiero a la independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que las Agencias han de tener una independencia orgánica y funcional respecto de las instituciones comunitarias, de los Estados miembros y de los operadores privados, para lo que se pueden establecer una serie de condiciones que debe cumplir su legislación creadora. Sin embargo, entre esas condiciones las hay de mayor y menor relevancia para asegurar la independencia de las Agencias. Por ello, entiendo que es importante resaltar desde este momento que la independencia de las Agencias debería concretarse, además de en su creación

¹¹⁷ Geradin (2004-2005, 27).

¹¹⁸ Comisión Europea (2005, 5).

mediante Reglamento, en una serie de condiciones sin las cuales no existe, de forma que la ausencia de alguna de ellas hace que la Agencia dependa de otras instituciones y que no tenga una capacidad de actuación propia. Otros elementos pueden contribuir a reforzar la independencia, pero sin ser tan determinantes como los que ahora comentaré. Como se verá más adelante, la mayor parte de estas condiciones no se cumplen en el caso de las Agencias europeas, especialmente por lo que se señalará en el apartado relativo a sus poderes.

Las citadas condiciones serían, dentro de lo que suele denominarse la independencia orgánica, la imposibilidad para una sola institución comunitaria de disponer de la composición del órgano y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control de las instituciones comunitarias y la prohibición a las mismas para emitir a las Agencias instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de las Agencias.

En la independencia orgánica de las Agencias europeas hay que diferenciar entre el Consejo de Administración que, como delegado de las instituciones que lo han nombrado, establece la programación general de la Agencia, y el Director Ejecutivo que gestiona cotidianamente la Agencia. En cuanto al primero, la independencia no se ha conseguido, ya que la mayoría de los miembros de los Consejos de Administración son representantes de los Estados. Sin embargo, es cierto que la gestión real de la Agencia está en manos del Director Ejecutivo. Pues bien, el sistema actual permite su independencia de la Comisión y una búsqueda de una mayor profesionalidad e independencia, aunque los Estados miembros, aunque sea indirectamente, pueden seguir siendo determinantes. En este sentido, la Comisión (salvo las dos primeras agencias, CEDEFOP y EUROFOUND) no puede nombrar al Director Ejecutivo, sino sólo proponer un candidato que normalmente elige el Consejo de Administración de la Agencia¹¹⁹. Aunque la Comisión intentó recuperar influencia en 2002 con la propuesta de que fuera ella la que eligiera al Director Ejecutivo en los casos de Agencias con poder de decisión¹²⁰, la tendencia en las últimas Agencias creadas ha sido la de

¹¹⁹ Las excepciones serían la OAMI y la OCVV en que el nombramiento lo realiza el Consejo de Ministros a propuesta del Consejo de Administración y la ERA en que el nombramiento lo realiza directamente el Consejo de Administración, aunque la Comisión puede proponer candidatos.

¹²⁰ "El procedimiento de designación y revocación del director debería ser diferente según los tipos de agencia. En el caso de las agencias de asistencia, debería ser nombrado por el consejo de administración sobre la base de una lista de candidatos propuestos por la Comi-

reducir el poder discrecional en los nombramientos al exigirse criterios académicos y profesionales en los Reglamentos fundadores y exigir un llamamiento público para la búsqueda de candidatos¹²¹. El proyecto de acuerdo interinstitucional de 2005 establece, por su parte, que el Consejo de Administración es responsable de “designar y, en su caso, revocar al Director de la Agencia”¹²², pero el nombramiento lo es “a partir de una lista de candidatos propuestos por la Comisión. Antes de su nombramiento, el candidato seleccionado por el Consejo de Administración podrá ser invitado a hacer una declaración ante la comisión, o las comisiones, competente(s) del Parlamento Europeo y a responder a las preguntas de sus miembros”. Además, el “El Director será nombrado en función de sus méritos y de su capacidad de administración y gestión, así como de sus conocimientos técnicos y de su experiencia en el ámbito de que se trate. La duración del mandato del Director será, en principio, de cinco años. A propuesta de la Comisión, y previa evaluación, el Director podrá prorrogar su mandato una vez más, por un período de tiempo no superior a la duración del primer mandato”. En cuanto al cese, el Consejo de Administración “podrá revocar al Director en el ejercicio de sus funciones, antes de que expire su mandato, a partir de una propuesta de la Comisión”¹²³.

sión. Por el contrario, en el caso de las agencias decisorias, debería ser nombrado –y, en su caso, revocado– con arreglo a un procedimiento transparente y justificado por la Comisión a partir de una lista de candidatos propuestos por el consejo de administración. Se impone conceder a la Comisión el poder de nombramiento en este último caso –que constituye en cierta medida una innovación en relación con la situación existente– si quiere permitírsele que asuma de manera efectiva su responsabilidad en la realización de la función ejecutiva a nivel europeo, al tiempo que se respeta la autonomía de la agencia decisoria. De hecho, el director de la agencia guardaría, para sus decisiones, todo el margen de apreciación que tiene reconocido en el marco legislativo reglamentario aplicable. Sin embargo, debería estar en condiciones, de manera general, de ganar y mantener la confianza del consejo de administración y, sobre todo, de la Comisión, habida cuenta de que es, en última instancia, la responsable de la ejecución.

Sea como sea, con vistas a consolidar la autoridad de la agencia es apropiado prever que el candidato que pudiera ocupar el puesto de director sea sometido a una audiencia ante el Parlamento Europeo antes de ser nombrado formalmente”: COMISIÓN EUROPEA (2002, 11).

¹²¹ Por ejemplo, art. 30.1 del Reglamento 768/2005 del Consejo de 26 de abril de 2005 por el que se crea la Agencia Comunitaria de Control de la Pesca. Puede verse una descripción detallada del procedimiento general aplicable en el documento de trabajo interno de la Comisión SEC (2005) 625 de 13 de mayo de 2005.

¹²² Comisión Europea (2005, 14).

¹²³ Comisión Europea (2005, 16).

De todas formas, coincido con D. Geradin en que sería mucho mejor que la Comisión propusiera candidatos seleccionados por criterios objetivos y que luego fueran ratificados por el Parlamento europeo¹²⁴.

Otro elemento importante en la independencia orgánica es el de la posibilidad de aprobación del Reglamento interno y aunque el Reglamento de creación suele concretar la estructura orgánica interna, en ocasiones se autoriza al Consejo de Administración a aprobar su reglamento interno¹²⁵ (por ejemplo, EMEA, CdT, ERA, ACCP).

Aunque no hay un régimen de incompatibilidades establecido, en las últimas Agencias creadas se tiende a que los miembros de los Consejos de Administración tengan que realizar una declaración anual de intereses en la que o bien manifiesten no tener ningún interés que pueda mermar su independencia o bien indiquen los intereses directos o indirectos que tengan y que puedan mermar su independencia¹²⁶. Tampoco hay reglas en la actualidad para las actividades que realice el miembro del Consejo de Administración de una Agencia para cuando abandona el cargo (las conocidas «revolving doors practices»), teniendo solo el deber de confidencialidad¹²⁷.

La independencia funcional de las Agencias europeas tendría que significar la aplicación plena de los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control sobre las mismas y, por tanto, la prohibición para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar sus decisiones. Sin embargo, ambos criterios son inviables en la actualidad en la CE por la aplicación estricta de la doctrina Meroni a la que se hará referencia al comentar los poderes de las Agencias.

En cuanto a la financiación, que suele ser un elemento adicional importante de la independencia funcional, un número importante de Agencias se autofinancian parcial (por ejemplo, EMEA¹²⁸, CdT) o totalmente (OAMI, OCVV) con los honorarios que facturan¹²⁹. De acuerdo con la posición mantenida por la Comisión, “el elemento de la subvención —al menos parcial— a cargo del presupuesto general merecería generalizarse a fin de realzar la misión de servicio público de las agencias reguladoras. Por otra parte, estaría justificado prever la posibilidad de la autofinanciación de las agencias, como remuneración de los servicios prestados a los operadores interesados, como

¹²⁴ Geradin (2004-2005, 42).

¹²⁵ Avezuela (2004, 1262).

¹²⁶ Art. 28 Reglamento ACCP.

¹²⁷ Geradin (2004-2005, 42-43).

¹²⁸ Para no depender totalmente de la industria farmacéutica: VOS (2003, 122).

¹²⁹ Avezuela (2004, 1264), Vos (2003, 122).

ocurre en determinadas agencias reguladoras existentes. Sin embargo, con vistas a salvaguardar su autonomía de apreciación y evitar el riesgo de captura por dichos operadores, sería preciso prever mecanismos para garantizar que las agencias continúen siendo financieramente independientes de dichas remuneraciones. Por último, en casos específicos, también podrían preverse contribuciones por parte de los Estados miembros¹³⁰.

Para terminar con este apartado de la independencia es necesario dejar claro que la misma no tendría porqué significar ausencia de controles, a pesar de que es un argumento utilizado en ocasiones contra dicha independencia.

Pueden destacarse las siguientes posibles formas de control que ya existen, aunque deben añadirse otras como luego comentaré:

1) El control difuso por la opinión pública: la valoración de sus decisiones y actuaciones puede aumentar o disminuir su prestigio ante los ciudadanos, pudiendo si el resultado es positivo resistir las presiones políticas de las instituciones comunitarias, de los Estados miembros o de los operadores privados.

2) Control por la Comisión, el Consejo y los Estados miembros: el elemento fundamental de control preventivo es el del propio nombramiento de los miembros de los Consejos de Administración de las Agencias. Donde sí puede producirse cierto control efectivo es en la elaboración del presupuesto de las Agencias, que debe ser aprobado por el Parlamento y el Consejo de Ministros, aunque en el caso de algunas Agencias la mayor parte de los ingresos provienen de los honorarios que facturan.

3) Control por los tribunales: que en el caso europeo debería mejorarse, como más adelante se apuntará. Otra cosa es la amplitud del control que puede llegar a ejercer el Tribunal¹³¹, ya que el carácter científico-técnico de la mayoría de sus actuaciones impediría un ajustado control de legalidad.

3.4.c) Organización.

Cada Agencia europea tiene la siguiente estructura organizativa:

1) Consejo de Administración.

El Consejo de Administración establece las directrices generales y adopta los programas de trabajo de la Agencia, nombrando casi siempre, como se vio, al Director Ejecutivo.

¹³⁰ Comisión Europea (2002, 12).

¹³¹ Sobre las importantes dificultades que plantea el control judicial de la discrecionalidad en Derecho administrativo económico, véase CIRIANO (2000, 359 ss.).

Tal y como indiqué antes al hablar de la independencia orgánica, la composición de los Consejos de Administración de las Agencias está fuertemente determinada por los Estados miembros, pues salvo las Agencias relacionadas con el mundo laboral (CEDEFOP, EUROFOUND, OHSA: en las que participan 1 representante por Estado, 30 entre empresarios y sindicatos elegidos por el Consejo y 3 por la Comisión), en las demás la presencia estatal es abrumadora al participar siempre los Estados con 1 miembro, además de 2 por el Parlamento y 2 por la Comisión (AEMA, OEDT) ó 3 por la Comisión (ETF); ó con 2 por Estado, 2 por el Parlamento, 2 por la Comisión (EMEA); ó 1 por Estado, 1 por la Comisión (OAMI, OCVV, AESA); ó 1 por Estado, 1 por el Parlamento, 1 por la Comisión, 1 por el Consejo de Europa (EUMC); ó 1 por Estado y 2 por la Comisión (CdT, EAR); ó 14 por el Consejo (previa consulta al Parlamento y a propuesta de la Comisión) y 1 por la Comisión (EFSA); ó 1 por Estado, 2 por el Parlamento y 3 por la Comisión (ECDC); ó 1 por Estado, 3 por la Comisión y 3 por el Consejo a propuesta de la Comisión (ENISA); ó 1 por Estado, 4 por la Comisión y 6 sin voto por la Comisión a propuesta de organizaciones de empresarios, sindicatos, consumidores, etc. (ERA); ó 1 por Estado, 4 por la Comisión y 4 profesionales sin voto elegidos por la Comisión (AESM); ó 1 por Estado y 6 por la Comisión (ACCP).

