

LA UNIÓN EUROPEA COMO «ESTADO REGULADOR» Y LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

I. LA EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA HACIA EL MODELO DE «ESTADO REGULADOR»: 1. *Las transformaciones del Estado en el último tercio del siglo XX: del «Estado positivo» al «Estado regulador».* 2. *Factores estructurales en la Unión Europea como «Estado regulador».*—II. CONDICIONANTES JURÍDICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DOCTRINA MERONI: 1. *Los límites tradicionales a la creación de agencias en el Derecho comunitario.* 2. *La evolución reciente de la jurisprudencia.*—III. LA INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE REGULACIÓN: LAS POSIBLES «RESERVAS DE ADMINISTRACIÓN».—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La privatización, el descrédito de la planificación económica y las necesarias especialización, estabilidad y credibilidad internacional de la intervención en sectores estratégicos han coadyuvado a la implantación del llamado «Estado regulador» en Europa. Estos elementos inciden con especial intensidad en la Unión Europea y la evolución de la en otro tiempo restrictiva jurisprudencia *Meroni* ha reducido en gran medida los obstáculos jurídicos. El otorgamiento por el legislador comunitario de poderes discrecionales a agencias reguladoras nacionales supone una mutación constitucional de los ordenamientos de los Estados miembros.

Palabras clave: regulación económica; Estado regulador; Administraciones independientes; organismos reguladores; agencias europeas; doctrina *Meroni*; reserva de Administración; control judicial.

ABSTRACT

The inadequacy of public finances, the discrediting of public enterprises and their subsequent privatisation, the loss of confidence in economic planning and consequent recourse to market as an alternative technique, and the need for expertise, stability and international credibility in administrative intervention in strategic sectors, are cause of the implementation of the «regulatory State» in Europe. These elements affect with special intensity in the EU and although there have been political and legal circumstances that have delayed this transformation, the evolution of the once restrictive doctrine *Meroni* has largely eliminated the legal obstacles. On the other hand,

the decision by the UE legislator to give to national regulatory agencies discretionary powers, without the legal possibility of limitation by the national legislator; It is a mutation affecting the Constitution of the member States and poses problems of accountability and judicial review.

Key words: economic regulation; regulatory State; quangos; European agencies; *Meroni* doctrine; judicial review.

I. LA EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA HACIA EL MODELO DE «ESTADO REGULADOR»

1. *Las transformaciones del Estado en el último tercio del siglo XX: del «Estado positivo» al «Estado regulador»*

La regulación como utilización de mecanismos de mercado con finalidad pública tiene un carácter neutral y su aplicación a un determinado sector es decisión del legislador, sea nacional o, cada vez más, comunitario. En Alemania entran en el Derecho de la regulación la infraestructura social de la sanidad —tanto la atención ambulatoria como el subsector hospitalario y de establecimientos— o la gestión del agua, de la que se afirma que reúne todos los componentes para convertirse en «objeto predilecto» de la regulación económica: relevancia pública y económica, escasez y limitaciones objetivas¹. Como se sabe, la opción del legislador español ha sido radicalmente diferente.

La regulación puede entenderse limitada a ámbitos en los que el supervisor reviste una forma peculiar, la de las *autorités administratives indépendantes* en francés² o *quango* en inglés (por «quasi non-

¹ José ESTEVE PARDO (2010a), «La recepción en la Europa Continental del Derecho de la Regulación de la Economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, págs. 295 y ss., págs. 302-303.

² No obstante, una AAI francesa no está limitada a funciones relacionadas con sectores económicos o, como en Derecho español, con determinados derechos fundamentales, sino que es una forma de organización utilizada con considerable amplitud. En Derecho francés, una «autoridad administrativa independiente es una institución creada por la Ley, dirigida por un órgano colegiado compuesto de personalidades independientes, normalmente dotada de personalidad jurídica, y encargada de gestionar un sector de la vida nacional en el dominio económico, técnico, social, político o intelectual, no estando integrada en la jerarquía ministerial». Vid. Roland DRAGO (2007), «Pour ou contre les autorités administratives indépendantes», en *Académie des sciences morales et politiques*, communication du 29 octobre 2007, disponible en <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2007/drago.htm>.

En Derecho francés destacan dos informes públicos, producto en ambos casos de una cuidadosa elaboración doctrinal. Uno es debido al Conseil d'État, en su *Rapport public 2001*, «Réflexions sur les autorités administratives indépendantes», en *Etudes et Documents*, núm. 52, págs. 251-462 (disponible en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000275/index.shtml>).

governmental organisation»), cuya forma más acabada —e influyente— es la de las *independent regulatory agencies* del Derecho norteamericano. Esta vinculación entre forma organizativa y Derecho de la regulación es típica del Derecho norteamericano, del que procede en un proceso que la doctrina caracteriza como «recepción», comparándola a la recepción por antonomasia, la del Derecho romano en la Europa medieval³.

En España, las Administraciones independientes surgen a principios de los años ochenta con la autonomía del Banco de España⁴ y la creación del Consejo de Seguridad Nuclear⁵, pero experimentan una considerable expansión tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas. Recientemente ha podido constatarse la existencia de presiones sobre el Gobierno español para reforzar la autonomía de las Administraciones independientes, como la carta de la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Neelie Kroes, de febrero de 2013, en que se apunta el posible inicio de un procedimiento de infracción debido a la reforma en curso de diversas «autoridades nacionales de reglamentación», en determinados aspectos de las telecomunicaciones, por su posible incompatibilidad con lo establecido en la Directiva Marco⁶. No es la única instancia internacional que ha incidido en la conveniencia de reforzar la autonomía de los reguladores, incluso antes de la actual crisis económica⁷. La evolución hacia el «Estado regulador» ha tenido

El otro, considerablemente más extenso, «Les autorités administratives indépendantes; évaluation d'un objet juridique non identifié», Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale, núm. 3166; Sénat, núm. 404, 15 juin 2006. Disponible en Internet (tomo I, Rapport, en <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html>; tomo II, Annexes, en <http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-2.html>). Destaca el estudio de Derecho comparado, que abarca trece países europeos, más la Unión Europea, dirigido por Jean Marie PONTIER.

³ ESTEVE PARDO (2010a: 295 y ss.).

⁴ Luis Alberto POMED SÁNCHEZ (1996), *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, Tecnos.

⁵ Fernando LÓPEZ RAMÓN (1991), «El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente», en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, págs. 189-216. Para una perspectiva general, vid. Mariano MAGIDE HERRERO (2000), *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas.

⁶ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. La carta citada fue publicada por la prensa española y puede encontrarse fácilmente en la red. No obstante, el proceso de reforma legislativa se plasmó en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin que se haya iniciado hasta la fecha ningún procedimiento de infracción.

⁷ Un ejemplo concurrente en el mismo sentido es el de la supervisión de las entidades de crédito. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en «Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz», versión de septiembre de 2012, pág. 10, se refiere específicamente a la independencia del supervisor como un elemento esencial para su eficacia, al enunciar las «Potestades, atribuciones y funciones de los supervisores» y establecer como «Principio 2», relativo a la «Independencia, rendición de cuentas, recursos y protección legal de los super-

como detonante la creciente competencia internacional ya no entre empresas, sino entre sistemas jurídicos y económicos, que ha obligado a crear instancias profesionales e independientes para dar continuidad a medio y largo plazo y credibilidad internacional a determinadas políticas, a lo que se une la integración en la Unión Europea, que, por su propia naturaleza, impulsa políticas basadas en la regulación⁸. El factor internacional incluye a las redes de responsables de organismos reguladores y organizaciones internacionales, que comparten canales de transferencia institucional cada vez más importantes⁹. Presión más evidente en materias como el estatus de los bancos centrales¹⁰.

Es habitual distinguir varios tipos de intervención pública en la economía: redistribución de rentas, política macroeconómica dirigida al crecimiento y pleno empleo y regulación de mercados, cuyo objetivo es la corrección de «fallos de mercado» como monopolios, externalidades negativas, información asimétrica o insuficiente producción de determinados bienes públicos, como la transparencia o la estabilidad financiera¹¹. En las últimas décadas se constata la concurrencia de estrategias de privatización, liberalización y desregulación, integración de políticas económicas y monetarias, que coincidirían en reducir el «Estado intervencionista o positivo», junto con la limitación en la capacidad de recaudación y gasto, mientras se incrementan los poderes de regulación, propios del denominado «Estado regulador».

visores», lo siguiente: «El supervisor cuenta con *independencia operativa*, procesos transparentes, una sólida gobernanza, *procesos presupuestarios que no merman su autonomía* y recursos adecuados, y rinde cuentas del desempeño de sus funciones y del uso de sus recursos. El marco jurídico para la supervisión bancaria ampara legalmente al supervisor». Pueden consultarse en la página web del Banco Internacional de Pagos (www.bis.org).

⁸ Giandomenico MAJONE (1997), «From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance», en *Journal of Public Policy*, núm. 17, págs. 139-167.

⁹ Jacint JORDANA, David LEVI-FAUR y Xavier FERNÁNDEZ (2011), «The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion», en *Comparative Political Studies*, vol. 44, núm. 10, págs. 1343-1369, esp. pág. 1362.

¹⁰ Simone POLILLO y Mauro F. GUILLÉN (2005), «Globalization pressures and the state: The worldwide spread of central bank independence», en *American Journal of Sociology*, vol. 110, núm. 6, págs. 1764-1802.

¹¹ Como tratamientos jurídicos de la regulación económica en la literatura española pueden citarse Gaspar ARIÑO ORTIZ (1993), *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, págs. 50 y ss.; Santiago MUÑOZ MACHADO (1998), *Servicio público y mercado*, tomo I: *Los fundamentos*, Madrid, Civitas, págs. 225 y ss.; Sebastián MARTÍN-RE-TORTILLO (2000), «Reflexiones sobre la nueva Administración económica», en el vol. col. *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, págs. 449 y ss.; o Joaquín TORNOS MAS (2000), «La actividad de regulación», en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1329 y ss. En la doctrina reciente, vid. José Carlos LAGUNA DE PAZ (2011), «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, págs. 89-112, además de los distintos volúmenes sobre el Derecho de la regulación económica impulsados por MUÑOZ MACHADO en la Editorial Iustel.