Sólo a partir del año 2000 hay un intento de la Comisión de limitar la intervención de los Estados. En la propuesta del Grupo de Trabajo sobre Agencias preparatorio del Libro Blanco de la Gobernanza se proponía establecer un marco constitutivo común para todas las Agencias y limitar el número de miembros de los Consejos de Administración lo que, desde luego, sería más funcional y además menos constreñido por los intereses nacionales lo que se confirmaría en el caso del BEC¹³². En este sentido, la Comunicación de la Comisión de 2002 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras propuso limitar el número de miembros de los Consejos de Administración: “es oportuno crear un consejo de administración de tamaño reducido que sea la expresión del ejecutivo a nivel comunitario, sin dejar de tener en cuenta la experiencia de los ejecutivos de los Estados miembros. Por otra parte, existe cierto interés en prever asimismo una participación de los representantes de las partes interesadas, de manera que se pueda tener en cuenta el punto de vista tanto de los agentes económicos del sector en cuestión como de los destinatarios de las actividades de las que se ocupa la agencia, a condición de que esta participación no dé lugar a conflictos de

¹³² Vos (2003, 124).

intereses o no ponga en entredicho el buen funcionamiento de la agencia. Ello garantizaría más transparencia y podría reforzar la confianza del público. Por tanto, cabe imaginar un consejo de administración compuesto por quince miembros, seis de ellos designados por la Comisión, seis por el Consejo —como representantes de los ejecutivos nacionales— y tres, sin derecho de voto, que serían la expresión de las partes interesadas¹³³. La exclusión del Parlamento europeo fue justificada con el argumento de que “dada la índole de las tareas de las agencias reguladoras y habida cuenta del hecho de que el Parlamento debe ser libre para ejercer un control político externo sobre la acción de éstas, sin que se sienta condicionado por el hecho de participar en su administración”¹³⁴, pero pienso que por la importancia de sus funciones y por la necesidad de reforzar su independencia la única forma que puede determinar un nombramiento que no sólo parezca independiente sino que también lo sea efectivamente es el de la intervención parlamentaria¹³⁵.

Nada de esto se ha llevado a cabo y desde 2002 el Consejo de Administración más innovador ha sido el de la EFSA: uno por la Comisión más 14 nombrados por el Consejo previa consulta al Parlamento europeo de una lista propuesta por la Comisión. Precisamente el proyecto inicial de Reglamento de creación de esta Agencia provocó un bloqueo por su composición al excluir a los Estados miembros, ya que se proponía una composición de cuatro representantes del Consejo, cuatro de la Comisión, cuatro del Parlamento y cuatro representantes de los consumidores y de la industria designados por la Comisión. El resultado final fue la exclusión de los Estados para asegurar la independencia de la Agencia, su alta calidad científica, su transparencia y eficacia y su cooperación con los Estados, pero sin borrar totalmente el papel de los Estados, ya que en el Preámbulo del Reglamento 178/2000 se señala que “debe procederse a una rotación de los diferentes países de origen de los miembros de la Junta Directiva, sin reservar ningún puesto para los nacionales de un Estado miembro específico”¹³⁶. El segundo intento en este sentido, el proyecto de Reglamento de la AESM, tampoco sobrevivió y aunque con correcciones (incluye a cuatro designados por la Comisión y a cuatro profesionales del sector nombrados por la Comisión

¹³³ Comisión (2002, 10).

¹³⁴ Comisión Europea (2002, 10).

¹³⁵ En sentido similar, VOS (2003, 125).

¹³⁶ Para compensar a los Estados, se crea un Forum Consultivo compuesto de representantes de los órganos nacionales competentes, con el objetivo de asesorar al Director ejecutivo: VOS (2003, 123).

pero sin voto) mantiene la presencia mayoritaria de los Estados. También se planeó inicialmente para la ERA una composición sin Estados y a partes iguales de la Comisión y del Consejo más tres expertos sin voto, pero en este caso se ha quedado en un miembro por Estado más cuatro de la Comisión y seis expertos nombrado por la Comisión sin voto¹³⁷. La última Agencia, la ACCP de 2005, ha incorporado a seis miembros designados por la Comisión, pero se mantiene la representación de todos los Estados.

En el Proyecto de Acuerdo interinstitucional de 2005, la Comisión ha propuesto limitar el tamaño del Consejo de Administración pero sin establecer ningún compromiso al respecto. A ello añade la necesidad de participación paritaria de “las dos ramas del ejecutivo comunitario en el seno del Consejo de Administración” y la posibilidad de que no todos los Estados miembros tengan un puesto en el Consejo “a menos que, en interés de la Comunidad, la Agencia también participe en el ejercicio de la competencia ejecutiva de los Estados miembros en lo que se refiere a la política considerada”. En tal caso, la Agencia permitirá a los Estados miembros asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado CE o del Derecho derivado, según lo dispuesto en el artículo 10 del Tratado CE.

En ese caso, el Consejo designará a un representante de cada Estado miembro. Cada representante tendrá un voto. Para preservar la paridad de los órganos ejecutivos en el Consejo de Administración, las instituciones acuerdan conceder un número total de votos equivalente a los miembros designados por el Consejo y a los designados por la Comisión¹³⁸. También se propone que “[p]ara que exista transparencia, las instituciones acuerdan que la Comisión nombre asimismo miembros del Consejo de Administración a los representantes de las partes interesadas, aunque sin derecho de voto. Los sectores interesados se determinarán claramente en el acto de base¹³⁹.”

2) Director Ejecutivo.

Su nombramiento ya fue comentado al hablar de la independencia orgánica.

Es el responsable máximo de que la Agencia funcione correctamente, preparando el programa de trabajo que aprobará el Consejo de Administración, ejecutando dicho programa de trabajo, con capacidad de dictar instrucciones internas dentro de la Agencia.

¹³⁷ Art. 26.1 Reglamento 881/2004, de 29 de abril.

¹³⁸ Comisión Europea (2005, 14).

¹³⁹ Comisión Europea (2005, 14).

La Comunicación de la Comisión de 2002 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras propuso que “[pa]ra cumplir dichas responsabilidades, el director deberá contar necesariamente con asistencia técnica y científica. En determinados casos, estará asistido por el personal de la agencia; en otros, será necesario prever órganos específicos de consulta, constituidos dentro de la agencia. A tal fin, se puede prever un consejo ejecutivo restringido y un comité consultivo. El comité consultivo sería un comité de expertos independientes, designados por el consejo de administración sobre la base de criterios predefinidos y transparentes, que estaría encargado de elaborar concretamente los dictámenes técnicos y científicos, en un marco jurídico que proteja adecuadamente la autonomía de sus apreciaciones. El consejo ejecutivo restringido estaría compuesto por el presidente del comité consultivo y algunos altos funcionarios de la agencia y estaría encargado de emitir dictámenes para el director en casos específicos: por ejemplo, sobre asuntos muy sensibles o cuando en el comité consultivo surjan opiniones divergentes importantes”¹⁴⁰.

3) Comités de expertos, técnicos o científicos.

Son grupos de expertos que elaboran dictámenes y pueden asistir tanto al Consejo de Administración como al Director Ejecutivo¹⁴¹.

4) Interventor.

Realiza una labor de control interno financiero, al margen del externo del Tribunal de Cuentas¹⁴².

3.4.d) Transparencia

Una característica importante de las Agencias debe ser, junto a la participación en sus procedimientos de la que luego hablaré, la de la transparencia en su actuación. En este sentido cobra importancia el derecho de acceso a la documentación, pero que el art. 255 TCE limita al Consejo, la Comisión y el Parlamento, aunque el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, prevé expresamente su aplicación a las Agencias. A ello se añade

¹⁴⁰ Comisión Europea (2002, 10).

¹⁴¹ Avezuela (2004, 1268).

¹⁴² Avezuela (2004, 1268).

que los Reglamentos que han ido creando a las Agencias suelen someterlas a reglas de transparencia y responsabilidad y muchas Agencias han adoptado decisiones para permitir el acceso a la documentación, alentadas por el Código de Conducta en el Acceso a la Documentación adoptada por el Consejo y la Comisión y por recomendación del Defensor del Pueblo Europeo¹⁴³. En este sentido, tanto la AESM como la AESA están sometidas al Reglamento de Acceso a Documentos de las instituciones comunitarias, mientras que la EFSA establece en su Reglamento (art. 38) que debe hacer públicas su agenda y las actas del Comité Científico y de los Paneles Científicos, las opiniones del Comité Científico y de los Paneles Científicos inmediatamente tras su adopción incluyendo las opiniones minoritarias, la declaración anual de intereses de los miembros del Consejo de Administración, del Director Ejecutivo, de los miembros del Foro Asesor y de los miembros del Comité Científico y de los Paneles Científicos así como la declaración de intereses en relación con los temas de la agenda; los resultados de sus estudios científicos; los informes anuales de actividad; y las solicitudes de información científica formuladas por el Parlamento, de la Comisión o de un Estado¹⁴⁴. En la práctica casi todas las Agencias permiten el acceso a muchos documentos vía web, con una enorme cantidad de documentación detallada (informes anuales, comunicados sobre las reuniones del Consejo de Administración, calendario de reuniones de sus Comités, comunicados de prensa sobre los mismos, etc.).

Un problema en el acceso a la documentación lo puede plantear la lengua de publicación, ya que las Agencias tienden a una reducción de las usadas, de forma que algunas (AEMA, por ejemplo) publican casi todo sólo en inglés, impidiendo el derecho de acceso en la propia lengua y vulnerando el derecho del Estado en el uso de las lenguas en la UE (art. 3 Reglamento nº 1 del Consejo)¹⁴⁵.

Un reforzamiento de la transparencia se producirá si se aprueba el proyecto de Acuerdo interinstitucional de 2005 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras, cuyo punto 16 establece lo siguiente:

1) La Agencia pondrá su empeño en que sus actividades se realicen con la máxima transparencia y, sobre todo, en que se ajusten a las disposiciones que se exponen a continuación.

¹⁴³ VOS (2003, 133-134). El problema de estas decisiones es que se basan en las reglas de acceso de la Comisión lo que debería revisarse pues esas reglas contienen largas y oscuras listas de razones para denegar el acceso: VOS (2003, 134).

¹⁴⁴ Vos (2003, 135).

¹⁴⁵ Vos (2003, 135-136).

2) Publicará sin demora:

- a) su Reglamento interno y el del Consejo de Administración;
- b) su informe anual de actividades.

3) El Consejo de Administración, a propuesta del Director, podrá autorizar a los representantes de las partes interesadas para participar, cuando sea oportuno, en calidad de observadores, en las deliberaciones de los órganos de la Agencia.

4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, la Agencia no divulgará a terceros la información confidencial que se le facilite y cuyo tratamiento confidencial se haya solicitado y esté justificado.

Los miembros del Consejo de Administración, el Director, los miembros del órgano de coordinación entre autoridades nacionales competentes, y los miembros de los comités científicos y de las salas de recurso estarán sujetos a la obligación de confidencialidad a que se refiere el artículo 287 del Tratado CE.

5) La información recogida por la Agencia con arreglo a su acto de base estará sujeta al Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

6) El Reglamento (CE) n° 1049/2001 se aplicará a los documentos en posesión de la Agencia.

El Consejo de Administración establecerá las disposiciones prácticas de aplicación del Reglamento (CE) n° 1049/2001 en el plazo de seis meses después de la creación de la Agencia”¹⁴⁶.

Además, “[e]l acto de base deberá garantizar el respeto, por parte de la Agencia, de los principios y las reglas de la buena administración pública, como son los derechos de audiencia y de consultación de los operadores interesados, la obligación de que los actos estén motivados, el régimen lingüístico, el acceso a los documentos, la protección de los datos personales y la confidencialidad de los asuntos, las reglas de buena gestión financiera, la lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de las Comunidades” (punto 18)¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Comisión Europea (2005, 18).

¹⁴⁷ Comisión Europea (2005, 18).

En cuanto al régimen lingüístico, el proyecto de Acuerdo interinstitucional prevé que “[e]l Consejo de Administración establecerá el régimen lingüístico interno de la Agencia. Las disposiciones del Reglamento n° 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (16), se aplicarán al régimen lingüístico externo (...)” (punto 19)¹⁴⁸.

3.4.e) Participación.

En cuanto a las posibilidades de participación de los sectores afectados, y de los ciudadanos en general, en el funcionamiento de las Agencias europeas, puede decirse con D. Geradin que la sociedad civil y las organizaciones profesionales no están suficientemente involucradas en los procedimientos de las Agencias. Dicha participación sería muy ventajosa, ya que en campos muy técnicos ayuda a resolver los problemas de asimetría de información (entre las instituciones reguladoras por un lado y los operadores económicos por otro lado) y ayuda a asegurar que las consecuencias prácticas de las decisiones están bien evaluadas, además de que las decisiones se aceptan mejor si ha habido una participación real. Para todo ello, sería necesario que hubiera reglas para permitir una participación en los Consejos de Administración de los afectados por la materia. A ello podría añadirse la organización de reuniones, consultas públicas, conferencias y la publicación en internet de los borradores de las decisiones que se vayan a tomar¹⁴⁹.

Junto a lo anterior, un elemento fundamental para permitir una mayor participación de los ciudadanos debería ser una adaptación europea del procedimiento utilizado en las Agencias independientes norteamericanas.

En EE. UU., los tribunales han ido forzando a que las Agencias independientes apliquen el «due process» o proceso debido, consagrado para el ámbito jurisdiccional en la quinta enmienda de la Constitución norteamericana, de forma que todo acto normativo encuentre su legitimación sustancial en el momento en que es aceptado por la mayoría de los intereses involucrados sea en la elaboración de la norma sea en su sucesiva aplicación¹⁵⁰. El «due process» permite acercar los procedimientos administrativos de las Agencias a los jurisdiccionales y con ello asegurar la justicia y la equidad, con el resultado final del control jurisdiccional por error manifiesto, es decir, no un simple error, lo que equivale a una presunción de validez de las decisiones

¹⁴⁸ Comisión Europea (2005, 18).

¹⁴⁹ Geradin (2004-2005, 54-55).

¹⁵⁰ Giraudi y Righettini (2001, 156 nota 16), Cassese (1996b, 219).

de las Agencias¹⁵¹. En este sentido, la APA establece que las partes tengan los mismos derechos que en los procesos judiciales, la separación entre miembros de las Agencias que adoptan reglamentos y miembros que deciden los casos y distingue entre funciones de las Agencias de elaboración de reglamentos (notificación a todos los interesados, audiencia y motivación escrita) y de solución de controversias (audiencia a las partes, práctica de pruebas, interrogatorios, miembros específicos de la Comisión para adoptar la decisión)¹⁵², de forma que la invalidación judicial sólo se produce si la decisión reguladora ha sido arbitraria, caprichosa o excesivamente discrecional¹⁵³.

El «due process» hace que tanto los tribunales como las Agencias sean verdaderos centros de definición de las políticas públicas federales y contrarresta la ajenidad de ambos al circuito de la representación electoral constituyendo un elemento fuerte de garantía de los intereses involucrados¹⁵⁴. Este «due process», más que la propia independencia organizativa, ha terminado por ser el elemento unificador del entendimiento por el TS de las Agencias ante la imposibilidad de una interpretación unívoca de la teoría de la separación de poderes¹⁵⁵, hasta el punto de que la legitimación de las Agencias independientes no ha sido puesta en duda ya desde esta legitimación por el procedimiento¹⁵⁶, existiendo una legitimación inicial normativa y una legitimación procedimental y participativa¹⁵⁷.

¹⁵¹ Davis (1988, 230-231).

¹⁵² DAVIS (1988, 231), SHAPIRO (2002, 182), GIRAUDI Y RIGHETTINI (2001, 59), MANETTI (1994, 71). A esta jurisdiccionalización de los procedimientos de las IRC han contribuido también la «Freedom of Information Act y la Government in the Sunshine Act», que exigen a toda Agencia la publicidad de sus reuniones salvo que una válida razón aconseje el secreto: SHOOSHAN (1997, NOTA 39), MAJONE (1996, 131).

Estas exigencias han tenido como contrapartida la desaparición de las reuniones de las IRC como elemento real de toma de decisiones, siéndolo las reuniones previas secretas: SHOOSHAN (1997, NOTA 39).

¹⁵³ Majone (1996, 131), Shapiro (2002, 182).

¹⁵⁴ Giraudi y Righettini (2001, 159), Grasso (1993, 1323), Pomed (1993, 127). Grasso realiza un análisis detallado de las posiciones de la doctrina norteamericana (SOMMER, TRIBE) que entienden que realmente las IRC son tribunales inferiores que el Congreso puede crear de acuerdo al art. I sec. 8 de la Constitución: GRASSO (1993, 1320 ss.). MANETTI, por su parte, entiende que esta doctrina podría ser la base fundamental para defender la constitucionalidad de las IRC, aunque con el obstáculo de que sus funciones no son sólo cuasi-jurisdiccionales sino fundamentalmente administrativas: MANETTI (1994, 70-71).

¹⁵⁵ Grasso (1993, 1321), Manetti (1994, 58).

¹⁵⁶ Manetti (1994, 75).

¹⁵⁷ MANETTI (1994, 80). El TS ha llegado a decir que “procedure is to law what scientific method is to science”: CASSESE (1996B, 219).

Para dotar de contenido a esta legitimación procedimental, se establecen los siguientes principios¹⁵⁸:

1) La ampliación del derecho a participar en las decisiones administrativas y de la posibilidad de recurrir judicialmente, de manera similar a lo que ya existía para las empresas reguladas, para receptores de los programas de bienestar, estudiantes, contratistas de la Administración, representantes de los consumidores, de los ecologistas, de los pobres y de otros grupos organizados¹⁵⁹. Con ello, se transforma el objetivo fundamental del Derecho administrativo norteamericano de limitar el poder de la Administración para proteger los intereses privados a un modelo de representación de intereses en el que los grupos enfrentados en un tema de competencia administrativa adquieren el derecho de participar en la decisión administrativa a través de procedimientos contradictorios y del control judicial de tales decisiones.

2) La extensión de la amplitud y contenido de las formalidades procedimentales para que exista constancia documental de todos los hechos que dan lugar a la decisión administrativa, de forma que las partes afectadas tengan una oportunidad efectiva de rebatir las bases analíticas y fácticas de la decisión.

3) La ampliación en las posibilidades de acceso a los recursos judiciales.

Este sistema americano tiene la ventaja, como ha recordado Yataganas, de permitir la participación de los interesados, lo que disminuye los costes legales al prevenir la judicialización de los conflictos e incrementa la legitimidad de las Agencias al interactuar con los destinatarios¹⁶⁰. La Comisión, por lo tanto, debería proponer un Reglamento tipo APA americana sobre la base del art. 308 TCE que sería aprobado por codecisión por el Consejo y el Parlamento¹⁶¹.

3.4.f) Poderes

La existencia de Agencias independientes para controlar o regular un sector social determinado se basa en la sustracción a los poderes públicos

¹⁵⁸ Breyer y Stewart (1985, 38), Sunstein (1987-1988, 474).

¹⁵⁹ Antes de los años setenta, los tribunales entendían que los beneficiarios de la regulación económica no podían impugnar las decisiones de las IRC, ya que no tenían derechos legales en juego y debían buscar su amparo en el Congreso: SUNSTEIN (1987-1988, 474). Una crítica al retroceso judicial en la materia a partir de mediados de los años 80 puede verse en SUNSTEIN (1987-1988, 475-476).

¹⁶⁰ Yataganas (2001, 50).

¹⁶¹ YATAGANAS (2001, 50); en sentido similar EVERSON Y MAJONE en EVERSON et al. (1999, 47 SS.).

clásicos de las decisiones en ese campo para concedérselos a un organismo al margen del corto plazo electoral, aunque sometido a suficientes mecanismos de control. No tiene sentido la creación de Agencias “independientes” (en el sentido ya visto) para que luego sean las instituciones públicas las que determinen las decisiones, pues, en tal caso, simplemente estamos creando un aparato burocrático más que dilata el proceso de toma de decisiones. Como dijo en 2001 el «Conseil d’État» francés con respecto a la «Commission de régulation de l’électricité», “hay que jugar el juego y dotarle de los poderes y medios necesarios para cumplir la misión encomendada”¹⁶².

Pues bien, claramente no es esta la situación en la CE en la que las Agencias hasta el momento han carecido de poderes efectivos en la toma de decisiones. El mandato establecido en los Reglamentos fundacionales suele tener como contenido, como se vio con anterioridad en la clasificación de las Agencias, la recopilación de información en materias técnicas, científicas y, en algunos casos, de gestión y, por ello, la gran mayoría tienen poderes muy limitados sin poder adoptar decisiones vinculantes y reducidas a tareas de información y coordinación¹⁶³. Como la propia Comisión ha dicho “[l]a delegación ha de estar siempre limitada a poderes ejecutivos claramente definidos y cuyo ejercicio esté sometido a un estricto control, sin incluir poderes discrecionales que incluyan consideraciones políticas ya que eso alteraría el reparto de poderes en la UE (caso Meroni)”¹⁶⁴. Sólo tienen algún poder de decisión vinculante para terceros la OAMI y la OCVV¹⁶⁵ (que aplican el derecho comunitario a campos muy técnicos y sin incluir ninguna discrecionalidad política: verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el derecho comunitario¹⁶⁶) y, en cierta medida, AESA (certificación de la seguridad aérea), y ERA (certificados de seguridad ferroviaria). La EMEA no toma decisiones sino que da opiniones a la Comisión que toma la decisión final, pero el peso que tienen aquellas y la necesidad de la Comisión de justificar la desviación de la propuesta de la EMEA (lo que obliga a enviar el asunto a un Comité de los Estados miembros-Comitología, que es el que decide), permiten considerarla también como una Agencia “con poder de decisión”¹⁶⁷. En todo caso, nunca es un poder con discreción reguladora,

¹⁶² Conseil d’État (2001, 379).

¹⁶³ Geradin (2004-2005, 24).

¹⁶⁴ Nota del Servicio Jurídico de la Comisión sobre las Agencias comunitarias SEC (2001)340 de 20 de febrero de 2001, p. 4.

¹⁶⁵ Comisión Europea (2001, 27).

¹⁶⁶ Majone (2001, 10).

¹⁶⁷ Majone (2001, 10), Krapohl (2004, 532).

ignorando la Comisión que en muchas ocasiones de incertidumbre científica, el análisis científico y la gestión están fuertemente relacionados. La separación de tareas puede ser disfuncional y disminuir la transparencia y la responsabilidad mientras que ambas se reforzarían si las decisiones fueran tomadas por las Agencias¹⁶⁸.

La pregunta que surge es ¿porqué no tienen poder de decisión las Agencias comunitarias? La peculiaridad de la CE en relación con este tema consiste en que al no ser un Estado federal no hay reparto absoluto de competencias entre entes (central y territoriales) ni una atribución exclusiva de poder (legislativo, ejecutivo) a un órgano determinado sino que los Tratados atribuyen las funciones de las instituciones de acuerdo a numerosos procedimientos, siendo el elemento fundamental el equilibrio entre instituciones de forma que cada una de ellas actúe de acuerdo con los poderes que le son atribuidos pero con la misma igualdad y autonomía. En definitiva, el principio básico de relación entre las instituciones es el de la competencia de atribución (arts. 5 Tratado de la Unión Europea-TUE, 7 TCE)¹⁶⁹. Los tres órganos (Parlamento, Comisión y Consejo) pueden tener participación en el legislativo y en el ejecutivo, no permitiéndose cambios en los poderes concedidos ni delegaciones no previstas en los Tratados¹⁷⁰.

En este punto de la delegación de poderes es donde se cruza una doctrina jurisprudencial que ha sido aprovechada por la Comisión para evitar la delegación de algunos de sus poderes a las Agencias comunitarias. Me estoy refiriendo a las conocidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) Meroni de 13 de junio de 1958¹⁷¹ en las que el Tribunal rechazó la transferencia de poderes soberanos a autoridades subordinadas diferentes de las instituciones de la UE y que sólo podían delegarse “poderes ejecutivos claramente definidos”, cuyo ejercicio tendría que estar siempre sujeto a la supervisión de la Comisión, con las siguientes consecuencias¹⁷²:

- a) La Comisión no puede delegar poderes más amplios que los que ella misma tiene.
- b) Sólo pueden delegarse poderes estrictamente ejecutivos.

¹⁶⁸ Vos (2003, 132-133).

¹⁶⁹ Sobre este equilibrio entre instituciones me remito a VÍRGALA (2006).

¹⁷⁰ Yataganas (2001, 19).

¹⁷¹ Sentencias Meroni e Co, Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority.

¹⁷² Puede verse una análisis de la sentencia, entre otros, EN VOS (2003, 130), MAJONE (2001, 8-9), GERADIN (2004-2005, 13-14), EVERSON Y MAJONE EN EVERSON ET AL. (1999, 12 Y 53 SS.), LAUWAARS (1979, 371-374).

c) No deben delegarse poderes discrecionales.

d) El ejercicio de poderes delegados no puede excepcionarse de las condiciones a las que deberían estar sujetos si hubieran sido ejercidos por la Comisión, en particular la obligación de motivar las decisiones y del control judicial.

e) Los poderes delegados continúan sujetos a las condiciones establecidas por la Comisión y sujetos a su continua supervisión.

f) El equilibrio institucional entre instituciones de la UE no puede distorsionarse.

Por lo tanto, el TJUE se apoyó en el equilibrio institucional de forma que si se delegaran algunos poderes discrecionales se produciría el desequilibrio institucional. Esa distinción entre poderes discrecionales y poderes ejecutivos claramente definidos la basa el TJUE en la legitimidad democrática en la que debe ser posible buscar en los poderes de cualquier órgano normativo la autoridad de un Parlamento democráticamente elegido¹⁷³.