Este nuevo modelo surge paulatinamente desde finales de los años setenta como un conjunto de políticas de reforma de las políticas de bienestar, liberalización económica, «desregulación» o simplificación normativa y privatizaciones. Supone un cambio de la estrategia seguida desde la Segunda Guerra Mundial, debido a factores como una general pérdida de confianza en la eficiencia de la empresa pública o la escasa utilidad del modelo keynesiano para explicar una situación prolongada de crisis económica. La titularidad pública de empresas había experimentado una enorme alza desde finales del siglo XIX en sectores en gran medida coincidentes con los monopolios naturales, lo que debía permitir que el Estado dirigiese la economía. Sin embargo, el control efectivo sobre las grandes empresas nacionalizadas se mostró arduo y el objetivo de regular la economía a través de esas empresas pasó pronto a segundo plano¹². Esto, unido a una difundida percepción de las empresas públicas como ineficientes y proclives a su «captura» por intereses políticos partidarios, junto a las necesidades financieras de los Estados, llevarían a una oleada de privatizaciones. La privatización lleva a la regulación, al perder el poder público la posibilidad de realizar gran parte de su política económica a través de la propiedad, incluso monopolística, y verse obligado a sustituir las facultades dominicales por mecanismos jurídicos de regulación de la actividad y ponderación de intereses. La privatización de determinados servicios —empresas de suministro de agua, electricidad, gas o teléfono, o *public utilities* en el Derecho norteamericano¹³— fue seguida de forma natural de una regulación dirigida a garantizar la calidad, continuidad y precio del suministro. Debe resaltarse que la doctrina considera que los procesos de privatización de servicios públicos no hacen desaparecer sus elementos públicos objetivos, definiendo el servicio universal como nueva técnica de servicio público¹⁴. Además, en los mecanismos de regulación se

¹² Giandomenico MAJONE (1994), «The Rise of the Regulatory State in Europe», en *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, págs. 77-101; y, del mismo autor (1996a), «Regulation and its Modes», en G. MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, págs. 9-27, esp. págs. 11-15.

¹³ *Public Utility Holding Company Act* de 1935. En la doctrina española, vid. José ESTEVE PARDO (2010b), «La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 293-347.

¹⁴ Pueden citarse en este sentido a Elisenda MALARET I GARCÍA (1998), «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, págs. 49 a 88; Luis MIGUEZ MACHO (1999), *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Granada, Comares, 1999, págs. 159 y ss.; María Teresa VADRÍ I FORTUNY (2002), «La posición jurídica de los usuarios ante el establecimiento y la prestación de los servicios públicos», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, págs. 347-376; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (2003), «El Derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en el vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof Dr. D. Sebastián*

busca sustituir formas más intervencionistas, como la planificación económica centralizada —intensiva en empleo público y, por tanto, más onerosa, además de ineficiente—, por mecanismos flexibles. Muestra de ello es la utilización de mecanismos de mercado para la protección ambiental, no sólo en lo que se refiere a la lucha contra el cambio climático, a través de la asignación y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, sino incluso en la protección de la biodiversidad, mediante la creación de los bancos de conservación de la naturaleza, recientemente incorporados a la legislación española¹⁵.

Es este conjunto de fenómenos lo que ha sido descrito como el declive del «Estado positivo»¹⁶, por más que las políticas macroeconómicas y redistributivas sigan teniendo un enorme peso en la mayor parte de los Estados occidentales, pero ya no como su elemento más característico o la principal legitimación de la acción pública.

El cambio en las prioridades comporta el cambio en la organización. Las políticas de redistribución de rentas y una política macroeconómica basada en el estímulo público de la economía se benefician de un elevado nivel de centralización. Esto sería la causa fundamental de la expansión de las burocracias departamentales en el Estado del bienestar propio de la segunda posguerra y de la tendencia a la unificación de los

Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, págs. 493-523; Luis MARTÍN REBOLLO (2003), «Sociedad, Economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en la misma obra colectiva, págs. 611-648; Matilde CARLÓN RUIZ (2009), «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I: *Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 463-535; o, recientemente y con nuevos argumentos, Dolores CANALS I AMETLLER (2013), «Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, págs. 129-157, esp. pág. 136. Otra cosa es la dificultad de articular de forma efectiva la defensa del derecho a la prestación del servicio, ámbito en que la dualidad de fórmulas públicas y privadas parece no haber contribuido a mejorar la situación del usuario, como señalan Inmaculada REVUELTA PÉREZ (2008), «La endeble garantía del servicio universal en las telecomunicaciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 175, págs. 425 a 462, especialmente págs. 445 y 451 y ss.; o, con alcance más general, CANALS I AMETLLER (2013: 153 y ss.).

¹⁵ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, disposición adicional octava. Se configuran como un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente o por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente, y deben ser creados por resolución administrativa. Los titulares de los terrenos afectados por los bancos deberán conservar los valores naturales creados o mejorados, lo que deberá constar en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca o fincas en las que se haya realizado la mejora o creación de activos naturales. Los créditos otorgados para cada banco se podrán transmitir en régimen de libre mercado y «podrán constituir las medidas compensatorias o complementarias previstas en la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad medioambiental o sobre patrimonio natural y biodiversidad, con el objetivo de que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente».

¹⁶ MAJONE (1997: 142 y ss.).

cuerpos de funcionarios en toda Europa. El paso a una forma de acción pública caracterizada por la producción de normas jurídicas, en vez de por la intervención directa, genera otras necesidades, mejor cubiertas por organizaciones especializadas y autónomas. Debe puntualizarse que no existe acuerdo doctrinal sobre la superioridad intrínseca del modelo organizativo de agencias independientes sobre el de administración centralizada. Por el contrario, la opinión dominante es que el modelo basado en agencias sólo resulta más eficaz en determinadas áreas en las que conocimiento técnico y continuidad son claves¹⁷. La necesidad de conocimientos técnicos especializados lleva de forma natural a la especialización de las organizaciones, entre otras cosas porque es más sencillo reclutar expertos para una agencia especializada que para una organización generalista. A ello se añadiría la mayor continuidad en las políticas públicas, algo difícil de mantener en una democracia, dada la limitación de los períodos de gobierno, lo que comporta la dificultad del ejecutivo para implicarse de forma creíble en estrategias a largo plazo. Una solución es la delegación del diseño y ejecución de determinadas políticas en instituciones como, por ejemplo, la política monetaria en bancos centrales independientes o determinados sectores económicos en agencias reguladoras o en instancias supranacionales como la Comisión Europea¹⁸.

A ello se añade la aptitud para determinadas decisiones: las cuestiones sociales son bien comprendidas por un amplio número de electores, lo que permite el debate público y el control democrático de la adopción de medidas legislativas o ejecutivas por las instancias políticas. No sucede lo mismo con opciones casi puramente técnicas, como la apertura del bucle local de telecomunicaciones o la fijación de un coeficiente bancario, que difícilmente se pueden beneficiar de su debate público o de la adopción de decisiones ideológicas¹⁹.

A partir de estas transformaciones de las Administraciones públicas en Europa, ¿tienen entidad suficiente para hablar de un nuevo modelo de Estado? La denominación «Estado regulador» (o *regulatory state*) se aplicó a la Administración norteamericana de forma generalizada en el período de entreguerras, aunque las primeras menciones sean de finales del siglo XIX y su consagración académica posterior a partir de 1960²⁰. El término describía la proliferación de agencias independien-

¹⁷ En este sentido, vid. MAJONE (1997: 153).

¹⁸ En este sentido, Konstantine GATSIOS y Paul SEABRIGHT (1989), «Regulation in the European Community», en *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 5, núm. 2, págs. 37-60, pág. 46.

¹⁹ Jean TIROLE (2007), «Nos autorités de régulation doivent rester indépendantes», en diario *Le Monde*, 23 de enero.

²⁰ James E. ANDERSON (1962), *The emergence of the modern regulatory state*, Washington, Public Affairs Press.

tes y especializadas durante lo que en Estados Unidos se denomina el *progressive period*²¹, utilizado por los académicos norteamericanos en los ámbitos del Derecho administrativo y de la ciencia de la Administración²².

El cambio hacia su acepción actual se produce a raíz de la publicación de la cuarta edición del libro de SEIDMAN y GILMOUR sobre el Estado regulador²³. En él ya no se utiliza el concepto para referirse a la expansión del Estado federal durante el *progressive period*, sino para conectarlo con el proceso de externalización y privatización puesto en marcha por Ronald Reagan. Este proceso fue presentado como un cambio de paradigma —en un sentido cercano al de Thomas Kuhn para las revoluciones científicas— desde un Estado positivo (*positive state*) a un Estado regulador (*regulatory state*). Esta concepción iba a tener una gran influencia en Europa, inicialmente a través de los trabajos de MAJONE, que la aplicó a los cambios experimentados por los Estados de la Europa occidental en los años ochenta, pero fundamentalmente a la Unión Europea. La concepción del Estado regulador, tal como la usan SEIDMAN o MAJONE, es la de un Estado limitado, caracterizado por la «delegación de poderes» —equivalente a descentralización o desconcentración en Derecho español—, en el que prima la eficiencia administrativa y económica sobre la redistribución de la riqueza²⁴.

En estos momentos se habla de la evolución hacia un *new regulatory state*, basado en la confianza creciente en la autorregulación, en sistemas de *compliance* o autocontrol del cumplimiento de las normas, en técnicas de *soft law* o *soft regulation* que reemplazan el control directo por el Estado. Estos fenómenos, junto con el proceso de «agencificación» de la regulación económica, serían un cambio significativo en la forma en que las economías capitalistas son gobernadas²⁵. Desde

²¹ El *progressive period* o *Progressive Era* es un período de reformas políticas y sociales que se inicia a finales del siglo XIX y abarca las dos primeras décadas del siglo XX, abarcando objetivos como la prohibición de la comercialización de alcohol, el sufragio femenino o diversos proyectos de reforma y modernización no sólo de la Administración pública o la investigación en ciencias sociales, en las que se produce un florecimiento de los estudios universitarios y las publicaciones académicas. Vid. Lewis L. GOULD (2001), *America in the Progressive Era, 1890-1914*, Harlow, Pearson.

²² Pueden citarse los trabajos de Cass R. SUNSTEIN (1990), «Paradoxes of the regulatory state», en *The University of Chicago Law Review*, págs. 407-441; o Susan ROSE-ACKERMAN (1992), *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State*, Free Press.

²³ *Politics, Position and Power: From the Positive to the Regulatory State* (1986).

²⁴ Pese a su extensión, la expresión Estado regulador no es la única utilizada, prefiriendo un sector doctrinal la denominación de «Estado garante». En este sentido, José ESTEVE PARDO (2012), «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, págs. 11-40, págs. 27 y ss.

²⁵ John BRAITHWAITE (2000), «The new regulatory state and the transformation of criminology», en *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, págs. 222-238; también, en John

luego, cabe plantearse si esta evolución hacia sistemas de autocontrol, mediante la creación de figuras o servicios internos a las empresas con independencia y autonomía funcional —figuras como la de defensores del cliente en las entidades financieras o, más en general, *compliance*²⁶ en las grandes empresas—, no responde a un reconocimiento de la insuficiencia de los medios públicos para controlar la aplicación de normativas técnicas progresivamente complejas. La tendencia a recurrir para estas figuras a antiguos técnicos de los organismos reguladores tiende a configurarlos como una suerte de intermediarios entre la empresa privada y la autoridad encargada de su control.

Una caracterización del Estado regulador es *la expansión del Derecho, de un sistema de gobierno basado en las reglas jurídicas, sea su aplicación controlada por una Administración burocrática tradicional o indirectamente a través de la supervisión de entidades especializadas, públicas o privadas*. Desde esta perspectiva, las agencias reguladoras independientes no serían un elemento imprescindible, aunque sí característico, del Estado regulador²⁷. De hecho, un sector doctrinal ve en el fenómeno de la proliferación de entidades reguladoras la manifestación de un proceso de juridificación del Estado y de una creciente juridificación de economía y sociedad²⁸.

BRAITHWAITE y Peter DRAHOS (2000), *Global business regulation*, Cambridge, Cambridge University Press. Sobre los diferentes significados de los términos *regulatory state*, vid. Michael MORAN (2002), «Understanding the regulatory state», en *British Journal of Political Science*, vol. 32, núm. 2, págs. 391-413.

²⁶ Esta figura está muy probablemente destinada a tener un nuevo desarrollo en el Derecho español con su inclusión en el proyecto de Código Penal presentado en 2013. Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado el 24/9/2013 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-66-1, de 4/10/2013). En la nueva redacción del artículo 31 bis se modificaría la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo, entre otros extremos, lo siguiente: «(...) 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: (...) 2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; (...) 4.ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b). (...)».

²⁷ David LEVI-FAUR (2013), «The Regulatory State and the Developmental State: Towards Polymorphic Comparative Capitalism», en Navroz K. DUBASCH y Bronwen MORGAN, *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Oxford, Oxford University Press, págs. 236-245, esp. pág. 238.

²⁸ En este sentido, vid. C. Neal TATE y Torbjorn VALLINDER (eds.) (1995), *The global expansion of judicial power*, Nueva York-Londres, New York University Press, especialmente la introducción, debida a ambos editores, en la que se refieren tanto a la expansión de los ámbitos judicialmente controlados como a la creciente utilización de procedimientos formalizados jurídicamente para la toma de decisiones. Más recientemente, John W. CIOFFI (2009), «Adversarialism versus legalism: Juridification and litigation in corporate governance reform», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 235-258; Frans VAN WAARDEN (2009), «Power to the legal professionals. Is there an Americanization of European Law?», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 197-216; Frans VAN WAARDEN y Youri HILDEBRAND (2009), «From

La concepción dominante de Estado regulador es la de SEIDMAN y MAJONE, como un Estado en el que prima la preocupación por la competitividad y por la contención e incluso reducción del gasto público, lo que lleva a un adelgazamiento de las estructuras burocráticas departamentales y a la opción por mecanismos descentralizados de gestión: descentralización territorial, funcional e incluso delegación en entidades privadas de actividades no sólo de gestión material, sino de producción normativa²⁹. De acuerdo con esa concepción, la Unión Europea entraría en ese modelo como organización paraestatal³⁰.

2. Factores estructurales de desarrollo de la Unión Europea como «Estado regulador»

La privatización es un primer factor de la extensión del modelo regulador en Europa³¹. Un segundo factor es el proceso de construcción europea: la actividad de regulación económica de las instancias comunitarias se ha incrementado de forma constante en los últimos treinta años, siendo actualmente su actividad más relevante³². El tercer elemento sería la tendencia hacia formas de gobierno indirectas o delegadas, con manifestaciones como la regionalización o descentralización administrativas, la evolución desde grandes organizaciones generalistas a entidades con objetivos específicos, el creciente ejercicio privado de funciones públicas³³ o la encomienda de funciones a entidades privadas mediante mecanismos contractuales o cuasi-contractuales³⁴. Esto exige cambios en el control de las actuaciones públicas,

corporatism to lawyocracy? On liberalization and juridification», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 259-286.

²⁹ Vid. Burkard EBERLEIN y Edgar GRANDE (2005), «Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state», en *Journal of European Public Policy*, vol. 12, núm. 1, págs. 89-112; Martin LODGE (2008), «Regulation, the Regulatory State and European Politics», en *West European Politics*, vol. 31 (1-2), págs. 280-301.

³⁰ Además del reiteradamente citado trabajo de MAJONE (1997), puede citarse un trabajo anterior del mismo autor: Giandomenico MAJONE (1994), «The Rise of the Regulatory State in Europe», en *West European Politics*, vol. 17 núm. 3, págs. 139-167. También, Francis MCGOWAN y Helen WALLACE (1996), «Towards a European regulatory state», en *Journal of European Public Policy*, vol. 3, núm. 4, págs. 560-576.

³¹ Una visión de síntesis en José ESTEVE PARDO (2012), «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, págs. 11-40.

³² Daniel SARMIENTO (2010), «La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 245-292.

³³ Vid. Dolores CANALS I AMETLLER (2003), *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares.

³⁴ Sobre el contrato de colaboración público-privada, vid. Matilde CARLÓN RUIZ (2008), «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 140, págs. 653-684; y Carmen CHINCHILLA MARÍN (2009), «El contrato de colaboración entre sector público y sector privado (CPP)», en *Estudios sobre la Ley*

centradas cada vez más en la regulación de la actividad de terceros, que son los proveedores directos de bienes y servicios esenciales, pasando a un segundo plano la provisión directa de bienes y servicios por la Administración o por entidades de titularidad pública.

Con todo, el elemento clave en la proliferación de reguladores independientes ha sido el cambio del centro de gravedad de las políticas públicas desde la conciliación de clases y grupos políticos, típica de la segunda posguerra, a la adopción de decisiones técnicas. Las políticas de regulación, como toda política pública, tienen consecuencias redistributivas, pero para el organismo regulador estos posibles efectos representan normalmente limitaciones de naturaleza política, no objetivos a perseguir: lo propio de estos organismos es el compromiso con la eficiencia, con la resolución técnicamente eficaz de problemas, que es lo que legitima su independencia respecto de las instancias políticas³⁵. Por el contrario, *las decisiones que implican una redistribución significativa de recursos de un grupo social a otro no deben ser tomadas por expertos independientes, sino por cargos electos o, al menos, por administradores directamente responsables ante los electores*. La delegación en entidades técnicas políticamente neutrales sería legítima cuando la preocupación dominante sea la eficiencia, mientras que las políticas de redistribución corresponden a instancias con legitimación democrática, lo que es aplicable tanto a los Estados nacionales como a las instituciones de la Unión Europea³⁶.

Una diferencia esencial entre el tradicional Estado intervencionista y el Estado regulador es que el primero requiere un esfuerzo presupuestario importante, mientras que las restricciones presupuestarias tienen un impacto limitado en las políticas de regulación económica, más teniendo en cuenta que los costes de la regulación —que son fundamentalmente gastos de personal— habitualmente se reparten entre el regulador y los sujetos regulados. Esto es un elemento adicional para explicar la tendencia de la Unión Europea hacia las políticas regulatorias: los presupuestos comunitarios representan algo más del 1% del producto interior bruto conjunto de los Estados miembros y se quedan por debajo del 3% del gasto público agregado de esos mismos Estados

de Contratos del Público, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 453-488. Sobre otras fórmulas de colaboración, vid. Miguel Ángel BERNAL BLAY (2010), «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, págs. 93-138.

³⁵ Un supuesto diferente y compatible sería el de garantía de derechos individuales, que se quiere neutralizar políticamente, sin ponerlo en manos de juez por considerar que requiere una actuación de oficio, un aparato administrativo y un conocimiento técnico especializado. Sería el caso entre nosotros de la Agencia Española de Protección de Datos.

³⁶ En este sentido, Giandomenico MAJONE (1996b), «Regulatory legitimacy», en G. MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, págs. 284-300, esp. págs. 296-300.

miembros³⁷. Si además se tiene en cuenta la rigidez de los gastos asociados a la Política Agrícola Común, la conclusión es que el único mecanismo de que disponen las instituciones comunitarias, especialmente la Comisión, para incrementar su influencia es volcarse en las actividades de regulación³⁸.

El regulador puede no ser una Administración independiente, sino una entidad privada, dirigida o controlada indirectamente por instancias públicas. El concepto de regulación abarca funciones encomendadas a entidades de Derecho privado, plasmadas en *soft law*, de especial importancia en la Unión Europea. Es el caso de la normalización técnica en los ámbitos industrial o de telecomunicaciones a partir del «nuevo enfoque» para la construcción de un mercado interior único, iniciado en 1985 (un respetable período para mantener la denominación de «nuevo enfoque») con la comunicación elaborada por la Comisión sobre el avance hacia un mercado interior único³⁹ y la correspondiente decisión del Consejo⁴⁰. De acuerdo con este «enfoque», para conseguir una circulación de mercancías efectivamente libre, las Directivas comunitarias sobre productos se limitan como regla a las características esenciales de seguridad, dejando el régimen detallado y todo lo relativo a la calidad a las organizaciones de normalización europeas⁴¹. Éstas basan su actividad en las prescripciones de las Directivas sectoriales y la Comisión favorece la aplicación de sus normas técnicas y se apoya en ellas para elaborar normas de armonización. En consecuencia, la Comisión ha renunciado a ocuparse de los aspectos técnicos de la aproximación de las normativas nacionales, asumiendo en su lugar la responsabilidad de impulsar y controlar la equidad en la elaboración de estándares en el nivel europeo⁴².

Aparentemente, las entidades europeas de normalización son asociaciones de Derecho privado que agrupan a las organizaciones de nor-

³⁷ Comisión Europea (2010), *Una ojeada al presupuesto de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en Internet en la dirección http://ec.europa.eu/budget/library/biblio/publications/glance/budget_glance_es.pdf.

³⁸ MAJONE (1997: 149).

³⁹ Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), COM (85) 310, June 1985. En http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf.

⁴⁰ Resolución del Consejo 85/C 136/01, de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización (*Diario Oficial* L 136/9, de 16/4/2003).

⁴¹ Comité Européen de Normalisation (CEN), Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (CENELEC) y European Telecommunications Standards Institute (ETSI).

⁴² Sobre la normalización europea, vid. Luis GONZÁLEZ VAQUÉ (2009), «Armonización y normalización», en José María BENEYTO PÉREZ (dir.), Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS y Belén BECERRIL ATIENZA (coords.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, tomo 6: *Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 617-684 (hay edición posterior, 2014).

malización de los Estados miembros, a su vez entidades de Derecho privado en su inmensa mayoría. No obstante, los organismos de normalización europeos *son financiados con cargo al presupuesto comunitario*⁴³. Además, las prioridades de la normalización industrial se establecen a través de convenios entre la Comisión y los organismos de normalización europeos, a través de los que se articula la financiación pública⁴⁴. Para la normalización industrial española —un régimen equiparable—, en la doctrina española se califica al organismo de normalización como «entidad privada ficticia»⁴⁵.