Frente a la aplicación acrítica de la doctrina Meroni a las Agencias comunitarias, hay que decir que en la sentencia se hablaba de delegación a personas jurídicas privadas, lo que no es el caso de órganos públicos creados por el legislador comunitario, por lo que la transposición sin más de Meroni a las Agencias es errónea. Con posterioridad, el TJUE ha dicho que Meroni no impide delegar a personas privadas poderes de ejecución limitados (Caso 18/62, Barge v. High Authority de 1962; 30/65, Macchiorlati DalmaS V. High Authority de 1966) ni tampoco el uso de servicios de órganos externos, incluso de derecho privado (Caso C-249/87, Mulfingher v Commission de 1989). Esto es coherente también con la práctica de la Comisión de delegar en intermediarios, que designan los Estados miembros, tareas que van más allá de la pura gestión (programas Socrates II, Leonardo II) y que han llegado a ser, al decidirlo el Estado miembro, personas jurídicas privadas¹⁷⁴. Por otro lado, hay que tener en cuenta que eran diferentes el equilibrio de la CECA (mayor grado de ejecución, en lugar de en los Estados como en la CEE, y poder regulador) y el de la CEE, y que el equilibrio en todo caso de 1958 no es el de la actualidad¹⁷⁵.

Aplicar la doctrina Meroni a las Agencias crea una distancia entre la realidad institucional y los preceptos constitucionales ya que aquellas desa-

¹⁷³ Vos (2003, 130).

¹⁷⁴ Yataganas (2001, 29-30).

¹⁷⁵ Yataganas (2001, 7), Geradin (2004-2005, 14).

rollan una importante función administrativa y llevan a cabo complejas tareas relacionando a la UE con los Estados miembros y, en concreto, algunas Agencias preparan o dictan decisiones vinculantes externamente (así, arts. 43.5 y 45.6 del Reglamento 40/94 sobre la marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993; art. 62 del Reglamento 2100/94 sobre variedades de plantas de 22 de julio de 1994)¹⁷⁶. Conceder, por ejemplo, un poder normativo delegado a las Agencias, órgano compuesto de expertos independientes en los que no deben primar los meros intereses nacionales, permitiría sustraer determinadas materias a la multitud de Comités de expertos nacionales (comitología) que ponen los intereses nacionales por encima de los europeos y sin una mínima transparencia y responsabilidad lo que contribuye al déficit democrático de la UE¹⁷⁷. Por otro lado, es evidente la distancia entre los recursos administrativos, financieros y de conocimiento de la Comisión y la creciente complejidad de las tareas reguladoras de la UE. Las Agencias pueden descargar las tareas administrativas y técnicas de la Comisión, establecer relaciones fluidas con las Agencias independientes nacionales y si son auténticamente independientes incluso pueden llegar a recuperar el prestigio perdido por la UE en su capacidad reguladora, siendo intentos imperfectos las existentes Agencias meramente informativas y cuasiregulatorias. La creciente politización y parlamentarización (intervención del Parlamento en el proceso legislativo, investidura de la Comisión) del gobierno de la CE reduce la credibilidad de la Comisión como un regulador independiente sin aumentar su legitimidad democrática. La creación de Agencias con estatutos habilitadores específicos y mandatos claramente definidos, votados mediante codecisión del Parlamento y el Consejo a propuesta de la Comisión, no altera la distribución de poderes, sino que, por el contrario, descarga a la Comisión de tareas técnicas y administrativas, favoreciendo también la cooperación con las instituciones nacionales y la creación de redes reguladoras europeas¹⁷⁸. Como E. Vos ha señalado, hay que tener en cuenta que en el moderno Estado del bienestar hay que caminar hacia modelos de legitimación administrativa como un mayor control judicial, transparencia creciente, mayor pericia técnica y una participación ciudadana reforzada con debates públicos y audiencias públicas¹⁷⁹. En este sentido, nada impediría en el Derecho comunitario actual que se concedieran poderes discrecionales a las Agencias siempre que se acompañaran de

¹⁷⁶ HOFMANN (2003, 6), en el mismo sentido, TIBERI (2003, 237).

¹⁷⁷ Majone (2001, 13).

¹⁷⁸ Majone (2001, 13-15).

¹⁷⁹ Vos (2003, 132).

un reforzamiento o re-equilibrio de las instituciones actuales y de sus funciones.

Frente a esta realidad, la Comisión, que ha visto aumentar sus poderes con la ausencia de delegación de poder regulador a las Agencias, se ha resistido a perderlos, adoptando una postura proteccionista mientras que normalmente suele ser la vanguardia en la promoción de interpretaciones dinámicas del TCE (por ejemplo, del antiguo art. 86, ahora 82). Esta situación es cómoda también para el Consejo ya que si la delegación la recibe la Comisión aquél tiene la comitología, lo que no ocurriría de delegarse el poder en las Agencias¹⁸⁰, certificando todo ello las razones más políticas que jurídicas en el mantenimiento de la doctrina Meroni.

El mantenimiento por la Comisión de la doctrina Meroni se refleja en sus propios documentos como en el Libro blanco sobre la Gobernanza:

“Las agencias pueden verse otorgada la facultad de tomar decisiones individuales en ámbitos específicos, pero no pueden adoptar medidas reglamentarias generales. En particular, podría conferírseles un poder de decisión en ámbitos en que prevaleciera el interés público y en que las tareas pendientes requiriesen una competencia técnica particular (como, por ejemplo, en materia de seguridad aérea)”.

- Las agencias no pueden asumir responsabilidades en relación con las cuales el Tratado haya asignado un poder de decisión directo a la Comisión (como, por ejemplo, en el ámbito de la política de competencia).

- Las agencias no pueden asumir un poder de decisión en ámbitos en que estén llamadas a arbitrar conflictos entre intereses públicos, ejercer una discrecionalidad política o realizar evaluaciones económicas complejas.

- Las agencias deben estar sujetas a un sistema eficaz de supervisión y control¹⁸¹; o en la Comunicación de 2002 sobre las Agencias reguladoras europeas: “En particular, estas agencias pueden estar dotadas únicamente del poder de adoptar decisiones individuales en el marco de una legislación comunitaria precisa, y no pueden adoptar medidas normativas de aplicación generalizada, aunque sus prácticas en materia de toma de decisiones podrían dar lugar a la codificación de determinadas normas de aplicación”¹⁸².

En esta línea, y más recientemente, la Comisión continúa manteniendo su visión reticente de las Agencias. El proyecto de Acuerdo interinstitucional

¹⁸⁰ Geradin (2004-2005, 15-16).

¹⁸¹ Comisión Europea (2001, 28).

¹⁸² Comisión Europea (2002, 9).

de 2005 entiende que es necesario distinguir “entre «regulación» y «reglamentación», o adopción de normas jurídicas vinculantes de alcance general, dado que la regulación no está necesariamente sujeta a la adopción de actos normativos de carácter reglamentario. También puede recurrir a otros medios más estimulantes, como la corregulación, la autorregulación, las recomendaciones, el recurso a la autoridad científica, la agrupación en redes y la convergencia de las buenas prácticas, la evaluación de la aplicación y la ejecución de las normas, etc. Por lo tanto, una agencia «reguladora» no tiene necesariamente el poder de decretar normas jurídicas vinculantes¹⁸³. Además, se añade que las “agencias que adoptan decisiones individuales están dotadas de una competencia de ejecución normativa, si bien dicha competencia se limita a la aplicación de las normas del Derecho derivado a casos particulares, conforme al sistema institucional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”¹⁸⁴. Por ello, en el proyecto de Acuerdo se establece que las Agencias reguladoras en su función ejecutiva no pueden: “a) adoptar medidas reglamentarias de carácter general; b) contar con poder de decisión en los ámbitos en los que deba mediar cuando surjan conflictos entre intereses públicos o ejercer un poder de apreciación política; c) asumir responsabilidades con respecto a las cuales el Tratado CE haya otorgado poder directo de decisión a la Comisión. Cualquier delegación por parte de la autoridad legislativa deberá limitarse a poderes estrictamente definidos y susceptibles de un control riguroso”¹⁸⁵.

A día de hoy, la solución a los problemas de poder de las Agencias comunitarias sólo puede provenir de un entendimiento muy flexible de la doctrina Meroni por todas las instituciones comunitarias o por una consagración constitucional de Agencias con la autorización de poderes correspondientes. La primera fórmula parece difícil por las reticencias que ya se han expresado. En cuanto a la segunda, patrocinada por la doctrina¹⁸⁶, puede ser factible en cuanto al reconocimiento en el TCE (adición al art. 7 de las Agencias o artículo propio como si hizo con el 8 para el BCE o el 9 para el BEI) o en la Constitución europea, pero parece mucho más complicado en cuanto a la necesaria delegación de poderes.

3.4.g) Responsabilidad

La aceptación de las Agencias sólo puede ir vinculada a la existencia de toda una serie de mecanismos de exigencia de responsabilidad que impidan

¹⁸³ Comisión Europea (2005, 4).

¹⁸⁴ Comisión Europea (2005, 2).

¹⁸⁵ Comisión Europea (2005, 12).

¹⁸⁶ Vos (2003, 132), Yataganas (2001, 20), Geradin (2004-2005, 21).

su conversión en entes “independientes” en sentido absoluto, es decir, sin sujeción a ningún control ni responsabilidad. En el caso de las Agencias comunitarias, dichos mecanismos existen en algunos casos, pero en otros deberían mejorarse notablemente.

En primer lugar, pueden establecerse mecanismos de control dentro de la propia Agencia. Así, la Comisión ha propuesto que, “teniendo en cuenta que las decisiones adoptadas por las agencias decisorias pueden perjudicar a terceros, debería preverse la creación de salas de recurso en la organización interna de dichas agencias, como ya ocurre con la Oficina de Armonización del Mercado Interior, la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y la Agencia Europea de Seguridad Aérea. El papel que deberían desempeñar las salas de recurso consistiría en realizar un primer control interno, pero independiente de las decisiones adoptadas por el director de la agencia, antes de acudir, en su caso, al Tribunal de Primera Instancia. Las reglas específicas de composición y de procedimiento de dichas salas deberían ser definidas por el legislador y, en su caso, completadas con medidas de ejecución adoptadas por la Comisión. La exigencia fundamental que debe respetarse es la independencia de la apreciación hecha por las salas de recurso; al establecer los criterios de selección y de designación de sus miembros debe tenerse en cuenta esta exigencia”¹⁸⁷.

En cuanto al control por la Comisión, se produce el de legalidad en algunas Agencias que tienen cierto poder de decisión. Los arts. 44 del Reglamento OCVV y 118 OAMI prevén que la Comisión controle la legalidad de los actos del Presidente, respecto de los que no hay otro control de legalidad por ningún otro órgano, y del Consejo de administración en relación con el Presupuesto de las Agencias. En esos casos, la Comisión juega un papel cuasi-judicial recordando a los procedimientos formales de la APA norteamericana, pudiendo concluir que el acto impugnado es ilícito y requiere su retirada, convirtiéndose en un control preventivo al animar a las Agencias afectadas a cumplir con requerimientos procedimentales y sustanciales y asegurando su cooperación con el Ejecutivo comunitario¹⁸⁸.

Sin embargo, el control podría reforzarse y generalizarse como propone el proyecto de Acuerdo interinstitucional de 2005 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras:

“(1) La Comisión ejercerá su competencia de iniciativa proponiendo, en su caso, la revisión o la derogación del acto de base, con arreglo al punto

¹⁸⁷ Comisión Europea (2002, 11).

¹⁸⁸ Yataganas (2001, 52).

27.2. La Comisión propondrá también, cada año, a la autoridad presupuestaria la cuantía de la subvención destinada a la Agencia y los efectivos que considere necesarios para su funcionamiento partiendo de las previsiones de gastos e ingresos elaboradas por el Consejo de Administración con arreglo al punto 11.1.d).

(2) La Comisión ejercerá su responsabilidad ejecutiva a través de: a) sus representantes en el Consejo de Administración; b) la elaboración de una lista de candidatos para la designación del Director y de los miembros de las salas de recurso con arreglo a los puntos 13.2.1 y 14.3; c) su propuesta de prorrogar el mandato del Director, en función de su evaluación, con arreglo al punto 13.2.2; d) sus dictámenes sobre el programa anual de trabajo, con arreglo al punto 20.2, sobre el Reglamento interno, con arreglo al punto 11.1.g), y sobre los posibles acuerdos de trabajo celebrados con las autoridades competentes de terceros países y/u organizaciones internacionales que desempeñen tareas análogas, con arreglo al punto 26.2”¹⁸⁹.