Muy probablemente, el impulso de la normalización técnica en la Unión Europea haya obedecido a la existencia de obstáculos jurídicos a la creación de auténticos organismos reguladores⁴⁶. La normalización técnica está sometida a muy débiles controles jurídicos, algo posibilitado por su carácter aparentemente voluntario⁴⁷. Por ello, es un mecanismo que permite a la Comisión conservar un control de las políti-

⁴³ Decisión núm. 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, relativa a la financiación de la normalización europea (*Diario Oficial* L 315, de 15/11/2006).

⁴⁴ En su relación con las instancias comunitarias resulta aplicable el acuerdo entre las entidades de normalización de la Comisión Europea, plasmado en las Directrices Generales para la Cooperación entre CEN, CENELEC y ETSI con la Comisión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio de 28 de marzo de 2003 (*Diario Oficial* C 91, de 16/4/2003).

⁴⁵ Vid. Manuel IZQUIERDO CARRASCO (2000), *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, pág. 380. De acuerdo con lo argumentado en Marc TARRÉS VIVES (2003), *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 443, la influencia determinante de la Administración se plasmaría en que la voluntad del Ministerio de Industria aportó el impulso decisivo para su creación, en la presencia de representantes de la Administración en sus órganos de gobierno y en la existencia de un reconocimiento oficial del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para los organismos de normalización y una habilitación específica a la Administración para controlar que su organización y sus actuaciones se mantienen conformes al marco legal aplicable.

⁴⁶ Merijn CHAMON (2013), «Relying on soft law to circumvent the constitutional objections to agencification», en el coloquio «La soft law en droit de l'Union européenne», Centre d'Excellence Jean Monnet, Université de Rennes, 24 y 25 de junio. Accesible en <https://biblio.ugent.be/publication/4106138/file/4106139.pdf>.

⁴⁷ No obstante, el carácter voluntario de la observancia de los criterios producto de la normalización industrial lo es desde una perspectiva jurídica, porque en términos económicos el carácter voluntario no es tal: una vez que una práctica se acepta de forma generalizada, no atenerse a ella supone un grave riesgo de ser excluido del mercado, como se resalta por RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (2002a: 31). Es más, incluso desde un punto de vista jurídico, el carácter voluntario lo es desde una perspectiva exclusivamente jurídico-pública y en contraste con los reglamentos de seguridad industrial. Sin embargo, las normas técnicas nacen con la vocación de incorporarse a la contratación privada (y también pública), por remisión expresa de las partes o, incluso, por su utilización por el juez para integrar los contratos, en virtud de una función que resulta muy similar a la atribuida por el ordenamiento a los usos mercantiles. Aunque con matices —la legislación alemana establecía en ese caso una presunción de conformidad a las normas imperativas para los productos que contasen con una determinada certificación de normas de calidad—, se pronuncia en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012, *Fra. bo SpA y Deutsche Vereinigung des Gas und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, asunto C-171/11.

cas de normalización que no tendría que haberse conferido la política de armonización de los productos industriales a organismos reguladores independientes, al mismo tiempo que, en gran medida, se eluden los controles judiciales o, en sentido más amplio, jurídicos⁴⁸.

II. CONDICIONANTES JURÍDICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DOCTRINA *MERONI*

Pese a las circunstancias económicas y políticas que favorecen el desarrollo de agencias europeas con poderes decisorios, hasta fechas recientes la creación de ese tipo de entidades ha sido escasa, siendo la típica agencia comunitaria un organismo con poderes limitados, en muchos casos meras funciones consultivas. La necesidad de un auténtico mercado único, más la creación de una nueva gobernanza económica forzada por la crisis, han obligado a la Comisión a matizar su antigua oposición a la creación de agencias con poderes de decisión y ha sido ocasión de la matización de la jurisprudencia restrictiva.

1. *Los límites tradicionales a la creación de agencias en el Derecho comunitario*

La proliferación de «agencias» en la Unión Europea es un fenómeno que recibe una creciente atención por los juristas⁴⁹. El desarrollo de

⁴⁸ En el ámbito del Derecho interno español, los únicos controles jurídicos que se han mostrado eficaces respecto a las normas técnicas y la certificación de conformidad a normas técnicas —como en el nivel comunitario, elaboradas por un organismo de normalización de naturaleza privada, pero financiadas por la Administración pública, que establece en la práctica el programa de normalización— han sido los efectuados por las autoridades de defensa de la competencia, que en varios casos han considerado que se daban las circunstancias para estimar que a su amparo se había operado un pacto colusorio. En este sentido, el «Informe sobre la certificación de calidad y de seguridad» de la extinta Comisión Nacional de Competencia, julio de 2010, disponible en la página web del antiguo organismo, www.cn-competencia.es/, en el que se hace un examen de diversas resoluciones administrativas en materia de defensa de la competencia. Alguna de estas resoluciones ha sido comentada por la doctrina: vid. Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2002a), «El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, págs. 341-368; del mismo autor (2002b), «Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto GP Manufacturas del Acero S.A. contra AENOR», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 215, págs. 43-64; también, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2003.

⁴⁹ Una visión de síntesis en Eduardo VIRGALA FORURÍA (2006), «Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, págs. 145-212, desarrollando una amplia tipología de estos organismos y estableciendo la comparación con sus equivalentes norteamericanos. Con anterioridad, Edoardo CHITI (2002), *Le agenzie europee. Unità di decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padua, CEDAM.

organismos reguladores, similares en alguna medida a las *independent regulatory agencies* del Derecho norteamericano, constituye una novedad en la organización de la Unión Europea. La tradicional agencia europea era un ente auxiliar de la Comisión, con la función de estructurar desde el vértice las relaciones entre Administraciones nacionales y entre éstas y la Comisión. En los últimos años aparece un nuevo tipo de agencia, caracterizada por el hecho de que las Administraciones nacionales cuya cooperación estructura son Administraciones independientes, estando la propia agencia europea llamada a actuar con independencia de las instituciones políticas de la Unión, incluida la Comisión. Este nuevo tipo de agencia se circunscribe a ámbitos determinados, como la energía o la supervisión financiera, pero parece muestra de una tendencia más general⁵⁰.

La proliferación de agencias europeas en los años noventa tuvo una relevancia limitada, dadas las funciones auxiliares, de investigación o consultivas encomendadas, muy diferentes de las propias de las Administraciones independientes⁵¹. Por eso, la reciente aparición del nuevo modelo de agencia estructurada sobre una red de reguladores nacionales y conectada con la Comisión suscita gran interés doctrinal⁵². Sintéticamente, los cambios serían tres. Primero, las agencias del nuevo modelo están dotadas de independencia respecto a la Comisión y a las otras instituciones políticas de la Unión Europea y expresan en el nivel comunitario los puntos de vista de los reguladores nacionales, también independientes. Segundo, suponen un fortalecimiento de la posición de los reguladores nacionales, que son los encargados de la ejecución del Derecho comunitario en sus respectivos ámbitos sectoriales. Tercero, la Comisión participa de forma significativa en el ejercicio de la función de regulación, especialmente en el ámbito energético⁵³. Ese paso desde agencias europeas con funciones informativas o consultivas a auténticos reguladores comunitarios, articulados con la Comisión, y de una limitada autonomía a una auténtica indepen-

⁵⁰ Edoardo CHITI (2010), «Le trasformazioni delle agenzie europee», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, págs. 57-89, esp. págs. 85 y ss.

⁵¹ CHITI (2010: 70-71).

⁵² Entre otros, además del trabajo de CHITI (2010) citado, Tom CHRISTENSEN y Per LÆGREID (2006), «Agencification and regulatory reforms», en *Autonomy and regulation. Coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, págs. 8-49; también publicado como Tom CHRISTENSEN y Per LÆGREID (2005), «Regulatory reforms and agencification», Stein Rokkan Centre for Social Studies Working Papers 2005-11; Laura AMMANNATI (2008), «Governance e regolazione attraverso reti», en Laura AMMANNATI y Paola BILANCIA (dirs.), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II: *Governance multilivello regolazione reti*, Milán, Giuffrè; David LEVI-FAUR (2011), «Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space», en *Journal of European Public Policy*, vol. 18, núm. 6, págs. 810-829.

⁵³ CHITI (2010: 69).

dencia, es lo que permite hablar de un proceso de *agencification* de la Unión.

La doctrina ha señalado que el desarrollo de organismos reguladores europeos podía entrar en colisión con los límites marcados por el Tribunal de Justicia en la conocida sentencia *Meroni*⁵⁴, dictada respecto a la atribución de competencias de gestión económica a entidades instrumentales privadas, no a agencias públicas, pero que la Comisión ha insistido en considerar aplicable a los organismos administrativos⁵⁵. De acuerdo con la interpretación habitual de esta doctrina jurisprudencial, aunque es lícita la atribución a entidades con personalidad jurídica de funciones consultivas, técnicas o científicas, e incluso la toma de decisiones vinculantes en cuestiones estrictamente técnicas, los poderes atribuidos deben estar circunscritos a estrechos límites, por lo que no pueden atribuirse a entidades autónomas no previstas en el Tratado competencias que impliquen el ejercicio de poderes discrecionales. La razón de ser de estas limitaciones es el equilibrio institucional, es decir, evitar el debilitamiento de la Comisión⁵⁶, entendida como Poder ejecutivo comunitario, adoptando una perspectiva que aproxima el equilibrio institucional a la división de poderes del constitucionalismo clásico⁵⁷.

⁵⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (asuntos 9-56 y 10-56). El Tribunal de Justicia excluyó la legitimidad de la delegación de poderes que atribuya a organismos no previstos en el Tratado un margen de apreciación que se traduzca en un auténtico poder discrecional. Una valoración del proceso de «agencificación» comunitaria a la luz de la doctrina *Meroni* en Koen LENAERTS (1993), «Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in the European Community», en *European Law Review*, vol. 18, págs. 23 y ss., esp. pág. 41.

⁵⁵ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Agencias europeas: Orientaciones para el futuro», Bruselas, 11/3/2008, COM (2008) 135 final, pág. 5: «... existen límites claros y estrictos al poder autónomo de las agencias reguladoras en el actual ordenamiento jurídico comunitario. No es posible conceder a las agencias la facultad de adoptar medidas reguladoras de carácter general. Están limitadas a la adopción de decisiones individuales en ámbitos específicos en los que se requieren determinados conocimientos técnicos, en condiciones definidas con claridad y precisión y sin verdadero poder discrecional. Además, a las agencias no se les pueden encomendar poderes que puedan afectar a las responsabilidades que el Tratado ha conferido explícitamente a la Comisión (por ejemplo, como guardiana del Derecho comunitario)». Pese a su defensa por la Comisión, un sector doctrinal defiende la posición contraria. En este sentido, entre otros, Renaud DEHOUSSE (1997), «Regulation by Network in the European Community: The Role of European Agencies», en *Journal of European Public Policy*, vol. 4, núm. 2, págs. 246-261; R. Daniel KELEMEN (2002), «The Politics of “Eurocratic” Structure and the New European Agencies», en *West European Politics*, vol. 25, núm. 4, págs. 93-118, pág. 99.

⁵⁶ Renaud DEHOUSSE (2008), «Delegation of powers in the European Union: the need for a multi-principals model», en *West European Politics*, vol. 31, núm. 4, págs. 789-805, pág. 798.

⁵⁷ En sentido crítico, considerando forzada la equiparación y sosteniendo que las instituciones comunitarias no tienen como fundamento la división de poderes, sino la atribución de específicas funciones a concretos organismos, Giandomenico MAJONE (2002), «Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity», en *European Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 319-339, págs. 323-324.

A ello se añade la necesidad de mecanismos efectivos de control de la actuación de las entidades delegadas⁵⁸. Con esta base, la Comisión mantiene que la creación de nuevos organismos europeos sólo es compatible con el Tratado cuando sea necesaria para la realización de fines para cuya consecución han sido atribuidos poderes a la Unión, siempre que los poderes delegados no comporten un auténtico margen de apreciación⁵⁹. Como consecuencia, los organismos no previstos en los Tratados podrían adoptar decisiones vinculantes sólo respecto a cuestiones técnicas específicas, mientras que la Comisión es el órgano competente para el ejercicio de facultades discrecionales. Debe reconocerse que tanto el equilibrio institucional como la exigencia de control efectivo constituyen garantías fundamentales previstas en los Tratados europeos. No obstante, la concepción restrictiva está actualmente sujeta a revisión.

Se ha señalado que la doctrina *Meroni*, formulada a mediados del siglo XX, guarda relación con la entonces vigente «doctrina de la no delegación», establecida por el Tribunal Supremo americano en los primeros años de la expansión de regulación federal para limitar la erosión de los poderes presidenciales que suponía la creación por el Congreso de nuevas agencias independientes⁶⁰. Si la delegación de funciones ejecutivas en organismos independientes es posible solamente con restricciones que eliminen la discrecionalidad regulatoria, la consecuencia es que los organismos europeos estarían necesariamente sujetos a la supervisión de la Comisión. Además, las competencias de la mayoría se limitarían a actuaciones que jurídicamente tienen el carácter de preparatorias, aunque en la práctica determinen la solución de fondo o la orientación de la actuación administrativa.

2. La evolución reciente de la jurisprudencia

El Tribunal de Justicia continúa invocando la jurisprudencia *Meroni*. También la jurisprudencia *Romano*⁶¹, que afirma que la potestad de dictar disposiciones normativas no es delegable. Ambas líneas jurisper-

⁵⁸ Eberhard SCHMIDT-ARMANN (2013), «La Administración europea por las Agencias europeas», en *Lex Social: Revista Jurídica de Derechos Sociales*, vol. 3, núm. 2, págs. 1-11, pág. 7.

⁵⁹ CHITI (2010: 61). También, con anterioridad, en Edoardo CHITI (2004), «Decentralisation and integration into the community administrations: a new perspective on European agencies», en *European Law Journal*, vol. 10, núm. 4, págs. 402-438.

⁶⁰ Una visión de síntesis en David EPSTEIN y Sharyn O'HALLORAN (1999), «The nondelegation doctrine and the separation of powers: a political science approach», en *Cardozo Law Review*, vol. 20, págs. 947 y ss. Accesible en http://www.constitution.org/ad_state/epstein.htm.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de mayo de 1981, *Giuseppe Romano contra Institut national d'assurance maladie-invalidité*, asunto 98/80.

denciales han sido un obstáculo jurídico para el desarrollo de auténticos organismos reguladores comunitarios⁶². Sin embargo, la jurisprudencia *Meroni* ha sido matizada en los últimos años. Una causa sería la evolución del principio de equilibrio institucional de criterio de salvaguardia de la posición de cada institución a criterio de relación, que permite a una institución reorganizarse siempre que tenga en cuenta las funciones de las otras, valorando el efecto sobre las competencias de las otras entidades comunitarias⁶³.

En la sentencia *Meroni*, de 1958, el demandante reprochaba a la Alta Autoridad de la CECA que hubiera delegado facultades en «organismos de Bruselas» —entidades privadas, constituidas al margen del Tratado CECA—, señalando que el artículo 8 del Tratado, al encomendar a la Alta Autoridad la misión de asegurar la consecución de sus objetivos, no preveía ninguna facultad de delegación. El Tribunal de Justicia rechazó este argumento:

«... no puede excluirse la posibilidad de que la aplicación de los “mecanismos financieros comunes a varias empresas” previstos en la letra a) del artículo 53 [del Tratado CECA] sea confiada a organismos de Derecho privado, dotados de una personalidad jurídica distinta y dotados de facultades propias. [...] que por lo tanto la facultad que tiene la Alta Autoridad de autorizar o de establecer los mecanismos financieros a que se refiere el artículo 53 del Tratado da a ésta el derecho de confiar ciertas facultades a dichos organismos en las condiciones que ella determina y bajo su control».

El Tribunal de Justicia estimó que el reconocimiento de potestad normativa a la Alta Autoridad era base jurídica suficiente para permitirle «delegar» facultades en organismos privados dotados de personalidad jurídica. En consecuencia, en el Derecho comunitario la delegación de facultades es lícita si ningún texto se opone a ello expresamente⁶⁴. No obstante, la delegación debe cumplir varios requisitos, según la jurisprudencia: la autoridad delegante no puede atribuir otras facultades que las que ella misma tenga reconocidas; el ejercicio de las facultades delegadas se sujeta a los mismos requisitos que si se ejercitasen directamente por el delegante, especialmente su motivación y publicidad; y

⁶² Merijn CHAMON (2011), «EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea», en *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 4, págs. 1055-1075.

⁶³ CHITI (2010: 84).

⁶⁴ Koen LENAERTS (1993), «Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in the European Community», en *European Law Review*, vol. 18, págs. 23 y ss., esp. págs. 40 a 42.

la delegación no puede presumirse, sino que es precisa una decisión expresa. Finalmente, el aspecto más relevante: la delegación sólo puede referirse a *facultades de ejecución*, definidas con precisión⁶⁵. El Tribunal estima que la transferencia de facultades discrecionales con amplio margen de apreciación supondría una transferencia de responsabilidades⁶⁶.

El Tribunal de Justicia ha reiterado recientemente la no necesidad de una disposición normativa habilitante expresa en el caso de la delegación por el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo en el Comité Ejecutivo⁶⁷. También ha reiterado la vigencia de la doctrina *Meroni* en lo relativo a los requisitos para la validez de la delegación, estableciendo como condición necesaria de validez de la delegación la existencia de controles rigurosos⁶⁸. También el Tribunal de Primera Instancia ha considerado válida la atribución de facultades mediante un mecanismo contractual a una entidad de Derecho privado, dado que la Comisión seguía siendo jurídicamente responsable de las decisiones recaídas, susceptibles de recurso ante el órgano judicial competente de la Unión Europea⁶⁹.

⁶⁵ Sobre la distinción entre las normas que presentan un carácter esencial para la materia examinada y las que están comprendidas en la «facultad de ejecución» en el ámbito de los artículos 202 y 211 CE, véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Köster* (25/70), apartado 6, y de 27 de octubre de 1992, *Alemania/Comisión* (C-240/90), apartados 36 y 37.

⁶⁶ Sin embargo, en determinados ámbitos, como la Política Agrícola Común, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «competencia de ejecución» debe interpretarse en sentido amplio, habida cuenta de la sistemática del Tratado y de las exigencias de la práctica. En este sentido, las sentencias de 30 de octubre de 1975, *Rey Soda* (23/75), y de 11 de marzo de 1987, *Rau y otros contra Comisión* (asuntos acumulados 279/84, 280/84, 285/84 y 286/84), apartado 14, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de febrero de 2004, *Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert contra Consejo y Comisión* (asuntos acumulados T-64/01 y T-65/01), apartado 118.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de mayo de 2005, *Carmine Salvatore Tralli contra Banco Central Europeo*, asunto C-301/02 P, considerandos 41 a 44.

⁶⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2005, *The Queen, a instancia de Alliance for Natural Health y Nutri-Link Ltd contra Secretary of State for Health* (C-154/04) y *The Queen, a instancia de National Association of Health Stores y Health Food Manufacturers Ltd contra Secretary of State for Health y National Assembly for Wales* (C-155/04), considerando 90. El proceso se suscita a propósito de los procedimientos de comitología previstos para el desarrollo de la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios. La cuestión debatida era el procedimiento previsto para la toma de determinadas decisiones: formulada una solicitud por alguna de las «partes interesadas», la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria emite su «dictamen científico», después de lo cual, en virtud del artículo 13 de la Directiva, la Comisión o el Consejo adoptarán una decisión con arreglo al denominado procedimiento de reglamentación previsto en la Decisión sobre comitología (Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 19 de febrero de 1998, *DIR International Film Srl, Nostradamus Enterprises Ltd, Union PN Srl, United International*

La sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2014 tiene una relevancia mayor para las competencias de los organismos reguladores de la Unión⁷⁰. Lo impugnado por el Reino Unido eran las facultades atribuidas a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (en adelante, AEVM), organismo creado por un reglamento comunitario⁷¹, que forma parte del Sistema Europeo de Supervisión Financiera⁷². En virtud de la norma recurrida⁷³, la AEVM tiene la potestad de, en circunstancias excepcionales, bien exigir a quienes mantengan posiciones cortas netas en relación con un instrumento financiero (como compromisos de venta en plazo determinado que superen el número de títulos que se poseen) o determinados instrumentos financieros que *lo notifiquen* a la autoridad nacional competente, publiquen los detalles de tales posiciones o, yendo más allá, le permite *prohibir o imponer condiciones* para la realización de *ventas en corto* (ventas en descubierto o, más claramente, ventas de títulos que no se tienen pero que se adquirirán antes del momento de liquidación de la operación) *u operaciones que creen un instrumento financiero o se refieran a un instrumento financiero* —con la excepción de los instrumentos de deuda emitidos por los Estados miembros o la Unión o determinados derivados financieros cuando estén vinculados o hagan referencia a esos instrumentos de deuda pública— cuando entre sus efectos esté el conferir una ventaja financiera en caso de que disminuya el precio o valor de otro instrumento financiero (es decir, derivados del tipo *credit default swap*). Es-

Pictures BV, United International Pictures AB, United International Pictures APS, United International Pictures A/S, United International Pictures EPE, United International Pictures OY y United International Pictures y Cía SRC contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados T-369/84 y T-85/95. Los demandantes suscitaron la cuestión de la posibilidad de aplicar criterios discrecionales por una entidad que tiene competencias delegadas por la Comisión. Puede recordarse que la Comisión había celebrado acuerdos con la European Film Distribution Office-Europäisches Filmbüro e.V., asociación registrada en Hamburgo, relativos a la aplicación financiera del programa MEDIA, destinado a otorgar préstamos para favorecer la distribución de películas europeas. El Tribunal considera válido el citado acuerdo y las resoluciones recaídas en aplicación del mismo en la medida en que, dado el procedimiento operativo, la Comisión era responsable de las medidas individuales adoptadas, que podían ser objeto de recurso jurisdiccional ante los tribunales comunitarios.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de enero de 2014, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-270/12, a propósito de la validez del artículo 28 del Reglamento (UE) núm. 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago.