De todas formas sí sería interesante de cara al control y a la coordinación de las Agencias contar en Europa con algún organismo similar a la «Office of Management and Budget» (OMB) norteamericana, por ejemplo, en el Servicio Central de Auditoría vinculado al Presidente de la Comisión¹⁹⁰ que serviría para comprobar el cumplimiento de estándares básicos de eficiencia, sistematizando y generalizando lo que ya hace la Comisión actualmente¹⁹¹.

En EE. UU., en el marco de la política «reaganiana» de controlar al máximo todas las Agencias ejecutivas, se dictaron por el Presidente las Ordenes ejecutivas 12291, de 1981, y 12498, de 1985, que establecieron la supervisión de toda norma reglamentaria y de todo programa de acción por la OMB¹⁹². Con posterioridad, Bill Clinton aprobó la Orden ejecutiva 12866, de 1993, para coordinar las políticas de las Agencias entre sí y con las presidenciales, obligando a todas las Agencias, incluidas las independientes, a elaborar un programa con los reglamentos proyectados y su relación con la política presidencial, controlado por la OMB¹⁹³.

¹⁸⁹ Comisión Europea (2005, 24).

¹⁹⁰ Yataganas (2001, 47). También apoya la creación de un organismo similar al OMB norteamericano, D. GERADIN (2004-2005, 49).

¹⁹¹ Everson y Majone en Everson et al. (1999, 42).

¹⁹² Puede verse su análisis en SWIRE (1985, 1781), MORRISON (1985-1986, 1062 SS.), MILLER (1986, 47), BETANCOR (1994, 48-49), CARBONELL (1996, 43-44), MORENO (1995, 227-234), POMED (1993, 131).

¹⁹³ CARBONELL (1996, 45-47), MORENO (1995, 247-250), salvo las decisiones en aplicación de la Telecommunications Act, de las de política monetaria de la Federal Reserve, de

La OMB es la encargada, de acuerdo con los criterios presidenciales, de elaborar el proyecto anual de Presupuestos¹⁹⁴. Además, la OMB controla el gasto de lo presupuestado, lo que realiza con el objetivo de que se corresponda con la asignación parlamentaria efectuada¹⁹⁵. También puede revisar las propuestas de cambio legislativo formuladas por las Agencias independientes al Congreso, aunque algunas de éstas pueden saltarse el paso por la OMB¹⁹⁶. Finalmente, la OMB puede revisar el programa regulatorio de las Agencias para evitar duplicidades entre ellas y para saber qué programas pueden contener elementos polémicos o potencialmente peligrosos. Tras ello, la OMB recibe el «Regulatory Impact Análisis» en que la Agencia estima el coste de cada norma que propone demostrando que ese coste es menor que los beneficios esperados directa e indirectamente y si la OMB lo rechaza, la Agencia ha de rehacerlo aunque puede, lo que es inusual, apelar directamente al Presidente. Después de lo anterior, la Agencia ha de enviar una «Notice of Proposed Rulemaking» al «Federal Register» (Diario oficial), abriéndose con ello un debate público de entre 30 y 90 días que la Agencia debe tener en cuenta en su decisión final, ya que, en caso contrario, puede ser impugnada judicialmente su decisión. En último lugar, la Agencia remite la propuesta definitiva a la OMB que tiene un mes para examinar el texto y realizar su análisis económico, aunque es raro que haga objeciones, y finalmente se publica.

El Parlamento tiene también un cierto poder sobre las Agencias a través del Presupuesto, ya que, salvo excepciones, dependen del mismo y el Parlamento podría presionar con ello¹⁹⁷. Incluso se propuso en 1997 por la Comisión, para asegurar la transparencia y la armonización entre Agencias, que todas las Agencias se sometieran al Auditor financiero de la Comisión y que todo beneficio obtenido por las mismas fuera a parar al Presupuesto comunitario, pero, ante la oposición de la OHIM, no se incluyó en el Reglamento Financiero de 2002¹⁹⁸. Este nuevo Reglamento Financiero del Consejo 1605/2002 (art. 48) incrementa el control sobre las Agencias de forma que las decisiones que impongan deberes ejecutivos sobre, entre otros, las Agencias deben incluir los medios necesarios para asegurar la transparen-

las de la Nuclear Power Commission y de las de la Consumer Product Safety Commission: GIRAUDI Y RIGHETTINI 2001, 62).

¹⁹⁴ Giraudi y Righettini (2001, 37), Carbonell (1996, 42-43), Freedman (1978, 66), Guédon (1991, 31), Moderne (1988, 215), Breyer y Stewart (1985, 125), Moreno (1995, 239).

¹⁹⁵ Freedman (1978, 66).

¹⁹⁶ Moreno (1995, 235-236).

¹⁹⁷ Vos (2003, 137), Yataganas (2001, 44).

¹⁹⁸ Vos (2003, 137), Geradin (2004-2005, 48).

cia de sus actividades, por lo que las Agencias deben utilizar procedimientos transparentes y no discriminatorios, tener un sistema de control interno efectivo para la gestión de sus operaciones y una correcta gestión presupuestaria¹⁹⁹. Se establece también la sumisión de las Agencias al control del Auditor interno de la Comisión (art. 185.3). La aprobación de la gestión de la ejecución presupuestaria de los organismos contemplados en el apartado 1 [organismos creados por las Comunidades, dotados de personalidad jurídica propia y subvencionados efectivamente con cargo al presupuesto] corresponderá al Parlamento Europeo, previa recomendación del Consejo (art. 185.2). El art. 185.1 también autoriza expresamente a la Comisión para que adopte un Reglamento marco financiero para las Agencias que reciban subvenciones con cargo al Presupuesto.

A pesar de lo anterior, es reseñable que las Agencias comunitarias no están sometidas al control parlamentario al entenderse que su naturaleza técnica lo excluye y sólo algunos Reglamentos fundacionales prevén un informe regular al Parlamento europeo²⁰⁰. Como ya señaló en 2001 el Servicio Jurídico de la Comisión, las Agencias deberían estar sometidas al control parlamentario como en cualquier democracia por la importancia de su papel y el grado de autonomía del que gozan²⁰¹. En ese mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre Agencias preparatorio del Libro blanco sobre la gobernanza propuso reforzar el control parlamentario sobre las Agencias, pudiendo convocar al Director Ejecutivo en cualquier momento y, en especial, tras la publicación del Informe anual para comprobar si la Agencia cumple su mandato y si está en línea con las políticas comunitarias²⁰². En 2002, la propia Comisión estableció que “el Parlamento Europeo y el Consejo deberían poder estar en condiciones de ejercer cierto control de índole política sobre las agencias reguladoras. A tal fin, se podría prever que los directores de las agencias estuviesen sometidos a audiencias por parte de dichas instituciones y que las agencias elaborasen informes periódicos sobre su funcionamiento”²⁰³. En este sentido, creo que una forma adecuada de vigilar adecuadamente el funcionamiento de las Agencias es la de un control parlamentario mediante el establecimiento de Comisiones específicas, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica

¹⁹⁹ Vos (2003, 137-138).

²⁰⁰ Geradin (2004-2005, 49).

²⁰¹ Nota del Servicio Jurídico de la Comisión sobre las Agencias comunitarias SEC(2001)340 de 20 de febrero de 2001, p. 15.

²⁰² Vos (2003, 139).

²⁰³ Comisión Europea (2002, 14).

con los Presidentes y Directores Ejecutivos de las Agencias y que pudieran exigir la presencia de otros miembros de las mismas y así evaluar su actuación. Del resultado de las comparencias y de los informes se podría descubrir, si existiera, un comportamiento erróneo de la Agencia afectada del que debería darse cuenta a la Comisión y al Consejo y, como señala Yataganas, en ese caso debería permitirse a la Comisión cesar a los altos cargos de las Agencias por conducta inadecuada grave en la realización de sus deberes²⁰⁴.

En esta tendencia de fomentar el control de las Agencias, se coloca también el proyecto de Acuerdo interinstitucional de 2005 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras cuando dice que “[s]in perjuicio de los controles ya mencionados y, sobre todo, del procedimiento presupuestario y de la aprobación de la gestión de la ejecución presupuestaria, el Parlamento Europeo o el Consejo podrán solicitar, en todo momento, la audiencia del Director sobre los temas relacionados con las actividades de la Agencia, especialmente en el momento de la publicación del informe anual de actividades de la Agencia”²⁰⁵.

Finalmente, las Agencias están también sometidas al control del Tribunal de Cuentas, al de la Oficina europea anti-fraude y al del Ombudsman.

3.4.h) Control judicial

En todos los ordenamientos jurídicos en los que existen Agencias está prevista alguna forma de control judicial de las normas y acciones de las mismas. En el caso de la CE, la cuestión se complica al carecer la gran mayoría de Agencias de poderes decisorios y ser la Comisión la que toma la decisión final y es ésta la que está sometida al control judicial²⁰⁶.

En las Agencias sin poder decisorio, algunos Reglamentos fundacionales hacen referencia al art. 230 TCE (procedimiento de anulación) y otros confían a la Comisión o a un organismo dentro de la propia Agencia para que revise la legalidad de las decisiones de las Agencias, aunque luego quepa ir al TJUE²⁰⁷. En estos casos, parece mejor un recurso interno ante un organismo de la propia Agencia que ante la Comisión pues ésta puede

²⁰⁴ Yataganas (2001, 44).

²⁰⁵ Comisión Europea (2005, 23).

²⁰⁶ Otra cosa es la responsabilidad extracontractual, ya que casi todos los Reglamentos fundadores de Agencias han designado al TJUE como el órgano competente en ese ámbito: Vos (2003, 140).

²⁰⁷ Geradin (2004-2005, 44).

ejercer una indebida influencia sobre el proceso regulador y, además, el sistema de revisión interna permite ejercer un filtro ante un sobrecargado Tribunal de Primera Instancia²⁰⁸.

En los casos en que nada está previsto, se propugna la aplicación de las reglas clásicas de la acción de anulación del 230 TCE, aunque la aplicación de este artículo plantea problemas al no estar mencionadas las Agencias, si bien la interpretación extensiva del TJUE podría salvarla²⁰⁹. Otro problema es el de la legitimación ya que en el art. 230 se puede impugnar una decisión por un particular si es el destinatario, pero si se quiere impugnar una decisión dirigida contra otro o un Reglamento el impugnante ha de estar afectado “directa” e “individualmente”, de forma que la afectación es directa si afecta a la situación jurídica del impugnante, pero la dificultad está en lo de “individual” ya que el TJUE es muy restrictivo al exigir que la medida les afecte en virtud de determinados atributos particulares del afectado o en circunstancias que lo diferencian de cualquier otra persona, de forma que sólo los Reglamentos que identifiquen específicamente a un número limitado de personas, lo que casi nunca ocurre, son impugnables ante el TJUE²¹⁰.

²⁰⁸ Geradin (2004-2005, 48).

²⁰⁹ Vos (2003, 140), Geradin (2004-2005, 44), Avezuela (2004, 1265-1266).

²¹⁰ GERADIN (2004-2005, 45). El art. III-365.4 de la Constitución europea aligera esto al exigir sólo un interés “directo” pero no individual para impugnar actos reglamentarios ante el TJUE. La expresión “afecten directamente” ha de ser más amplia que la de “directa e individualmente” de acuerdo a la práctica seguida hasta ahora por el TJUE, bastando la demostración de que el acto reglamentario produce un padecimiento sin necesidad de adoptar medidas autónomas, aunque no baste el mero hecho de que un acto influya en la situación material del demandante: RUÍZ-JARABO (2004, 1013). La afectación directa significa que la medida “debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas intermedias” (STJUE de 13 de mayo de 1971). Por el contrario, afectación individual sería “cuando le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de una manera análoga a la del destinatario” (STJUE de 15 de julio de 1963), lo que suelen ser los casos caracterizados por la existencia de un procedimiento administrativo en el marco del que se adopta el acto, por ejemplo, reglamentos actuales que constituyen para sus destinatarios una decisión (imposición de derechos antidumping a varias empresas en un reglamento de ejecución). En los casos de actos de alcance general no adoptados en el marco de un procedimiento administrativo, el TJUE se niega a admitir recursos de particulares: MANGAS Y LIÑÁN (2004, 463-464). Otra cosa es cómo interprete el TJUE la expresión “directamente” o, esto para el resto de actos, “directa e individualmente”: CALONGE Y TOMÁS (2004, 395).

En las Agencias con algún poder de decisión (especialmente, OAMI, OCVV y AESA) el problema se resuelve con la inclusión del control judicial en alguna disposición expresa.

Así, el Reglamento de la Marca comunitaria prevé para la OAMI una apelación previa a un Consejo de Apelación interno y luego el recurso al TJUE en un procedimiento similar al del art. 230 TCE²¹¹: Art. 63- “Recurso ante el Tribunal de Justicia.