⁷¹ Reglamento (UE) núm. 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados).

⁷² Junto a la Autoridad Bancaria Europea y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión y las autoridades competentes o de supervisión de los Estados miembros.

⁷³ Reglamento (UE) núm. 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (art. 28).

tas medidas pueden imponerse con carácter general o para circunstancias particulares o con las excepciones que establezca la AEVM, especialmente las referidas a actividades de creación de mercado y a operaciones del mercado primario (como emisiones de valores u ofertas públicas de venta).

Los supuestos habilitantes son dos: primero, la existencia de una amenaza que tenga implicaciones transfronterizas para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del sistema financiero de la Unión Europea⁷⁴; y segundo, que las autoridades competentes no hayan tomado medidas adecuadas. Además, la AEVM habrá de tener en cuenta que la medida que pretende adoptar: a) sea eficaz; b) no cree riesgo de «arbitraje regulador»; y c) no tenga un efecto perjudicial sobre la eficiencia de los mercados financieros que resulte desproporcionado con respecto a las ventajas de la medida. Las medidas tendrán una duración máxima de tres meses, pero pueden prorrogarse indefinidamente por igual intervalo. Antes de adoptarlas, la AEVM deberá consultar a la Junta Europea de Riesgo Sistémico y, cuando proceda, a otras autoridades. Las medidas de la AEVM prevalecen sobre cualquier otra de una autoridad nacional.

El Reino Unido consideró infringida la doctrina *Meroni* ya que, primero, *el supuesto de hecho* del artículo 28 del Reglamento 236/2012, es decir, los criterios que determinan la obligación de intervenir de la AEVM, implica un amplio margen de *discrecionalidad*; segundo, se otorga a la AEVM un abanico de opciones en cuanto a las medidas a adoptar y qué excepciones permitir; opciones con muy significativas implicaciones de política económica; tercero, los factores que la AEVM debe tomar en consideración llevan a análisis muy subjetivos; cuarto, la AEVM está facultada para prorrogar sus medidas sin límite alguno en cuanto a su duración total; además, quinto, incluso si el artículo 28 no habilitase a la AEVM para la adopción de decisiones de política macroeconómica, *se le confiere un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la aplicación de esa política a cada caso concreto*. También invoca la jurisprudencia *Romano*, puesto que, según la demanda, con el artículo 28 del Reglamento 236/2012 se habilita a la AEVM para imponer medidas de alcance general con fuerza normativa.

⁷⁴ El concepto de «amenaza para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión» se desarrolla en el Reglamento Delegado (UE) núm. 918/2012 de la Comisión, de 5 de julio de 2012, por el que se completa el Reglamento núm. 236/2012 en lo que respecta a las definiciones, el cálculo de las posiciones cortas netas, las permutas de cobertura por impago soberano cubiertas, los umbrales de notificación, los umbrales de liquidez para la suspensión de las restricciones, los descensos significativos del valor de instrumentos financieros y los hechos adversos (art. 24.3).

Pese a la «densidad normativa» del Reglamento 236/2012, es innegable que a la AEVM se le habilita para actuar en función de su apreciación de circunstancias que no pueden ser descritas con total precisión y que puede imponer desde simples deberes de información a la prohibición total.

El recurso fue desestimado. Según la última interpretación judicial de la doctrina *Meroni*, el elemento clave es que, al transferir facultades de ejecución netamente delimitadas que pueden ser controladas rigurosamente aplicando criterios objetivos predeterminados, no se está operando un verdadero desplazamiento de responsabilidad, contrariamente a lo que habría ocurrido si se hubiesen transferido facultades discrecionales que comportasen una amplia libertad de apreciación. Se añade una precisión que aparecía en alguna sentencia anterior aunque con una relevancia menor: los organismos a que se refería la sentencia *Meroni* eran entidades de Derecho privado, mientras que la AEVM es una «entidad de la Unión creada por el legislador» (43). Las facultades atribuidas por el Reglamento 236/2012 no van más allá de la esfera de competencias previstas en el Reglamento de creación de la AEVM y, además, su ejercicio está sujeto a criterios y condiciones que delimitan su ámbito y obligan a evaluar un número considerable de factores y a realizar determinadas consultas previas (44, 45, 48 y 50). En consecuencia, la AEVM debe realizar una «evaluación fáctica de carácter técnico» (52). Todo ello lleva a negar que lo conferido a la AEVM sea una «amplia facultad discrecional», afirmando lo siguiente (53):

«Resulta del conjunto de las consideraciones anteriores que las competencias de que dispone la AEVM, en virtud del artículo 28 del Reglamento núm. 236/2012, *están delimitadas con precisión y pueden ser objeto de control judicial a la luz de los objetivos fijados por la autoridad delegante*. Tales competencias se ajustan, por lo tanto, a las exigencias establecidas en la sentencia *Meroni/Alta Autoridad*, antes citada».

El principal de los matices es que la prohibición de habilitar a organismos públicos con potestades discrecionales no se refiere a la discrecionalidad tal como se entiende usualmente, sino a un concepto más restrictivo, de tal manera que no existiría discrecionalidad prohibida cuando se den dos circunstancias: primera, que las facultades de apreciación tengan una base técnica, no política; y segunda, que el instrumento habilitante tenga una densidad normativa que permita un control judicial efectivo de las futuras decisiones. Lo que, desde luego,

abre amplias posibilidades para nuevos desarrollos en el camino de la «agencificación» emprendido por la Unión Europea.

III. LA INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE REGULACIÓN: LAS POSIBLES «RESERVAS DE ADMINISTRACIÓN»

El crecimiento del Estado regulador se interpreta por la doctrina norteamericana como una «juridificación» del poder público que lleva a su creciente control judicial, aunque deba puntualizarse que el incremento del control viene en gran medida de la aplicación de la legislación federal de procedimiento administrativo. En Europa los términos parecen invertirse: la creación de autoridades administrativas independientes puede traducirse en un incremento de la discrecionalidad, pero no referida a elementos específicos de discrecionalidad, sino en un sentido más cercano al significado decimonónico de espacios exentos del Derecho. Conectado con lo anterior, aunque se haya invocado el «equilibrio institucional» de la Unión Europea como fundamento de la doctrina *Meroni*, el equilibrio institucional de los Estados miembros no parece tener virtualidad limitadora, de manera que el legislador comunitario puede adoptar decisiones que, aunque indirectamente, lo alteren muy significativamente. Un ejemplo lo proporciona la normativa sobre telecomunicaciones y la interpretación hecha de la misma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2009⁷⁵, cuya relevancia ha sido destacada por la doctrina⁷⁶.

Han sido habituales en Europa empresas públicas con un papel protagonista en ámbitos como las telecomunicaciones o la energía, lo que es compatible con el Derecho comunitario: de acuerdo con el artículo 345 TFUE, las normas del Tratado no condicionan la propiedad pública o privada de las empresas. Lo que el Derecho comunitario sí impuso tem-

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 2009, *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, asunto C-424/07.

⁷⁶ Vid. José María BAÑO LEÓN (2011), «Reserva de Administración y Derecho comunitario», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR núm. 7, págs. 1-14 (disponible en <http://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-reserva%20de%20administración.pdf>); María José BOBES SÁNCHEZ (2012), «Discrecionalidad y regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre Telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión C. Alemania de 3 de diciembre de 2009)», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, págs. 3113-3138; también, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 29, págs. 1-24, por la que se cita. En este trabajo se analizan conjuntamente el reforzamiento de la discrecionalidad reconocida al regulador de telecomunicaciones federal por la jurisprudencia alemana —equiparándola a la discrecionalidad de planificación—, en la que centra sus críticas, y la citada sentencia del TJUE.

pranamente es la separación entre la entidad pública reguladora y las empresas gestoras del servicio. Avanzando en esa dirección, en las Directivas de telecomunicaciones o energía se establecen reglas como la inamovilidad de los miembros de las autoridades nacionales durante su mandato, su no sujeción a instrucciones o directrices vinculantes del respectivo Gobierno o la atribución a esas autoridades independientes de la competencia para la definición de los mercados, su regulación o el acceso de terceros a redes. La existencia de esas autoridades nacionales, que se relacionan directamente con la Comisión y aplican directamente las normas europeas, se basa en diversas razones⁷⁷.

Primero, la desconfianza respecto a los ejecutivos y, también, legisladores nacionales, percibidos como sensibles a los intereses de las empresas monopolísticas estatales, incluso una vez privatizadas, y, por tanto, reacios a la introducción de una mayor competencia que pueda erosionar su posición. Segundo, la confianza en lo que podría denominarse «principio tecnocrático»: la creencia de que órganos compuestos por personas con elevada competencia técnica serán más proclives y más capaces de aplicar políticas de apertura a la competencia.

La orientación a la competencia es difícil de articular mediante normas abstractas y decisiones administrativas de carácter reglado, de mera aplicación del Derecho. Por el contrario, el Derecho de la competencia se caracteriza por reglas finalistas, cuya aplicación descansa en un análisis técnico y económico de cada mercado. Además, se plasma usualmente en actuaciones *a posteriori* poco útiles para la protección de los usuarios, ni siquiera de su derecho esencial de acceso a los servicios. Por ello, es muy relevante determinar los casos en que es precisa una regulación de los mercados emergentes que garantice esos derechos, decisión que tradicionalmente ha correspondido al legislador. La respuesta del Derecho comunitario es otra: en la citada sentencia de 3 de diciembre de 2009 se condenó a Alemania por incumplimiento de las Directivas en materia de telecomunicaciones⁷⁸, dado que el legislador nacional había restringido la discrecionalidad de su autoridad reguladora al introducir una definición de «nuevo mercado», establecer un principio contrario a su regulación y dar preferencia a la promoción de la inversión eficiente en infraestructuras e innovación, de entre los objetivos de la Directiva Marco.

⁷⁷ BAÑO LEÓN (2011: 3).

⁷⁸ Directiva 2002/21, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, o «Directiva Marco»; Directiva 2002/19, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, o «Directiva de acceso a redes», y Directiva 2002/22, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, o «Directiva de servicio universal».