1. Contra las resoluciones de las salas de recurso que recaigan en asuntos recurridos cabrá recurso ante el Tribunal de Justicia.

2. El recurso se fundará en incompetencia, en quebrantamiento sustancial de forma, en violación de Tratado, del presente Reglamento o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación, o en desviación de poder.

3. El Tribunal de Justicia será competente tanto para anular como para modificar la resolución impugnada.

4. Podrán interponer recurso todas las partes en el procedimiento ante la sala de recurso, en tanto en cuanto la resolución de ésta no haya estimado sus pretensiones.

5. El recurso ante el Tribunal de Justicia se interpondrá en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución de la sala de recurso.

6. La Oficina estará obligada a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia”.

En la OCVV, el Reglamento relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994, lo prevé en el art. 73- “Recurso de segunda instancia:

1. Las resoluciones de la sala de recurso admitirán recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2. El recurso de segunda instancia podrá interponerse por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado, del presente Reglamento o de cualquier norma jurídica relativa a la ejecución de los mismos, o desviación de poder.

3. Están legitimados para interponer dicho recurso las partes en el procedimiento de recurso para las que la resolución haya sido desfavorable, así como la Comisión y la Oficina.

4. El recurso de segunda instancia deberá interponerse ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses contados desde la notificación de la resolución de la sala de recurso.

²¹¹ Arts. 57 y 63 del Reglamento 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993.

5. Si el Tribunal de Justicia remite el asunto a la sala de recurso para nuevas actuaciones, ésta quedará vinculada por la *ratio decidendi* del Tribunal de Justicia, siempre que se trate de los mismos hechos”.

Esta práctica de prever procedimientos judiciales específicos en los Reglamentos ha sido tachada de inconstitucional al no poder modificarse las disposiciones del TCE mediante legislación derivada²¹². Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia ha aceptado expresamente enjuiciar decisiones de la OAMI y de la OCVV e incluso ha modificado para ello sus Reglas de procedimiento y ante el aumento de trabajo, el Consejo ha autorizado al Tribunal de Primera Instancia a dictar sentencia por un sólo juez²¹³. En la misma línea han ido algunos posicionamientos de la Comisión, como en la Comunicación de 2002 sobre el encuadramiento de las Agencias reguladoras, señalando que “es preciso asegurarse de que las agencias reguladoras respetan los principios del sistema institucional en el que se enmarcan, así como las reglamentaciones específicas que han de aplicárseles. Por tanto, es preciso prever un poder de recurso de los Estados miembros y las instituciones ante el Tribunal de Justicia, con vistas a que se compruebe toda violación de dichos principios y normas por las agencias y se anulen los actos que se vieran afectados por dichas violaciones.

Más en concreto, por lo que se refiere a las agencias decisorias, el respeto del principio general de legalidad lleva aparejada la exigencia de prever la posibilidad de un recurso por terceros interesados ante el Tribunal de Primera Instancia o, en el futuro, ante una cámara jurisdiccional especializada, para solicitar la anulación de las decisiones adoptadas por la agencia —revisadas, en su caso, por las salas de recursos internas— contra dichos terceros y para hacer constatar la falta de decisión en caso de que, injustificadamente, esta no se adopte.

Por último, las agencias reguladoras deben asumir la responsabilidad jurídica de los actos que se les imputan. De ello se desprende que sería preciso prever que reparen los daños causados por dichos actos, en su caso tras la constatación judicial de su responsabilidad”²¹⁴.

Por su parte, el proyecto de Acuerdo interinstitucional de 2005 ha previsto que “[l]as agencias que adopten decisiones individuales que puedan

²¹² Opinión nº 8/2001 del Tribunal de Cuentas sobre la propuesta de la Comisión en relación con el estatuto de las Agencias ejecutivas, citada por VOS (2003, 140-141).

²¹³ VOS (2003, 141). Véanse arts. 130-136 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de primera instancia de 2 de mayo de 1991 (versión tras la última modificación: DO L 298 de 15 de noviembre de 2005) y Decisión del Consejo 1999/291.

²¹⁴ Comisión Europea (2002, 14-15).

resultar lesivas para terceros (tarea mencionada en el punto 4 a)) deberán estar dotadas de una o varias salas de recurso, cuya función será comprobar que la Agencia aplica correctamente las normas de ejecución, dentro del límite de las tareas encomendadas y de las responsabilidades asumidas. Los miembros de las salas de recurso serán nombrados por el Consejo de Administración, a partir de una lista de candidatos propuestos por la Comisión, para un período de cinco años”²¹⁵. Y en cuanto control estrictamente judicial establece que “Se podrán someter al Tribunal de Justicia no sólo los recursos de nulidad de los actos que emanen de una agencia y surtan efectos jurídicos vinculantes con respecto a terceros, sino también los recursos por omisión o las acciones por daños y perjuicios causados por una agencia en el marco de sus actividades. Los recursos de nulidad relativos a los actos adoptados en el marco de las tareas previstas en el punto 4 a) sólo se podrán someter al Tribunal de Justicia cuando se hayan agotado las vías de recurso internas de las agencias previstas en el punto 14.3”²¹⁶.

En la Constitución europea habría que entender, como propone Avezuela, que les afecta la mención en la legitimación pasiva a todos “los órganos u organismos de la Unión” (art. III-365/1)²¹⁷. El art. III-365/5 establece que los actos de creación de los órganos y organismos de la UE podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos.

3.5. Las Agencias en la Constitución europea

Antes ya señalé que las Agencias comienzan a proliferar en la CE a partir de mediados de los años noventa cuando se va materializando el mercado único, pero teniendo siempre presente la reticencia con las que han sido vistas tanto por la Comisión (Meroni) como por los Estados. Sólo se habla de la necesidad de fomentar el uso y aumentar el poder de decisión de las Agencias comunitarias con el Libro Blanco de la Gobernanza europea de julio de 2001, aunque con un marco muy restrictivo. Por su parte, en la Conferencia intergubernamental de 2000 para preparar el Tratado de Niza se propusieron diversas propuestas para incluir a las Agencias en el TCE, pero tales propuestas fueron rechazadas por Romano Prodi.

²¹⁵ Comisión Europea (2005, 17).

²¹⁶ Comisión Europea (2005, 24).

²¹⁷ Avezuela (2004, 1265).

Pues bien, en la Constitución europea la Comisión propuso un apartado específico para las Agencias aunque con un alcance limitado sin sustraer a aquellas responsabilidades ni poder normativo ni de decisión política ni de elaboración de complejas evaluaciones económicas. Incluso una referencia en tales términos no fue aceptada y las Agencias no aparecen en la Constitución²¹⁸, quedando sólo su inclusión genérica cuando se intenta describir todos los órganos u organismos parte de la UE, usándose en el texto en castellano el término “organismo” en lugar del de Agencia utilizado en el texto inglés.

4. LA AUSENCIA DE AGENCIAS REGULADORAS DE LOS SERVICIOS DE RED EN LA COMUNIDAD EUROPEA

4.1. La necesidad de Agencias reguladoras en los servicios de red

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

En la actualidad, se sacraliza al mercado como valor constitucional, cuyas reglas el Gobierno no podría alterar para beneficiar sus intereses a corto plazo, pero a esto ha de decirse que las reglas del mercado no existen solas, siendo los órganos políticos los que las establecen y para ello encargan su gestión a las CRI que deben condicionar tales reglas a que los ciudadanos como usuarios en ese mercado tengan determinadas garantías y no se vean perjudicados sus derechos constitucionales o legales. La lógica de la ciudadanía debe confrontarse con las reglas del mercado, ya que aquella pretende salvaguardar valores no realizables en el mercado por sí solos como la dignidad de la persona, la igualdad, la salud, el medio ambiente, lo que lleva a una ponderación entre valores que no puede ser sino política²¹⁹. Puede verse esto claramente en los dos servicios de red liberalizados más importantes: las telecomunicaciones y la energía.

²¹⁸ Geradin (2004-2005, 22).

²¹⁹ Passaro (1996, 299), Nicolai (1996, 23-24).

La consideración de las telecomunicaciones como un mercado abierto a la libre competencia hace necesario que por la importancia del sector la regulación se encomiende a un organismo público independiente, una Agencia reguladora, que evite que en cada Estado tanto el antiguo operador único en su nueva posición de operador dominante como otros grandes operadores falseen el mercado frente al resto de operadores minoritarios. El operador dominante es el propietario de la red básica de telecomunicaciones que constituye un cuasimonopolio natural que si no fuese abierta impediría la competencia real²²⁰, como sucede todavía en el mercado de las llamadas locales²²¹. El control de esa red básica implica la capacidad para explotarla y modificarla y el disponer de información sobre su estructura, capacidad y tecnología y, también, sobre los usuarios de la misma²²². Por lo tanto, la Agencia reguladora debe ser independiente de los operadores en el mercado, pero también de las instituciones públicas que pueden tener una influencia, aunque no sea jurídica, en los órganos de dirección de los grandes operadores que le lleve a beneficiar a éstos frente al resto de operadores²²³.

Pero la función de la Agencia reguladora no debe ser sólo la de impedir que se falsee la libre competencia, sino también asegurar que los ciudadanos tengan acceso a las telecomunicaciones en determinadas condiciones

²²⁰ Díaz de Rábago (1999, 286), Rodríguez Illera (1999, 238).

²²¹ La privatización de los antiguos monopolios públicos, por ejemplo, en España se ha solido hacer antes de que los mercados se liberalizaran, de forma que los Presidentes de las compañías privatizadas son los mismos que los nombrados antiguamente por el Gobierno. En este sentido, el balance que hacía de la gestión de Telefónica S. A. U. en la primera legislatura de mayoría popular el periódico El País: "con ingresos dependientes de decisiones del Gobierno, se ha desatendido de criterios como el de calidad o universalidad del servicio para guiarse sólo por el de "creación de valor" para el accionista. Su presidente se ha garantizado para sí y para cien directivos retribuciones extraordinarias variables (opciones sobre acciones) por más de 50.000 millones)": El País, 18 de enero de 2000, p. 21. El PSOE proponía en su programa para las elecciones de marzo de 2000 la incorporación de un impuesto especial sobre los beneficios extraordinarios de las empresas de servicios públicos privatizados (al estilo del «windfall tax» británico establecido tras la llegada al poder de los laboristas en 1997), para contrarrestar esos enormes beneficios para empresas que a pesar de la privatización siguen siendo operadores muy dominantes: El País, 16 de febrero de 2000, p. 24. La continuada producción de beneficios por Telefónica S. A. U. se quebró sólo en 2002 (con pérdidas de 5.574,2 millones de euros, para sanear sus cuentas y reducir las deudas acumuladas por la inversión en licencias de tecnología UMTS) para volver a la senda positiva en 2003 con un beneficio de 2.014 millones de euros durante los nueve primeros meses: <http://elmundodinero.elmundo.es/mundodinero/2003/11/13/Noti20031113085743.html>

²²² Rodríguez Illera (1999, 238-239).

²²³ Wilks y Bartle (2002, 151), Lavazza (2001, 8).

y que no se vean perjudicados por la existencia de un libre mercado sin control. Esta función de la Agencia reguladora es fundamental ya que el acceso a las telecomunicaciones afecta directamente a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Al margen de los peligros que el desarrollo de este sector tecnológico tiene para los derechos a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones, las telecomunicaciones permiten que de manera rápida, extensa y eficaz (teléfono, fax, correo electrónico, páginas web, televisión) como nunca con anterioridad los ciudadanos puedan expresar y difundir sus ideas y comunicar y recibir información, recibir educación reglada (cursos universitarios en línea) y no reglada (cursos, seminarios, conferencias por internet), acceder a la cultura en general, y los poderes públicos promuevan la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. Todo ello desde la posición del ciudadano como consumidor y usuario. El ejercicio de estos derechos no puede dejarse sin más al libre juego del mercado, ya que el Estado está obligado a asegurar que los servicios de telecomunicaciones lleguen a todos los ciudadanos en determinadas condiciones.

La apertura a la libre competencia en la distribución de la energía hace necesaria también la existencia, como en el de las telecomunicaciones, de un organismo público independiente, una Agencia reguladora, que evite que la escasa competencia que pueda realizarse no perjudique al ciudadano como usuario de los servicios energéticos.