Como contraste, los objetivos comunitarios en telecomunicaciones son amplios y casi contradictorios⁷⁹; corresponde a la Comisión la aprobación de una «recomendación» sobre la definición de los mercados pertinentes de productos y servicios, y establecer directrices de análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado, que deberán respetarse «en la mayor medida posible» por las autoridades nacionales al delimitar los mercados pertinentes, pudiendo la Comisión determinar directamente los de carácter transnacional⁸⁰. El sistema se basa en la comunicación previa de las medidas con posible efecto transnacional, reconociéndose a la Comisión un derecho de veto de las decisiones más significativas de los reguladores nacionales (Directiva Marco, art. 7.4), lo que permite caracterizar el conjunto como una «Administración transnacional en red»⁸¹.

El conflicto surge de la reforma en 2007 de la Ley alemana de telecomunicaciones⁸², al parecer conocida como «Ley Deutsche Telekom» por ser manifiestas las presiones de esa empresa durante su tramitación y la incorporación final de sus posiciones⁸³. En términos formales, las

⁷⁹ Directiva Marco, artículo 8, «Objetivos generales y principios reguladores»: «2. Las autoridades reguladoras nacionales fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas: a) velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad; b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas; c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración».

⁸⁰ Directiva Marco, artículo 15. En la Recomendación de la Comisión 2003/311/CE, de 11 de febrero de 2003 (DO L 114, de 8/5/2003), considerando decimoquinto, se establecía un criterio general de no regular los nuevos mercados. En la posterior Recomendación 2007/879/CE, de 17 de diciembre de 2007 (DO L 344/66), relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, se mantiene el criterio general contrario a la regulación *ex ante* de los mercados (considerando decimoquinto): «... la presente Recomendación identifica principalmente los mercados al por mayor, cuya regulación adecuada tiene por objeto remediar una falta de competencia efectiva que es evidente en los mercados de los usuarios finales. En caso de que una autoridad nacional de reglamentación demuestre que las intervenciones en el mercado al por mayor han sido infructuosas, el mercado al por menor pertinente podrá ser objeto de regulación *ex ante*...».

⁸¹ BAÑO LEÓN (2011: 5).

⁸² *Telekommunikationsgesetz*, de 22 de junio de 2004, modificada por Ley de 18 de febrero de 2007.

⁸³ BOBES SÁNCHEZ (2012: 22). También alude a estas supuestas presiones por parte de Deutsche Telekom el Abogado General, Poiares Maduro, quien señala a propósito de las dos modificaciones relativas a los nuevos mercados introducidas en 2007, punto 31: «Parece ser que, con anterioridad a la aprobación de estas modificaciones, el operador tradicional de telecomunicaciones en Alemania (Deutsche Telekom) presionó para que la red de banda ancha que pretendía crear quedara al margen de la intervención reguladora (concretamente del deber de conceder acceso a precios regulados)».

reformas introducidas en la Ley de telecomunicaciones concretaban la Directiva Marco, aumentando la «densidad normativa» y, por consiguiente, reduciendo la discrecionalidad del regulador. Algo lícito, puesto que se desarrollaba una Directiva, no de un Reglamento, cuya finalidad era armonizar —no uniformizar— las normativas nacionales, lo que permite al legislador nacional precisar los conceptos abstractos utilizados para garantizar la consecución de los objetivos.

La Comisión consideró contrarios al Derecho comunitario la definición legal de nuevo mercado⁸⁴ y el reforzamiento del principio de no regulación de los nuevos mercados, vinculado al fomento de la inversión innovadora⁸⁵, dada la restricción del poder de decisión del regulador nacional, que, según la Directiva Marco, debía aplicar directamente sus determinaciones, sin más condicionantes que las directrices de la Comisión y el procedimiento de consulta con los otros reguladores nacionales y con la Comisión de las decisiones más relevantes (Directiva Marco, art. 7). El punto clave para la Comisión estribaba en que, de acuerdo con la reformada Ley alemana, procedía someter un nuevo mercado a regulación sólo con carácter excepcional, lo que era más restrictivo que lo establecido en el artículo 16 de la Directiva Marco, que exige únicamente la ausencia de competencia real en el mercado pertinente y no un obstáculo a largo plazo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible, como aparecía en la Ley alemana recurrida.

El Tribunal de Justicia coincide con la Comisión al entender que a los reguladores nacionales les corresponde «apreciar la necesidad de regulación de un mercado en función de cada situación caso por caso» (fto. 31). El Tribunal de Justicia niega que en las Directivas de telecomunicaciones exista un principio de no regulación de nuevos mercados, que sí aparecía en la Ley alemana recurrida (73), y añade que «la Directiva Marco otorga a la ANR, y no al legislador nacional, la apreciación

⁸⁴ El artículo 3, apartado 12b, tras la modificación legislativa, contenía la siguiente definición: «Se considera “nuevo mercado” todo mercado de servicios o productos que difieran sustancialmente de los ya disponibles, en atención a su efectividad, su alcance, su disponibilidad para un elevado número de usuarios (capacidad de llegar a un mercado de masas), su precio o su calidad desde el punto de vista de un consumidor informado, y que no sean meramente sustitutivos de aquéllos».

⁸⁵ En el artículo 9a se contenía la segunda modificación: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente apartado, los nuevos mercados no estarán sujetos a regulación con arreglo al título segundo. 2. Cuando concurren determinadas circunstancias que permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible en el sector de los servicios o redes de telecomunicaciones, la Agencia Federal para la Regulación de Infraestructuras en Red (Bundesnetzagentur) podrá, como excepción a lo dispuesto en el apartado 1 anterior y de conformidad con los artículos 9, 10, 11 y 12, someter a regulación un nuevo mercado con arreglo al título segundo. Para evaluar la necesidad de establecer un marco regulador e imponer medidas concretas, la Agencia Federal para la Regulación de Infraestructuras en Red tendrá particularmente en cuenta el objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación».

de la necesidad de regulación de los mercados» (74). Respecto a los objetivos de la regulación, se afirma que «corresponde igualmente a las ANR, y no a los legisladores nacionales, efectuar la ponderación de esos objetivos en la definición y el análisis de un mercado pertinente susceptible de regulación» (91).

Lo perseguido con las Directivas de telecomunicaciones es reforzar el poder de la Comisión, que aprueba directrices y recomendaciones cuasi-vinculantes y puede vetar las decisiones más importantes de una autoridad reguladora nacional. Pero sus previsiones comportan la imposición a los Estados miembros de una determinada organización administrativa, y no sólo eso. La doctrina ha advertido de que uno de los déficits más acusados de la regulación económica consiste en que la reserva de ley se volatiliza⁸⁶, pero en este caso las consecuencias van más allá. La importancia de esta sentencia para una de las concepciones estructurales de nuestro Derecho público interno —la competencia universal del legislador— no puede desconocerse: el Tribunal establece que una Directiva puede atribuir facultades exclusivas a una Administración nacional independiente, vetando a la ley un determinado ámbito e imponiendo, en consecuencia, una reserva de administración⁸⁷. También afecta al control judicial⁸⁸: la ilicitud de aumentar la «densidad normativa» mediante la aprobación de normas jurídicas abstractas se traduce en una difícilmente controlable libertad de la Administración en cuanto al fondo de sus decisiones, dejando como únicos límites el procedimiento administrativo o el precedente, técnicas con razón calificadas como «garantías menores», más teniendo en cuenta que «la autovinculación de la Administración es una garantía contra la discrecionalidad, pero sólo respecto de los actos de aplicación, nunca de los actos o reglas de conformación del mercado que, por definición, no existe previamente al atribuirse a las autoridades reguladoras su delimitación»⁸⁹. Es más, el hecho de que la discrecionalidad provenga del Derecho comunitario como contenido esencial del régimen aplicable, sin posibilidad de condicionamiento por el legislador nacional, podría comportar que el juez nacional no tenga otra posibilidad de control de esa discrecionalidad que el planteamiento de la cuestión prejudicial para verificar si el marco del Derecho comunitario, único límite de la discrecionalidad del regulador, ha podido verse extralimitado⁹⁰.

⁸⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO (2009), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Madrid, Iustel, págs. 15-244, esp. págs. 16-36.

⁸⁷ BAÑO LEÓN (2011: 7).

⁸⁸ En este sentido, vid. BAÑO LEÓN (2011: 7 y ss.) y BOBES SÁNCHEZ (2012: 21-24).

⁸⁹ BAÑO LEÓN (2011: 9).

⁹⁰ BAÑO LEÓN (2011: 12).

IV. CONCLUSIONES

En determinados ámbitos, el Derecho se elabora y aplica por legos en Derecho. Además, no se producen apenas resoluciones judiciales que puedan transformar, paulatinamente, los mandatos en Derecho, pese a que tanto en el ámbito nacional como en el europeo el control judicial sea formalmente pleno. La proximidad de autoridad administrativa y operadores, la habitualidad y multiplicidad de las relaciones y la imposibilidad de que las actuales cadencias de la justicia proporcionen tutela judicial efectiva son factores que obligan a actuar como si el juez no existiese. Cuando el aplicador no es jurista es habitual una visión plana del ordenamiento, que no da relevancia a la jerarquía normativa o a los principios y, por ello, ignora las prescripciones constitucionales, los principios generales del Derecho y las reglas de interpretación. Otra consecuencia es la dificultad de conocer el Derecho aplicado, careciendo de una fuente fundamental, como son las resoluciones judiciales. El conocimiento del Derecho se convierte en un monopolio valioso de determinados funcionarios y profesionales muy cualificados, no siendo infrecuente el tránsito de una a otra condición, el tópico *revolving door* norteamericano, que también responde a una realidad entre nosotros en determinados ámbitos. Además, en ocasiones las directrices de los reguladores se plasman mediante instrumentos informales, que se imponen como Derecho aplicable, pese a su falta de sustento normativo, dada la necesidad de los operadores económicos de conseguir resoluciones rápidas. El estudio y elaboración doctrinal del Derecho aplicado por los organismos reguladores se convierten así en una misión necesaria para evitar espacios parcialmente exentos de las reglas propias del Estado de Derecho.