Al igual que sucedía en las telecomunicaciones, la función de la Agencia reguladora no debe ser sólo la de impedir que se falsee la libre competencia, sino también asegurar que los ciudadanos tengan acceso a los servicios energéticos en determinadas condiciones y que no se vean perjudicados por la existencia de un libre mercado sin control. Esta función de la Agencia reguladora es fundamental ya que el acceso a los servicios energéticos afecta directamente a los derechos constitucionales de los ciudadanos. En una sociedad moderna la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no pueden realizarse si no se tiene acceso a los servicios energéticos en condiciones de igualdad, calidad y en un régimen asequible, que le proporcionan calefacción, energía para cocinar, para conectar los distintos aparatos electrodomésticos de los que el ciudadano tiene derecho a disfrutar. De la misma forma, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada ha de incluir el acceso a los servicios energéticos que permitan que la vida en esa vivienda lo sea en las condiciones adecuadas para vivir dignamente. Finalmente, es indiscutible la incidencia de la producción y consumo de energía en el derecho a disfrutar de un medio ambiente ade-

cuado. El ejercicio de estos derechos no puede dejarse sin más al libre juego del mercado, ya que el Estado está obligado a asegurar que los servicios energéticos lleguen a todos los ciudadanos en determinadas condiciones²²⁴.

4.2. Las razones de la ausencia de Agencias reguladoras de los servicios de red en la CE

Sentado lo anterior, es difícil entender las razones por las que no se han creado en la CE Agencias reguladoras en los sectores más importantes de los servicios de red que han visto un proceso de liberalización continua en los últimos años. Es muy llamativo el contraste con los Estados miembros de la CE en los que las Agencias reguladoras lo son en los servicios de red liberalizados y no en los sectores que se han creado en Europa, especialmente cuando en los primeros la actuación de las empresas es europea o mundial y los servicios pueden prestarse también a escala europea, produciéndose una discordancia entre ámbito geográfico de actuación (europeo) y normativo (Directivas y Reglamentos de liberalización), por una parte, y ámbito regulador por la otra (nacional)²²⁵.

Lo anterior queda reforzado si, como hacen Geradin y Petit, se utilizan los instrumentos que proporciona el análisis económico y, especialmente, la economía del federalismo. De acuerdo con ello, existirían dos tipos de circunstancias en las que la intervención centralizada es deseable: 1) la presencia de externalidades²²⁶: cuando existen es preferible encargar la regulación al ámbito geográfico más extenso en el que actúen y en los servicios de red hay externalidades bien por ser sectores transfronterizos bien porque la decisión reguladora afectará a la competitividad de los intervinientes en el mercado (tasas de interconexión, por ejemplo); 2) la presencia de economías de escala y de ahorro en los costes de transacción: cuando hay economías de escala, la centralización del establecimiento de estándares y de los procedimientos de aplicación son más eficientes que la acción descentralizada, y las economías de escala pueden conseguirse confiando la regulación a una Autoridad centralizada aun cuando su ejecución se produzca a nivel nacional para tener en cuenta las condiciones locales; también la centralización y uniformidad pueden reducir los costes de transacción²²⁷.

²²⁴ Gallego y Rodríguez de Santiago (1999, 45).

²²⁵ Geradin y Petit (2004, 11).

²²⁶ Consecuencias que tiene un proceso productivo sobre los individuos o empresas ajenos a su industria.

²²⁷ Geradin y Petit (2004, 12-13).

Si se aplica lo anterior a la CE, parece claro que debería favorecerse la centralización reguladora que, en cierta medida, realiza la Comisión, pero no parece que ésta “esté bien situada para llevar a cabo las tareas reguladoras al no poseer necesariamente la pericia y la independencia (es decir, el aislamiento de las presiones políticas y empresariales) para actuar como un regulador”²²⁸. Es verdad que la creación de Reguladores Europeos en los servicios de red presenta problemas políticos y legales. Políticos, ya que muchos lo ven como un movimiento hacia una mayor centralización europea y un riesgo de aumento de burocracia, a la vez que los Estados miembros se resisten por el hecho de que esos servicios han estado nacionalizados hasta fechas recientes. Además, siguiendo las tendencias denunciadas por los teóricos de la «public choice» sobre el egoísmo de cualquier institución, las comunitarias se resisten a ceder poderes a órganos que puedan hacerles sombra, como demuestra la oposición de la Comisión a la creación de una Agencia de la Competencia Europea y la visión restrictiva de las Agencias que tiene la Comisión en el Libro Blanco sobre la Gobernanza²²⁹. Desde el punto de vista legal el problema es la jurisprudencia Meroni, que, aunque desfasada como se dijo, todavía refleja la posición del TJUE²³⁰. Ante ello, cabrían dos opciones: modificar el tratado o dictar legislación derivada (un Reglamento, por ejemplo) para crear Agencias reguladoras, pero esto no podría revocar la jurisprudencia Meroni por lo que tales Agencias no tendrían reales poderes reguladores²³¹. Frente a esto, la Comisión ha patrocinado un modelo de “regulación descentralizada” en que las Agencias Reguladoras nacionales tienen importantes poderes con, acaso, un cierto grado de supervisión de la Comisión²³². Por su parte, el ya mencionado en diversas ocasiones en este trabajo Acuerdo interinstitucional parece menos adecuado que una norma vinculante clásica como un Reglamento y no resuelve el problema Meroni, dejando a las Agencias europeas en la situación existente hasta el momento.

En materia de telecomunicaciones, ya en 1994 el Grupo de Alto Nivel sobre la Sociedad de la Información (Grupo Bangemann) en un informe al Consejo Europeo de Corfú propuso una Agencia Reguladora Europea que aconsejara a las nacionales y se encargara de aspectos de ámbito europeo

²²⁸ Geradin y Petit (2004, 13).

²²⁹ GERADIN Y PETIT (2004, 13-14 Y 31). STEINBERG (2001, 14-16) resalta también esa reticencia, aunque la comparte por entender que las Agencias eliminan el componente político en la toma de decisiones.

²³⁰ Geradin y Petit (2004, 14 y 31).

²³¹ Geradin y Petit (2004, 32-33).

²³² Geradin y Petit (2004, 16).

como licencias, interconexiones, frecuencias y numeración²³³. En 1997, el Parlamento europeo en su aportación al procedimiento de conciliación de la Directiva 97/33 exigió al Consejo de ministros, y así se incorporó, que la Comisión realizara una investigación sobre el valor añadido que supondría el establecimiento de una “Autoridad Reguladora Europea”²³⁴. La Comisión hizo el estudio basándose en una metodología dudosa que reposaba en encuestas a los sectores implicados en tales industrias y que resultó que no había suficiente apoyo para la creación de tal Autoridad y en la denominada “Revisión 1999”, la Comisión concluyó que tal Autoridad no aportaría suficiente valor añadido para justificar sus costes²³⁵. El sistema descentralizado de regulación de las telecomunicaciones pudo servir al principio para establecer el mercado interior, pero sus desventajas (imprecisas obligaciones y reglas de precios en la interconexión; mecanismos inadecuados de resolución de conflictos; calidad desigual de los reguladores nacionales; escasa coordinación entre Estados y Comisión; escaso éxito de la liberalización de elementos que no sean la comunicación por voz) demuestran una clara falta de credibilidad²³⁶.

En energía, la Comisión ha favorecido que los operadores cooperen con medidas voluntarias para encontrar soluciones a los principales problemas transfronterizos, aunque la Comisión también ha sido consciente de las limitaciones de esta opción y ha decidido encarar los problemas transfronterizos con legislación comunitaria en la que se le concede poderes cuasiregulatorios en ese tema (Reglamento 1228/2003)²³⁷. La solución, desde luego, no puede limitarse a medidas normativas como la crisis del gas de Rusia-Ucrania ha demostrado en el invierno 2005-2006²³⁸.

En definitiva, el modelo de la CE en la regulación de los servicios de red es erróneo por lo siguiente: apoyarse en una interpretación restrictiva de la doctrina Meroni que no resiste un análisis jurídico serio y su mayor conse-

²³³ Everson y Majone en Everson et al. (1999, 24).

²³⁴ Geradin y Petit (2004, 11), Everson y Majone en Everson et al. (1999, 24).

²³⁵ Geradin y Petit (2004, 11-12).

²³⁶ Everson y Majone en Everson et al. (1999, 10).

²³⁷ Geradin y Petit (2004, 18).

²³⁸ En los servicios de red que no son telecomunicaciones (electricidad, gas, agua y ferrocarriles), Everson y Majone (en Everson et al., 1999, 26) han propuesto la creación de una Comisión Europea de Servicios Públicos («European Public Utility Comisión») para ejecutar la legislación comunitaria y resolver las disputas transfronterizas de manera limpia, rápida y transparente, debiendo ser mayoría en esa Comisión (4 de 7) los nombrados por el Parlamento y el Tribunal de Primera Instancia para reforzar su legitimación democrática: EVERSON Y MAJONE.

cuencia que es impedir la delegación de poderes reguladores a las Agencias europeas no satisface los requerimientos de un moderno Estado administrativo; la comitología ha permitido a la Comisión ampliar sus poderes regulatorios y al Consejo controlar el proceso regulador delegado a la Comisión, pero con un modelo de ineficiencia y opacidad; la opción descentralizadora hacia los Estados en la regulación de los servicios de red es errónea ya que tales servicios son hoy en día transfronterizos y la regulación parece más lógica a nivel europeo, lo que no significa una desaparición de los reguladores nacionales sino un reparto de tareas con reguladores europeos²³⁹.

5. RELACIÓN DE AGENCIAS COMUNITARIAS

CEDEFOP: Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (1975)

EUROFOUND: Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (1975)

AEMA: Agencia Europea de Medio Ambiente (1990)

ETF: Fundación Europea de Formación (1990)

OEDT: Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (1993)

EMEA: Agencia Europea de Medicamentos (1993)

OAMI: Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (1993)

EU-OSHA: Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (1994)

OCVV: Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (1994)

CdT: Centro de traducción de los órganos de la Unión Europea (1994)

EUMC: Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (1997)

EAR: Agencia Europea de Reconstrucción (1999)

EFSA: Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (2002)

AESM: Agencia Europea de Seguridad Marítima (2002)

AESA: Agencia Europea de Seguridad Aérea (2002)

ENISA: Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (2004)

²³⁹ Geradin (2004-2005, 23).

ECDC: Centro europeo para la prevención y el control de las enfermedades (2004)

ERA: Agencia Ferroviaria Europea (2004)

ACCP: Agencia Comunitaria de Control de la Pesca (2005)

6. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

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

AMATO, Giuliano, 1997. *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica. Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 3-16.

ARIÑO ORTIZ, G., 1994. *Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional. Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. A. Pérez Moreno (coord.). Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I: 49-71.

AVEZUELA CARCEL, J., 2004. *Agencias. Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*. E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch 1259-1293.

BALDWIN, Robert y McCRUDDEN, Christopher, 1987. *Regulation and Public Law*. London: Weidenfeld and Nicolson.

BEL I QUERALT, G., 1996. *Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia. Privatización, desregulación y ¿competencia?*. G. Bel i Queralt (ed.). Madrid: Civitas 17-32.

BERNSTEIN, Marver H., 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., 1994. *Las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.

BIN, Mario, 1997. *Comunicazione. Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 99-105.

BREYER, Stephen G. y STEWART, Richard B., 1985 (2ª). *Administrative Law and Regulatory Policy*. Boston: Little, Brown and Company.

CALONGE VELAZQUEZ, A. y TOMAS ROLDAN, M. del R., 2004. *Los actos de ejecución en la Constitución europea. Comentarios a la Constitu-*

- ción Europea. Libro I. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch 371-402.
- CARBONELL PORRAS, E., 1996. Las agencias administrativas y su posición en el sistema constitucional. *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*. E. Carbonell y J. L. Muga. Madrid: Marcial Pons 21-52.
- CASSESE, Sabino, 1996a. *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*. Il Foro Italiano Parte Quinta: 7-13.
- 1996b. *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni. I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*. Sabino Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 217-223.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, 2001. *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità. L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 49-60.
- CHEVALLIER, Jacques, 1986. *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*. *Juris-Classeur Périodique-La semaine juridique* 3254.
- CHILLON MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., 2001. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- CHITI, Edoardo, 2000. *The Emergence of a Community Administration: the Case of European Agencies*. *Common Market Law Review* 37: 309-343.
- 2002. *Decentralised Integration as a New Model of Joint Exercise of Community Functions? A Legal Analysis of European Agencies*. Arena (Center for European Studies, University of Oslo) Working Paper nº XX.
- 2004. *Towards a model of Independent Exercise of Community Functions?. Independent Administrative Authorities*. Roberto Caranta, Mads Andenas y Duncan Fairgrieve (eds.). Londres: British Institute of International and Comparative Law 205-224.
- CIRIANO VELA, C. D., 2000. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova.
- CLARICH, Marcello, 2001. *Un approccio «madinsoniano». L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 91-96.
- COMISIÓN EUROPEA, 2001. *La Gobernanza europea. Un Libro Blanco*. COM (2001) 428 final.
- 2002. *Comunicación de la Comisión: El encuadramiento de las agencias reguladoras europeas*. COM(2002) 718 final.