En el Derecho español hay más razones fácticas que institucionales para un control deferente de las decisiones de los reguladores. Su creación suele relacionarse con la complejidad técnica, derivada de la necesidad de aplicar saberes especializados diversos —ingeniería, cálculo actuarial, normas de contabilidad—, recubiertos por una capa, a veces muy fina, de normas jurídicas. Carácter especializado y complejidad son elementos que favorecen el mantenimiento de las decisiones de las Administraciones independientes cuando sean objeto de un recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, un juicio basado en el prestigio, incluso *auctoritas*, no es algo distinto de la discrecionalidad técnica, basada en una «presunción de hecho o del hombre», es decir, en la previa experiencia y percepciones del juez, que puede cambiar en función de una serie de decisiones erróneas adoptadas por el regulador;

con la consiguiente pérdida de prestigio y un incremento del control sin necesidad de cambios normativos. Es preciso deslindar entre potestades regladas —como la sancionadora— y discrecionales, y entre estas últimas afinando la distinción entre la discrecionalidad fuerte, como la establecida por el Derecho comunitario para las autoridades nacionales de regulación en materia de telecomunicaciones, de la mera discrecionalidad técnica. Los poderes normativos entran en la primera, pero la mayor parte de las potestades plasmadas en actos administrativos singulares responderán a la segunda. Esta consideración lleva a caracterizar el ejercicio de estos poderes no como producto de una posición institucional establecida por el legislador, sino como una consecuencia del conocimiento técnico especializado y de la posición de neutralidad, lo que permite la prueba del error de apreciación y, eventualmente, la sustitución de la decisión y no sólo su mera anulación. Convertida la Unión Europea en un factor eficaz de refuerzo de las autoridades administrativas independientes, la elaboración teórica que refuerce el sometimiento de su actividad al Derecho es una de las indispensables tareas de la doctrina en el momento presente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2002a): «El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, págs. 341-368.
- (2002b): «Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto GP Manufacturas del Acero S.A. contra AENOR», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 215, págs. 43-64; también, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2003.
- AMMANNATI, Laura (2008): «Governance e regolazione attraverso reti», en Laura AMMANNATI y Paola BILANCIA (dirs.), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol II: *Governance multilivello regolazione reti*, Milán, Giuffrè.
- ANDERSON, James E. (1962): *The emergence of the modern regulatory state*, Washington, Public Affairs Press.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993): *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons.
- BAÑO LEÓN, José María (2011): «Reserva de Administración y Derecho comunitario», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR núm. 7, págs. 1-14 (disponible en <http://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-reserva%20de%20administración.pdf>).
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2010): «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, págs. 93-138.
- BOBES SÁNCHEZ, María José (2012): «Discrecionalidad y regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre Telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de diciembre de 2009)», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Ad-*

- ministración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, págs. 3113-3138; también, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 29, págs. 1-24, por la que se cita.
- BRAITHWAITE, John (2000): «The new regulatory state and the transformation of criminology», en *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, págs. 222-238.
- BRAITHWAITE, John, y DRAHOS, Peter (2000): *Global business regulation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, 2003.
- (2013): «Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, págs. 129-157.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2008): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 140, págs. 653-684.
- (2009): «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 463-535.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000): *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- CHAMON, Merijn (2011): «EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea», en *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 4, págs. 1055-1075.
- (2013): «Relying on soft law to circumvent the constitutional objections to agencification», en el coloquio «La soft law en droit de l'Union européenne», Centre d'Excellence Jean Monnet, Université de Rennes, 24 y 25 de junio. Accesible en <https://biblio.ugent.be/publication/4106138/file/4106139.pdf>.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2009): «El contrato de colaboración entre sector público y sector privado (CPP)», en *Estudios sobre la Ley de Contratos del Público*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 453-488.
- CHITI, Edoardo (2002): *Le agenzie europee. Unità di decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padua, CEDAM.
- (2004): «Decentralisation and integration into the community administrations: a new perspective on European agencies», en *European Law Journal*, vol. 10, núm. 4, págs. 402-438.
- (2010): «Le trasformazioni delle agenzie europee», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, págs. 57-89.
- CHRISTENSEN, Tom, y LÆGREID, Per (2006): «Agencification and regulatory reforms», en *Autonomy and regulation. Coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2006, págs 8-49; también publicado como CHRISTENSEN, Tom, y LÆGREID, Per (2005): «Regulatory reforms and agencification», Stein Rokkan Centre for Social Studies Working Papers 2005-11.
- CIOFFI, John W. (2009): «Adversarialism versus legalism: Juridification and litigation in corporate governance reform», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 235-258.
- CONSEIL D'ÉTAT (2001): *Rapport public 2001*, «Réflexions sur les autorités administratives indépendantes», en *Etudes et Documents*, núm. 52, págs. 251-462 (disponible en Internet en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000275/index.shtml>).
- DEHOUSSE, Renaud (1997): «Regulation by Network in the European Community: The Role of European Agencies», en *Journal of European Public Policy*, vol. 4, núm. 2, págs. 246-261.

- DEHOUSSE, Renaud (2008): «Delegation of powers in the European Union: the need for a multi-principals model», en *West European Politics*, vol. 31, núm. 4, págs. 789-805.
- DRAGO, Roland (2007): «Pour ou contre les autorités administratives indépendantes», en *Académie des sciences morales et politiques*, en <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2007/drago.htm>.
- EBERLEIN, Burkard, y GRANDE, Edgar (2005): «Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state», en *Journal of European Public Policy*, vol. 12, núm. 1, págs. 89-112.
- EPSTEIN, David, y O'HALLORAN, Sharyn (1999): «The nondelegation doctrine and the separation of powers: a political science approach», en *Cardozo Law Review*, vol. 20, págs. 947 y ss. Accesible en http://www.constitution.org/ad_state/epstein.htm.
- ESTEVE PARDO, José (2010a): «La recepción en la Europa Continental del Derecho de la Regulación de la Economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, págs. 295 y ss.
- (2010b): «La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 293-347.
- (2012): «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, págs. 11-40.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2009): «La normalización industrial», en G. GARCÍA ÁLVAREZ (dir.), *La legislación de industria en Aragón. Estudios sobre el régimen jurídico de la actividad industrial*, Zaragoza, Cortes de Aragón, págs. 335-370.
- GATSIOS, Konstantine, y SEABRIGHT, Paul (1989): «Regulation in the European Community», en *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 5, núm. 2, págs. 37-60.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2009): «Armonización y normalización», en José María BENAYTO PÉREZ (dir.), Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS y Belén BECERRIL ATIENZA (coords.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, tomo 6: *Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 617-684 (hay edición posterior, 2014).
- GOULD, Lewis L. (2001): *America in the Progressive Era, 1890-1914*, Harlow, Pearson.
- HABERMAS, Jürgen (2012): *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000): *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons.
- KELEMEN, R. Daniel (2002): «The Politics of “Eurocratic” Structure and the New European Agencies», en *West European Politics*, vol. 25, núm. 4, págs. 93-118.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, págs. 89-112.
- LENAERTS, Koen (1993): «Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in the European Community», en *European Law Review*, vol. 18, págs. 23 y ss.
- LEVI-FAUR, David (2011): «Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space», en *Journal of European Public Policy*, vol. 18, núm. 6, págs. 810-829.
- (2013): «The Regulatory State and the Developmental State: Towards Polymorphic Comparative Capitalism», en Navroz K. DUBASCH y Bronwen MORGAN, *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Oxford, Oxford University Press, págs. 236-245.
- LODGE, Martin (2008): «Regulation, the Regulatory State and European Politics», en *West European Politics*, vol. 31 (1-2), págs. 280-301.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1991): «El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente», en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, págs. 189-216.
- MAGIDE HERRERO, Mariano (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas.
- MAJONE, Giandomenico (1994): «The Rise of the Regulatory State in Europe», en *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, págs. 77-101.
- (1996a): «Regulation and its Modes», en G. MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, págs. 9-27.
- (1996b): «Regulatory legitimacy», en G. MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, págs. 284-300.
- (1997): «From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance», en *Journal of Public Policy*, núm. 17, págs. 139-167.
- (2002): «Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity», en *European Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 319-339.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, págs. 49-88.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (2003): «Sociedad, Economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en el vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, págs. 611-648.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (2003): «El Derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en el vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, págs. 493-523.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (2000): «Reflexiones sobre la nueva Administración económica», en el vol. col. *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, págs. 449 y ss.
- McGOWAN, Francis, y WALLACE, Helen (1996): «Towards a European regulatory state», en *Journal of European Public Policy*, vol. 3, núm. 4, págs. 560-576.
- MIGUEZ MACHO, Luis (1999): *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Granada, Comares.
- MORAN, Michael (2002): «Understanding the regulatory state», en *British Journal of Political Science*, vol. 32, núm. 2, págs. 391-413.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado*, tomo I: *Los fundamentos*, Madrid, Civitas.
- (2009): «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 15-244.
- OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DE LA LEGISLATION (2006): «Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié», Assemblée Nationale, núm. 3166; Sénat, núm. 404, 15 juin 2006. Disponible en Internet (tomo I, Rapport, en <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html>; tomo II, Annexes, en <http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-2.html>).
- POLILLO, Simone, y GUILLÉN, Mauro F. (2005): «Globalization pressures and the state: The worldwide spread of central bank independence», en *American Journal of Sociology*, vol. 110, núm. 6, págs. 1764-1802.
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto (1996): *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, Tecnos.

- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada (2008): «La endeble garantía del servicio universal en las telecomunicaciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 175, págs. 425 a 462.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia (2002a): *Calidad industrial e intervención administrativa*, Barcelona, Atelier.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia (2002b): «Normalización industrial y Derecho comunitario de la competencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 158, págs. 187-212.
- ROSE-ACKERMAN, Susan (1992): *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State*, Free Press.
- SARMIENTO, Daniel (2010): «La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 245-292.
- SCHMIDT-ARMANN, Eberhard (2013): «La Administración europea por las Agencias europeas», en *Lex Social: Revista Jurídica de Derechos Sociales*, vol. 3, núm. 2, págs. 1-11.
- SEIDMAN, Harold, y GILMOUR, Robert Scott (1986): *Politics, Position and Power: From the Positive to the Regulatory State*, Nueva York, Oxford University Press (4.ª ed.).
- SUNSTEIN, Cass R. (1990): «Paradoxes of the regulatory state», en *The University of Chicago Law Review*, págs. 407-441.
- TARRÉS VIVES, Marc (2003): *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TATE, C. Neal, y VALLINDER, Torbjorn (eds.) (1995): *The global expansion of judicial power*, Nueva York-Londres, New York University Press.
- TIROLE, Jean (2007): «Nos autorités de régulation doivent rester indépendantes», en diario *Le Monde*, 23 de enero.
- TORNOS MAS, Joaquín (2000): «La actividad de regulación», en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1329 y ss.
- VADRÍ I FORTUNY, María Teresa (2002): «La posición jurídica de los usuarios ante el establecimiento y la prestación de los servicios públicos», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, págs. 347-376.
- VAN WAARDEN, Frans (2009): «Power to the legal professionals. Is there an Americanization of European Law?», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 197-216.
- VAN WAARDEN, Frans, y HILDEBRAND, Youri (2009): «From corporatism to lawocracy? On liberalization and juridification», en *Regulation & Governance*, núm. 3, págs. 259-286.
- VIRGALA FORURÍA, Eduardo (2006): «Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, págs. 145-212.
- WAKEFIELD, Jill (2008): «Case T-193/04, Hans-Martin Tillack v. Commission, judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 4 October 2006, [2006] ECR II - 3995», en *Common Market Law Review*, vol. 45, núm. 1, 2008, págs. 199-221.