- 2005. Proyecto de Acuerdo interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas, presentado por la Comisión. COM(2005)59 final, de 25 de febrero de 2005.
- COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI, DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO E INTERNI, CAMERA DEI DEPUTATI, 2001. Schema di documento conclusivo. L'indipendenza delle Autorità. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 161-190.
- CONSEIL D'ÉTAT, 2001. Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes. Conseil d'État. Rapport Public 2001. Les autorités administratives indépendantes. Paris: La Documentation française 253-386.
- CRUZ FERRER, J. DE LA, 1999. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Madrid: Marcial Pons.
- CUCCODORO, Enrico y GIANNATALE, Barbara di, 2000. Governo e controllo democratico delle comunicazioni. Studi parlamentari e di politica costituzionale 128-129: 27-43.
- DAVIS, Michael H., 1988. L'expérience américaine des Independent Regulatory Commissions. Les autorités administratives indépendantes. Claude-Albert Colliard y Gérard Timsit (dtrs.). Paris: Presses Universitaires de France 222-235.
- DEHOUSSE, Renaud, 1997. Regulation by Networks in the European Community: the Role of European Agencies. Journal of European Public Policy 2: 246-261.
- DIAZ DE RABAGO MAZON, P., 1999. El servicio universal, la interconexión y el desarrollo de la sociedad de la información. La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global. J. Cremades y P. Mayor Menéndez (ccords.). Madrid: La Ley-Ministerio de Fomento 283-289.0
- DUPUIS, George, 1988. Introduction. Les autorités administratives indépendantes. Claude-Albert Colliard y Gérard Timsit (dtrs.). Paris: Presses Universitaires de France 13-18.
- EBERLEIN, Burkard y GRANDE, Edgar, 2005. Beyond Delegation: Transnational Regulatory Regimes and the EU Regulatory State. Journal of European Public Policy 1: 89-112.
- ERGAS, Henry y HEIMLER, Alberto, 2000. Le autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali. Diritto amministrativo 2: 341-356.

- EVERSON, Michelle; MAJONE, Giandomenico; METCALFE, Les; SCHOUT, Adriaan; 1999. The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance. Report Presented to the Commission (http://europa.eu.int/comm/governance/areas/group6/contribution_en.pdf).
- EVERSON, Michelle, 1995. Independent Agencies: Hierarchy Beaters?. *European Law Journal* 2: 180-204.
- 1996. Independent Agencies. Gerd Winter (ed.). *Sources and Categories of European Union Law*. Baden-Baden: Nomos 601-627.
- FERNANDEZ ORDOÑEZ, M. A., 1999a. Reflexión preliminar. La regulación económica de los servicios públicos. M. A. Lasheras. Barcelona: Ariel 5-11.
- FRANCHINI, Claudio, 1988. Le autorità amministrative indipendenti. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3: 549-583.
- FREEDMAN, James O., 1978. *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*. New York: Cambridge University Press.
- FROOMKIN, A. Michael, 1987. In Defense of Administrative Agency Autonomy. *Yale Law Journal* 787-814.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., s/f. La estructura administrativa europea. University of Leeds Jean Monnet European Center of Excellence Online papers (www.leeds.ac.uk/jmce/p-estruc.htm).
- GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M., 1999. La nueva regulación del mercado del gas natural. *Revista de Administración Pública* 148: 41-60.
- GARCIA LLOVET, E., 1993. Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de Administración Pública* 131: 61-118.
- GENTOT, Michel, 1994 (2ª). *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Montchrestien.
- GERADIN, Damien y PETIT, Damien, Nicolas, 2004. The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform. Jean Monnet Working Paper (NYU School of Law) 01/04 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040101.pdf>).
- GERADIN, Damien, 2004-2005. The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from the American Experience?. *Columbia Journal of European Law* 1: 1-75.
- GIRAUDI, Giorgio y RIGHETTINI, Maria Stella, 2001. *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*. Bari: Laterza.

- GRASSINI, Franco A., 2001. Introduzione: i perché dell'indipendenza. L'indipendenza delle Autorità. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 5-18.
- GRASSO, Giorgio, 1993. Spunti per un studio delle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America). Quaderni Regionali 1303-1355.
- 1999. L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di stato, forma di governo e trpasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata. Autorità indipendenti e principi costituzionali. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 101-174.
- GUÉDON, Marie-José, 1991. Les autorités administratives indépendantes. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- HOGWOOD, Brian W., 1995. The 'Growth' of Quangos: Evidence and Explanations. Parliamentary Affairs 2: 207-225.
- KELEMEN, R. Daniel, 2002. The Politics of 'Eurocratic' Structure and the New European Agencies. West European Politics 4: 93-118.
- KRAPOHL, Sebastian, 2004. Credible Commitment in Non-Independent Regulatory Agencies: A Comparative Analysis of the European Agencies for Pharmaceuticals and Foodstuffs. European Law Journal 5: 518-538.
- KREHER, Alexander, 1997. Agencies in the European Community—a Step Towards Administrative Integration in Europe. Journal of European Public Policy 2: 225-245.
- LABRIOLA, Silvano, 1999. Le Autorità indipendenti (note preliminari). Le Autorità indipendenti. Silvano Labriola (ed.). Milano: Giuffrè 1-61.
- LAUWAARS, R. H., 1979. Auxiliary Organs and Agencies in the E. E. C. Common Market Law Review 16: 365-387.
- LAVAZZA, Paolo, 2001. Autorità indipendenti e discrezionalità. Padova: CEDAM.
- LETTA, Enrico, 2001. Conclusioni: le riforme necessarie. L'indipendenza delle Autorità. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 151-160.
- LOMBARDO, Giuseppe, 1998. Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione. Quaderni costituzionali 2: 271-292.
- LONGO, Filippo, 1996. Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti. I garanti delle regole. Le autorità indipendenti. Sabinao Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 13-23.
- MAGIDE HERRERO, M., 2000. Límites constitucionales de las Administraciones independientes. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- MAJONE, Giandomenico y LA ESPINA, Antonio, 1991. Lo Stato regolatore. *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione* 3: 3-62.
- MAJONE, Giandomenico, 1996. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*. Paris: Montchrestien.
- 1997a. The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union. *EIPASCOPE* (http://aei.pitt.edu/786/01/scop97_3_2.pdf) 3.
- 1997b. The New European Agencies: Regulation by Information. *Journal of European Public Policy* 2: 262-275.
- 2001. Ideas, Interests and Institutional Change: The European Commission Debates the Delegation Problem. *Cahiers Européens de Sciences-Po* 4: 1-17.
- MANETTI, Michela, 1994. *Poteri neutrali e Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., 2004 (4ª ed.). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- MASSERA, Alberto, 1988. «Autonomia» e «Indipendenza» nell'amministrazione dello Stato. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. AA. VV. Milano: Giuffrè III: 449-488.
- MERUSI, Fabio, 2000. *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*. Bologna: Il Mulino.
- MICOSSI, Stefano, 2001. Il conflitto di interessi tra governanti e governati. *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 61-78.
- MILLER, Geoffrey P., 1986. Independent Agencies. *The Supreme Court Review* 3: 41-97.
- MODERNE, Franck, 1988. *Etude comparée. Les autorités administratives indépendantes*. Claude-Albert Colliard y Gérard Timsit (dtrs.). Paris: Presses Universitaires de France 186-222.
- MONTERO PASCUAL, J. J., 1996. Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho Administrativo* 92: 567-591.
- 2003. L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2: 427-444.
- MORENO MOLINA, A. M., 1995. *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Madrid: Universidad Carlos III-BOE.

- MORISI, Massimo, 1997a. Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca. *Rivista Italiana di Scienza Politica* 2: 225-272.
- 1997b. Verso una democrazia delle politiche? Un'angolazione politologica per le «autorità indipendenti» in Italia. Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici. A. Predieri (ed.). Firenze: Passigli Editori 13-90.
- MORRISON, Alan B., 1985-1986. OMB Interferences with Agency Rulemaking: the Wrong Way to Write a Regulation. *Harvard Law Review* 99: 1059-1074.
- NICCOLAI, Silvia, 1994. I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti. Edizioni ETS: Pisa.
- NICOLAY, Pierre, 1988. Prospective. Les autorités administratives indépendantes. Claude-Albert Colliard y Gérard Timsit (dtrs.). Paris: Presses Universitaires de France 301-309.
- OGUS, Anthony, 2000. La regolazione dei servizi privatizzati. I servizi a rete in Europa. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 19-40.
- PARADA VAZQUEZ, R., 1999 (13ª). Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., 1994. La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. A. Pérez Moreno (coord.). Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I: 635-652.
- PASSARO, Michele, 1996. Le Amministrazioni indipendenti. Torino: Giappichelli.
- POMED SANCHEZ, L., 1993. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública* 132: 117-169.
- PREDIERI, Alberto, 1997. L'erompere delle autorità amministrative indipendenti. Firenze: Passigli Editori.
- RODRIGUEZ ILLERA, R., 1999. La regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicaciones liberalizados. La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global. J. Cremades y P. Mayor Menéndez (ccords.). Madrid: La Ley-Ministerio de Fomento 235-251.
- RODRIGUEZ PONTON, F. J., 1999. Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las «Administraciones independientes». *Autonomías* 24: 189-232.

- ROPPO, Vincenzo, 2000. Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti. *Politica del diritto* 1: 159-165.
- RUIZ-JARABO, D., 2004. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución europea. Comentarios a la Constitución Europea. Libro I. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch 983-1015.
- SALA ARQUER, J. M., 1984. El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. *Revista Española de Derecho Administrativo* 42: 401-422.
- SALVADOR MARTINEZ, M., 2002. Autoridades independientes. Barcelona: Ariel.
- SHAPIRO, Martin, 1997. The problems of independent agencies in the United States and the European Union. *Journal of European Public Policy* 2: 276-291.
- 2002. Judicial Delegation Doctrines: The US, Britain, and France. *West European Politics* 180.
- SHOOSHAN, Harry M., 1997. A Modest Proposal for Restructuring the Federal Communications Commission. *Federal Communications Law Journal* (<http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v50/no3/shooshan.html>) 3.
- SIRIANNI, Guido, 1993. Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti. *Nomos. Le Attualità nel Diritto* 1: 75-95.
- SMITH, Warrick, 1997. Utility Regulators-The Independence Debate. *Public Policy for the Private Sector-The World Bank* 21-24.
- STEINBERG, Philipp, 2001. Agencies, Co-Regulation and Comitology-And What About Politics?. Jean Monnet Working Paper (NYU School of Law) 6/01 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012901.html>).
- STOFFAES, Christian, 1994. La régulation des réseaux aux États-Unis. Enseignements pour l'Europe. *Revue des Affaires Européennes* 2: 123-138.
- STRAUSS, Peter L., 1984. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. *Columbia Law Review* 3: 573-669.
- SUNSTEIN, Cass R., 1987-1988. Constitutionalism After the New Deal. *Harvard Law Review* 101: 421-510.
- SWIRE, Peter, 1985. Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch. *Yale Law Journal* 94: 1766-1786.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, 1988. Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution. Les autorités administratives indépendantes. Claude-Albert Colliard y Gérard Timsit (dtrs.). Paris: Presses Universitaires de France 21-73.

- 1990. Les instances de régulation et la Constitution. *Revue du Droit Public* 1: 153-259.
- TEROL GOMEZ, R., 2000. El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras. Valencia: Tirant lo Blanch.
- THATCHER, Mark, 2002. Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation. *West European Politics* 1: 125-147.
- VAZQUEZ GOMEZ, E. M., 2006. La Agencia Comunitaria de Control de la Pesca. Comentario al Reglamento (CE) nº 768/2005 del Consejo, de 26 de abril de 2005, por el que se crea la Agencia Comunitaria de Control de la Pesca y se modifica el Reglamento (CEE) nº 2847/93 por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común. *Revista General de Derecho Europeo (iustel)* 9.
- VIRGALA FORURIA, E., 2001. Servicio público y servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE). *Revista de Estudios Europeos* 27: 43-76.
- 2004. La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios de red. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2006. Los actos no legislativos en la Constitución europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, de próxima publicación.
- VOS, Ellen, 2000. Reforming the European Commission: What Role to Play for EU Agencies?. *Common Market Law Review* 37: 1113-1134.
- 2003. Agencies and the European Union. Agencies in European and Comparative Perspective. Luc Verhey y Tom Zwart (eds.). Amberes: Intersentia 113-147.
- WILKS, Stephen y BARTLE, Ian, 2002. The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies. *West European Politics* 1: 148-172.
- YATAGANAS, Xénophon A., 2001. Delegation of Regulatory Authority in the European Union. Jean Monnet Working Paper (NYU School of Law) 3/01 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010301.html>).